



Going on about urban planning principles

A vueltas con los principios urbanísticos

FRANCISCO DE BORJA CHÁVARRI CARO

Escuela Técnica Superior de Edificación de la Universidad Politécnica de Madrid. Avenida de Juan de Herrera, 6. 28040 Madrid
franciscodeborja.chavarri@upm.es

MARÍA LUISA PERNAUTE GIL

Escuela Técnica Superior de Edificación de la Universidad Politécnica de Madrid. Avenida de Juan de Herrera, 6. 28040 Madrid
marialuisa.pernaute@upm.es

- To call into question the anachronism of Spanish urban planning legislation.
- The necessity of the legislative change of urbanistic legislation subject.
- The surplus value should not be the center on which the urban activity revolves.
- The experiences of other countries in our environment can help us to find solutions for legislative change.

In 1956 is created in Spain an urban-legal framework in line with a developing country. Due to the socio-economic circumstances of the time, the historical legislator sought to break with the existing urban projects under the previous regulations, that resulted in building short-term interventions producing negative results by allowing certain populations to grow in an excessive way at the expense of rural land. But as the explanatory statement designates: "the benefit that can be obtained by transforming the rural land into solar is perfectly lawful, wherever the owner who has paid the urbanization determinant of that improvement and subsequent increase in value". In exchange for the distribution of capital gains generated by the transformation of the rustic soil into urban, individuals become responsible of urbanization costs, releasing to the public administrations of the great financial burden involved. In 1978 the Spanish Constitution in its article 47.2, welcomes this system allowing and promoting its development through regional legislation. This report raises the problem of a system that by relying on the surplus value of the land has resulted in the inevitable increase in value of it selves, and therefore, the generation of real estate crisis that make shake the general economic stability. Seventy years after its implementation, Spain is one of the most developed countries in the world, with a strong economy that allows the construction of a city through public resources. This article outlines a way of solution for the transformation of the legal framework, leaving for future research, more concrete and studied proposals.

Urban planning, Property, Constitution, Principles, Surplus value, Social function

- Poner en tela de juicio el anacronismo de la legislación urbanística española.
- Necesidad de cambio legislativo en materia de legislación urbanística.
- La plusvalía no debe ser el centro sobre el que gira la actividad urbanística.
- Las experiencias de otros países de nuestro entorno nos pueden servir para buscar soluciones de cambio legislativo.

En el año 1956 se crea en España un marco jurídico-urbanístico acorde con un país en vías de desarrollo. Dadas las circunstancias socio-económicas, el legislador histórico pretendió romper con las actuaciones urbanísticas existentes al amparo de la normativa anterior que dio lugar a intervenciones en materia de edificación a corto plazo, produciendo resultados negativos al permitirse que determinadas poblaciones crecieran de manera desmesurada a costa de suelos rústicos. Si bien y como la propia Exposición de Motivos señala: "el beneficio que puede obtenerse de transformar el terreno rústico en solar es perfectamente lícito, siempre que sea el propietario quien haya costado la urbanización determinante de aquella mejora y subsiguiente incremento de valor". A cambio del reparto de las plusvalías generadas por la transformación del suelo de rústico a urbano, los particulares se hacen cargo de los costes de urbanización, liberando a las administraciones públicas de la gran carga económica que ello supone. En 1978 la Constitución Española, en su artículo 47.2, acoge este sistema permitiendo e impulsando su desarrollo a través de la legislación autonómica. En este trabajo se plantea el problema de un sistema que al basarse en la plusvalía de los terrenos, tiene como consecuencia el inevitable aumento de valor de los mismos, y por ende, la generación de crisis inmobiliarias que hacen tambalear la estabilidad económica general. Setenta años después de su implantación, España es uno de los países más desarrollados de mundo, con una fuerte economía que permite realizar la construcción de ciudad a través de recursos públicos. En el presente artículo se esboza un camino de solución para la transformación del marco jurídico, dejando para futuras investigaciones, propuestas más concretas y estudiadas.

Urbanismo, Propiedad, Constitución, Principios, Plusvalía, Función social

1. SOBRE EL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD DEL SUELO EN EL MARCO JURÍDICO ESPAÑOL.

1.1. INTRODUCCIÓN.

El estudio del régimen jurídico de la propiedad es fundamental en el derecho urbanístico, de él se deducen cuestiones íntimamente vinculadas al planeamiento, a la gestión y a la ordenación urbanística en general. Para su

estudio se ha de partir del análisis del artículo 33 de la Constitución Española [6], donde se determina y define constitucionalmente la consagración de uno de los derechos más importantes, y cuyo desarrollo va mucho más allá de lo establecido en nuestro Código Civil [1]. Ahora bien, antes de estudiar y analizar el art 33 de la Constitución Española, debemos recordar que el artículo 348 del cc¹ dice que la propiedad es “el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes”. Un sumando de facultades que se puede representar mediante la siguiente fórmula matemática:

$$\text{PROPIEDAD} = \text{FACULTAD USAR} + \text{FACULTAD DE DISFRUTAR} + \text{FACULTAD DE DISPONER}^2$$

Entendiéndose por propietario aquel sujeto que goza de las anteriores facultades sobre un determinado bien. [2]

Es la Revolución Francesa³, quien a través de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano [3], articula el concepto de propiedad como pilar principal para la eliminación del servilismo establecido en el antiguo régimen, toda vez que de esta manera se conseguía que, los ciudadanos fueran plenamente libres, teniendo la oportunidad de apropiarse de los medios de producción. No obstante, en el siglo XX queda completamente superado este concepto por la aparición del novedoso estado social [4], mediante el que se pretende un equilibrio entre la protección a los legítimos intereses particulares e intereses públicos⁴.

Es por ello que, la Constitución Española [6], en su art. 1 dice que, España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, valiéndose dentro de su articulado de principios

como el de función social para delimitar y llenar de contenido un derecho tan importante como el de propiedad y más tratándose de la propiedad del suelo. A través de las leyes que desarrollan la Constitución se perfilan los derechos y las obligaciones de los propietarios. Por eso, la forma de entender hoy día el derecho de propiedad del suelo [5], supone considerar la existencia de una disociación entre el derecho a edificar y la titularidad dominical, de tal forma que el ejercicio de este derecho (*ius aedificandi*) ya no deviene de la titularidad del suelo, sino como respuesta al cumplimiento del deber o función social a la que están llamados a dar cumplimiento los propietarios de dichos suelos en favor de la comunidad⁵.

1.2. LOS PRINCIPIOS URBANÍSTICOS Y LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Las bases de nuestro sistema legal se encuentran en la norma suprema, esto es, en la Constitución Española [6], que recoge los principios aplicables a todas las materias de nuestro ordenamiento jurídico y por ende, las aplicables en materia de vivienda, urbanismo y ordenación del territorio. Estas reglas generales del juego se verán posteriormente desarrolladas por leyes estatales y autonómicas que tienen como función configurar el contenido de los derechos, en cada momento y en cada lugar determinado.

Así y siguiendo lo anteriormente dicho, el contenido urbanístico del derecho de propiedad viene mediatizado por la facultad de edificar que dimana del mismo. El *ius aedificandi*⁶, se logra a través del cumplimiento de la normativa urbanística, que de forma escalonada y piramidal va configurando lo que el propietario del suelo puede o no hacer con su propiedad en

¹ Código Civil RD 24 de julio de 1889. Edit. Departamento de Programación Editorial, Documentación e Información del Boletín Oficial del Estado. Madrid-2005. La define como “el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla”.

² Esta formulación se realiza a puros efectos didácticos, toda vez que, es sabido que las facultades del dominio no dejan de ser manifestaciones externas de un poder unitario, de un señorío global que es el derecho de propiedad. Ver M. Albadalejo, Compendio de Derecho Civil, decimotercera edición Edisofer. Madrid 2007. Pág. 359.

³ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (Asamblea Nacional Constituyente Francesa 26 de agosto de 1789) (on line) disponible en www.noticierooficial.com/internacional/.../derechosdelhombreyciudadano. Artículo 16 – Por ser la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y con la condición de haya una justa y previa indemnización.

⁴ www2.vatican.va/content/john-xxiii/es/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater.html Resulta muy interesante reproducir parte del texto de la carta encíclica Mater et Magistra, Carta encíclica del Santo Padre Juan XXIII de 15 de mayo de 1961 donde reivindica el principio de función social de la propiedad como base ideológica que mediatiza la utilización de los bienes terrenales por los hombres: “Pero nuestros predecesores han enseñado también de modo constante el principio de que al derecho de propiedad privada le es intrínsecamente inherente una función social. En realidad, dentro del plan de Dios Creador, todos los bienes de la tierra están destinados, en primer lugar, al decoroso sustento de todos los hombres, como sabiamente enseña nuestro predecesor de feliz memoria León XIII en la encíclica Rerum novarum: «Los que han recibido de Dios mayor abundancia de bienes, ya sean corporales o externos, ya internos y espirituales, los han recibido para que con ellos atiendan a su propia perfección y, al mismo tiempo, como ministros de la divina Providencia, al provecho de los demás. Por lo tanto, el que tenga aliento, cuide de no callar; el que abunde en bienes, cuide de no ser demasiado duro en el ejercicio de la misericordia; quien posee un oficio de qué vivir, afánese por compartir su uso y utilidad con el prójimo»”. [4]

⁵ Ya en el año 1880, G. de Azcárate en “Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad y su estado actual en Europa”. Revista de legislación. Vol II Pagn^o 364 Madrid-1880 decía: La propiedad es la relación esencial, sustantiva y total; el derecho de propiedad es el conjunto de condiciones necesarias para que aquélla pueda realizarse y cumplirse; la primera es el fondo, el segundo la forma; aquella el todo, éste la parte. Sin embargo y en mi opinión, no cabe distinguir entre propiedad y derecho de propiedad. En este sentido, la propiedad como relación entre el hombre y las cosas, no es una relación que en sí misma y con independencia del Derecho tenga sustantividad, tal y como puede predicarse de otras relaciones humanas, tales como la paterno-filial, marital etc. No, la propiedad no es otra cosa que un derecho y su esencia o sustancia es el poder que se pueda ejercer en cada momento sobre el objeto que recae, ya sea este mueble o inmueble, material o inmaterial. En este sentido, creo que siempre ha existido una función social de la propiedad, porque el derecho de propiedad siempre ha tratado de buscar la armonía social, dentro de un determinado orden jurídico, acorde con la razón filosófica de cada época. [5]

⁶ El derecho a edificar.

en relación a los intereses generales, estando en el primer escalón normativo, los principios urbanísticos contenidos en la Constitución Española [6], que sirve de cimentación para la construcción del régimen urbanístico de la propiedad del suelo.

Los principios sobre los que se asienta la normativa urbanística española son los siguientes:

- a. *Función social de la propiedad del suelo.*
- b. *Devolución de las plusvalías a la sociedad.*
- c. *Justa equidistribución de beneficios y cargas.*
- d. *Conservación del patrimonio.*
- e. *Desarrollo sostenible respeto al medioambiente.*

Sin embargo, en el presente trabajo solo nos vamos a fijar en los tres primeros que son los que por ahora son objeto de nuestro estudio.

1.2.1. EL PRINCIPIO DE LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD

El artículo 33 de la Constitución Española [6], establece que:

1. *Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.*
2. *La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes⁷.*

Podemos afirmar, por lo tanto, que dentro de nuestro sistema capitalista, los intereses generales matizan la exclusividad de las facultades del dominio. Y es que el principio de la función social supone un punto intermedio entre el capitalismo y el marxismo.

El capitalismo, basado en el liberalismo económico, y éste a su vez, en la doctrina del trabajo, defiende que la economía de mercado debe generar la máxima riqueza. Para esta corriente ideológica, la propiedad es la institución con la que se consigue la más eficaz utilización de los recursos [7], sustentando a su vez en este derecho la idea de libertad del individuo. La forma más expresiva de libertad es la propiedad completa y perpetua. El sujeto se hace libre

cuando excluye a otros de los objetos que desea, y hace que estos objetos sean propiedad exclusiva suya. Una persona sólo es persona en virtud de su propiedad⁸.

Frente a esta corriente surge un fuerte movimiento que propone la sustitución de la propiedad privada por la propiedad socializada [8]. Marx critica la fuerte explotación del rico sobre el pobre, del propietario sobre el asalariado, poniendo así, en el centro de todos los males, a la propiedad. Por ello, se propone la supresión de esta institución como medio para conseguir la igualdad real, la libertad, la fraternidad y el bienestar general⁹.

Así las cosas, la Constitución española se decanta por establecer una teoría ecléctica, entre la radicalidad de una y otra postura doctrinal, buscando el equilibrio entre legítimos intereses públicos y privados que a su vez, facultan al Estado a intervenir en el apoderamiento privado de bienes esenciales para el desarrollo social. Por ello, el principio de la función social de la propiedad, es la máxima expresión de dicha teoría como se puede observar en el artículo 47 de CE cuando dice:

«Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación».

Se somete así la utilización por los propietarios del suelo al interés general, con la finalidad última de establecer las condiciones necesarias para que todos los ciudadanos españoles tengan acceso a una vivienda donde vivir dignamente.

Este sigue siendo en la actualidad el punto de partida de nuestro ordenamiento jurídico en materia de urbanismo, desde la primera ley del año 56. Muestra de ello es el hecho de que desde entonces -1956- todas las Exposiciones de Motivos [9], [10], [11] y [16], de las numerosas las las numerosas leyes del suelo¹⁰, por las que ha pasado el urbanismo español, tanto estatales como autonómicas, han tenido como objetivo teórico

⁷ Constitución Española de 1978. Publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 311, de 29 de diciembre de 1978. Edit. Departamento de Programación Editorial, Documentación e Información del Boletín Oficial del Estado. Madrid-2005.

⁸ A. Smith. Libro primero: "de las causas del progreso en la capacidad productiva del trabajo y de la forma en que su producto se distribuye naturalmente entre las distintas clases del pueblo". La riqueza de las naciones. W.Straran. Londres 9 de marzo de 1776. Título original: An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations. Ver Adam Smith, 1776 Traducción: Carlos Rodríguez Braun. Editor digital: Titivillus e Pub base r1.2. 9/02/2015.

⁹ Ver L.Orduña Díez, "la propiedad privada, el capitalismo y las teorías marxistas". Cuadernos de estudios empresariales nº 9. Edita: Universidad Complutense de Madrid. Pag 137-172. Año 1999.

¹⁰ Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana de 12 de mayo de 1956. BOE nº 135 de 14 de mayo: *Se impone establecer el régimen adecuado frente a la especulación del suelo y la irregularidad en el proceso de urbanización que atribuya la carga de subvenir a ésta a quien recibe directamente sus beneficios.*
Ley 19/1975 de 2 de mayo de reforma de la Ley de régimen del suelo y ordenación urbana. BOE nº 107 de 5 de mayo de 1975. *La Ley del Suelo basó su política antiespeculativa fundamentalmente en la capacidad de los patrimonios públicos de suelo para ser utilizados como reguladores del mercado y en la normativa sobre enajenación forzosa de solares sin edificar. La insuficiencia de estos instrumentos, tal como han sido concebidos, no ofrece lugar a dudas.*
Esa elevación excesiva de los precios del suelo ha tenido como gravísimas secuelas no sólo el encarecimiento de la vivienda en todas sus categorías y de los establecimientos industriales y de servicios, sino, además, la indebida apropiación por propietarios privados de una parte importante de las plusvalías derivadas del proceso de urbanización. (continúa en página siguiente)

luchar contra la especulación del suelo¹¹, a la vez que configurar el contenido de la propiedad para que no solo sirva a los intereses particulares, sino también a los intereses sociales.

1.2.2. EL PRINCIPIO DE DEVOLUCIÓN DE LAS PLUSVALÍAS A LA SOCIEDAD

A partir de la Ley del Suelo de 1956, se configura en España el urbanismo privado, [12], por mediación del reparto de las plusvalías entre los propietarios y la Administración¹². Es obvio que la posibilidad de utilizar el suelo para la construcción, genera plusvalías al dueño o propietario de los terrenos, y como a su vez, no cabe duda de que la sociedad en su conjunto es la que hace generar esa plusvalía a través de la necesidad social de vivienda, es por lo que, quienes deben asumir los costes de la urbanización y del suelo necesario para poder construir tales servicios, sean los propietarios beneficiarios de tal plusvalía, quienes devuelvan a la sociedad, como medio de pago, parte del incremento de valor por ella generado¹³ [13].

Estas ideas sobre la asunción de las cargas urbanizadoras por aquellos que se benefician del aprovechamiento resultante provienen del siglo XIX [14]; así por ejemplo, Ildefonso Cerdá Suñer¹⁴, autor del Plan de ensanche de Barcelona y el Plan de viabilidad urbana de Madrid, y con respecto a este tema decía que: [15] «un Ayuntamiento expropie los edificios, compre los solares que han de ocupar las calles, explane y afirme el terreno por donde ellos han de pasar y costee además la construcción de alcantarillas, la colocación de cañerías para la conducción de agua potable y de gas, ponga los faroles para el alumbrado y establezca además todo cuanto exija el servicio de la misma calle, dejando a los propietarios colindantes por

ambos lados el derecho a edificar cómo y cuándo les plazca y el de duplicar sus rentas, subiendo sin tasa ni medida los alquileres, explotando de esta manera los sacrificios hechos por la Administración, es, fuera de toda duda, lo más antinatural, lo más absurdo, lo más inicuo que darse puede»¹⁵.

Pero lo cierto es que hasta 1956 [16], no se materializa legislativamente un sistema que posibilite la acción privada del hecho urbanizador devolviendo parte de la plusvalía generada¹⁶.

Hoy en día, es la propia Constitución Española la que lo establece en su artículo 47.2: «La comunidad participará de las plusvalías que genera la acción urbanística de los entes públicos».

De aquí se deduce como ya se ha indicado en el epígrafe anterior, que la comunidad debe participar en las plusvalías generadas como consecuencia de la actividad urbanística y deben ser los poderes públicos quienes faciliten este derecho, de tal manera que su participación se hace depender del cumplimiento de una serie de deberes urbanísticos por parte de los propietarios [17]. Tales deberes se encuentran contenidos en el art 18 de la actual Ley del Suelo¹⁷:

- a. Entregar a la Administración competente el suelo reservado para viales, espacios libres, zonas verdes y restantes dotaciones públicas incluidas en la propia actuación o adscritas a ella para su obtención.(...).
- b. Entregar a la Administración competente, y con destino a patrimonio público de suelo, el suelo libre de cargas de urbanización correspondiente al porcentaje de la edificabilidad media ponderada de la actuación, o del ámbito superior de referencia en que ésta se incluya, que

(continuación página anterior 10) La escasa cuantía de las cargas exigidas por la legislación urbanística y la notoria insuficiencia de los correctivos fiscales han permitido la consolidación en manos privadas de importantes beneficios irrenunciablemente públicos.

Ley 8/1990 de 25 de julio sobre régimen urbanístico y valoraciones del suelo. BOE nº 179 27 de julio de 1990.

El fuerte incremento del precio del suelo, que excede de cualquier límite razonable en muchos lugares, y su repercusión en los precios finales de las viviendas y, en general, en los costes de implantación de actividades económicas, es hoy motivo de seria preocupación para los poderes públicos, que deben promover las condiciones necesarias para conseguir una utilización del suelo de acuerdo con el interés general e impedir la especulación.

Ley 8/2007 de 28 de mayo de suelo. BOE nº 128 de 29 de mayo de 2007.

El último Título de la Ley contiene diversas medidas de garantía del cumplimiento de la función social de la propiedad inmobiliaria. Son muchas y autorizadas las voces que, desde la sociedad, el sector, las Administraciones y la comunidad académica denuncian la existencia de prácticas de retención y gestión especulativas de suelos que obstruyen el cumplimiento de su función y, en particular, el acceso de los ciudadanos a la vivienda. Los avances en la capacidad de obrar de los diversos agentes por los que apuesta esta Ley (apertura de la iniciativa privada, mayor proporcionalidad en la participación de la Administración en las plusvalías) deben ir acompañados de la garantía de que esa capacidad se ejercerá efectivamente para cumplir con la función social de la propiedad y con el destino urbanístico del suelo que aquélla tiene por objeto, ya sea público o privado su titular.

- ¹¹ Wikipedia.<https://es.wikipedia.org/>. El término se suele aplicar a aquella inversión que no conlleva ninguna clase de compromiso con la gestión de los bienes en los que se invierte, y se limita al movimiento de capitales.
- ¹² JA. Ivars Bañuls. "El nuevo marco jurídico de la gestión urbanística en la Ley de Ordenación del territorio, urbanismo y paisaje de la Comunitat valenciana". Revista de Derecho urbanístico y Medio Ambiente. Nº307. Pág 119 julio-agosto 2016.
- ¹³ F.B.Chavarrí Caro "La burbuja inmobiliaria". BIA nº247. Págs. 99-114. Enero-Febrero 2007.
- ¹⁴ R. Parada. *Derecho Urbanístico*. pag 9-19. Marcial Pons. Madrid 1999.
- ¹⁵ Fruto de estas ideas dio lugar al Proyecto de Ley General para la Reforma, Saneamiento, Ensanche y otras mejoras en las poblaciones. M.Bassols Coma en Génesis y evolución del derecho urbanístico español Pág. nº194.Edit.: Montecorvo. Madrid, 1973.
- ¹⁶ Exposición de Motivos de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana de 12 de mayo de 1956. BOE nº 135 de 14 de mayo: La regulación de los sistemas de ejecución de las obras, responde al principio de que, en todo caso, el propietario de los terrenos debe satisfacer los gastos de la urbanización, como compensación de terrenos en solares o en la mejora de sus condiciones de edificador. No cabe duda de que así quedarán solucionadas, en grado máximo, las actuales dificultades que se oponen a la obra urbanizadora.
- ¹⁷ RD legislativo 7/2015 de 30 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. BOE nº 261 de 31 de octubre de 2015.

fije la legislación reguladora de la ordenación territorial y urbanística.(...).

- c. Costear y, en su caso, ejecutar todas las obras de urbanización previstas en la actuación correspondiente, así como las infraestructuras de conexión con las redes generales de servicios y las de ampliación y reforzamiento de las existentes fuera de la actuación que ésta demande por su dimensión y características específicas, sin perjuicio del derecho a reintegrarse de los gastos de instalación de las redes de servicios con cargo a sus empresas prestadoras, en los términos que se estipulen en los convenios que al efecto se suscriban y que deberán ser aprobados por la Administración actuante. En defecto de acuerdo, dicha Administración decidirá lo procedente (...).

En conclusión se deduce que [18], los propietarios devuelven a la sociedad parte del beneficio obtenido por el cambio de uso del suelo de rústico a urbano, a través de costear el servicio público que supone construir todas las infraestructuras, equipamientos y servicios de la ciudad¹⁸.

1.2.3. PRINCIPIO DE LA JUSTA DISTRIBUCIÓN DE LOS BENEFICIOS Y CARGAS

Por otro lado y teniendo como punto de partida el principio constitucional de igualdad (artículo 14)¹⁹, la ley del suelo, establece el derecho que tiene los propietarios a «El derecho a participar en la ejecución de las actuaciones de nueva urbanización, en un régimen de equitativa distribución de beneficios y cargas entre todos los propietarios afectados en proporción a su aportación» (artículo 13.2.c).

Es el Tribunal Supremo quien impone a la legislación autonómica el desarrollo de este principio, a través de sistemas de gestión donde se garantice la igualdad en los beneficios dimanantes de la transformación en el uso del suelo [19]. De esta manera, se trata de impedir que por la simple discrecionalidad del planeamiento urbanístico no se beneficien a determinados propietarios en perjuicio de otros, sino que dentro de una misma área, y en función a lo que cada uno aporte, se tendrán los mismos derechos y las mismas obligaciones²⁰.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Este marco jurídico ha favorecido que durante más de 50 años la construcción de viviendas haya sido junto al turismo el motor que ha movido la economía española, y todo ello por las siguientes razones que se van a exponer a continuación.

En primer lugar, la plusvalía generada, gasolina que mueve este motor, es inigualable por ningún otro negocio lícito. Según datos del Ministerio de Fomento [20], en el año 2015, el precio por m² de suelo urbano sin edificar, en poblaciones superiores a 25.000 habitantes, superaba los 300 euros²¹; mientras que según datos del Ministerio de Agricultura [21], el precio medio por hectárea en suelo rústico de labor de secano para ese mismo año fue de 6.448 euros²², o lo que es lo mismo 0.64 euros/m². Esto significa que por mucho que se repercutan costes de construcción de la urbanización, se cedan porcentajes de aprovechamientos y se cedan también superficies de suelo para redes (espacios destinados a servicios públicos, tales como dotacionales, infraestructuras o zonas verdes), lo cierto es que la comparativa de precios resulta de todo punto de vista desproporcionada.

En segundo lugar, la Administración se ve liberada del coste que supone la construcción y gestión del urbanismo con el ahorro correspondiente a las arcas públicas. Según datos de estudios económico-financieros realizados en diversas actuaciones urbanísticas [22], el coste medio de urbanización supone unos 70 euros/m² de superficie de parcela sin edificar²³. Tomando como ejemplo datos del catastro, en el año 2015 en Majadahonda (Madrid) había 3.900.000m² de superficie de parcelas sin edificar²⁴. Por lo que, solo en ese municipio, el coste de las obras de urbanización podría suponer un desembolso de unos 273 millones de euros aproximadamente [23].

Y por último, la Administración participa de la ganancia del negocio a través de la cesión obligatoria del tanto por ciento correspondiente del aprovechamiento urbanístico generado²⁵, convirtiéndose en el mayor promotor inmobiliario del país.

Cierto es que sin fines especulativos, porque el suelo

¹⁸ Zamorano Wisnes. "El suelo urbanizado y las operaciones de transformación urbanística en la legislación del suelo: evolución y régimen jurídico". Revista de Derecho urbanístico y Medio Ambiente. N°298. Pág. 47 y ss. Junio 2015.

¹⁹ Art 14 CE: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». [6]

²⁰ STS (sala 3ª) de 6 de mayo 2011. Ponente: Teso Gamella. Fundamento Octavo. - Este principio de justa distribución es tributario del derecho constitucional a la igualdad del artículo 14 de la CE, en la medida en que ha de garantizarse que ninguno de los propietarios tenga un trato discriminatorio en el reparto de beneficios y cargas. Esta exigencia igualitaria se ha de proyectar, de modo horizontal, a las distintas fases de adopción de decisiones, desde el planeamiento a la gestión y a la ejecución.

²¹ <http://www.fomento.gob.es/BE2/?nivel=2&orden=36000000>.

²² <http://www.mapama.gob.es/es/estadistica/temas/estadisticas.../encuesta-precios-tierra/>

²³ Ver "estudio económico - financiero" corresponde al plan parcial Geneto 5 el gramal, perteneciente al Municipio de San Cristóbal de La Laguna, Tenerife disponible en: www.gerenciaurbanismo.com/gerencia/gerencia/published/.../node_2549.htm

²⁴ www.catastro.minhap.es/ixi/tabla.do

²⁵ Según la Ley del Suelo art 18.1.b: *Entregar a la Administración competente, y con destino a patrimonio público de suelo, el suelo libre de cargas de urbanización correspondiente al porcentaje de la edificabilidad media ponderada de la actuación, o del ámbito superior de referencia en que ésta se incluya, que fije la legislación reguladora de la ordenación territorial y urbanística. Con carácter general, el porcentaje a que se refiere el párrafo anterior no podrá ser inferior al 5 por ciento ni superior al 15 por ciento.* [17]

resultante de esta cesión de aprovechamiento tiene que ir destinada a patrimonio público de suelo, con el fin de interés público que ello supone²⁶.

Sin embargo, la crisis inmobiliaria que estamos sufriendo es la demostración palpable del fracaso del sistema [24], toda vez que la explosión de la burbuja se debe a la falta de interés por parte de las Administraciones Públicas de luchar contra la especulación²⁷. El sofisma de que la plusvalía beneficia a todos, queda absolutamente superado por la evidencia de las crisis sufridas como consecuencia de los desmesurados incrementos en los precios [25]. No obstante, y por ahora, no se encuentra una alternativa clara al problema²⁸.

Los fundamentos económicos anteriormente expuestos desenfocan el verdadero objetivo del urbanismo. No se trata de fomentar una actividad económica, de favorecer mediante una necesidad social un negocio destinado a promotores y empresas constructoras²⁹; lo que se trata es de solucionar con carácter prioritario los problemas de acceso a una vivienda que está encarecida y a la que determinadas personas con recursos económicos bajos encuentran muchos obstáculos para conseguirla; además se debe pretender un diseño de ciudad que contemple un crecimiento ordenado de las poblaciones [26].

Es ésta, la llamada función pública [27], que cumple la propiedad del suelo y son también las razones por las que la regulación de la propiedad del suelo se extrae del ámbito del Código civil, porque el objetivo último que se pretende alcanzar no es otro que buscar el interés general, debiendo la Administración intervenir directamente ejercitando las potestades exorbitantes de la que es titular, para así conseguir dichos objetivos³⁰.

Podemos entender que en un momento determinado de nuestra historia, se utilizase el plus valor generado por la recalificación de terrenos para hacer florecer la industria de la construcción, creando así puestos de trabajo y haciendo crecer la economía mediante la satisfacción de un servicio público de interés general a través de manos privadas. Pero

hoy en día, a nadie se le escapa que dicho sistema de reparto especulativo ha traído nefastas consecuencias con ocasión de la escalada producida en los precios del suelo, y por ende, de la vivienda. Es por ello, que hay que plantear alternativas a la forma de gestionar y ejecutar el planeamiento urbanístico.

Lo cierto es que el periplo normativo acaecido durante la segunda mitad del siglo XX y lo que llevamos del XXI, es incansable, ley tras ley se ha ido aprobando, siempre con los mismos objetivos en su espíritu, imposibles de cumplir en la realidad. Tal vez por el convencimiento de la ineficacia del aparato administrativo o por un puro afán mercantilista de una necesidad social, se facilita que una función pública se ejercite por los particulares. Pero el paso de los últimos años y la huella dejada por las últimas leyes, han permitido que nos demos cuenta de los problemas que este sistema acarrea [28], como sí se puede o no obligar a los propietarios a realizar una función pública³¹ de esa naturaleza; o sí por el contrario [29], se trata de una actividad empresarial desagregando el derecho de propiedad del suelo del derecho a transformar el mismo, creando así nuevas propiedades diferentes³²; o sí se tiene o no el derecho al valor expectante que otorga el planeamiento urbanístico³³. Todos estos asuntos desfiguran el contenido tradicional del derecho de propiedad, dibujando los derechos dominicales de los propietarios en función de las necesidades ocasionales de cada momento [30]. Debemos ser más ambiciosos, e intentar dar soluciones legislativas que perdure en el tiempo, sobre todo si estamos hablando de un derecho de tanta trascendencia e importancia como el de propiedad.

Al decir el artículo 47CE que la comunidad participará de las plusvalías que genera la acción urbanística de los entes públicos, está diciendo que la titularidad administrativa del aprovechamiento le pertenece en parte. Participar significa tomar parte de un todo, pero no apoderarse del todo, y ello nos posiciona otra vez en una teoría ecléctica, que elimina tanto la teoría civilista de la exclusión de las facultades dominicales a favor del propietario, como la teoría

²⁶ ART 52 .1 Ley del Suelo: *Los bienes y recursos que integran necesariamente los patrimonios públicos de suelo en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo anterior, deberán ser destinados a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública, salvo lo dispuesto en el artículo 18.2 a). Podrán ser destinados también a otros usos de interés social, de acuerdo con lo que dispongan los instrumentos de ordenación urbanística, sólo cuando así lo prevea la legislación en la materia especificando los fines admisibles, que serán urbanísticos, de protección o mejora de espacios naturales o de los bienes inmuebles del patrimonio cultural, o de carácter socio-económico para atender las necesidades que requiera el carácter integrado de operaciones de regeneración urbana.* [17]

²⁷ Domenech Pascual. "Las plusvalías urbanísticas del el derecho español. Un sistema de incentivos perverso". Universidad de Valencia-2014.(on line). Disponible en: www.uv.es/gadapas/2014.

²⁸ Fco. J. Jiménez de Cisneros Cid. "Las consecuencias de la crisis en el urbanismo español: la necesidad de reconfigurar sus bases". Revista de Derecho urbanístico y Medio Ambiente. Nº310 .pag nº 29. Diciembre 2016.

²⁹ A.J. Sánchez Rodríguez, Antonio Jesús. "PROYECT FINANCE en financiación de infraestructuras mediante colaboración pública-privada". REDA Nº 165. . Edit. Civitas. julio-septiembre 2014.

³⁰ J.A. Carrillo Donaire ; M.Novo Funcuberta. "Expropiación Forzosa". REDA Nº 178. edt Civitas. julio 2016.

³¹ L. Parejo Alfonso "Suelo y urbanismo: el nuevo sistema legal". Madrid Tecnos 1991. L. Parejo Alfonso "Reivindicación del urbanismo. Liberalización del suelo al servicio del interés general". Madrid Instituto Pascual Madoz. 1997.

³² Javier García-Bellido "La liberalización efectiva del mercado del suelo. Escisión del derecho de propiedad inmobiliaria en una sociedad avanzada". Ciudad y Territorio. Estudios territoriales. Nº 95-96. 1993.

³³ F. López Ramón "introducción al derecho urbanístico" (segunda edición). Marcial Pons. Madrid 2007.

puramente administrativista, de la titularidad pública del aprovechamiento en razón al interés general que supone su causa. A partir de aquí:

En primer lugar, la legislación estatal del suelo debe garantizar y lo hace, la igualdad de todos los españoles en los aspectos más importantes del derecho de propiedad, estableciendo los mismos derechos y obligaciones en todo el territorio nacional, a través de la creación de las situaciones básicas de suelo y del régimen de valoraciones, otorgando diferentes derechos y valores, en función de las circunstancias de transformación urbanística en que se encuentren los terrenos³⁴.

Y en segundo lugar, las Comunidades Autónomas, por encargo de la Constitución, deben legislar sobre la materia relacionada con la ordenación del territorio, el urbanismo y la vivienda, para que adecuen a la peculiaridad de su territorio el desarrollo urbano a través del planeamiento y ejecución del mismo por sistemas de gestión públicos y privados³⁵.

Pero esta estructura perfectamente equilibrada y medida, no ha dado el resultado deseado [31]. Las legislaciones de las Comunidades Autónomas han permitido que los municipios desarrollen un urbanismo caciquil, basado en muchos casos, en pequeños intereses individuales sometidos a ambiciones pueriles que nada tienen que ver con el desarrollo ordenado de los territorios, y ello se debe en parte a la gestión privada del hecho público, a permitir que los interesados gestionen con su capital la construcción de la ciudad a cambio del apoderamiento de parte de la plusvalía³⁶ [32].

En definitiva [33], la normativa actual ha permitido que exista un claro conflicto de intereses entre el instinto natural al enriquecimiento individual, y el desarrollo de una función pública y por tanto de interés general³⁷.

3. REFLEXIÓN A UN PROBLEMA INCONCLUSO

La situación real ante la que nos encontramos es la de un país desarrollado, donde la Administración es perfectamente

capaz de afrontar cualquier servicio público de interés general, sin necesidad de acudir a fórmulas imaginativas que tengan por objetivo liberar al Estado de cargas inasumibles. El sistema de la gestión privada del urbanismo, se estructura en los años 50 como una solución imaginativa a un país en vías de desarrollo y cuyo balance se puede decir con acierto que ha resultado positivo desde el punto de vista económico, sin embargo, hay que pensar que se trata de un sistema agotado incapacitado para dar una respuesta adaptada a los tiempos.

La participación de los particulares en la labor urbanizadora siempre ha sido una desnaturalización de un quehacer puramente administrativo. Y, por el contrario, el apoderamiento administrativo de parte del valor de la propiedad, como compensación de la plusvalía generada por la necesidad de construcción, siempre ha levantado ampollas en la concepción más capitalista de nuestra sociedad.

Por lo tanto somos de la opinión de que a cada cual hay que darle lo suyo. Y esto quiere decir, que la Administración no debe cargar a los particulares con deberes de construcción de la ciudad, y que, sí los particulares quisieran aprovecharse de las infraestructuras, equipamientos y servicios públicos, en su propio beneficio, los tendrían que pagar. Por ello, debemos pensar en una solución al estilo francés [34], pero con ciertas matizaciones importantes³⁸. La ejecución urbanística en Francia [35] se realiza a través de la expropiación de los terrenos necesarios para la construcción de las redes que equipan la ciudad³⁹, permitiendo a los propietarios del suelo edificar mediante la compra del aprovechamiento resultante por el cambio de uso realizado por el planeamiento^{40 41}. Este sistema puede resultar muy interesante [36] y [37], teniendo la gran suerte de analizar un sistema normativo sobradamente probado, y adaptar a nuestra forma de hacer ciudad lo que verdaderamente se adapte a nuestras circunstancias^{42 43} [38], [39], [40], [41] y [42].

Se deja así planteado el problema y abierta una vía de estudio para futuros trabajos.

³⁴ Ver RD legislativo 7/2015. Capítulo III del Título I. [17]

³⁵ Ver Constitución Española art 148.3. [6]

³⁶ Ver JM Alegre Ávila. "El Estado territorial y el título VIII de la Constitución: unas pinceladas a contracorriente. REDA Nº172. Edit. Civitas. julio-septiembre 2015.

³⁷ Ver Tesis Doctoral de J. Olmedo Álvarez "La iniciativa empresarial en la ejecución del planeamiento urbanístico. Un estudio sobre la figura del agente urbanizador en el derecho autonómico español.", leída en el Departamento de Ciencias jurídicas de la Universidad de Castilla-La Mancha curso 2003-2004.

³⁸ H. Capel, "Urbanismo, política y economía. Una perspectiva comparada hispano-francesa". Scripta Vetera. Edición Electrónica de Trabajos Publicados sobre Geografía y Ciencias Sociales. Universidad de Barcelona, nº 157. Barcelona- 2010 (on line) Disponible en: <http://www.ub.es/geocrit/b3w-893>. J. Morand-Deviller "actualidad del derecho urbanístico en Francia: las finalidades medioambientales y sociales" Revista catalana de derecho público, nº. 38, 2009.

³⁹ A. J. Criado. XIII curso de urbanismo organizado por la Fundación Formación y Desarrollo en Junio de 2014: "La ejecución del planeamiento es responsabilidad es la administración aunque existen tres formas de gestión: a) Gestión directa expropiatoria b) Gestión indirecta expropiatoria a un ente público o sociedad mixta (pública y privada), formula, en cualquiera de sus modalidades, la más frecuente c) Gestión indirecta expropiatoria por concurso a una urbanizadora, con posibilidad de participación de los propietarios constituidos en una Association Foncière Urbaine (AFU). Los suelos dotacionales se obtienen normalmente mediante expropiación".

⁴⁰ J. C Tejedor Bielsa "Propiedad, equidistribución y urbanismo. Hacia un nuevo modelo urbanístico". Pamplona, Aranzadi, 1998.

⁴¹ Marta Lora-Tamayo Vallvé "Urbanismo de obra pública y derecho a urbanizar". Marcial Pons. Madrid 2002.

⁴² L. Parejo Alfonso. "Derecho urbanístico francés" (Parte 1). Revista de Derecho urbanístico y Medio Ambiente. Nº301. Noviembre 2015. Pág. 17 y ss.

⁴³ L. Parejo Alfonso. "Derecho urbanístico francés" (Parte 2). Revista de Derecho urbanístico y Medio Ambiente. Nº302. Diciembre 2015. Pág. 17 y ss.

4. REFERENCIAS

- [1] Código Civil RD 24 de julio de 1889.
- [2] M. Albadalejo, "Compendio de Derecho Civil". Decimotercera edición. Edisofer. Madrid 2007.
- [3] Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (Asamblea Nacional Constituyente Francesa 26 de agosto de 1789). (online). Disponible en: <http://www.noticierooficial.com/internacional/.../derechosdelhombreyciudadano>.
- [4] Encíclica Mater et Magistra. Disponible en: http://www2.vatican.va/content/john-xxiii/es./hf_j-xxiii_enc_15051961_mater.html
- [5] G. de Azcarate, "Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad y su estado actual en Europa". Revista de legislación. Vol. 2 pag 364. Madrid 1880.
- [6] Constitución Española de 1978.
- [7] A. Smith, Libro primero: "An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations". Traducción: Carlos Rodríguez Braun. W.Straran. Londres 9 de marzo de 1776. Editor digital: Titivillus e Pub base r1.2. Disponible en: <http://ceiphistorica.com/wp-content/uploads/2016/04/Smith-Adam-La-Riqueza-de-las-Naciones>.
- [8] L. Orduña Diez, "La propiedad privada, el capitalismo y las teorías marxistas". Cuadernos de estudios empresariales nº 9. Año 1999.
- [9] Ley 19/1975 de 2 de mayo de reforma de la Ley de régimen del suelo y ordenación urbana. BOE nº 107 de 5 de mayo de 1975.
- [10] Ley 8/1990 de 25 de julio sobre régimen urbanístico y valoraciones del suelo. BOE nº 179 27 de julio de 1990.
- [11] Ley 8/2007 de 28 de mayo de suelo. BOE nº 128 de 29 de mayo de 2007.
- [12] J.A. Ivars Bañuls, "El nuevo marco jurídico de la gestión urbanística en la Ley de Ordenación del territorio, urbanismo y paisaje de la Comunitat valenciana". Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente. Nº307. Julio-agosto 2016.
- [13] Fco. B. Chávarri Caro, "La burbuja inmobiliaria". BIA nº247. Enero-febrero 2007.
- [14] R. Parada, "Derecho Urbanístico". Marcial Pons. Madrid 1999.
- [15] Bassols Coma, Martín, "Génesis y evolución del derecho urbanístico español". Pag nº 194. Edit. Montecorvo. Madrid, 1973.
- [16] Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana de 12 de mayo de 1956. BOE nº 135 de 14 de mayo.
- [17] RD legislativo 7/2015 de 30 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. BOE nº 261 de 31 de octubre de 2015.
- [18] J. Zamorano Wisnes, "El suelo urbanizado y las operaciones de transformación urbanística en la legislación del suelo: evolución y régimen jurídico". Revista de Derecho urbanístico y Medio Ambiente. Nº298. Junio 2015.
- [19] STS (sala 3ª) de 6 de mayo 2011. Ponente: Teso Gamella.
- [20] Estudio estadístico sobre el precio del suelo sin edificar. 2015. Ministerio de Fomento. <http://www.fomento.gob.es/BE2/?nivel=2&orden=36000000>
- [21] Estudio estadístico sobre el precio del suelo rústico en España. 2015. <http://www.mapama.gob.es/es/estadistica/temas/estadisticas.../encuesta-precios-tierra/>. Ministerio de Agricultura.
- [22] Plan Parcial Geneto 5. El Gramal. San Cristóbal de La Laguna, Tenerife. http://www.gerenciurbanismo.com/gerencia/gerencia/published/.../node_2549.
- [23] Estudio sobre costes de urbanización en la ciudad de Majadahonda (Madrid) año 2015. Ministerio de Hacienda. www.catastro.minhap.es/jaxi/tabla.do
- [24] G. Domenech Pascual, "Las plusvalías urbanísticas del el derecho español. Un sistema de incentivos perverso". Universidad de Valencia-2014. Disponible en: www.uv.es/gadopas/2014.plusvalias.urbanisticas.
- [25] F.J. Jiménez de Cisneros Cid, "Las consecuencias de la crisis en el urbanismo español: la necesidad de reconfigurar sus bases". Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente. Nº 310. Diciembre 2016.
- [26] A.J. Sánchez Rodríguez, "Proyect finance en financiación de infraestructuras mediante colaboración pública-privada". REDA Nº 165. Julio-septiembre 2014. Edit. Civitas.
- [27] C. Donaire, J. A. y M. Novo Funcuberta, "Expropiación Forzosa". REDA Nº 178. Edit. Civitas Julio 2016.
- [28] L. Parejo Alfonso, "Suelo y urbanismo: el nuevo sistema legal". Madrid Tecnos 1991.
- [29] J. García-Bellido, "La liberalización efectiva del mercado del suelo. Escisión del derecho de propiedad inmobiliaria en una sociedad avanzada". Ciudad y Territorio. Estudios territoriales. Nº 95-96. 1993.
- [30] F. López Ramón, "Introducción al derecho urbanístico". Marcial Pons Segunda edición. Madrid 2007.
- [31] A. Ávila, J. Manuel. "El Estado territorial y el título VIII de la Constitución: unas pineladas a contracorriente". REDA, nº 72. Edit. Civitas. Julio - septiembre 2015.
- [32] T. Quintana López, "Claves normativas para el cambio de modelo urbanístico en Castilla y León". Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente. Nº303. Enero-febrero 2016.
- [33] J. Olmedo Álvarez, "La iniciativa empresarial en la ejecución del planeamiento urbanístico. Un estudio sobre la figura del agente urbanizador en el derecho autonómico español.". Tesis doctoral. 2004.
- [34] C. Horacio, "Urbanismo, política y economía. Una perspectiva comparada hispano-francesa". Scripta Vetera. Edición Electrónica de Trabajos Publicados sobre Geografía y Ciencias Sociales. Universidad de Barcelona, nº 157. Barcelona- 2010. Disponible en: <http://www.ub.es/geocrit/b3w-893>.
- [35] J. Criado Alejandro, "XIII curso de urbanismo organizado por la Fundación Formación y Desarrollo en Junio de 2014". Disponible en:<http://cursourbanismo.es/lineas-basicas-del-derecho-urbanistico-en-francia>.
- [36] J.C. Tejedor Bielsa, "Propiedad, equidistribución y urbanismo. Hacia un nuevo modelo urbanístico". Pamplona, Aranzadi, 1998.
- [37] M. Lora-Tamayo Vallve, "Urbanismo de obra pública y derecho a urbanizar". Marcial Pons. Madrid 2002.
- [38] L. Parejo Alfonso, Derecho urbanístico francés (Parte 1). Revista de Derecho urbanístico y Medio Ambiente. Nº301. Pág. 17 y ss. Noviembre 2015.
- [39] J. Morand-Deviller, "Actualidad del derecho urbanístico en Francia. Las finalidades medioambientales y sociales". Revista catalana de derecho público, nº. 38, 2009.
- [40] L. Parejo Alfonso, "La ordenación territorial y urbanística en los EE.UU (Parte 1)". Revista de Derecho urbanístico y Medio Ambiente. Nº291. Pág. 13 y ss. Julio-agosto 2014.
- [41] L. Parejo Alfonso, Derecho urbanístico francés (Parte 2). Revista de Derecho urbanístico y Medio Ambiente. Nº302. Pág. 17 y ss. Diciembre 2015.
- [42] L. Parejo Alfonso, "La ordenación territorial y urbanística en los EE.UU (Parte 2)". Revista de Derecho urbanístico y Medio Ambiente. Nº292. Pág. 13 y ss. Septiembre-octubre 2014.

WHAT DO YOU THINK?

To discuss this paper, please submit up to 500 words to the editor at bm.edificacion@upm.es. Your contribution will be forwarded to the author(s) for a reply and, if considered appropriate by the editorial panel, will be published as a discussion in a future issue of the journal.