

## Prólogo

La calidad humana del profesor Sánchez Goyanes, Director de la obra, y su afecto y cariño hacia mi persona explican que me encuentre en esta extraña situación de presentar un Libro y a sus autores que, evidentemente, no necesitan de presentación o aval alguno, toda vez que todos ellos son reconocidos especialistas y prestigiosos profesionales y operadores del Derecho Urbanístico español. Pero, en fin, esa es una de las tareas que tiene el prologuista y que voy a tratar de hacer lo mejor posible. Tuve la fortuna de conocer a Enrique Sánchez Goyanes allá por el año 1990, cuando cursaba los estudios del Doctorado en Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid, en un curso (1990-91) plagado de buenos estudiantes y discípulos suyos, como Felipe Iglesias y Juan Antonio Chinchilla, espléndidos profesores de la UAM, quienes comparten hoy con él las páginas de este Libro. Fue mi primer doctorando y eso hace especial mi vínculo con él: su tesis sobre la potestad normativa de las entidades locales es el resultado de años de trabajo y de lecturas sosegadas que contribuyeron a formarle y explican su trayectoria académica y profesional. El estudio del Régimen Local y el municipalismo ha sido también una constante en su rica producción doctrinal: no en vano ganó muy joven la oposición al Cuerpo Nacional de Secretarios de Administración Local.

En ese mismo curso 1990-91, recién aprobada la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, tuve ocasión de dirigir un Seminario de profesores y alumnos de los últimos años de carrera cuyo objeto era el estudio y análisis de la norma legal y en donde disfrutamos del magisterio del profesor Ángel Menéndez Rexach, padre de la criatura, con encendidos debates y académicas discusiones. Pronto se reveló su madurez y precocidad y, en especial, el gusto por el “Urbanismo”, al igual que sucedió con Felipe Iglesias y Juan Antonio Chinchilla, todos ellos reputados y reconocidos especialistas en esta materia, tan compleja y cambiante, a la que se trasladan recurrentemente las crisis económicas y las posturas ideológicas o, al menos, las posturas partidistas. Por ello, reitero, tratar de presentar a quienes tantos años, libros y artículos llevan escritos sobre esta materia del “urbanismo” me parece tarea sobrante e innecesaria. El libro que tienen los lectores en sus manos es un análisis sistemático del vigente Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana de 2015, cuyo antecedente inmediato fue el libro publicado por los mismos (prácticamente) autores sobre la Ley 8/2007, de 28 de mayo, que ha sido un referente y libro de consulta para todos los operadores jurídicos que se enfrentan a esta materia. Su éxito e influencia hacen innecesario insistir en la calidad y bondad de su contenido y de los autores que en él han intervenido que, ahora, tras unos pocos años de sosiego y asentamiento de los principios y elementos clave del nuevo sistema jurídico alumbrado, nos ofrecen una guía completa del Derecho positivo así como los elementos necesarios para efectuar la labor hermenéutica propia de quienes tienen que aplicar el Derecho, no sólo ofreciendo la exégesis de los preceptos sino, lo que es mucho más importante, cómo vienen siendo interpretados por nuestros jueces y tribunales y, en fin, cómo hacer inteligible y racional un sector del Ordenamiento Jurídico en el que las competencias entre las distintas Administraciones Públicas y, en especial, la producción normativa de unas y otras, se solapan y contradicen.

La segunda tarea que se espera del autor del prólogo a un Libro para especialistas, es que actúe como introductor a esas cuestiones complejas pero, eso sí, con alguna aportación que justifique su presencia en la obra ajena. En nuestro caso, eso es aún más difícil toda vez que el contenido de la obra abarca íntegramente todo nuestro Derecho positivo, pues al hilo de cada precepto contenido en el Texto Refundido de 2015, los autores escudriñan y analizan la doctrina constitucional, la jurisprudencia y, en su caso, el encaje de las normas autonómicas con el mandato legal estatal. No hay prácticamente espacio conceptual para elaborar aportaciones novedosas sobre una cuestión tan apegada, por otro lado, al Derecho positivo.

\*\*\*

El “Urbanismo” como objeto de la acción de la Administración, es decir, materia o sector en el que los Poderes Públicos intervienen para adoptar las medidas legislativas que resulten adecuadas en cada momento (regulación), para comprobar y, en su caso corregir las decisiones que los agentes económicos efectúen sin sujeción a la legalidad (control, tutela o intervención) y, en fin, para actuar en el plano de la iniciativa económica pública, como agente dinamizador o como propio operador urbanístico, es desde la perspectiva jurídica, un conjunto de normas que regulan una manifestación de la actividad económica que, sin embargo, está profundamente impregnada de elementos constitucionales (derecho a la vivienda y proscripción de la especulación, art. 47 de la Constitución; derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado y mejora de la calidad de vida, art. 45 CE) que hacen imposible su desarrollo y ejecución sin tenerlos en cuenta. De ahí que, en esta materia, no entre en juego, sin más, la libertad de empresa (art. 38 CE) o la propia Directiva 2006/123, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior (tal y como se señala en su considerando 9.º), sino que deben supeditarse a la planificación de la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas (art. 131.1 CE) y, más específicamente, a planificación y ordenación territorial y urbanística.

Desde hace unos años, el INAP me viene invitando a impartir en su Master Universitario en Urbanismo y Estudios Territoriales, una lección con un título realmente atractivo: “Urbanismo: ¿función pública o actividad privada?”, asunto este que obliga a recorrer los hitos de su evolución histórica y a plantearse los principios esenciales que rigen en esta materia. Creo que repasar los aspectos básicos de esta cuestión puede servir al propósito de la tarea que se espera de quien prologa esta obra.

\*\*\*

Que la ejecución de obras de urbanización en el proceso de mejora, saneamiento, crecimiento y ensanche de nuestras ciudades ha sido el título que ha legitimado la intervención de la Administración en una materia tradicionalmente regulada por el Ordenamiento jurídico privado, y dominada por las relaciones entre particulares, no reviste la menor duda. Además, se puede afirmar con rotundidad que la configuración de las obras de urbanización como obras públicas así como los mecanismos y técnicas jurídicas para su construcción y explotación, han condicionado sustancialmente el marco jurídico y el desarrollo del Derecho urbanístico español. Éste es el denominado “urbanismo de obra pública” o modelo concesional vigente desde la Ley de Expropiación Forzosa de 10 de enero de 1879 hasta la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 pasando, con especial relevancia, por la Ley de 18 de marzo de 1895, de saneamiento y mejora interior de las grandes poblaciones.

En efecto, el art. 11 de la Ley de Expropiación forzosa de 10 de enero de 1879 estableció que están excepcionadas de la formalidad de la declaración de utilidad pública [por Ley, regla general del art. 10] las obras de policía urbana y, en particular, las de ensanche y reforma interior de las poblaciones. A su vez, la Sección 5.ª del Título II (arts. 45 a 54) cuya rúbrica es “De la reforma interior de las grandes poblaciones”, regulan las expropiaciones necesarias para la mejora, saneamiento y ensanche interior de las grandes poblaciones, a cuyos efectos se declara que tales obras de reforma se sujetarán a lo previsto en el art. 115 de la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877. Por su parte, el Reglamento para la aplicación de la Ley de Expropiación Forzosa (Real Decreto de 13 de junio de 1879) desarrolla el procedimiento expropiatorio, el contenido de los proyectos de ensanche o mejora interior (arts. 77 a 108) y, en su caso, la ejecución de estas obras “por medio de concesiones a particulares o compañías debidamente organizadas” (art. 94). En estos casos, el concesionario se subroga “en un todo al Ayuntamiento en los derechos y obligaciones que a éste corresponden”. En concreto, el concesionario se obliga a abonar las expropiaciones, a llevar a cabo las demoliciones que sean necesarias, a establecer los servicios públicos urbanos de toda clase y a regularizar los solares que resulten (art. 94, párrafo 1.º del Reglamento). A cambio y “en compensación de los gastos, de los servicios y de las obras, el concesionario quedará dueño de los terrenos que no sea necesario ocupar con la vía pública, y

podrá enajenarlos libremente sin más condiciones que las de ajustarse estrictamente en la regularización de manzanas y solares, y en todo caso lo referente a nuevas edificaciones, a lo que se haya determinado en el proyecto y prescribe la ley y este Reglamento” (art. 94, párrafo 2.º). En definitiva, las obras de urbanización e implantación de los servicios urbanos en los supuestos y procesos de mejora y ensanche de las ciudades, se configuran como verdaderas obras públicas (en igualdad con las reguladas en la Ley General de Obras Públicas de 1877), que pueden ser ejecutadas directamente por la Administración (Ayuntamiento), bien por contrata o por administración, o bien mediante la concesión de obra pública en los términos descritos. La “policía urbana” o el urbanismo es, sobre todo, ejecución de obras públicas destinadas a satisfacer necesidades colectivas de orden municipal.

Este sistema “de concesión de obra pública urbanizadora” es una reacción al fracaso de los mecanismos establecidos en la Ley de Ensanche de poblaciones de 29 de junio de 1864 (en realidad, Ley que fija las reglas que han de observarse en las obras para el ensanche de las poblaciones), que se basaba en la colaboración voluntaria de los propietarios afectados en la zona de ensanche, que deberían ceder al Ayuntamiento la propiedad de los terrenos necesarios para ejecutar las calles y plazas, deberían costear su desmonte, construir las alcantarillas, las aceras, el empedrado y alumbrado (art. 13), en cuyo caso si ejecutaban voluntariamente estas obligaciones, obtendrían una exención en la contribución territorial y recargos que gravan la propiedad, y verían revalorizarse sus terrenos por la ejecución de las nuevas calles y obras de saneamiento y, como consecuencia de ello, tendrían la posibilidad inmediata de ser edificados. El sistema, ya se ha dicho, se basaba en la voluntariedad de la actuación por parte de los propietarios sin que se hubiera previsto la posibilidad de utilizar la expropiación en los supuestos en que aquéllos decidieran abstenerse o no participar en las obras de ensanche. La consecuencia fue un notorio fracaso de la Ley y del sistema establecido por la falta de atractivos para los propietarios que, con carácter general, no eran empresarios interesados en ejecutar las obras de vialidad y urbanización (Martín BASSOLS, 1973 y 1996).

La modificación del sistema “voluntario” se produce por la Ley de 22 de diciembre de 1876, de regularización del ensanche de las poblaciones, que excluye a los propietarios de las Juntas de ensanche, compuestas a partir de ahora únicamente por concejales, e impone a los propietarios la obligación de ceder la quinta parte de los terrenos de su propiedad para calles y plazas cuando la iniciativa de su apertura corresponda al municipio, bajo la amenaza de expropiación de la totalidad de la finca que haya de tener fachada sobre las nuevas vías, en el supuesto de que el propietario no acceda voluntariamente a cumplir esta obligación (BASSOLS 1996, PARADA 1998).

El sistema concesional regulado en la legislación de expropiación forzosa en los términos que se han descrito, fue recogido en la Ley de 18 de marzo de 1895 sobre Mejora, saneamiento y reforma o ensanche interior de las grandes poblaciones, desarrollada a su vez por el Real Decreto de 15 de diciembre de 1896, que aprobó su Reglamento de ejecución. La Ley resultaba aplicable a las obras de saneamiento o mejora interior de las poblaciones que cuenten con 30.000 o más almas (si bien podían aplicarse a cualquier otro municipio con población inferior si lo autorizaba el Ministro de la Gobernación, art. adicional 1.º), pudiendo iniciarse estos proyectos por iniciativa de los Ayuntamientos, por sociedades legalmente constituidas o por particulares (art. 1, con remisión expresa a los arts. 2 y 11 de la Ley de Expropiación de 10 de enero de 1879). El esquema y sistema jurídico era idéntico al establecido en la legislación de expropiación forzosa: las obras de urbanización y saneamiento a realizar podrían ser ejecutadas directamente por los Ayuntamientos, bien por administración o bien por contrata (ejecución directa, y mecanismos recogidos en la Ley General de Obras Públicas de 1877), o por medio de concesiones a particulares o a compañías debidamente organizadas, en cuyo caso el concesionario se subroga en la posición del Ayuntamiento, en los derechos y obligaciones que a éste corresponden (arts. 93 y 94 del Reglamento de 1896). En resumen, el mecanismo establecido en esta Ley se articulaba del siguiente modo: (i) la iniciativa económica para realizar esta actividad de ejecución de la obra pública urbanizadora podía provenir de los particulares y empresas o de los Ayuntamientos, si bien

en este último caso, cuando los Ayuntamientos trataban de ejecutar directamente las obras, se exigía la autorización del Gobierno; (ii) debería elaborarse (incluso por los particulares) el correspondiente proyecto de obras, con memoria, planos, pliego de condiciones y presupuesto, así como la relación completa de todos los bienes y derechos cuya expropiación sea necesaria y su valoración y tasación (art. 17 de la Ley), que debería someterse a información pública y ser aprobado posteriormente por el Ministro de la Gobernación (arts. 22 y 24 de la Ley); (iii) a continuación, se procedía a convocar la licitación pública del otorgamiento de la concesión, cuyo otorgamiento se efectuaba por subasta sin que existiera una fijación del tipo previo ni determinación de las condiciones de edificación de los solares. Al autor del proyecto, en el caso de no resultar adjudicatario, se le garantizaba el derecho de tanteo (art. 50); (iv) el propietario quedaba así excluido del proceso de realización de la obra y debía ser objeto de expropiación; (v) por último, la determinación del justiprecio expropiatorio no incluye el “valor expectante” o el futuro aprovechamiento urbanístico (arts. 18 a 21).

Dos elementos relevantes que quiero destacar, se derivan de este marco normativo. El primero de ellos, es que los protagonistas del proceso de transformación urbana son los concesionarios, las empresas y particulares que presentaban las iniciativas y concurrían a las licitaciones, lo que supone un corte radical con la legislación anterior de ensanche, en la que la obra de urbanización se deja en manos de los propietarios, de cuya libre y voluntaria colaboración se hacía depender su efectiva implantación, y por la que obtenían el beneficio cifrado básicamente en las plusvalías que se generaban en los terrenos colindantes con las nuevas vías y obras de urbanización, así como en la reducción de los impuestos que gravaban sus propiedades. Los Ayuntamientos, a cambio, obtenían la cesión gratuita de los terrenos y la titularidad de las obras una vez construidas por los particulares. Ahora, en el modelo de la Ley de mejora y saneamiento de las poblaciones, los propietarios son excluidos del proceso de transformación urbana y, en consecuencia, los beneficios y plusvalías que ésta genera son exógenos al título dominical y se cosecharán por quienes han ejecutado la obra y, probablemente, han elaborado los correspondientes proyectos. La colaboración de los propietarios es innecesaria pues sus terrenos serán objeto de expropiación cuyo beneficiario será el adjudicatario de la concesión de obra pública.

La segunda reflexión tiene que ver con el papel de los Ayuntamientos y el protagonismo económico y de gestión/explotación de los concesionarios. En efecto, la ejecución directa por los Ayuntamientos sólo procedía en defecto de iniciativa económica de los particulares, es decir, regía en todo su esplendor el principio de subsidiariedad.

En definitiva, desde nuestra perspectiva y terminología se puede concluir que el citado modelo concesional de obra pública urbanizadora se caracteriza porque el derecho a urbanizar o a la “transformación urbanística” (art. 7 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana de 2015, en adelante TR 2015) es una actividad jurídico-pública (crear ciudad) que se desarrolla a través de la figura de la concesión de obra pública, que no forma parte de las facultades del propietario, y cuya ejecución e implantación se realiza mediante la utilización de la expropiación forzosa, en cuyo justiprecio no se incluye el valor expectante o el futuro aprovechamiento urbanístico, y en la que la adjudicación de dicha concesión se realiza a través de mecanismos concursionales, con un proceso público de licitación abierto potencialmente a todos los particulares y empresas interesados, sin que la atribución de consideraciones y calificaciones urbanísticas a los terrenos sobre los que se pretende actuar condicionen o deformen la propia actuación pública.

Debe subrayarse que todo el sistema gira en torno a la “obra pública”, condición que ostentan las obras de urbanización o, como señala la ley, obras de mejora, saneamiento y reforma o ensanche interior de las poblaciones, sin que en ningún momento se haya utilizado o esgrimido por el legislador y la doctrina de esa época el concepto de “servicio” o servicio público. El urbanismo es en esos momentos históricos, una manifestación de la “policía urbana” o, en todo caso, la ejecución

de una obra pública pero no una actividad de prestación u obligación de hacer, en los términos que conocemos como servicios públicos o actividades reservadas a las Administraciones Públicas.

En fin, el modelo de ejecución de las obras de urbanización configurado en la legislación de saneamiento y mejora de las poblaciones, basado en la concesión de obra pública y la consideración de ésta como actividad económica a realizar por la iniciativa privada salvo supuestos excepcionales, pasará posteriormente a la legislación de Régimen local (Estatuto municipal de 1924) y se mantendrá en pie hasta la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956, fecha en la que se corta abruptamente con la concepción del urbanismo como fórmula de ejecución de obras de urbanización a través de la concesión de obra pública a realizar por el concesionario, sustituyéndose por un nuevo modelo basado en las obligaciones del propietario de ceder y urbanizar, y en el reconocimiento del derecho que le asiste de patrimonializar las plusvalías que se generan por dicho proceso de urbanización. En otras palabras, el nuevo modelo configura esta actividad como un negocio privado reservado a los propietarios de suelo urbano y de reserva urbana, que tendrán en exclusividad el derecho a urbanizar y que deberán cumplir con la obligación de ceder los terrenos y entregar las obras e instalaciones para implantar los servicios urbanos, modelo que con posterioridad se extenderá a los propietarios de suelo urbanizable, y que con retoques se mantendrá en las sucesivas modificaciones legislativas de 1975, 1990 y 1998 que no alteran de un modo radical este modelo de “urbanismo y beneficio privado”.

A partir de este momento, la introducción de las técnicas de la clasificación del suelo y la zonificación y categorización de éste, alterará de modo radical el sistema y el modelo, pues la propia clasificación del suelo opera como una distorsión, pues ya incorpora para el propietario plusvalías ajenas a su real participación en el proceso de desarrollo y ejecución, con la consiguiente especulación y ausencia de dinamismo en la operación urbanística; por otro lado, la discutible iniciativa y el liderazgo de los propietarios en todo el proceso urbanizador permitirá considerarlo como una actividad privada, reservada en la práctica a los propietarios.

Justamente, esta cuestión está directamente conectada con el carácter de función pública o actividad privada que sobre el Urbanismo se tenga. Así como la creación, remodelación o ampliación de la ciudad es una potestad pública y el planeamiento urbanístico el paradigma del poder público (art. 4.1 LSRU), el proceso de urbanización puede configurarse como una actividad privada (de los propietarios) o una actividad económica reservada a la Administración a ejecutar directa o indirectamente (concesionario o agente urbanizador), desligada de la titularidad de los terrenos donde se desarrollará e implantará el proceso urbanizador.

\*\*\*

El nuevo marco normativo del actual periodo, que se inicia con la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del suelo y se continúa con el Texto Refundido de 2008 (Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio), hasta llegar al vigente Texto refundido de 2015, contribuye a generar aún más confusión si cabe, pues el legislador de 2007 no tiene empacho en declarar que “la urbanización es un servicio público, cuya gestión puede reservarse la Administración o encomendar a privados y suele afectar a una pluralidad de fincas (...) Luego, allí donde se confíe su ejecución a la iniciativa privada, ha de poder ser abierta a la competencia de terceros, lo que está llamado además a redundar en la agilidad y eficiencia de la actuación” (apartado III, segundo de la Exposición de Motivos de la Ley del Suelo de 2007, cuya literalidad se reproduce en el apartado IV, segundo de la Exposición de Motivos del Texto Refundido de 2008 que, sin embargo, ha desaparecido en el nuevo Texto Refundido de 2015).

Creo que, al igual que la ejecución de una carretera no es un servicio público, a pesar de la literalidad del art. 22.3 de la vigente Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de carreteras, que dispone que “las carreteras podrán ser explotadas por cualquiera de los sistemas de gestión indirecta de los servicios públicos que establece la Ley de Contratos del Sector Público” (por cierto, precepto que

es copia literal del recogido en el art. 16.2 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de carreteras, con la única salvedad de sustituir “Ley de Contratos del Estado” por Ley de Contratos del Sector Público), tampoco lo es la ejecución de obras de urbanización, que tiene mejor ubicación sistemática y conceptual en la concesión de obra pública que en los contratos de concesión de servicios, en la vigente terminología de la legislación de contratos del sector público.

El “urbanismo” en general no es un servicio público, ni siquiera una actividad de prestación en el marco general de las actividades de la Administración (intervención y prestación), porque la materia o sector del Derecho Urbanístico incluye diferentes manifestaciones de la actividad de las Administraciones Públicas, que van desde la fijación del marco regulatorio y definición de los derechos y deberes de los propietarios y operadores urbanísticos hasta las técnicas de control previo o a posteriori de los actos de edificación y uso del suelo, pasando por la transformación del suelo y ejecución de las obras de urbanización. Por ello, no está de más tratar de definir el campo de juego cuando nos referimos al urbanismo como función pública. Desde esta perspectiva, sólo hay auténtico debate doctrinal (y conceptual) en el ámbito de lo que tradicionalmente se conocía como “gestión urbanística” o ejecución del planeamiento, no así en las esferas del planeamiento o de la disciplina o intervención municipal en los actos de edificación y uso del suelo que son, claramente, supuestos y manifestaciones de las funciones públicas o competencias administrativas.

\*\*\*

Por lo que atañe a la ordenación urbanística, el art. 4.1 LSRU establece, con gran acierto, que es una función pública no susceptible de transacción, que define el uso del suelo y determina las facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo, sin que ello confiera derecho a exigir indemnización. Con estos elementos se eleva al rango de norma legal la reiterada jurisprudencia sobre la indisponibilidad de la potestad de planeamiento o, dicho de otro modo, la imposibilidad jurídica de que el poder público quede atado o vinculado a un convenio de planeamiento, sin perjuicio de los efectos indemnizatorios que pudieran derivarse por su incumplimiento. La prohibición de contratar los servicios o actividades que implican ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos ha sido una constante en nuestro Derecho Público: así desde el art. 63 de la Ley de Contratos del Estado de 1965 (“El Estado podrá gestionar indirectamente mediante contrato todos los servicios de su competencia... mientras no impliquen el ejercicio de poderes soberanos”) hasta el vigente art. 284.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (“En ningún caso podrán prestarse mediante concesión de servicios los que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes público”). La exacerbación de esta idea ha llevado al legislador de Madrid a establecer la nulidad de los convenios de planeamiento (art. 245 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, en su redacción introducida por la Ley 3/2007, de 26 de julio), probablemente planteada como un mecanismo para reducir los reiterados casos de corrupción urbanística.

Está suficientemente claro que el planeamiento urbanístico (instrumento) o, mejor aún, la ordenación urbanística (materia) es el paradigma de la función del Poder público. El carácter normativo de los Planes de urbanismo hoy no es discutido por nadie. El debate de principios de los años 80 del siglo pasado fue arrumbado cuando la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo se inclinó por la tesis “ordinamentalista” o por su consideración como norma jurídica al constituir una fuente de creación de Derecho objetivo, dado que el instrumento de planeamiento determinaba los derechos y los deberes de los propietarios y cuantos resultaban afectados por las disposiciones del plan, frente a la tesis tradicional del agotamiento del plan, propio de las resoluciones administrativas y no de las normas o disposiciones. Precisamente por ello, la producción de normas jurídicas que sólo es facultad del Poder Público no puede ser objeto de transacción ni de sustitución por la iniciativa privada o por los particulares. En consecuencia, esta parte del urbanismo es una verdadera función pública en exclusiva, que sólo puede ser ejercida por los Poderes públicos y, en concreto, por el poder legislativo y por la Administración, en el marco de

lo dispuesto en los arts. 97 y 33.2 de la Constitución. En definitiva, en este ámbito de la ordenación urbanística, planeamiento urbanístico y asignación de usos y categorías del suelo, o definición de derechos y obligaciones de los propietarios, a nadie le cabe la menor duda de que se trata de la paradigmática función pública, de la que están excluidos los agentes económicos privados.

Otro tanto cabe decir de la disciplina urbanística o medidas de intervención de la edificación y uso del suelo, mecanismos de protección y restablecimiento de la legalidad urbanística, y catálogo de infracciones y sanciones (los tres Títulos en que se divide el venerable Reglamento de Disciplina Urbanística de 1978). Toda esta actividad que despliega la Administración en estos campos son manifestaciones de la “policía urbanística” o, mejor aún, de la actividad de intervención de la Administración y no se discute que su ejercicio sólo puede ser realizado por las Administraciones que tengan atribuida esta competencia. No hemos llegado de momento a la situación, anterior al constitucionalismo, de la venta de oficios (TOMÁS Y VALIENTE) pero sí se ha avanzado un buen trecho en la privatización de las funciones de apoyo y realización de actividades materiales en los expedientes sancionadores y expropiatorios, “externalizándose” a través de los contratos de servicios (arts. 17 y 308 y ss. de la Ley de Contratos del Sector Público).

El debate o problema se sitúa, pues, en el ámbito de lo que conocemos como gestión urbanística o ejecución del planeamiento que, en nuestro marco normativo actual, se denomina “transformación urbanística” (art. 7 TR 2015). Se trata de debatir si el proceso de urbanización debe ser una actividad privada de los propietarios o si, por el contrario, se trata de una actividad económica reservada a la Administración, a ejecutar directa o indirectamente (concesionarios, agente urbanizador), desligada de la titularidad de los terrenos donde se desarrollará e implantará el proceso urbanizador.

Los principios básicos sobre los que se asienta el régimen jurídico actual se pueden resumir del siguiente modo: en primer lugar, la actividad urbanística es una actividad económica de interés general que afecta al derecho a la propiedad privada y a la libertad de empresa, pero la urbanización es “servicio público” cuya gestión puede reservarse la Administración o encomendarse a privados, pero en este caso ha de estar abierta a la competencia de terceros (Exposición de Motivos IV del Real Decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio). Además, se atribuye a la Administración la dirección y el control del proceso urbanístico en sus fases de ocupación, urbanización, construcción, edificación y utilización del suelo (art. 4.2.a) LSRU). Sin embargo, el legislador estatal no entra a regular la reserva de esta actividad en manos públicas, consciente de que esa competencia excede con mucho de sus atribuciones en esta materia (y a pesar de ello, la STC 143/2017, de 14 de diciembre, FJ 19 recuerda que “en relación con la regulación de la ejecución urbanística, este Tribunal ha afirmado que el Estado carece de competencias en la materia”, salvo que pueda esgrimir un título competencial específico que se las atribuya sobre otras materia que puedan resultar afectadas por la ordenación (obras públicas, ciertas infraestructuras, defensa y seguridad [STC 61/1997, FJ 27 a]), por lo que concluye con la declaración de inconstitucionalidad y nulidad del art. 13.1 de la Ley 8/2013 que se extiende al art. 9.1 LSRU), por lo que será cada Comunidad Autónoma quien establezca su propio modelo (así, Valencia, Extremadura y Castilla-La Mancha, que se han decantado por el modelo de reserva a favor de la Administración del proceso de ejecución urbanística).

Por el contrario, el art. 9.7 LSRU reconoce expresamente esa doble posibilidad de ejecutar o realizar las operaciones de transformación urbanística: a los propietarios en los supuestos en que la legislación autonómica reconozca la iniciativa privada, o bien a los operadores (sean o no propietarios) cuando el proceso se efectúe mediante la iniciativa pública. Más aún, se les reconoce la posibilidad de que redacten, elaboren y presenten para su tramitación los instrumentos de ordenación y también, obviamente, los de gestión que precise la operación de transformación. De la redacción literal de este artículo parece derivarse la consecuencia de que los particulares no propietarios sólo podrán participar en actuaciones de transformación cuando sean promovidas por la iniciativa pública.

Tras todo esto, la conclusión a la que se llega es que el modelo no está cerrado, que coexisten los dos sistemas jurídicos, público y privado, lo que tiene su fundamento y cobertura en el art. 128.2 de la Constitución, tanto en su faceta de “reserva de recursos y servicios esenciales” como el mismo reconocimiento de la iniciativa pública económica, rompiendo con el principio de subsidiariedad. Es al legislador autonómico (reserva por ley) a quien corresponde determinar el modo en que se debe ejecutar la ordenación urbanística (gestión, transformación urbanística) y a quien corresponde la iniciativa así como las concretas técnicas que habrán de emplearse para su efectiva implantación y desarrollo. Ambos sistemas son ajustados al texto constitucional, si bien sus consecuencias son muy diferentes en uno u otro caso.

Evidentemente, la opción del legislador (autonómico) obedecerá no sólo a soluciones técnicas sino que está rotundamente empapada de presupuestos ideológicos o conceptuales, en función del modelo económico del que se parta. Como muestra un botón: La Comunidad de Madrid abrogó por Ley (art. 17.1 de la Ley 3/2007, de 26 de junio) la figura del agente urbanizador, que en realidad se denominaba “sistema de ejecución por adjudicatario en concurso”, donde se permitía concurrir al proceso de urbanización a particulares no propietarios, con un procedimiento y obligaciones extraído de la regulación del Agente urbanizador; tras la supresión de la figura del agente urbanizador, el sistema de compensación se restringía únicamente a los propietarios, manteniéndose la prioridad del sistema de compensación sobre los sistemas de ejecución pública (cooperación, expropiación y ejecución forzosa, art. 101.3 Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid). El proyecto de Ley de Urbanismo y Suelo presentado en la Asamblea de Madrid en abril de 2017 aborda esta cuestión desde una perspectiva más radicalizada: así en el apartado IV de la Exposición de Motivos se declara que “la actividad de transformación urbanística, esto es, la urbanización y edificación en forma urbana, se aborda considerando que no responde a la categoría jurídica de función pública por cuanto que constituye una actividad económica que no implica el ejercicio o despliegue de poderes de imperio para su prestación. No obstante, sí podría prestarse bajo una reserva de su titularidad al sector público, esto es, bajo publicación. (...) En definitiva, hoy la actividad de urbanizar y edificar se ejerce en el marco del derecho de propiedad privada (art. 33 CE) y de la libertad de empresa que en su seno se invoque (art. 38 CE), y así se consagra en esta Ley”. Resulta, pues, manifiesto que nos encontramos en presencia de algo más que una solución técnico-jurídica para convertirse en un debate sobre la legitimación de la Administración para intervenir en el proceso de urbanización y, por ende, en el modelo de ejecución del urbanismo.

\*\*\*

Como cualquier actividad económica, el proceso de urbanización o transformación (producción de suelo urbanizado) está incluido en el contenido del art. 49 del TFUE y, por ello, se deben aplicar los principios de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios. Pero aun así, difícil es considerarlo como una mera y libre manifestación de la actividad económica, pues como ya he señalado más arriba el derecho a la vivienda y el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado y mejora de la calidad de vida, impregnan de tal manera esta actividad que las Administraciones Públicas no pueden desconocer este mandato constitucional. En otras palabras, es prácticamente imposible compaginar estos principios constitucionales con la reserva al propietario de la iniciativa y protagonismo en la transformación urbanística. Si a ello se añade la obtención por el propietario de las plusvalías antes de iniciarse siquiera el proceso (clasificación del suelo, asignación de usos, calificación urbanística), el resultado será el actual: la insatisfacción del interés general y la ineficiencia del “mercado”, porque éste no existe realmente.

Por ello, considerar que el urbanismo, en realidad, la gestión o ejecución urbanística es un ejemplo de Servicio de interés económico general, con obligaciones de servicio público (justificadas por la existencia de imperiosas necesidades o escasez de recursos), es decir, actividades privadas que serán efectuadas libremente por los particulares, en virtud de los principios básicos de la libertad de empresa y libre circulación de bienes y personas, no resuelve ni de lejos los problemas apuntados,

que ya no son el crecimiento, desarrollo o embellecimiento de nuestras ciudades sino que afectan a derechos inherentes a la condición de las personas y a la calidad de vida y nivel de confortabilidad al que deben aspirar.

El epítome de estas reflexiones se resume en la consideración de que el proceso de la transformación urbanística desborda los límites del contenido del derecho de propiedad sin que exista justificación lógica o racional para su reserva a los propietarios. Pero, a su vez, el problema no puede ser resuelto únicamente desde esta perspectiva: el propietario tiene derecho a que se le garantice y abone un justo precio por los terrenos que realmente van a ser ocupados por las obras de urbanización, los servicios urbanísticos y las dotaciones públicas. Y desde luego, el sistema establecido en el Texto Refundido de 2015 no responde a ese concepto de indemnización integral, sustitutoria del valor del bien sacrificado, pues a fuerza de retorcer las situaciones básicas del suelo desvirtúa todo el modelo. Con ello, no estoy preconizando la vuelta al “valor de mercado” o al método de comparación como instrumentos para fijar el quantum indemnizatorio; lo que quiero poner de manifiesto es que igual de artificial resulta la integración de “valores expectantes”, futuribles o mera especulación en la fijación del justiprecio expropiatorio, como la de ignorar o tergiversar la situación real en la que se encuentra el suelo objeto de la actuación urbanística.

Quizás la sosegada lectura de las respetables normas históricas que han desarrollado el urbanismo tal y como lo conocemos hoy, nos podrían ayudar a acercarnos al problema con una mente abierta, sin condicionamientos previos y con el único propósito de arrojar algo de luz sobre este espinoso asunto: nihil novum sub sole.

\*\*\*

Sólo me resta para concluir, agradecer a los compañeros y colegas que han participado tan brillantemente en la elaboración de esta magnífica muestra de esfuerzo y trabajo que a buen seguro reconocerán los estudiosos y operadores del urbanismo y, en especial a Enrique Sánchez Goyanes, su deferencia y amabilidad hacia este humilde profesor.

En Madrid, diciembre de 2021.

Francisco Javier Jiménez de Cisneros Cid

Catedrático de Derecho Administrativo (UAM)