

# GEOLOGÍA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO URBANÍSTICO (\*)

GABRIEL DOMÉNECH PASCUAL

I. CARTOGRAFÍA DEL DERECHO URBANÍSTICO.—II. GEOLOGÍA DEL DERECHO URBANÍSTICO.—III. ALGUNAS IDEAS-FUERZA CONSTITUCIONALES (NO SIEMPRE ACERTADAMENTE IMPLEMENTADAS POR NUESTRA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA): 1. *Tomándose en serio el derecho a la propiedad privada.* 2. *El principio de equidistribución. ¿Garantiza la legislación urbanística española la igualdad de los propietarios?* 3. *La participación de la comunidad en las plusvalías urbanísticas generadas por los poderes públicos. Una lectura discutible de un mandato constitucional.* 4. *Algunos efectos perversos del sistema.* 5. *¿Hay alternativas?*

## I. CARTOGRAFÍA DEL DERECHO URBANÍSTICO

Pocos terrenos jurídicos hay tan inextricables e inhóspitos para quien se adentra en ellos por primera vez como el del Derecho urbanístico. Resulta difícil no sentir vértigo ante la inmensa y enmarañada jungla normativa constituida por dos textos refundidos de ámbito nacional —integrados, a su vez, por preceptos de aplicación directa, preceptos básicos, supletorios—, varios reglamentos estatales, diversas disposiciones legales y reglamentarias dictadas por cada una de las diecisiete Comunidades Autónomas, incontables ordenanzas y planes urbanísticos aprobados por miles de Entidades locales, etc. No es sencillo moverse por una selva de normas plagadas de conceptos y detalles

---

(\*) A propósito de la obra de José María BAÑO LEÓN, *Derecho Urbanístico Común*, Madrid, Iustel, 2009, 564 págs. El presente trabajo se ha realizado al amparo del proyecto de investigación «El paradigma medioambiental en el nuevo Derecho urbanístico español» (Plan Nacional de I+D+I, DER 2008-02309).

técnicos sumamente complicados de entender para los no iniciados, sobre la que además inciden de manera directa, pero no siempre clara, disposiciones europeas, estatales, autonómicas y locales relativas al medio ambiente, los contratos públicos, los bienes demaniales, etc. Y cuando uno comienza a abrirse camino entre tanta complejidad, el panorama real que se avizora es ciertamente descorazonador. La percepción no dista mucho de la imagen que suelen presentar los medios de comunicación y tiene el gran público: corrupción, financiación ilegal de partidos políticos, abusos, desigualdades injustificables entre los propietarios afectados, incumplimiento generalizado y tolerado de la normativa urbanística, impunidad de los infractores, ineficacia de los mecanismos de restablecimiento de la legalidad, depredación del territorio económica y medioambientalmente insostenible, etc.

En nuestro país se han publicado varios comentarios y estudios de conjunto sobre la legislación urbanística del Estado y de algunas Comunidades Autónomas, algunos realmente magníficos, pero probablemente ninguno de ellos proporciona una visión global, sistemática, y sintética del Derecho urbanístico español tan esclarecedora, profunda, pegada a la realidad, rica, crítica y, en definitiva, útil como la de la obra que ahora recensamos.

Sumamente útil es la descripción «geográfica» que el Profesor BAÑO hace de nuestro Derecho urbanístico, la exposición detallada y sistemática de su configuración externa, de su capa visible. La obra comentada ofrece a todos los que por cualquier razón se vean en la necesidad de adentrarse en la jungla urbanística —empresarios, técnicos urbanistas, abogados, funcionarios, autoridades administrativas, jueces, estudiantes, profesores universitarios, etc.—, un mapa del terreno con el que les resultará fácil orientarse y complicado perderse. En él se han plasmado el rico conocimiento de la realidad que dan veinticinco fructíferos años dedicados al análisis —tanto desde un punto de vista teórico como práctico—, del Derecho público en general y urbanístico en particular, una sobresaliente claridad expositiva y la proverbial habilidad que el autor posee para desvelar las claves esenciales de las materias que trata, para poner al descubierto la almendra de los problemas que realmente importan, para ver bosques donde los demás solemos ver sólo árboles.

En la obra se ponen de manifiesto y tratan no menos de trescientas cuestiones de relevancia práctica. Digamos los trescientos problemas esenciales o «lugares de interés» del Derecho urbanístico español, debidamente sistematizados, situados en su contexto y analizados de manera crítica. El visitante, ocasional o asiduo, encontrará aquí una útil guía, que le permitirá conocer esos problemas, las soluciones que cabe darles y los argumentos que pueden ofrecerse a favor y en contra de las mismas. Quizás el estudioso teórico aprecie especialmente las

incontables e iluminadoras observaciones sobre la praxis real de nuestro Derecho urbanístico, información que difícilmente obtendría leyendo simplemente los diarios oficiales, los repertorios jurisprudenciales y las obras doctrinales al uso, mientras que tal vez el jurista práctico considere particularmente valiosos las ideas y los razonamientos teóricos desarrollados por el autor, a los efectos de defender o atacar determinadas soluciones.

El profesor Baño, además, no se limita a recoger, procesar y exponer de manera ordenada lo que antes otros han escrito, sino que también realiza muchas aportaciones originales, algunas ciertamente sagaces y —por qué no decirlo— discutibles. Puede citarse a modo de ejemplo la tesis según la cual, en el procedimiento de aprobación de los planes urbanísticos, no debería existir la obligación de realizar una segunda información pública cuando tras la primera se han introducido modificaciones sustanciales en el proyecto del plan (cap. IV, marginales 27 y sigs.). Esta opinión es frontalmente contraria a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, y choca aparentemente con la moderna tendencia a la revalorización del procedimiento de elaboración de las decisiones públicas en general y administrativas en particular (1), pero las razones jurídicas de peso que el autor ofrece para fundamentarla tienen cierto poder de convicción y, desde luego, deben ser tenidas muy en cuenta.

Otro ejemplo de tesis formulada a contracorriente, pero igualmente cimentada sobre sólidos argumentos, es aquella por la que se afirma que las infracciones de las normas de directa aplicación que contienen conceptos jurídicos indeterminados eventualmente cometidas por los planes urbanísticos sólo deberían ser controlables por los Tribunales al resolver los recursos directos contra el plan, pero no con ocasión de los llamados recursos indirectos, interpuestos contra sus actos de aplicación (cap. III, marginales 35 y sigs.). Se propugna así extender a ciertos vicios de contenido del plan la jurisprudencia del Tribunal Supremo —ya muy criticada por un importante sector de la doctrina— según la cual los defectos de procedimiento de las normas reglamentarias no pueden ser alegados en los mencionados recursos indirectos (2).

---

(1) *Vid.*, por todos, Juli PONCE SOLÉ (2001), *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Valladolid, Lex Nova.

(2) Por razones similares a las invocadas por el autor, el legislador alemán ha limitado la relevancia invalidante de ciertos vicios, tanto de procedimiento como de contenido, de los planes urbanísticos. *Vid.* al respecto Christian Wolfgang OTTO (2000), *Nichtigkeitsdogma und Fehlerbehebung im Städtebaurecht*, Berlin, Arno Spitz; Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2002), *La invalidez de los reglamentos*, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 126 y sigs.

Sirva para cerrar esta pequeña muestra ilustrativa la postura que el autor adopta respecto de un punto de crucial relevancia para la eficacia social del Derecho urbanístico y sobre el que prácticamente nadie había parado mientes. Nos referimos a su crítica del sometimiento a un plazo preclusivo del ejercicio de la potestad administrativa de restablecimiento de la legalidad urbanística, máxime cuando este plazo suele ser de unos pocos años y considerarse de caducidad (cap. XII, marginales 44 y sigs.).

## II. GEOLOGÍA DEL DERECHO URBANÍSTICO

Pero el principal activo de esta obra reside, a nuestro juicio, en el estudio «geológico» que en ella se hace del Derecho urbanístico español, el estudio de cómo ciertas fuerzas «telúricas» profundas, tanto fácticas como jurídicas, han determinado la configuración del terreno en el que han de moverse los intérpretes y aplicadores de este sector del ordenamiento, cómo han dado lugar al actual estado de las cosas, cómo han provocado sensibles transformaciones, cómo debieran provocarlas o cómo probablemente darán lugar a ellas en los próximos años. El libro está repleto de análisis de este tipo.

La tesis que subyace en el título de la obra, y que de alguna manera la aglutina, puede valer como ejemplo: a pesar de las apariencias engendradas por la existencia de diecisiete ordenamientos autonómicos formalmente distintos, en España hay un Derecho urbanístico común, que deriva no sólo de las disposiciones estatales directa o supletoriamente aplicables, sino también de «las convicciones comunes de legisladores que han frecuentado la misma escuela y, naturalmente, de la jurisprudencia», que muestra una notable querencia hacia la uniformidad interpretativa (Introducción, pág. 37; cap. III, marginales 103 y sigs.).

Este análisis geológico profundo se desenvuelve no sólo en un plano descriptivo, sino que además se manifiesta en consideraciones de carácter prescriptivo o normativo. El autor no se limita a esclarecer lo que ha pasado; también se pronuncia sobre lo que debiera haber ocurrido o lo que debiera ocurrir en atención a las nuevas circunstancias fácticas o jurídicas. Puede mencionarse a título meramente ilustrativo su observación de que las oportunidades que ofrece el progreso de las tecnologías informáticas posibilitan, justifican y exigen una mayor transparencia y publicidad del planeamiento urbanístico (cap. IV, marginales 80 y sigs.), así como el establecimiento de mecanismos preventivos (*v. gr.*, coordinación del catastro y del Registro de la Propiedad) y represivos (información vía satélite proporcionada por algunos

buscadores de la red) que permitan reforzar la disciplina urbanística (cap. XII, marginales 4 y sigs.).

Otro ejemplo es la tesis sostenida de que la tradición jurídico-administrativa en virtud de la cual sólo de manera rigurosamente excepcional, por no decir nunca, se suspende cautelarmente la ejecución de los planes urbanísticos debería justamente invertirse, en atención a la desazonadora experiencia reciente, al «nuevo paradigma ambiental» (la revalorización del principio de protección del medio ambiente, véase especialmente el cap. V) que irradia nuestro urbanismo actual y —ésta es una observación ciertamente perspicaz— a que tales controvertidas decisiones administrativas, precisamente porque afectan de manera grave y prácticamente irreversible a los intereses de los individuos y de la sociedad en su conjunto y porque entrañan un altísimo grado de discrecionalidad, deben contar con el respaldo que proporciona el «análisis sereno de fondo del Tribunal», deben venir avaladas por el «plus de legitimidad que supone el contraste judicial»; «la legitimidad democrática de la Administración no basta y requiere el refuerzo de la decisión» del juez, que «aparece aquí como defensor último» de los derechos de las personas (cap. XII, marginales 25 y sigs.).

Tampoco tienen desperdicio las certeras observaciones relativas a las causas sociológicas del fracaso de la disciplina urbanística represiva, así como a las enseñanzas que de las mismas hay que extraer en orden a determinar qué Administración debería ejercer aquí las competencias de control y a través de qué estructuras organizativas. Sintéticamente: «sólo una Administración más lejana [más alejada del ciudadano] puede hacer efectivo el imperio de la ley urbanística» (cap. XII, marginales 9 y sigs.).

### III. ALGUNAS IDEAS-FUERZA CONSTITUCIONALES (NO SIEMPRE ACERTADAMENTE IMPLEMENTADAS POR NUESTRA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA)

Particular interés tiene, en nuestra opinión, el estudio de las ideas-fuerza constitucionales que en gran medida han determinado o deberían determinar la fisonomía del Derecho urbanístico español. Se echaba en falta en nuestra bibliografía una obra en la que se abordara de manera global, sistemática y con la deseable profundidad, este sector del ordenamiento jurídico desde una perspectiva constitucional. Acaso la ya centenaria agrupación burocrática de los profesores de Derecho público en dos grandes áreas de conocimiento haya tenido mucho que ver en esta situación. Los que usualmente se han ocupado de labrar este campo, los administrativistas, no siempre han querido o sabido integrar en sus análisis las mejores y más refinadas teorías jurídico-constitucionales. Los

que seguramente poseían las mejores herramientas para acometer esta tarea, los constitucionalistas, no han mostrado el más mínimo interés por ella. El Profesor Baño es, incuestionablemente, uno de los autores mejor pertrechados para colmar este vacío, por unir a su condición de administrativista experto en Derecho urbanístico una excepcional habilidad para moverse por los escarpados terrenos de la teoría constitucional (3).

Ya en la misma introducción del libro (pág. 35) se señalan entre los grandes ejes vertebradores de nuestro Derecho urbanístico varios principios constitucionales: el principio de protección del medio ambiente, la equidistribución —de cargas y beneficios entre los propietarios afectados por los procesos de urbanización— y la revalorización de las garantías del derecho de propiedad frente a la acción pública. No en la introducción, pero sí en varios lugares posteriores, se destaca también otro mandato constitucional subyacente y determinante: el de que la comunidad participará en las plusvalías urbanísticas que genere la actividad de los poderes públicos (art. 47.II de la Constitución española).

La satisfactoria ordenación del urbanismo depende en buena parte de la articulación de las soluciones jurídicas que permitan lograr efectivamente un equilibrio entre todos esos principios. No puede decirse, sin embargo, que los legisladores patrios hayan sabido acertar con las medidas adecuadas.

### 1. *Tomándose en serio el derecho a la propiedad privada*

En el libro se comparte sustancialmente la tesis mayoritaria entre la doctrina española —la llamada «concepción estatutaria»— según la cual el contenido concreto de la propiedad del suelo lo determina el legislador, que goza para ello de una amplísima libertad de configuración. Ahora bien, el Profesor Baño pone el acento en que esta discrecionalidad no es total —como podía serlo cuando surgió aquella doctrina, al calor de la Ley del Suelo de 1956—, sino que debe respetar la reserva de ley y el límite del contenido esencial (art. 53.1 CE), límite este último que para el autor viene a traducirse en el principio de proporcionalidad: no se pueden imponer obligaciones al propietario que le

---

(3) Así lo acreditan *blockbusters* como, por ejemplo, «La igualdad como Derecho público subjetivo», *Revista de Administración Pública*, núm. 114, 1987, págs. 179 y sigs.; «La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 4, 1988, págs. 155 y sigs.; «El recurso de amparo frente a la negativa a plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea» (con R. ALONSO GARCÍA), *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 29, 1990, págs. 193 y sigs., y *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Madrid, Civitas, 1991.

supongan una carga excesiva, que limiten desproporcionadamente la rentabilidad del bien (cap. VIII, marginal 7). El autor, además, se toma estos límites en serio; desde luego, mucho más en serio que el Tribunal Constitucional, pues este órgano jurisdiccional ha interpretado de manera sumamente restrictiva el alcance del contenido esencial de la propiedad privada, al entender que sólo una regulación que vaciara por completo la utilidad económica del correspondiente bien o lo convirtiera en irreconocible rebasaría dicho límite (4), lo cual ha provocado, paradójicamente, que este derecho haya quedado casi completamente vacío de significado constitucional. Bien ilustrativo resulta el hecho de que ni un solo precepto legislativo haya sido declarado contrario al artículo 33.1 de nuestra Carta Magna por vulnerar el contenido esencial de la propiedad privada, a pesar de los más de treinta años transcurridos desde que aquélla entrara en vigor (5).

De esta concepción extrae el autor numerosas consecuencias prácticas, *verbi gratia*: las medidas de suspensión de facultades asociadas al derecho de propiedad no pueden tener carácter indefinido, sino que deben someterse a un plazo máximo, no excesivo (cap. IV, marginales 46 y 47); las llamadas «reparcelaciones económicas», por razón de su naturaleza expropiatoria, deben preverse en una norma con rango de ley, sin que el legislador pueda remitir en blanco al reglamento la determinación de los supuestos en los que pueden ser acordadas, debiendo justificar la Administración la dificultad desmesurada de ejecutar una reparcación material en el caso concreto (cap. VI, marginal 44); ni el legislador urbanístico ni la Administración pueden elegir discrecionalmente la utilización de la expropiación como medio para urbanizar un ámbito territorial, pues ésta constituye a dichos efectos el instrumento más gravoso para el derecho de propiedad, por lo que sólo podrá emplearse cuando resulte indispensable, necesario, sólo cuando quede probado que concurren circunstancias especiales que hacen inviable la utilización de los demás sistemas de gestión urbanística (cap. VII, marginales 16 y sigs.); tampoco se puede expropiar invocando simplemente la genérica causa de ampliar el patrimonio público del suelo, sino que hay que probar la necesidad de la expropiación por no ser suficientes los mecanismos alternativos dirigidos a proveer la vivienda protegida o por concurrir otra causa legalmente prevista (cap. X, marginal 19); las leyes que reconocen

---

(4) *Vid.*, por todas, la controvertida STC 89/1994, de 17 de marzo, relativa a la Ley de Arrendamientos Urbanos.

(5) Salvo error nuestro, sólo una vez se ha declarado inconstitucional un precepto legal por lesionar el derecho de propiedad, en concreto, por efectuar una expropiación sin que se hubiese acreditado la necesidad de la misma, vulnerando así el artículo 33.3 CE (STC 48/2005, de 3 de marzo).

genéricamente la posibilidad de expropiar simplemente para constituir bolsas de suelo público resultan inconstitucionales, pues la reserva de ley del artículo 53.1 de la Constitución impone que sea el legislador el que determine la concreta finalidad justificante de la adquisición (cap. XI, marginal 52); las obligaciones de conservación que se imponen a los propietarios no pueden privar al bien de cualquier utilidad, ni suponer un desembolso superior al valor venal de la propiedad (cap. VIII, marginales 46 y 95 y sigs.); la delimitación de unidades de ejecución urbanística en las que los costes sean superiores a la plusvalía previsible, con arreglo a los valores actuales de la vivienda, vulnera la Constitución (cap. VII, marginales 51 y sigs.), etc.

Resulta llamativo, no obstante, que al mismo tiempo el autor mantenga en líneas generales una consideración positiva de la reciente regulación estatal de las valoraciones del suelo —en especial, del rústico—, a diferencia de otros grandes especialistas en la materia, que la han criticado con dureza precisamente por no ser suficientemente respetuosa con el derecho de propiedad (6). Pero es que el Profesor Baño se muestra en este punto más coherente con la concepción según la cual las plusvalías que genera el planeamiento urbanístico no tienen por qué ir a parar al propietario del suelo, sino que en principio deben corresponder a la comunidad, pues a fin de cuentas han sido engendradas por una decisión pública. El problema radica, a nuestro juicio, en que esa concepción es cuestionable y, además, en que el legislador no siempre se manifiesta del todo congruente con ella, al permitir muchas veces que la mayor parte de las plusvalías urbanísticas acabe no en la caja común de todos los ciudadanos, sino en el bolsillo de ciertos particulares, en detrimento de otros.

## 2. *El principio de equidistribución. ¿Garantiza la legislación urbanística española la igualdad de los propietarios?*

Afirma el Profesor Baño «la vigencia de la idea de equidistribución como eje vertebrador de las técnicas urbanísticas». Coincidimos en que así debería ser: los beneficios y las cargas que engendran los procesos urbanísticos deberían distribuirse equitativamente —respetando el principio de igualdad— entre todos los afectados y, muy especialmente, entre todos los propietarios de suelo. Nos parece, sin embargo, que nuestro Derecho vigente no garantiza efectiva-

---

(6) *Vid.*, por todos, Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2007), «La nueva Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo: valoración general», *Revista de Administración Pública*, núm. 174, págs. 67 y sigs.

mente esa equidistribución. El autor no se muestra explícitamente crítico con la legislación urbanística española en este punto, pero su estudio pone de relieve con meridiana claridad que la misma consagra flagrantes desigualdades entre los referidos propietarios.

Los planes urbanísticos, al permitir urbanizar y edificar en determinadas fincas y prohibir dichas actividades en otras, están estableciendo una importante diferencia de trato entre los propietarios de las primeras y los de las segundas. Como el autor advierte, éste no era un problema que al legislador de 1956 le preocupara demasiado: los planes ordenaban suelo sin que se requiriera legalmente la igualación de los propietarios, más allá del reconocimiento de un mínimo de *ius edificandi* en el suelo rústico. La Ley del Suelo de 1975, en cambio, quiso lograr una cierta igualdad mediante la figura del aprovechamiento medio, pero esta técnica, en el mejor de los casos, sólo igualaba a los propietarios de suelo urbanizable programado. Y la igualdad acababa ahí, ya que no se predicaba ni de los propietarios de suelo urbano ni de los del suelo urbanizable no programado ni de los de suelo rústico (cap. VI, marginal 3). Es algo así como si la Administración decidiera discrecionalmente, no mediante sorteo, a quiénes les toca la lotería y cuánto les toca, respetándose el principio de igualdad sólo en la medida en que los agraciados con el primer premio van a ser tratados de la misma manera, al recibir cada uno de ellos una cantidad de dinero proporcional al importe de los billetes que hubiese adquirido previamente. Repárese, además, en que todos los propietarios de suelo estaban obligados a participar en este desigual juego, no precisamente de azar.

La leyes estatales y autonómicas posteriores han ido un poco más allá en la equidistribución, pero no mucho más. Sigue subsistiendo una significativa desigualdad, por ejemplo, entre los propietarios cuyos suelos se reclasifican como urbanizables, quienes normalmente acabarán obteniendo importantes plusvalías como consecuencia de esta decisión administrativa, y los propietarios de suelo rústico, quienes no obtendrán beneficio alguno derivado del proceso urbanístico, más bien al contrario. Pero no es el único ejemplo. El propio autor nota cómo una de las leyes urbanísticas autonómicas más influyentes se caracteriza, entre otras cosas, por el «abandono de la idea de igualdad como motor del planeamiento... Lo importante es la urbanización y no el tratamiento igualitario universal de los propietarios, que estorba la transformación ágil de los terrenos. En consecuencia, la delimitación de áreas de reparto y el cálculo del aprovechamiento tipo [técnicas que permiten una cierta igualación entre *algunos* propietarios] se hace [por el legislador] de manera muy poco precisa, dejando al planificador una discrecionalidad no pequeña» (cap. VI, marginal 21).

3. *La participación de la comunidad en las plusvalías urbanísticas generadas por los poderes públicos. Una lectura discutible de un mandato constitucional*

El anterior problema guarda estrecha relación con el de la inclusión de la Administración en el círculo de los agraciados por la singular lotería de las plusvalías urbanísticas. De acuerdo con la concepción mayoritariamente aceptada por la doctrina española, también por el Profesor Baño, dichas plusvalías las crea la Administración, por lo que resulta muy lógico que la misma se beneficie de ellas. Si la espectacular revalorización experimentada por los terrenos que se reclasifican como urbanizables y se incorporan al proceso urbanístico es fruto de una decisión pública, del plan urbanístico adoptado por la Administración competente, parece a primera vista razonable que ésta recupere cuando menos parte de los beneficios que ha generado. Esta idea, que aparentemente se refleja en el tenor literal del artículo 47.II de la Constitución, recorre todo el libro.

Y es ésta una de las pocas ideas del estudio recensionado de las que discrepamos, aunque ciertamente se trata de una idea de gran relevancia. Conviene por ello que nos detengamos aquí un momento. Resulta cuestionable sostener que las enormes plusvalías engendradas por la urbanización y edificación de terrenos las genera la Administración. Adviértase, por de pronto, que si esas plusvalías han sido hasta la fecha enormes es porque el legislador ha permitido que los beneficios derivados del proceso urbanístico se concentren sobre unos pocos propietarios —principalmente, los de los suelos que se urbanizan— y que buena parte de los costes —*v. gr.*, los medioambientales que supone la transformación del terreno— se externalicen y sean soportados por el conjunto de la sociedad. Pero no es inexorable que tal ocurra. Hay regulaciones alternativas.

Debe notarse, en segundo lugar, que las decisiones administrativas relativas al uso del suelo no crean esas plusvalías, sino que en todo caso las redistribuyen. La mera reclasificación como suelo urbanizable de una finca que antes era rústica puede multiplicar por cien su precio en el mercado, pero este incremento no obedece a que la Administración ha creado valor de la nada, mágicamente, como por arte de ensalmo. La Administración no crea (apenas) valor, lo transfiere. La mayor parte del beneficio que a unos pocos propietarios les reporta el proceso urbanístico se produce a costa de los demás propietarios y, en general, del resto de los ciudadanos. Aquella decisión administrativa discrecional supone normalmente una enorme plusvalía para el titular del suelo reclasificado, porque así lo ha dispuesto el legislador, pero también frustra las expectativas razonables que los titulares de fincas análogas hubieran podido depositar en su

reclasificación, implica el mantenimiento de la prohibición legal que se les ha impuesto de aprovecharlas urbanísticamente y encierra un coste medioambiental con el que deberán cargar las generaciones presentes y futuras.

No debe pasarse por alto, en tercer lugar, que tanto la legislación urbanística como la doctrina suelen incurrir aquí en llamativas incoherencias. Sirvan algunos ejemplos. Si la Administración es la que crea las plusvalías urbanísticas y eso es lo que justifica que deba participar de ellas, no se entiende muy bien por qué por regla general sólo se le asigna una pequeña porción de las mismas [entre el 5 y el 15 por 100 de la edificabilidad media ponderada (7)], en vez de su totalidad o al menos la mayor parte.

Tampoco tiene mucho sentido que si la Administración, por las razones que sean, decide ejecutar el planeamiento mediante expropiación —pagando los terrenos necesarios a precio de suelo rural y urbanizándolos— obtenga íntegramente la plusvalía urbanística, mientras que si opta por cualquier otro sistema, la mayor parte de la misma vaya a parar a los propietarios, al bolsillo incluso de los que no participan en las tareas de urbanización (8).

El vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo parte de la premisa de que en la valoración del suelo rústico expropiado deben excluirse las expectativas urbanísticas, porque «ningún sentido tiene que la simple clasificación de un terreno como urbanizable implique que la comunidad deba pagar al propietario en caso de expropiación la plusvalía que la propia comunidad ha creado mediante el plan», pero luego el legislador «sacrifica la congruencia», al introducir factores correctores, como la accesibilidad a núcleos de población o a centros de actividad económica, que introducen de manera indirecta expectativas urbanísticas en la valoración del suelo (cap. IX, marginales 27 y 28).

Y, en fin, no parece muy congruente con aquella idea reconocer a los propietarios de suelo rústico urbanizable que cuente con una ordenación pormenorizada una indemnización por impedirles el ejercicio de la facultad de participar en actuaciones de nueva urbanización (9), pues tal indemnización supone asignarles una parte de la plusvalía urbanística engendrada por el plan. Se trata, como bien señala el autor, de una «concesión legal a la tradición española de valorar las expectativas concedidas por el plan en el suelo urbanizable» (cap. IX, marginal 32).

---

(7) Artículo 16.1.b) del Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por RDLeg. 2/2008, de 20 de junio (en adelante, TRLS).

(8) *Vid.* el artículo 27 del TRLS.

(9) *Vid.* el artículo 25 del TRLS.

#### 4. Algunos efectos perversos del sistema

Pero lo peor de la defectuosa implementación legislativa de los referidos principios constitucionales es que propicia conductas perniciosas, eventualmente delictivas incluso. Prácticamente todos los propietarios de suelo no urbanizable desearán fervientemente, como es muy natural, que el mismo sea reclasificado e incorporado al proceso de urbanización, a fin de hacer suyas las jugosas plusvalías que la operación conlleva. Estos ciudadanos tendrán, por consiguiente, un potente incentivo económico para tratar de influir, de presionar, con medios lícitos o ilícitos, a las autoridades públicas competentes con el fin de que adopten esa decisión que tanto les conviene. El premio bien lo vale. Y la experiencia nos ha enseñado que existe un serio riesgo de que tales autoridades no se resistan del todo ante las presiones, como consecuencia de la conjunción de varios factores. Los gobernantes, en primer término, pueden recibir de los propietarios interesados —muchos de los cuales pertenecen además al círculo de sus potenciales electores— considerables favores, contraprestaciones u otros beneficios si acceden a sus demandas. El pastel es lo suficientemente grande. Las autoridades públicas competentes, adicionalmente, obtienen un beneficio económico más o menos inmediato al permitir la urbanización de nuevos terrenos, pues así pueden apropiarse, aunque sea en un pequeño porcentaje, de las plusvalías urbanísticas generadas. Y, en fin, las decisiones administrativas que han de adoptar a estos efectos entrañan un elevado grado de discrecionalidad, por lo que son difícilmente controlables por los Tribunales.

No sorprende en absoluto que en España se haya producido una excesiva urbanización del territorio, en especial de algunas zonas. Resulta sumamente complicado determinar con precisión las causas del fenómeno. Pero no parece aventurado afirmar que algo ha tenido que ver en ello la normativa urbanística. La teoría económica de los *lobbies* suministra una explicación verosímil. De acuerdo con nuestra legislación, los beneficios derivados del desarrollo urbanístico se concentran especialmente sobre unos pocos ciudadanos, los que participan en él como urbanizadores o propietarios del suelo afectado, que, por lo tanto, tienen importantes alicientes económicos para organizarse y presionar con éxito a las autoridades reguladoras. Los perjuicios —*v. gr.*, medioambientales—, en cambio, quedan dispersos entre un gran número de individuos. Muchos de los cuales pertenecen a las generaciones futuras, por lo que carecen de la capacidad de presionar a las actuales autoridades reguladoras. Y los que integran las generaciones presentes no suelen verse perjudicados con la intensidad suficiente —dada la referida dispersión— como para que les salga a cuenta

ejercer sobre las autoridades una presión equivalente a la de los propietarios favorecidos por la urbanización. La ventaja que cada uno de aquéllos puede esperar si presiona es muy reducida en comparación con lo que le cuesta esta actividad; la persona que trata de influir sobre los poderes públicos para evitar la transformación urbanística de unos terrenos soporta normalmente todos los costes de las maniobras realizadas a estos efectos, pero sólo obtiene una parte de los beneficios, pues de tales maniobras se aprovechan también otros ciudadanos que se hallan en una situación análoga. Ello puede originar la aparición de «gorrones» o «polizones» (*free riders*), de situaciones en las que algunos interesados eluden contribuir a las actividades de presión encaminadas a frenar procesos urbanísticos confiando en que otros las llevarán a cabo. Es evidente que este problema puede ser solucionado más fácilmente cuanto más reducido sea el número de las personas que integran el *lobby* (10). Se comprende, pues, que los propietarios interesados en promover la urbanización de sus fincas —o, en su caso, los empresarios urbanizadores— hayan podido ejercer una excesiva influencia sobre las autoridades competentes.

A todo lo cual hay que añadir que estas autoridades, que podían y debían haber puesto freno a la depredación del territorio, tenían un importante acicate económico para no hacerlo, en tanto en cuanto participaban, en mayor o menor medida, de las plusvalías nacidas del urbanismo, que les permitían financiar otras actividades mucho más rentables políticamente.

### 5. ¿Hay alternativas?

El formidable esfuerzo del autor ha fructificado en forma de numerosas propuestas ciertamente plausibles y cuya materialización muy probablemente contribuiría a mejorar el lamentable estado en el que se encuentra el urbanismo español, acercándonos así al objetivo de lograr un equilibrio sostenible entre los diversos intereses legítimos afectados. Sin embargo, no parece que los grandes problemas de nuestro urbanismo puedan ser solucionados de una manera mínimamente satisfactoria —no parece posible garantizar efectivamente un desarrollo ordenado y racional de esta parcela de la vida social— sin cambiar la estructura de incentivos perversos que, en relación con la conducta de los

---

(10) *Vid.*, entre otros, George STIGLER (1971), «The Theory of Economic Regulation», *Bell Journal of Economics and Management Science*, núm. 2, págs. 3 y sigs.; Einer R. ELHAUGE (1991), «Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?», *Yale Law Journal*, núm. 101, págs. 35 y sigs.

agentes implicados, ha sido creada por una deficiente plasmación legislativa de los principios constitucionales concurrentes.

Desconocemos cuáles son las soluciones complementarias que convendría tomar, si es que las hay, pero no estaría de más explorar otras alternativas, como las ya ensayadas en ordenamientos jurídicos basados sobre principios constitucionales análogos, como los de Francia y los Estados Unidos de América. Cabría considerar, por ejemplo, la creación de un gran mercado de derechos de aprovechamiento urbanístico [*transferable development rights* (11) o *transfert de coefficient d'occupation des sols* (12)] cuyo esquema de funcionamiento fuese más o menos el siguiente. Para urbanizar y edificar una determinada parcela se requeriría, como hasta la fecha, que la Administración, a través del pertinente plan urbanístico, hubiese previsto la transformación de ese terreno y la edificación proyectada. Pero, a partir de ahora, también sería necesario que el propietario o el empresario correspondiente, para materializar el proyecto, adquiriese una determinada cantidad de derechos de aprovechamiento urbanístico, tanto mayor cuanto más voluminosa fuese la correspondiente edificación y su rentabilidad esperada en función del tipo de uso previsto. La Administración habría distribuido previamente todos los derechos de aprovechamiento entre todos los propietarios de suelo no urbanizado de un determinado ámbito territorial —*v. gr.*, comarcal o quizás provincial—, asignándoles a título gratuito una cantidad que guardaría una relación directamente proporcional con la superficie de los terrenos de su propiedad. Y, una vez asignados, tales derechos serían libremente transmisibles.

Da la impresión de que este sistema, que se mantiene holgadamente dentro del amplísimo margen de discrecionalidad de que el legislador dispone para configurar el derecho de propiedad, tiene algunas ventajas respecto del modelo español actual, cuando menos las siguientes. En primer lugar, resulta mucho

---

(11) *Vid.*, a título ilustrativo, John J. COSTONIS (1973), «Development Rights Transfer: An Exploratory Essay», *Yale Law Journal*, núm. 83, págs. 75 y sigs.; Joseph D. STINSON (1996), «Transferring Development Rights: Purpose, Problems, and Prospects in New York», *Pace Law Review*, núm. 17, págs. 319 y sigs.; Franklin G. LEE (1998), «Transferable Development Rights and the Deprivation of All Economically Beneficial Use: Can TDR's Salvage Regulations that Would Otherwise Constitute a Taking?», *University of Idaho Law Review*, núm. 24, págs. 679 y sigs.; Ari D. BRUENING (2008), «The TDR Siren Song: The Problems with Transferable Development Rights Programs and How to Fix Them», *Journal of Land Use and Environmental Law*, núm. 23, págs. 424 y sigs.

(12) *Vid.*, por ejemplo, J. DUBOIS MAURY (1983), «Le transfert de coefficient des sols: un outil de protection des espaces naturels», *Norois*, núm. 119, págs. 393 y sigs. Julio César TEJEDOR BIELSA, *Un modelo urbanístico alternativo: el Derecho francés*, Barcelona, CEDECS, 1998, págs. 130 y sigs.

más respetuoso con el principio de igualdad de los propietarios, pues todos ellos se aprovechan por igual de las plusvalías que genera la transformación urbanística del suelo. Los propietarios de suelo no urbanizable podrán vender los derechos de aprovechamiento que el planeamiento les prohíbe materializar en sus fincas, mientras que los premiados por la lotería de las reclasificaciones que quieran urbanizar y edificar en sus terrenos conforme a lo previsto por el plan deberán adquirir derechos de aprovechamiento adicionales, pues los que les asignó inicialmente la Administración no bastan a dichos efectos. Si no se producen fallos en este mercado, el beneficio neto ( $B_1$ ) que los propietarios de suelo urbanizable obtienen al adquirir un nuevo derecho de aprovechamiento tenderá a coincidir con el beneficio neto que a los propietarios de suelo no urbanizable les reporta venderlo ( $B_2$ ), porque si aquél ( $B_1$ ) es superior a éste ( $B_2$ ), subirá el precio del derecho hasta que ambos se igualen, y si se da el caso contrario, bajará el precio hasta que se llegue a idéntico resultado.

Otra importante ventaja es que elimina casi por completo los incentivos económicos que en el modelo actual tienen los propietarios para presionar, con medios lícitos o ilícitos, a las autoridades públicas a fin de que sus terrenos sean incorporados al proceso de urbanización. Si el sentido de la decisión administrativa que se adopte al respecto pierde la enorme relevancia económica que antaño tenía para los propietarios afectados, porque ahora todos ellos van a participar por igual de las plusvalías urbanísticas, con independencia de que sus terrenos puedan ser transformados o no, es muy probable que estos ciudadanos dejen de invertir tanto tiempo, dinero y energías como antes destinaban a tratar de influir sobre las autoridades encargadas de decidir. Este sistema, por consiguiente, desincentiva que algunos ciudadanos se dediquen a realizar actividades que son socialmente improductivas, cuando no dañinas o incluso delictivas, lo que a su vez disminuye el peligro de que los agentes públicos cometan arbitrariedades, abusos, infracciones administrativas, ilícitos penales, etc.

Si la asignación inicial de los derechos de aprovechamiento urbanístico es completamente gratuita, el sistema tiene también la ventaja de que entonces las autoridades públicas carecen de alicientes económicos para primar la transformación urbanística de los terrenos en detrimento de la conservación del *statu quo* —o sea, en perjuicio de la protección del medio ambiente—, por lo que es previsible que contribuya a evitar la sobreexplotación del territorio. Esta solución, por lo demás, resulta compatible con el artículo 47 de la Constitución española, pues no impide que la comunidad pueda beneficiarse de las plusvalías urbanísticas a través del sistema tributario ordinario.

No puede desconocerse que la creación y el funcionamiento de semejantes mercados presentan problemas prácticos, ni que en nuestro país han acabado

fracasando ciertas experiencias de alcance limitado basadas en una idea análoga (cap. VI, marginales 12 y sigs. y 33 y sigs.). Pero ello no quita que valga la pena tomar en consideración alternativas como ésta, esclarecer por qué en algún caso no han tenido el éxito apetecido, estudiar qué posibilidades hay de articularlas, analizar sus eventuales inconvenientes y ponderarlos con sus ventajas esperables.