EL DEBATE SOBRE LA REGULACION DEL PROCESO URBANISTICO

Lluís Cases Pallares

No es ninguna novedad advertir que la situación del urbanismo en España no es en la actualidad y desde hace muchos años, satisfactoria. Desde distintas ópticas -económica, social, ecológica, la impuesta por la persecución de la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos se detectan problemas de diversa índole y de profunda importancia.

Esta preocupación por la insatisfacción del estado de la cuestión urbanística es especialmente punzante si tenemos en cuenta que el suelo por un lado, es un bien esencial para los ciudadanos, y, por otro, es sostén de las actividades económicas. Ello hace que con suma facilidad los problemas inherentes al proceso urbanístico se trasladen e incorporen a la vida social y económica, causando distorsiones en su adecuada funcionalidad.

Esta situación, es preciso poner de relieve, no se gesta en un ámbito carente de regulación, de intervención y control administrativo. Como es sabido, el ordenamiento jurídico español, desde la aprobación de la primera Ley del Suelo en 1956, está dotado de un complejo sistema normativo regulador del proceso urbanístico, en el que destaca sobremanera la capacidad de actuación de las administraciones públicas, que se ha incrementado con las sucesivas modificaciones de aquella primera ley. Ello hace que si bien no todos los analistas puedan afirmar que la situación actual es fruto de dicha normativa, si habrían de coincidir en que su existencia no ha impedido llegar a aquélla.

Este estado de la cuestión ha hecho que la normativa que rige el proceso urbanístico español sea sometida a debate. Se trata, entendemos, de un debate imprescindible y del que han de surgir, como una exigencia ineludible, modificaciones del régimen normativo del proceso urbanístico.

La necesaria regulación del proceso urbanístico.

El suelo reúne un conjunto de peculiaridades que hacen precisa y justificada la existencia de regulación del proceso urbanístico por parte de los poderes públicos. No parecen de recibo postulados que reclamasen un completo alejamiento de los poderes públicos del suelo, pretendiendo que el simple juego del mercado constituye un mecanismo adecuado de asignación de recursos y de ordenación.

La Constitución, entendemos, se pronuncia al respecto al establecer que "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" (art. 47). Asimismo, el carácter no renovable del suelo, la naturaleza perpetua a la percepción de los individuos de la transformaciones del suelo, la repercusión ecológica de

determinadas actividades, la innegable incidencia de las implantaciones urbanísticas en la calidad de vida de los ciudadanos, la necesaria protección del paisaje y de conjuntos definitorios de la historia del país, serían argumentos -seguramente habría otros- que vendrían a justificar la regulación del proceso urbanístico por parte de los poderes públicos.

Los efectos externos de toda actividad sobre el suelo son notorios, de modo que parece en la actualidad insostenible defender la dejación completa de la ordenación del suelo al juego de mercado.

No obstante, inmediatamente se ha de afirmar que es evidente que la existencia de una justificada regulación no implica la correlativa utilización de unos instrumentos exclusivos y únicos para alcanzar sus objetivos. El análisis de la actividad de los poderes públicos en distintos ámbitos muestra como la regulación emplea diferentes mecanismos para lograr los objetivos perseguidos.

Apuntes sobre problemas de la regulación actual del proceso urbanístico.

En este orden de cosas parece sugerente detectar y enunciar algunas de las disfunciones que, a nuestro entender, padece la regulación urbanística española y los instrumentos dispuestos para alcanzar sus objetivos.

Es preciso señalar que en este comentario únicamente se pretende exponer algunas reflexiones sobre las desviaciones de distinto calado y solución que se aprecian en el sistema urbanístico español, sin ahondar en propuestas globales alternativas. Evidentemente, todas estas reflexiones merecerían una atención y fundamentación considerablemente mayor, de modo que aquí formularemos simplemente unos esbozos de las mismas⁽¹⁾.

a. La incertidumbre sobre la legislación aplicable.

Una primera cuestión de envergadura es la cuestión de la legislación a aplicar. El desarrollo económico, como es conocido, precisa de instituciones jurídicas adecuadas, estables y sólidas. Los operadores económicos necesitan, indudablemente, seguridad sobre la normativa aplicable en cada momento. Pues bien, en el orden urbanístico, cuya trascendencia económica no vamos a descubrir ahora, el operador se puede encontrar con dificultades para precisar con seguridad la norma aplicable, lo que genera dudas reales sobre las actuaciones a emprender.

Esta es la situación que, por ejemplo, puede darse en Cataluña donde coexisten en la actualidad dos normas urbanísticas, una estatal (recurrida ante el Tribunal Constitucional) y otra autonómica, que reclaman ser aplicadas y que en aspectos fundamentales de honda repercusión económica son contradictorias. La realidad es que la norma que viene siendo aplicada es la autonómica (la administración autonómica es la que aprueba los planes urbanísticos). Criterio en parte favorecido por la escasa aplicación de la legislación estatal en todo el territorio nacional. Sin embargo, la administración central del Estado estima que la legislación aplicable es la estatal, que habría de venir a ser desarrollada por la autonómica. Ello hace que el operador tenga dudas de partida sobre la legalidad de las operaciones emprendidas al someterse a una u otra norma. Esta situación es contradictoria con el Estado de Derecho, proclamado por la Constitución, en

(1) Está en curso una investigación de una mayor profundidad sobre estos temas, en la que se precisará la entidad de cada una de estas distorsiones, su efectos y su trascendencia.

tanto que al margen de las disputas constitucionales de distribución de competencias, absolutamente legítimas por otra parte, el ordenamiento jurídico-constitucional nos habría de permitir determinar la legislación aplicable. Asimismo, el operador económico se coloca en una situación de incertidumbre, pues existen dudas no ya de si aplica correctamente el ordenamiento jurídico, sino que éstas alcanzan a la elección de la norma aplicable.

En cierto modo, esas mismas dudas pueden manifestarse cuando se aprecia que la Ley estatal 8/1990, de 25 de julio, sobre reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo (posteriormente refundida con la Ley del Suelo de 1976 en el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio) no es objeto de la aplicación generalizada que, en principio, su entrada en vigor exigiría. Transcurridos prácticamente cuatro años desde su promulgación, la aplicación de la legislación estatal difícilmente puede calificarse de satisfactoria.

b. La incapacidad de la Administración pública para aplicar la legislación.

En conexión con lo anterior cabe señalar que es frecuente la argumentación de que la legislación urbanística es, en principio y en teoría, correcta, pero que los déficit del urbanismo derivan de su no aplicación por la administración pública. Se esgrime que ésta no es capaz de afrontar los retos que la legislación le formula y que ello genera la distorsión del proceso urbanístico. Esta argumentación a nuestro parecer es preocupante. La legislación se adopta para ser aplicada. Consideramos que nada daña más al ordenamiento jurídico que la inaplicación de la legislación vigente por decisión de algunos de los sujetos llamados a cumplirla. Ello conduce a que los ciudadanos queden sometidos a distintas normas, según sea la capacidad o voluntad en este caso de la administración pública, lo que evidentemente resulta inadmisibile. Dicho esto, a continuación debe plantearse que si la legislación es inaplicada durante largos períodos de tiempo por las administraciones públicas es que quizás algo ocurre. ¿Es útil, aconsejable, interesante social y económicamente adoptar legislaciones de una pretendida gran perfección técnica, que luego en la realidad no pueden ser aplicadas por los operadores, ya sean públicos o privados? Pero, es más, si realmente el legislador entiende que dicha norma es precisa e ineludible, lo que debe hacer de forma inmediata es ofrecer a los operadores los medios necesarios para cumplir los objetivos de tan perfecta normativa.

c. La competencia en el mercado no es atendida por el planeamiento.

En otro orden de cosas, es preciso poner de relieve el alejamiento de la potestad de planeamiento de la preocupación por la economía y por la competencia en el mercado. El sistema urbanístico español se fundamenta en la utilización del plan como instrumento de definición completo de los aprovechamientos urbanísticos. Dos cuestiones destacan en especial. En primer lugar, a través del ejercicio de la potestad de planeamiento, concretamente de la clasificación del suelo en urbano, urbanizable y no urbanizable, la administración pública determina el mercado del suelo. Es evidente que la administración configura la dimensión del mercado al prever el suelo que puede ser receptor de aprovechamientos urbanísticos y al prohibir su ubicación en el resto del territorio. En segundo lugar, a través del ejercicio de la referida potestad, la administración pública puede configurar ya *ex ante* y de forma absoluta los usos a implantar sobre el suelo. Esta predeterminación no va referida únicamente a usos incompatibles, sino que puede alcanzar a detallar las actividades a desarrollar y las condiciones de ejercicio de las mismas.

Estas dos decisiones, cuya trascendencia económica no se puede desconocer, se adoptan sin apreciar o tener en cuenta su incidencia en la competencia en el mercado y en general sus efectos para la economía. En la elaboración del planeamiento puede no llegarse a atender los

efectos económicos de las decisiones públicas. La preconfiguración de la actividad económica en los planes urbanísticos, además, corre el riesgo de ser contradictoria con la incesante evolución del mercado hacia nuevas formas productivas o comerciales.

d. La extrema duración de los procedimientos administrativos.

En conexión con esto último, cabe traer a colación, como otro grave problema, la extrema duración de los procesos administrativos previos a la disposición de suelo urbanizado en el mercado. Versiones oficiales del MOPTMA indican que el proceso de elaboración, modificación o revisión de un Plan General para un municipio de tamaño medio-grande (aproximadamente 100.000 habitantes) oscila de duración entre 18 y 39 meses. A ésta se ha de añadir luego el período de aprobación del correspondiente planeamiento de desarrollo, planes parciales en suelo urbanizable, en período de aprobación de los instrumentos de gestión urbanística establecidos en la legislación. Todo ello hace que el período de tiempo empleado para disponer de suelo urbanizado puede calificarse de contraproducente a las exigencias de ofrecer una respuesta rápida a las nuevas necesidades que la sociedad y la economía suscitan.

c. La deslegitimación del plan como instrumento de ordenación.

La regulación del proceso urbanístico que tiene como epicentro el plan puede no ser satisfactoria cuando el planeamiento pierde su legitimidad o cuanto menos cuando ésta queda entredicha. Son frecuentes las alteraciones puntuales del planeamiento cuyo objetivo es permitir determinadas implantaciones urbanísticas hasta ese momento prohibidas. Es notorio que ello, en teoría, podría presentarse como el mecanismo adecuado para hacer frente a nuevas necesidades, no contempladas por el planificador inicial. Sin embargo, estas alteraciones, que en ocasiones pueden calificarse de "a la carta", pueden verse por el público en general como operaciones de transacción de la administración planificadora con determinados grupos de inversionistas, de propietarios o de empresas promotoras. Se trataría de operaciones no al alcance de todo ciudadano, sino únicamente de aquéllos con la suficiente capacidad para motivar a la administración a alterar el planeamiento. Se cuestiona entonces la legitimidad del planeamiento por cuanto puede alterarse, permitiendo aquello que hasta ese momento estaba prohibido, en contra de la ordenación urbanística establecida, que en principio era el fruto de un diseño estructurado de la ciudad y de su crecimiento. Podría, lógicamente no siempre, plantearse la situación descrita por Stigler de la captura del regulador por el regulado, de modo que éste consigue una determinada ordenación que representa más un beneficio a él que a los intereses generales. De otra parte, existe el riesgo de deslegitimación del planeamiento por el empleo de forma cuanto menos sorprendente de excepciones que permiten obviar el cumplimiento completo del proceso urbanístico y autorizar determinadas implantaciones en principio prohibidas. Asimismo, semejante riesgo puede concurrir cuándo la administración opera al mismo tiempo como propietario y planificador. El estudio de la regulación, en concepto muy amplio, como instrumento a disposición de los poderes públicos para ordenar las conductas empresariales en el mercado, ha puesto de relieve que una situación de alto riesgo para el cumplimiento de los verdaderos objetivos perseguidos es aquélla en que el regulador es al mismo tiempo el sujeto regulado. Ello no tiene porque no ser tenido en cuenta al atender a la regulación del proceso urbanístico. No se plantea evidentemente, la no disponibilidad de propiedades por parte de la administración, sino que el planeamiento debe atender estos casos con la máxima precaución.

Otros aspectos que pueden poner en tela de juicio el planeamiento son la utilidad de la participación pública en su elaboración, su publicidad y el control de su contenido. Por lo que respecta a la participación pública, cabe reseñar que fácilmente se puede convertir en un simple

trámite, cuando en verdad no se ejercita, como sería posible, un control sobre si la administración le ha dado la virtualidad prevista en el ordenamiento. A partir del momento en que no se controla si la administración ha analizado las alegaciones formuladas o si ha dado respuesta de entidad a las propuestas lanzadas (ello no implica estimarlas) los trámites participativos pierden paulatinamente su significación. En relación a la publicidad de los planes puede advertirse que al menos en Cataluña, los planes siguen sin ser objeto de la publicación que la Sala de Revisión del Tribunal Supremo ha estima necesaria. Las normas de los planes urbanísticos no se publican. Se localizan en la administración pública, que ofrece la información de acuerdo con sus posibilidades. En torno a esta cuestión se suscita una retahíla de supuestos, sufridos por particulares, asociaciones, empresas, profesionales incluso por magistrados que conocen de controversias sobre el planeamiento, claramente atentatorias contra la seguridad jurídica. Entre otras, la negativa al acceso a las normas, la existencia de normas de contenido distintos, las dudas sobre su vigencia, normas con enmiendas suscritas a mano... Por último, el control de la potestad de planeamiento se atribuye prácticamente en exclusiva (persisten algunos supuestos de recursos ordinarios en la administración autonómica) a la jurisdicción contencioso administrativa. No existen mecanismo previos de control a los que plantear la controversia surgida. Ello hace que la vía judicial deba atender a un número considerable de conflictos, sin que puedan obviarse los notorios problemas para desarrollar un control efectivo y, por tanto, la plena garantía de los derechos de los ciudadanos: la lentitud del proceso judicial, que conlleva que la resolución se dicta cuando se ha consolidado completamente la situación de partida; la dificultad intrínseca del control por cuanto el planeamiento es en una parte importante fruto del ejercicio de una potestad discrecional; el contenido en muchos aspectos técnico del planeamiento al que es difícil acceder a los profanos, la dificultad de la ejecución de sentencias contra la administración pública y la convalidación posterior de las irregularidades...

f. La generalización de conductas impositivas en torno al proceso urbanístico.

En el análisis que se efectúa de los problemas del proceso urbanístico no puede pasar por alto la aparición de la, a nuestro entender, grave generalización de conductas que se caracterizan por generar ingresos para las arcas públicas al margen de los deberes urbanísticos legalmente establecidos. De forma transparente, la tramitación de los instrumentos necesarios para llevar a buen término el proceso urbanístico va acompañada, en ocasiones, del pago por parte de sus promotores de cantidades económicas a la administración pública a fin de implantar determinados servicios en el municipio, tales como piscinas, bibliotecas, polideportivos. No nos referimos a conductas oscuras sino a acuerdos, cuya publicidad adquiere muy distintos niveles, entre la administración local y los promotores. El ordenamiento jurídico establece de forma expresa los deberes que los propietarios de terrenos deben cumplir a lo largo del proceso urbanístico. Ampliar las cargas más allá de éstos e imputar nuevas contribuciones no nos parece de recibo. Si entendemos que el ordenamiento urbanístico no permite a la administración recuperar suficiente parte de sus plusvalías que genera su actuación, lo que se impone es su modificación. Es inaceptables que amplíemos las cargas inherentes al proceso urbanístico de forma discrecional, posibilitario que cada administración actuante pueda determinar el coste paralelo a satisfacer. En esta situación, desde el punto de vista económico, ha de resultar complejo estimar de forma previa los costes de los proyectos urbanísticos. Evidentemente, estas conductas no pueden tener justificación en los déficit de las haciendas municipales. Este es un problema muy grave, que debe ser afrontado por los poderes públicos competentes y que a nuestro parecer ha de conducir a reflexionar sobre el papel que corresponde a la administración local en nuestro Estado y cuales han de ser los ingresos de sus haciendas.

g. La no repercusión efectiva de la recuperación de plusvalías.

Uno de los fundamentos de regulación urbanística es la recuperación de parte de las plusvalías generadas por la acción de los poderes públicos. El propietario cuyo terreno era suelo no urbanizable y que ahora por una decisión administrativa se ha convertido en suelo urbanizable debe afrontar una serie de deberes, a fin de que el incremento de valor de los terrenos acontecido no permanezcan en sus manos en su totalidad y que parte del mismo derive hacia la comunidad. Ahora bien, aunque no se disponga de datos económicos suficientes, parece constatable que el ordenamiento jurídico en su conjunto no asegura que esta pérdida de plusvalía la sufra realmente aquél cuyos terrenos han incrementado su valor por la acción de los poderes públicos. Más bien, la experiencia sugiere que la repercusión de las cargas inherentes al proceso urbanístico las afronta en una parte importante el receptor final del producto, ya sea vivienda, nave industrial, o cualquier otra instalación. Por ello el aumento de las cargas y deberes consustanciales al proceso urbanístico sin asegurar que repercuten realmente sobre quien ha incrementado el valor de su patrimonio y no sobre el receptor final del proceso puede llegar a generar un aumento del coste del producto final, que no responde a los objetivos perseguidos.

h. La necesaria reflexión sobre el papel de la Administración pública y de los individuos en el urbanismo.

Por último, hemos dejado la necesidad de reflexionar sobre si el papel que en el sistema urbanístico corresponde, por un lado, a la administración pública, y, por otro, a los particulares es ajustado al devenir de la evolución social y económica española. Es palmario que la normativa urbanística se fundamenta en la práctica atribución del conjunto de las decisiones urbanísticas a la administración pública. Debe advertirse en este sentido que la legislación urbanística española evoluciona en las distintas reformas de la Ley de Suelo hacia un incremento paulatino de las facultades de la administración para la dirección del proceso urbanístico. A nuestro entender el debate debe centrarse en si los objetivos que ha de perseguir la acción del Estado en el urbanismo obligan a residir en la administración, como hasta ahora con los resultados conocidos, el haz de facultades que la normativa vigente establece. Cabría plantearse si no sería oportuno que la Administración centrara su actuación en aquellos aspectos realmente esenciales para el cumplimiento de los objetivos del Estado y no se le atribuyese la función de participar de forma decisiva en todos y cada uno de los aspectos del proceso urbanístico, abriendo entonces el margen de opción de los particulares. Todo el debate habría de pasar, en nuestra opinión, por no desconocer las peculiares circunstancias que rodean al suelo, que han de repercutir en la regulación adoptada, y por atender a utilizar, en todo lo que sea oportuno, la discusión global sobre el papel que la administración pública debe desarrollar en nuestra sociedad.

Se han intentado aportar en este comentario apuntes para una discusión sobre la regulación del proceso urbanístico. Esta es una discusión que no ha hecho más que iniciarse en España, donde prácticamente había unanimidad sobre la adecuación de la regulación urbanística vigente en sus rasgos fundamentales. Creemos que es una discusión compleja por las peculiaridades del bien sobre que el que se debate, por las diversas instancias públicas que han de participar en la misma, por cuanto no se puede circunscribir a la administración central del Estado y por la necesidad de recoger también las aportaciones que desde la sociedad se formulen. No obstante, como decíamos al principio, es una discusión necesaria de la que indudablemente derivarán mejoras en el urbanismo.