

# DERECHO DE PROPIEDAD: APUNTES DE URGENCIA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA Y DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS

---

D. Antonio Pérez-Marín Benítez

## I. EL DERECHO DE PROPIEDAD: ¿UN DERECHO FUNDAMENTAL?

EL BUFETE PEREZ MARIN SLP se ha ocupado desde la perspectiva del [Urbanismo de estudiar el Derecho de Propiedad](#) llegando a la conclusión de que era un Derecho Fundamental. Sin embargo, el tema no es pacífico. A título de ejemplo recogemos las declaraciones del prólogo a nuestro libro “*Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía*”, 1ª edición, del profesor Angel López López que, entre otras cosas, dice:

*“La obra va precedida de un excelente estudio preliminar, que ya se encarga de dar claridad a su argumento; y el estudio es excelente, no solo por su aspecto científico, sino porque respira una absoluta probidad en la exposición de las perspectivas axiológicas de su autor, que podrán ser compartidas o no, pero que se exponen con absoluta claridad y sin la pretensión de contrabando ideológico encubierto, que es moda mucho más extendida de lo que parece”.*

Pero a continuación el prologuista mantiene que no participa exactamente de estos puntos de partida, precisando que no participa desde una posición discrepante; y por lo que se refiere al Derecho de Propiedad como Derecho Fundamental, y en especial el del suelo, es bien sabido que éste ha sido negado por el Tribunal Constitucional sobre todo porque no se concibe un Derecho Fundamental sustituible en dinero-justiprecio y no recurrible en amparo. Ahora bien, el profesor López López no desconoce que el Derecho Comunitario apunta soluciones poco tajantes (sobre todo en el ámbito de la propiedad), por lo que el jurista no puede olvidar esa advertencia de cara a un futuro que por aquella época estaba por llegar.

Por su parte, GONZALEZ-BERENGUER URRUTIA en la Revista “*El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*” nº 113, Madrid, 15 de Julio de 2003, enfatiza con las siguientes palabras que rescatamos para esta ocasión:

*“El estudio preliminar sobre el Derecho Urbanístico Español constituye una de las más valiosas aportaciones que conozco al saber jurídico-urbanístico de España”.*

En relación al Derecho de Propiedad, el reputado urbanista y profesor se manifiesta en los siguientes términos:

*“Después estudian la propiedad del suelo, y distinguen la propiedad civilística y la urbanística. Yo creo que en ambas se dan las dos vertientes: negativa (el propietario tiene un ius excludendi alios) y positiva (el propietario tiene un ius fruendi et disponendi). Ahora bien: ¿Es la propiedad un derecho fundamental? Sí lo es, pero sin acceso al recurso de amparo. ¿Qué pasa con las desigualdades de aprovechamiento previstas inevitablemente (no puede ser todo igual, hay que clasificar y calificar) en los Planes? Yo creo que son insuperables. No piensan igual los autores (ver párrafo central en la pág. 22)”.*

Por último, el Magistrado RODRIGUEZ-ZAPATA nos hizo llegar su opinión en unos términos cuasi coincidentes con los por nosotros mantenidos, si bien consideraba que todavía no se daban las circunstancias requeridas para que por vía de Derecho interno se sancionara el Derecho de Propiedad como un Derecho Fundamental; ahora bien, sí podría instrumentarse ante los Tribunales, incluso con éxito, por vía del art. 10.2 de la CE.

Después de lo expuesto hasta este momento, seguimos pensando que para nosotros **el Derecho de Propiedad es un Derecho Fundamental**, dándose ahora las circunstancias a las que el Magistrado RODRIGUEZ-ZAPATA hacía referencia en los comentarios que hemos expuesto anteriormente, porque hoy a nuestro Derecho interno se ha incorporado en la Ley Orgánica 1/2008, art. 2, íntegramente la Carta Europea de Derechos Fundamentales, entre los que figura inequívocamente, el Derecho de Propiedad.

## II. LA EXPROPIACION FORZOSA Y LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES PARA SU EJERCICIO

El discurso de ingreso del Letrado fundador de este Bufete en la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, el 25 de octubre de 2005, versó sobre *“El deterioro progresivo de las garantías jurídicas del expropiado”*.

Suscribimos íntegramente las tesis allí expuestas y denunciarnos en este momento que las garantías no solamente no han dejado de deteriorarse, sino que se han transformado en determinadas circunstancias en una cuasi confiscación de los bienes y derechos expropiados, cuestionándose también el respeto del principio de igualdad desde la perspectiva de la equidistribución de beneficios y cargas. Lo apuntamos y ahí nos quedamos.

No tenemos ni tiempo ni espacio suficiente para desarrollar el tema trascendental de la valoración de las dotaciones públicas en un puramente tejer y destejer desde el año 1994, creemos recordar, hasta nuestras fechas de como el suelo clasificado como dotación pública en el Planteamiento General Urbanístico correspondiente, habría que valorarse como si de suelo urbanizable se tratara y además por el método residual si las ponencias de valores no estaban actualizadas.

Estos criterios que se mantuvieron pacíficos durante años por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, entraron en quiebra, y mediante técnica de creación jurisprudencial como la conocida de “crear ciudad” etc., pues hay casos de suelos de una misma finca catastral y registral y bajo un mismo perímetro podría ser valorado como urbanizable o no en función de que la obra que legitima su expropiación creara o no ciudad. Esta rectificación jurisprudencial encontró “acomodo” en la Ley 8/2007 y su aportación de derecho a la ciudad, pòrtico del TR 2/2008 vigente con el reparo parcial de las SSTC 141/2014 de 11 de Septiembre que declaró inconstitucional y nulo el inciso *“hasta un máximo del doble”*, del art. 22.a.a) párrafo tercero del Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de Junio, de la nº 218/2015 de 22 de Octubre, que declaró inconstitucional y nulo el art. 25.2.a) del citado Texto Refundido 2/2008.

Son valiosos los trabajos doctrinales que el Derecho de los profesores ha elaborado. Nosotros, a título meramente informativo, remitimos al lector a estos tres trabajos:

- a) JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE “*Las garantías expropiatorias a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos*”, en el libro homenaje al profesor Pérez Moreno.
- b) SILVIA DEL SAZ CORDERO “*A vueltas con la extensión de dotaciones públicas y el principio de equidistribución en urbanismo. (Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 6 de Mayo de 2011)*”.
- c) JOSE MARIA BAÑO LEÓN “*El contenido esencial de la propiedad en el contexto del Derecho Europeo*”.

Y nos reiteramos en las tesis expuestas en la monografía nº 20 de la Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación, “*lo que queda del Derecho Urbanístico Estatal Español*” elaborada por el Bufete PEREZ MARIN, primera edición, año 2009. Nos limitamos a resaltar que los tres trabajos doctrinales citados giran en torno al Convenio Europeo de Derechos Humanos; en definitiva, al tratamiento de la propiedad en el Derecho Comunitario.

### III. ACTITUD DE LOS TRIBUNALES INTERNOS ESPAÑOLES ANTE LAS DECLARACIONES Y LOS MANDATOS DEL DERECHO COMUNITARIO

No es el momento de extenderse en demasía en este punto que daría para un trabajo monográfico autónomo, pero sí constatar que, con más resistencia de la debida a pesar del principio de supremacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho interno, los Tribunales particularmente los altos Tribunales, se han mostrado muy reticentes a la aplicación no solamente del derecho positivo (Directivas y Reglamentos sobre todo) a la trasposición del mismo en nuestro Derecho interno en la mayoría de las veces incurriendo en “*ultra vires*”, llegando por lo tanto a una situación que ha sido calificada con acierto de un “*espléndido aislamiento*”.

Sin embargo, no debemos de olvidar que **la contradicción entre norma nacional y norma comunitaria constituye un verdadero conflicto constitucional**. Pues bien, a pesar de esta obviedad, se ha considerado como todo un hito en la historia del Tribunal Constitucional la decisión adoptada por el Auto ATC 86/2011, de 9 de junio, por el que el pleno acordó plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea por primera vez una cuestión prejudicial ex art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Hoy, en nuestro ordenamiento jurídico interno ya no existen argumentos para no incorporar las declaraciones de los Tribunales Comunitarios, e incluso para no respetar sus fallos a partir de la LO 7/2015 de 21 de Julio de Reforma de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de Julio del

Poder Judicial, particularmente las disposiciones finales 2ª, 3ª y 4ª todas ellas referidas a las Leyes de Enjuiciamiento Civil y de lo Contencioso-Administrativo.

Antes de ir terminando esta breve aportación, rescatamos lo que consideramos doctrina pacífica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación a la concreción del concepto jurídico indeterminado “*causa de utilidad pública*” por su incidencia directa en el núcleo de fondo que estudiamos. En este supuesto, los Estados gozan de un cierto grado de apreciación discrecional, pues gracias a un conocimiento directo de su sociedad y de sus necesidades las autoridades nacionales se encuentran en mejor posición que el Juez internacional para determinar lo que es de utilidad pública. Por tanto, es al Estado a quien corresponde apreciar la existencia de un problema de interés general que justifique la privación de la propiedad, y el Tribunal solo podrá rechazar esta apreciación en aquellos casos, que sean manifiestamente irrazonables, de modo que la interdicción de la arbitrariedad se erige EN EL PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO INTERNACIONAL (arts. 1 del Protocolo nº 1) QUE SIRVE DE CONTRAPESO AL MARGEN DE APRECIACION ESTATAL EN ESTA MATERIA.

En definitiva, desde el punto de vista sustantivo puede concretarse que la garantía patrimonial de la propiedad en el sistema europeo de protección de los Derechos Humanos no se asienta técnicamente sobre la idea de la “*restitutio in integrum*”, sino sobre la indemnización razonable o satisfacción equitativa.

#### **IV. LA NECESARIA MOTIVACIÓN DE TODOS LOS PODERES PUBLICOS.**

De nuestros días es la monografía del Profesor TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ titulada “*Arbitrario, arbitraire, arbitrary*” en la que en esencia entiende que ya no es posible a ningún poder público decidir sin motivar sus resoluciones, y lo justifica literalmente así:

*“La evolución del Derecho y de la propia sociedad van, pues, al unísono. El siempre ‘porque sí’ o ‘porque yo lo digo’, quienquiera que sea la autoridad que decida y por grande que pueda ser el apoyo que haya conseguido en las urnas ya no lo acepta nadie en nuestras sociedades. La legitimación de origen de la que gozan las autoridades en un Estado de Derecho sigue siendo, por supuesto, imprescindible, pero no justifica a priori todas las posibles decisiones de éstas, que tiene que refrendarla en cada ocasión con una ejercicio razonado y razonable de los poderes recibidos”.*

Lamentablemente, la Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo no parece participar de las tesis del Profesor TOMÁS RAMÓN FERNANDEZ que hemos hecho nuestra, a la vista de la Providencia de 5 de Mayo de 2017 dictada en el procedimiento ordinario 129/2015 por la que se acuerda la inadmisión a trámite del recurso de casación preparado, justificándola en que a pesar de invocarse el art. 88.3.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no permite apreciar la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

Nosotros, sin polemizar, destacamos por obvio estos dos vicios sustanciales de la providencia:

- 1) El art. 88.3.e) exige que la resolución desestimatoria sea por Auto motivado, cosa que obviamente no se da en el supuesto anterior.
- 2) Lacónica expresión de que no existan o mejor dicho que no concurren en el supuesto estudiado interés casacional objetivo basado únicamente en una apreciación subjetiva sin más, dejando en la indefensión más absoluta y rallando en la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos consagrados en el art. 9.3 CE de la Providencia comentada.

Sevilla, 23 de junio de 2017

**Fdo. Antonio Pérez-Marín Benítez**

**(Letrado de BUFETE PEREZ-MARIN SLP)**