

La urbanización, la edificación y el urbanismo: de la ciudad corporación de propietarios a la ciudad como complejo de actividades sociales

Luciano PAREJO ALFONSO

Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Carlos III de Madrid.

RESUMEN: Se confronta abiertamente la forma peculiar en la que la legislación urbanística española trata al propietario del suelo como depositario *natural* de todos los deberes y derechos de urbanizar y edificar. Las coordenadas constitucionales españolas y los principios del Tratado de Roma de la actual Unión Europea en materia de libre empresa y libre competencia de ésta en el mercado inmobiliario plantean serios problemas de encaje de esta concepción con el moderno constitucionalismo y el derecho de cosas. Desde la comprobación de que el territorio está sometido al principio del gobierno público, en aras del interés general de la colectividad, la actividad urbanizadora no puede ni imponerse ni atribuirse al propietario del terreno para que sea colaborador necesario de dicha función pública urbanística, tan sólo por su mera condición posicional en ese *locus* concreto (artículo 33 CE), sino que deviene una actividad económica empresarial sometida a la libre competencia (artículo 38 CE), al ser los aprovechamientos y la ciudad futura una cosa virtual y pública, inexistente antes de su realización, por tanto, no sometible al Derecho civil sobre las cosas reales. El actual proceder legal implica, pues, una restricción de acceso al libre mercado, no sólo por la imprescindible restricción espacial del suelo urbanizable, sino por la intervención exclusiva (y excluyente de terceros) a que se obliga a los propietarios a lo largo de todo el proceso. Es cabalmente la libre y voluntaria actividad empresarial el nexo necesario entre la función pública creadora de las cosas futuras o imágenes *virtuales* de la ciudad, la que ha de convertirlas en cosas reales susceptibles de ser edificadas con el derecho privado.

Las primeras reacciones a las *Recomendaciones* de la Comisión de Expertos sobre Urbanismo reafirman el sentimiento de frustración que me ha embargado a lo largo de los trabajos de ésta, derivado del exceso de influencia que desde el principio tomaron por las posiciones globales *a priori*, esencialmente despreocupadas del verdadero análisis de los datos reales, sociales, políticos y jurídicos del problema e irreductibles, en lo fundamental, a la lógica del debate y la discusión. Este sentimiento ha sido tanto más fuerte, cuanto que desde el principio también parecía existir suficiente consenso

sobre el diagnóstico –la obsolescencia del régimen jurídico del urbanismo por su complejidad y pesantez– y sobre el objetivo: intentar recuperar para dicho régimen jurídico la perdida sincronía con las necesidades sociales, con el sistema económico-social al que sirve, que reclama mayor flexibilidad, agilidad y eficacia, sin pérdida de la seguridad jurídica y de la cultura urbanística alcanzada. En la medida, pues, en que no parece que nadie pueda discrepar sobre la necesidad de las reformas técnicas capaces de producir la flexibilidad y agilidad deseadas, tales como la supresión de intervenciones administrativas innecesarias, la simplificación de los procesos de planificación y gestión, etc..., no me parece útil detenerme ahora en estos aspectos.

Recibido: 31-1-95.

Siendo el urbanismo el estatuto jurídico de una componente tan esencial de la sociedad-Estado actuales, como lo es la definición del marco espacial de la vida colectiva (y, por ello, también de la individual) y, por tanto, estrictamente del medio ambiente en su sentido más general, de un lado, pero también de la acción dirigida a su realización y conservación, fácilmente se comprende que es una cuestión inabordable en el vacío, y sobre la base de modelos simples, puros, que obliguen a respuestas-soluciones en términos rotundos, sin modulación, de blanco o negro, sí o no, público o privado, *regulación o desregulación*. Hay que denunciar, pues, con la mayor energía, pues, el maniqueísmo simplificador que, con uso abusivo de las palabras, identifica lo público con el pasado y con la asfixia del dinamismo social que identifica lo privado con la quintaesencia de la libertad y *deus ex machina* del nuevo y único progreso posible. La llamada crisis del *Estado administrativo del bienestar*, con sus manifestaciones de desregulación y privatización, no parece conducir tanto a una desaparición del mismo, como a una renovación o reconstrucción de lo público (con independencia de su dimensión cuantitativa o en extensión), y que ponga el acento en la calidad de la vida y asigne a lo público un relevante papel en la garantía de ésta.

Resulta indispensable, en efecto, hacerse presente el marco en el que ha de moverse toda reconsideración del sistema urbanístico, si es que de verdad se desean fundamentar sobre bases sólidas los objetivos a perseguir y alcanzar tomándolos de la dinámica económica, social, política y jurídica generales de nuestro tiempo. Esta dinámica está haciendo girar las bases tradicionales (presididas por el más libre juego posible de las fuerzas del mercado) del modelo económico-social del que formamos parte desde la idea-fuerza del desarrollo sostenible, proclamada a escala mundial en la Conferencia de Río de Janeiro y desarrollada en la discusión de la Carta de la Tierra y la Agenda 21; principio, que revalida la función decisiva que siempre ha tenido lo público en la economía de mercado (como lo prueba, sin necesidad de ir más lejos, la política de la libre competencia, que es intervención del poder público en el

mercado para garantizar justamente la libertad de éste).

En lo que a nosotros más nos interesa, se ha traducido ya –en la Unión Europea y concretamente en la Comunidad Europea– en la redefinición de su misión básica por relación al concepto de «crecimiento sostenible y no inflacionista que respete el medio ambiente» (art. 2 Tratado CE) y su dotación con muy amplios poderes públicos expresos de regulación, intervención y acción, comprendidos los precisos para la adopción de medidas de ordenación territorial y de utilización del suelo, con postulación de una eficacia *horizontal* del valor medioambiental exportadora de sus exigencias a la totalidad de las políticas públicas, incluida, pues, la de la libre competencia (arts. 130 R.2 y 130 S.2 del Tratado CE). Sobre esta base viene desarrollándose el programa Europa 2000 dirigido a establecer el marco de la cooperación intracomunitaria para los problemas de ordenación espacial que desbordan la perspectiva estatal. En los documentos producidos (Europa 2000 y Europa 2000+) se deja claro el papel decisivo de la ordenación territorial en la realización de los objetivos de la Unión, en tanto que –al propio tiempo– condición previa del desarrollo armónico comunitario y factor esencial para la mejor explotación de las ventajas del mercado único, y se afirma que el modo de utilización del espacio (terrestre y marítimo) influye decisivamente sobre la prosperidad a largo plazo de la economía europea. En el ordenamiento europeo sobre cuya base se nos pretende argumentar que se impone entre nosotros una completa *liberalización-privatización* de la utilización y el aprovechamiento del suelo y el territorio lo cierto es, por contra, que el principio del gobierno público del territorio está afirmado y en plena expansión.

Obvio resulta decir que, en cuanto Constitución de uno de los Estados miembros, nuestra norma fundamental, que de suyo sintoniza con tal planteamiento europeo, debe ser objeto de la interpretación más conforme posible con éste. Y no es dudoso que sus artículos 45, 46 y 47 imponen una presencia suficiente de los poderes públicos en los procesos territoriales o con repercusión

territorial con incidencia en la realización de los valores-objetivos que tales preceptos consagran.

Este y no otro es el marco en el que deben inscribirse y responderse las preguntas básicas: ¿Quién decide sobre la ciudad y, en general sobre la utilización del suelo y la organización del espacio? ¿Cuáles y cómo son los procesos de transformación, es decir, de urbanización del suelo? Y ¿Quiénes y en qué condiciones están legitimados para iniciar y desarrollar tales procesos?

Porque no se trata ahora de la dimensión del urbanismo como policía administrativa de la ciudad existente (en cada momento) ya realizada; dimensión en la que nadie duda que la institución de la propiedad sea la clave de bóveda, en tanto que mecanismo de organización de la distribución, el uso y el disfrute de los bienes no demaniales. Las dimensiones sobre las que pretende operarse son más bien las de la definición de nueva ciudad y la de la regulación de la acción precisa para su realización (la urbanización en cuanto proceso dinámico y obra). En éstas la clave no radica en las cosas (los aprovechamientos de la nueva ciudad no son cosas reales existentes, sino objetivos, entidades virtuales a producir; la producción de la nueva ciudad no es, con toda evidencia, uso y disfrute de la ciudad existente), sino que radica en las actividades, justamente en las dirigidas a la determinación y materialización de los aludidos objetivos-aprovechamientos, cabalmente a pesar de las situaciones individualizadas dominicales establecidas conforme a la institución de la propiedad y mediante su transformación para su acomodación a la nueva ciudad. Y ello, porque consiste en la generación de nuevas cosas que no son aún, pero serán susceptibles de ser soporte objeto, una vez existentes, de los correspondientes derechos subjetivos, de situaciones individualizadas del mismo tipo que aqueélas y merecedores de protección como tales.

La dificultad que parece padecemos para reconocer este hecho elemental estriba en su ocultación por la peculiar solución de nuestro sistema urbanístico desde 1956, basada en la compensación de la publicación total de la actividad urbanística con la atribución al

propietario de suelo, como tal, de la condición de agente de la urbanización (colaborador necesario de la función pública urbanística), en términos de total confusión entre una y otra condición. Así luce hoy en la comprensión del régimen urbanístico del derecho de propiedad de un *derecho a urbanizar*, que es un derecho no sobre una cosa, sino a realizar una actividad y que tiene como premio por cumplimiento la adquisición (¡sic!) de un derecho sobre una cosa virtual (el aprovechamiento urbanístico). Y de un *derecho a edificar*, que está referido asimismo a una actividad y tiene igualmente un premio por cumplimiento, si bien esta vez se trata –por el forzamiento de la entera construcción– de la adquisición (¡sic!) de un derecho tan singular como el derecho a la propia edificación realizada.

Siendo esto así, se impone una respuesta rotunda a la pregunta relativa a quien decide sobre la ocupación y el aprovechamiento del territorio, del suelo, y, en definitiva, de la nueva ciudad: la colectividad políticamente organizada, es decir, el poder público.

Todo acto de ocupación, transformación y aprovechamiento urbanísticos del suelo es simultáneamente individual y colectivo, pues tiene inevitablemente repercusiones colectivas de todo orden.

El territorio, el suelo, es un bien de características singularísimas, que, si bien está y debe seguir estando en el mercado, no puede estarlo sino en las condiciones que garanticen su uso racional (por resolución de la concurrencia múltiple, incluso contradictoria, de los diversos intereses públicos y privados que, por su situación, se hacen simultánea y sucesivamente presentes en él) y, en todo caso, acorde con las exigencias del medio ambiente. Lo cual significa su uso conforme a las exigencias no determinadas por el libre juego sin más de las opciones de los propietarios y de los que pretenden serlo, sino por las de la colectividad. Es un bien, que demanda una intervención pública, un gobierno, dirigidos a garantizar la racionalidad máxima hasta ahora alcanzada: la resultante de las decisiones adoptadas en el seno del Estado democrático de derecho.

La ciudad, en concreto, no es ni un mero agregado de bienes objeto de propiedad, ni

tampoco el mero resultado de la dinámica de las decisiones de los que son o llegan a ser propietarios; no es, pues, una corporación de propietarios, sino más bien una altamente compleja actividad social. Por ello la ciudad es, en sentido estricto, de todos, propietarios y no propietarios. Y si es cierta la influencia en ella de las decisiones de los que disponen sobre el suelo y los inmuebles, no lo es menos la del hecho colectivo sobre tales decisiones y los bienes sobre las que éstas recaen.

En conclusión: no es ya inconveniente, sino improcedente el abandono de la consideración de la actividad urbanística como función pública legitimante del gobierno político del territorio y la ciudad, incluso mediante la planificación. Cuestión distinta y también indiscutible es la de la necesidad del rediseño del sistema de ese gobierno para su reducción a lo necesario y acomodación a la dinámica económico-social actual.

La respuesta al interrogante relativo al agente o agentes de la transformación del suelo, en particular de la urbanización, debe ser, a mi juicio, igualmente rotunda.

Tratándose de una actividad, su titularidad no puede conectarse sin más, en términos de relación necesaria, a la del derecho subjetivo dominical sobre el suelo. Pues el derecho de propiedad no puede comprender algo que, además de tener naturaleza distinta, desborda con toda evidencia los límites del interés del propietario (operando con los criterios de la mejor doctrina civilista). La urbanización, en efecto, no se agota en la creación de solares, tiene por objeto más bien la generación del complejo tejido urbano (comprendidos los solares). Ni siquiera es posible conceptualarla como accesoria de la actividad de edificación, pues la ciudad no es el elemento común de una compleja promoción edificatoria articulada sobre la suma aleatoria de las espontáneas, distintas y diacrónicas iniciativas de los propietarios de terrenos; antes al contrario, es ella la que hace posible y otorga sentido, contenido y funcionalidad a dichas iniciativas y los aprovechamientos consecuentes. Basta para justificar las anteriores afirmaciones con remitir a los procesos informales e irregulares de *urbanización/edificación* que padecen muchas ciudades españolas.

En la pertinente hipótesis-tipo de la mera urbanización o de la reforma total de la existente, esta actividad implica la desaparición del bien-cosa-soporte y legitimadora de la situación articulada como derecho subjetivo dominical, por más que hoy se nos aparezca vinculado éste a uno nuevo y equivalente (proporcionalmente) a través y por razón justamente de la actividad de producción del asimismo nuevo bien-cosa preciso para su materialización. Esta última circunstancia obedece exclusivamente a la específica solución legal vigente, a la que ya se ha hecho alusión y cuya experiencia no es precisamente positiva.

De otro lado, no se comprende la razón por la que el propietario, por el mero hecho de serlo, haya de tener una exclusiva (monopolio) sobre algo ajeno a la naturaleza de su derecho —la actividad de urbanización—, que es preciso inexcusablemente a la colectividad para la realización de todas sus actividades, públicas y privadas. Desde este punto de vista, las situaciones individualizadas de propiedad, en tanto que riqueza, están clara e inequívocamente subordinadas al interés general, que aquí se expresa en la posibilidad efectiva de que las distintas actividades sociales encuentren adecuado soporte territorial y encuadre espacial (con independencia de los intereses de los propietarios de terrenos). Las actividades tienen una lógica y, por tanto, un régimen jurídico distinto al de las cosas, por lo que hace a la organización de su distribución y ejercicio. Conforme al derecho comunitario y desde luego a nuestra Constitución (arts. 35, 36 y 38 CE), el principio es el de la libertad de acceso y ejercicio, salvo la presencia de intereses generales justificativos bien de la regulación de éstos, bien, incluso de la publicación de la actividad misma. Así pues, a menos que se configure la urbanización como actividad pública, su asignación al propietario, sin mayor matización, supone, pues, una infracción de este régimen constitucional y de la libre competencia en el acceso al ejercicio de actividades. Es claramente una restricción del mercado. De ahí que, por paradójico que pueda parecer a simple vista, sólo la calificación como pública de la urbanización, con determinación de su

gestión, como regla, a través de privados, constituye condición para la generación del espacio necesario para el desarrollo de la libertad de empresa en este campo.

En consecuencia, la urbanización debe ser en principio (con la excepción de los supuestos en que el interés general demande una gestión pública directa) una actividad inscrita en el campo de la libertad de empresa. Huelga decir que su realización requiere, en todo caso, el respeto escrupuloso de las garantías reconocidas a las situaciones individualizadas establecidas en calidad de derechos subjetivos dominicales (lo que significa que su realización depende de la colaboración positiva del propietario del suelo o de la expropiación en debida forma de su derecho). Pero ésta es cuestión ajena a la determinación del régimen de la urbanización en cuanto tal.

No obstante, existe desde luego una conexión entre situación de propiedad y urbanización: la que deriva del interés que pueda tener el propietario en aprovechar su situación patrimonial como base para apropiarse del nuevo aprovechamiento urbanístico de que se trate. Si bien este interés no es suficiente para desnaturalizar el

régimen de la urbanización, si lo es para atribuir al propietario una suerte de derecho preferente, en igualdad de condiciones desde el punto de vista del interés general, para desarrollar la actividad de que en cada caso se trate. Pero para ello es preciso que acceda él mismo a la actividad y se ofrezca como urbanizador que puede invocar, además, el interés que dimana de su condición de propietario.

La actividad de edificación del solar urbanizado o inserto en tejido urbano histórico puede y debe imputarse, finalmente, al propietario, toda vez que el aprovechamiento del suelo/subsuelo ligado a la superficie ha de considerarse en la esfera de su interés legal, por lógica y conforme resulta, por ello, del artículo 350 del Código Civil.

Así pues, si de verdad estamos empeñados en una reconsideración de nuestro sistema urbanístico que deseamos sea útil y eficaz, hora es que la abordemos desde una valoración crítica constructiva de todos sus elementos, públicos y privados, es decir, sin excluir éstos últimos dando por supuesta su intrínseca bondad, en cualesquiera términos y circunstancias.