

LAS PLUSVALÍAS URBANÍSTICAS EN EL DERECHO ESPAÑOL

Un sistema de incentivos perversos

GABRIEL DOMÉNECH PASCUAL

Universitat de València

I. INTRODUCCIÓN

Si hemos de juzgar las normas jurídicas por su impacto sobre la realidad social, a la vista de cómo influyen en el comportamiento de los ciudadanos y en qué medida contribuyen a incrementar o reducir su bienestar, las que en España regulan el urbanismo merecen, obviamente, una valoración sumamente negativa.

El gran problema no es que muchas de ellas sean difíciles de entender, engendren múltiples dudas interpretativas, estén plagadas de discordancias e incluso vulneren disposiciones de rango superior. El gran problema es que, frecuentemente, no constituyen los incentivos adecuados para que sus destinatarios se dediquen a realizar actividades valiosas para la comunidad, en vez de conductas dañinas. Al revés, el Derecho urbanístico español es un desastre que propicia la realización de toda clase de comportamientos socialmente indeseables y hasta delictivos. La gama de posibilidades de «hacer el mal» que *de facto* ofrece es realmente amplísima. No hay actividad urbanística –desde el planeamiento y su ejecución hasta el ejercicio de las potestades de intervención y disciplina– que no se haya visto seriamente afectada por múltiples irregularidades¹.

En el presente trabajo pretendemos poner de manifiesto cómo una de las piedras angulares sobre las que descansa el edificio de nuestro Derecho urbanístico no sólo es dudosamente compatible con lo establecido en la Constitución española, sino que también estimula actuaciones sumamente perniciosas, tanto de los poderes públicos como de los particulares implicados. No se trata, por descontado, del único factor que ha contribuido al lamentable estado de cosas ante el que nos encontramos², pero sí de uno ciertamente relevante.

II. ¿QUIÉN SE QUEDA LAS PLUSVALÍAS GENERADAS POR EL PROCESO URBANÍSTICO?

Podemos afirmar *grosso modo* que las plusvalías generadas por los procesos de urbanización las comparten los propietarios de los suelos afectados y los correspondientes Municipios. La parte del león va a parar normalmente a los primeros, mientras que los segundos participan con un pellizco nada desdeñable.

¹ Vid., a título ilustrativo, Manuel ALCARAZ RAMOS (dir.), *El Estado de Derecho frente a la corrupción urbanística*, La Ley, Madrid, 2007; el número monográfico de *Cuadernos Penales José María Lidón*, 5, 2008, dedicado íntegramente al tema «Corrupción y urbanismo»; el número monográfico del *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 12, 2009, dedicado al mismo tema «Urbanismo y corrupción»; y Lorenzo MORILLAS CUEVA (dir.), *Urbanismo y corrupción política*, Dykinson, Madrid, 2013.

² Vid. Juan Cruz ALLI ARANGUREN, «La corrupción: mal endémico del urbanismo español», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio ambiente*, 257, 2010, pp. 89-115

Todo el mundo sabe que, tal como está configurado el Derecho urbanístico patrio desde prácticamente siempre, el suelo se revaloriza sustancialmente para su propietario si la Administración competente cambia su clasificación de no urbanizable a urbanizable o urbano. El propietario obtiene una plusvalía, en el sentido literal de la palabra³, ciertamente jugosa. El valor de la propiedad se acrecienta no por el hecho de que su titular haya efectuado mejoras en ella, sino por una causa «extrínseca» a la misma, como consecuencia de la decisión adoptada por una autoridad administrativa, se supone que en aras de los intereses del conjunto de los ciudadanos. El propietario capta, seguramente por la vieja idea de la accesión, el valor de todos los aprovechamientos urbanísticos creados *ex nihilo* en su suelo por y con el planeamiento público, que vendría a regalárselos prácticamente gratis⁴.

De este suculento pastel regalado a los propietarios de los suelos reclasificados, las Administraciones locales competentes tienen derecho a tomar una ración. Esta participación en las plusvalías se concreta fundamentalmente en las obligaciones que se imponen a los propietarios de: a) entregarles el suelo necesario para la creación de los viales, espacios libres, zonas verdes y restantes dotaciones públicas que se hayan previsto; b) entregarles el suelo libre de cargas de urbanización correspondiente al porcentaje de la edificabilidad media ponderada de la actuación, o del ámbito superior de referencia en que ésta se incluya, que fije la legislación reguladora de la ordenación territorial y urbanística, y que no podrá ser inferior al 5% ni superior al 20%; c) entregarles, junto con el suelo correspondiente, todas las obras de urbanización previstas en la actuación correspondiente, así como las infraestructuras de conexión con las redes generales de servicios y las de ampliación y reforzamiento de las existentes fuera de la actuación que ésta demande por su dimensión y características específicas; y d) costear y, en su caso, ejecutar las obras e infraestructuras mentadas⁵.

III. ¿ES COMPATIBLE LA SOLUCIÓN VIGENTE CON EL MARCO CONSTITUCIONAL?

1. *El principio de igualdad*

Se ha dicho que la idea de equidistribución es uno de los ejes vertebradores de las técnicas urbanísticas⁶. Coincidimos en que así debería ser: los beneficios y las cargas que engendran los procesos urbanísticos deberían distribuirse equitativamente – respetando el principio de igualdad contemplado en el artículo 14 de la Constitución española– entre todos los afectados y, muy especialmente, entre todos los propietarios de suelo. No parece, sin embargo, que nuestro Derecho vigente garantice efectivamente esa equidistribución. La legislación española consagra flagrantes desigualdades entre tales propietarios.

Los planes urbanísticos, al permitir urbanizar y edificar en determinadas fincas y prohibir dichas actuaciones en otras, están estableciendo una importante diferencia de

³ Según el Diccionario de la Real Academia Española, plusvalía es el «acrecimiento del valor de una cosa por causas extrínsecas a ella».

⁴ Javier GARCÍA-BELLIDO, «Plusvalías públicas y especulación privada», *CT: Catastro*, 23, 1995, pp. 24-442, esp. 40 y ss.

⁵ Vid. el art. 16.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo (en adelante, TRLS), redactado de acuerdo con lo establecido en el apartado diez de la disposición final duodécima de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas. Cfr., por ejemplo, Guillermo RUIZ ARNAIZ, «La participación de la comunidad en las plusvalías urbanísticas. Su concreción en la legislación de urbanismo de Castilla y León», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 210, 2004, pp. 119-174.

⁶ José María BAÑO LEÓN, *Derecho urbanístico común*, Iustel, Madrid, 2009, p. 35.

trato entre los propietarios de las primeras y los de las segundas. Éste no era un problema que al legislador de 1956 le preocupara demasiado: los planes ordenaban suelo sin que se requiriera legalmente la igualdad 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 rústico⁷. Es algo así como si la Administración decidiera discrecionalmente, no mediante un 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. Ninguno podía escapar, salvo que decidieran dejar de ser propietarios.

Las leyes estatales y autonómicas posteriores han ido un poco más allá en la equidistribución –es decir, han mitigado algo las flagrantes desigualdades existentes en esta materia–, pero no mucho. Sigue subsistiendo una significativa diferencia de trato, especialmente 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 contrario⁸. Pero no es el único caso. Hay más ejemplos. Una de las legislaciones urbanísticas autonómicas más influyentes, la de la Comunidad Valenciana, 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 igualdad entre algunos propietarios] se hace [por el legislador] de manera muy poco precisa, dejando al planificador una discrecionalidad no pequeña»⁹.

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

El legislador español incluye a la Administración en el círculo de los agraciados por la singular lotería de las plusvalías urbanísticas. Para el encargado de hacer girar el bombo de la suerte y seleccionar, de manera nada azarosa, a los propietarios

⁷ Vid. José María BAÑO LEÓN, *op. cit.*, p. 238.

⁸ Se pregunta retóricamente Iñaki AGIRREAZKUENAGA, «Reflexiones sobre el artículo 149.1.1 de la Constitución: la clasificación del suelo y la imposible igualdad en el ejercicio del derecho a la propiedad urbanística», *Arquitectura, Ciudad y Entorno*, 1:3, 2007, p. 120: «¿puede crearse mayor desigualdad entre los propietarios que la de clasificar a uno su suelo como urbano y a otro como no urbanizable?, ¿se evita de algún modo esta desigualdad urbanística entre los propietarios de suelo en nuestro ordenamiento jurídico?». Las respuestas, obviamente, son negativas. Como bien señala este autor, es ciertamente paradójico, a la vista de los resultados, que el legislador estatal haya esgrimido el artículo 149.1.1 de la Constitución española, que reserva al Estado la competencia para fijar las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, para regular el urbanismo, materia que en principio compete exclusivamente a las Comunidades autónomas.

⁹ José María BAÑO LEÓN, *op. cit.*, p. 248.

afortunados hay premio seguro. De acuerdo con la concepción mayoritariamente aceptada por la doctrina española, las plusvalías originadas por la reclasificación del suelo las crea a fin de cuentas la Administración, por lo que resulta muy lógico que la misma se beneficie de ellas, aunque sólo sea parcialmente. 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 generado¹⁰.

Esta es la idea que aparentemente refleja el tenor literal del tercer y último inciso del artículo 47 de la Constitución: «La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos»¹¹.

Discrepamos, sin embargo, de esta idea. 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 de los correspondientes terrenos– se externalicen y sean soportados por el resto de los propietarios y, en general, por el conjunto de la sociedad. Pero no es inexorable que tal ocurra. Hay regulaciones alternativas, como luego veremos.

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, sino que lo transfiere. La mayor parte del beneficio que a unos pocos propietarios les reporta el proceso urbanístico, con arreglo a nuestra legislación vigente, 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 la 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. El incremento de valor que experimenta un terreno al ser reclasificado como urbanizable o urbano se produce porque la ley mantiene «artificialmente» la escasez de suelo en el que se permite la urbanización y la edificación, esto es, porque se siguen prohibiendo los usos urbanísticos en grandes extensiones de suelo.

Permítasenos ilustrar lo que decimos con un caso imaginario. Supongamos que el suelo no urbanizable de un Municipio se divide en dos grandes fincas, cada una de las cuales pertenece a un propietario distinto. Los potenciales compradores coinciden en

¹⁰ Vid., por todos, Javier GARCÍA-BELLIDO, *op. cit.*

¹¹ En relación con la interpretación de este precepto y, en especial, con los debates parlamentarios que condujeron a su aprobación, vid. el monumental trabajo de Jesús GONZÁLEZ SALINAS, «Las plusvalías urbanísticas: sistematización del alcance del artículo 47 de la Constitución española», en Sebastián MARTÍN-RETORTILLO (coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, t. II, pp. 1643-1900.

estimar que cada finca tiene un valor de 1 millón de euros si únicamente se le otorga un uso rústico. Pero, además, consideran que cada una de ellas tiene una probabilidad de 0,5 de ser reclasificada como suelo urbanizable en la próxima modificación del planeamiento, que está al caer. Y saben que en la finca agraciada con la reclasificación se podrán construir numerosas viviendas, y que su valor se elevará hasta los 10 millones de euros, mientras que la otra finca quedará eternamente excluida del proceso urbanístico y afectada para siempre a usos rurales y la conservación del medio ambiente. El valor que ambas extensiones de terreno tienen actualmente en el mercado es, por lo tanto, el mismo: 5.500.000 euros ($= 0,5 \cdot 1.000.000 + 0,5 \cdot 10.000.000$). De hecho, ésta es justamente la cantidad que, hace unos días, pagó cada uno de los actuales propietarios por sus respectivas fincas. Pues bien, nótese que, una vez aprobada la reclasificación, el valor de mercado de una de esas fincas pasará a ser de 10 millones de euros, mientras que la otra pasará a valer 1 millón. Como consecuencia de esta decisión pública, al primer propietario le lloverá una plusvalía de 4.500.000 euros, a costa de que el segundo tenga que soportar una minusvalía de exactamente el mismo importe. Lo que el planeamiento regala a uno no es sino lo que le quita al otro. Al menos en este caso, las plusvalías no se crean ni se destruyen, sino que se transforman.

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 20 por 100 de la edificabilidad media ponderada¹²), en vez de su totalidad o al menos la mayor parte. Lo lógico sería que la Administración se las quedara todas.

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 urbanización¹³.

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 suelo¹⁴.

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 urbanización¹⁵, pues tal indemnización supone asignarles una parte de la plusvalía urbanística engendrada por el plan. Se trata, como bien señala BAÑO LEÓN, de

¹² Art. 16.1.b) del TRLS.

¹³ Vid. el art. 27 del TRLS.

¹⁴ José María BAÑO LEÓN, *op. cit.*, pp. 400 y 401.

¹⁵ Vid. el art. 25 del TRLS.

una «concesión legal a la tradición española de valorar las expectativas concedidas por el plan en el suelo urbanizable»¹⁶.

IV. EFECTOS PERVERSOS DE LA REGULACIÓN VIGENTE

Pero lo peor de esta regulación no es su discordancia con el referido principio constitucional de igualdad entre los propietarios, sino la circunstancia de que propicia conductas perniciosas, con cierta frecuencia incluso delictivas. 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. La tarta 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, determinando qué fincas se reclasifican y cuáles no, entrañan un elevado grado de discrecionalidad –o, si se prefiere decir eufemísticamente, de un amplio margen de apreciación–, por lo que son difícilmente controlables por los Tribunales¹⁷. El resultado es un magnífico caldo de cultivo para la corrupción.

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 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

¹⁶ José María BAÑO LEÓN, *op. cit.*, p. 403.

¹⁷ Sobre esto último, vid., por todos, Blanca LOZANO CUTANDA, «Urbanismo y corrupción: algunas reflexiones desde el Derecho Administrativo», *Revista de Administración Pública*, 172, 2007, 339 y ss.; Jesús JORDANO FRAGA, *La reclasificación del suelo no urbanizable*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

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*¹⁸. 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. La notable escasez de las restantes fuentes de financiación de las Haciendas locales no ha hecho sino agravar el problema¹⁹. No es razonable esperar de los políticos locales que decidan cerrar *motu proprio* el grifo del que procede si no la mayoría sí una parte muy considerable de sus recursos financieros.

En aquellos ordenamientos jurídicos, como por ejemplo el de la Comunidad Valenciana, en los que la Administración competente puede adjudicar la función de transformación urbanística de los terrenos a un empresario distinto de los propietarios de los terrenos afectados –al llamado «agente urbanizador»–²⁰, el referido sistema de reparto de las plusvalías genera igualmente consecuencias perversas para el bienestar social. Este empresario tiene derecho, obviamente, a obtener una contraprestación económica por llevar a cabo esa función. El problema es que esa contraprestación se determina, al menos en primera instancia, mediante un acuerdo entre el agente urbanizador y la Administración, pero la costean los propietarios de los terrenos afectados, recordémoslo²¹. Ello puede dar lugar a que las autoridades administrativas competentes y el agente urbanizador escogido convengan en inflar artificialmente la cuantía de la contraprestación con el fin de repartirse el sobreprecio resultante, en perjuicio de los propietarios²², de los que muchas veces es relativamente fácil abusar, no sólo porque suelen carecer de conocimientos especializados en la materia, sumamente compleja hasta para los expertos, y de la capacidad de defensa de sus contrincantes, mejor organizados y más poderosos, sino también porque la tarta de las plusvalías urbanísticas ha sido con frecuencia lo suficientemente grande como para que estos y otros bocados furtivos no se hayan notado demasiado. Aunque tampoco han faltado

¹⁸ Vid., entre otros, George STIGLER (1971), «The Theory of Economic Regulation», *Bell Journal of Economics and Management Science*, 2, pp. 3 y ss.

¹⁹ Vid., por ejemplo, Fernando GARCÍA RUBIO, «El urbanismo como fuente de financiación municipal», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 12, 2009, pp. 185-206.

²⁰ Vid., por todos, José Eugenio SORIANO GARCÍA y Carlos ROMERO REY, *El agente urbanizador*, Iustel, Madrid, 2004.

²¹ Vid. el art. 16.1.c) del TRLS.

²² Vid. el lúcido análisis de Ángel CARRASCO PERERA, «Agentes urbanísticos y propietarios de suelo: un modelo desarticulado de relación fiduciaria», *InDret*, 4/2007.

abundantes casos en los que los abusos han devenido tan mayúsculos que han terminado por hacerse evidentes²³.

Por las razones antes expuestas, es mucho más fácil que el Ayuntamiento encargado de seleccionar al agente urbanizador y aprobar su propuesta se ponga de acuerdo con éste para abusar de los propietarios que éstos y el Ayuntamiento se conchaban para hacer lo propio con el agente urbanizador. Téngase en cuenta, además de lo ya expuesto, que los empresarios gozan de entera libertad para tratar de ser agentes urbanizadores y, por consiguiente, sólo lo intentarán si consideran que ello les sale rentable, para lo cual darán los pasos que estimen adecuados. Los propietarios, en cambio, no tienen la posibilidad de escapar, sin incurrir en un coste significativo, del proceso de transformación urbanística de sus terrenos, lo que los hace estar más expuestos a las arbitrariedades que las autoridades urbanísticas puedan eventualmente cometer a lo largo de este proceso.

23 En el llamado Informe Auken del Parlamento de la Unión Europea [Informe sobre el impacto de la urbanización extensiva en España en los derechos individuales de los ciudadanos europeos, el medio ambiente y la aplicación del Derecho comunitario, con fundamento en determinadas peticiones recibidas, 2008/2248(INI), de 20 de febrero de 2009], se denuncian, entre otras muchas cosas, los «abusos a los que están sometidos miles de ciudadanos de la UE, quienes, como consecuencia de los planes elaborados por los agentes urbanizadores, no sólo han perdido sus bienes legítimamente adquiridos, sino que se han visto obligados a pagar el coste arbitrario de proyectos de infraestructuras a menudo no deseadas e innecesarias que afectaban directamente a sus derechos a la propiedad y que han acabado en catástrofe financiera y emocional para muchas familias», y se «ponen en tela de juicio los métodos de designación de los agentes urbanizadores y los poderes con frecuencia excesivos otorgados a los urbanistas y promotores inmobiliarios por parte de determinadas autoridades locales, a expensas de las comunidades y los ciudadanos que residen en la zona». En los informes del *Síndic de Greuges* de la Comunidad Valenciana publicados durante los dorados años de la burbuja inmobiliaria abundan las referencias a quejas de abusos cometidos por Ayuntamientos y agentes urbanizadores en perjuicio de los propietarios. Por ejemplo, en el de 2001 puede leerse que «destaca el número de quejas promovidas por ciudadanos y colectivos referidos a la potestad de gestión urbanística (...) La mayoría de las quejas en este ámbito se suscriben por pequeños propietarios de suelo frente a las actuaciones de los Ayuntamientos implicados y de los agentes urbanizadores, demandando a esta Institución una protección efectiva de sus derechos contenidos en la legislación urbanística valenciana». En el de 2005 se advierte, *inter alia*, que «la valoración del suelo y las construcciones existentes antes de la aprobación del Programa de Actuación Integrada suele ser un foco importante de conflictos; el urbanizador valora insuficientemente el precio del suelo y de las construcciones existentes, de tal manera que, si el propietario opta por pagarle en terrenos, al tener éstos escaso valor, tiene que ceder una buena proporción de los mismos, o bien, si no tiene suficiente terreno o dinero para pagar las cuotas de urbanización, optar por la expropiación, abonándosele una indemnización muy alejada de los valores de mercado (...) Los propietarios entienden injusto que el urbanizador, para optar a la adjudicación de un Programa de Actuación Integrada, basta con que indique una cifra aproximada de los costes de la urbanización, los cuales podrán ser modificados después, una vez adjudicado el Programa, sin ninguna limitación cuantitativa, pudiendo incluir entre las cargas de urbanización cualquier otro compromiso libremente adquirido con el Ayuntamiento, a costa del bolsillo de los propietarios, y exigir el pago anticipado de las cuotas de urbanización hasta con 6 meses de antelación a la realización de la inversión...». En el de 2006 se señala que, una vez más, «la materia que más ha preocupado a nuestros ciudadanos y ciudadanas, es la relacionada con la actividad urbanística [en relación con la cual se denuncian problemas] tales como insuficiente valoración de las propiedades de los ciudadanos y las ciudadanas, elevadas cuotas de urbanización sin posibilidad de aplazar su pago, escasa participación ciudadana en las actuaciones administrativas en la elaboración de planes urbanísticos...» (p. 231). Vid. también los informes del *Síndic de Greuges* 2003 (pp. 203 y ss.); 2004 (pp. 16 y ss.); 2007 (p. 409), y 2008 (p. 237).

V. POSIBLES ALTERNATIVAS

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 agentes implicados, ha sido creada por el referido sistema de transferencia de plusvalías urbanísticas.

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*²⁴ o *transfert de coefficient d'occupation des sols*²⁵) 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 un 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 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 –que en realidad ya no será tal– 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 (B₁) que los propietarios de suelo urbanizable obtienen al adquirir un nuevo derecho de

²⁴ Vid., a título ilustrativo, John J. COSTONIS (1973), «Development Rights Transfer: An Exploratory Essay», *Yale Law Journal*, 83, pp. 75 y ss.; Joseph D. STINSON (1996), «Transferring Development Rights: Purpose, Problems, and Prospects in New York», *Pace Law Review*, 17, pp. 319 y ss.; 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*, 24, pp. 679 y ss.; 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*, 23, pp. 424 y ss.

²⁵ Vid., por ejemplo, J. DUBOIS MAURY (1983), «Le transfert de coefficient des sols: un outil de protection des espaces naturels», *Norois*, 119, pp. 393 y ss.;

aprovechamiento tenderá a coincidir con el beneficio neto que a los propietarios de suelo no urbanizable les reporta venderlo (B₂), porque si aquél (B₁) es superior a éste (B₂), 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 los beneficios derivados de la transformación urbanística, con independencia de que sus terrenos pueden ser transformados o no, es muy probable que estos individuos 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 –principalmente, los propietarios de suelo no urbanizable susceptible de ser reclasificado como urbanizable o urbano– se dediquen a realizar actividades de extracción de rentas (*rent seeking*)²⁶, 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 y de las generaciones futuras–, por lo que es previsible que contribuya a evitar la sobreexplotación del territorio. El urbanismo debe dejar de ser una fuente de financiación general de los servicios públicos locales. A fin de que las autoridades administrativas competentes decidan mantener la transformación urbanística del suelo en niveles socialmente óptimos, sostenibles, respetuosos con el principio de equidad inter-generacional, es conveniente que soporten en sus propias carnes, que internalicen en la mayor medida de lo posible, todos los costes y beneficios sociales resultantes de las decisiones que adopten en esta materia. No es bueno que obtengan beneficios extraordinarios inmediatos –a los que podrán sacar rendimiento electoral o incluso crematístico– derivados de su participación, lícita o ilícita, en las enormes plusvalías que generan actualmente las operaciones de reclasificación del suelo, y no sufran los costes sociales que estas decisiones implican para los propietarios del suelo que se mantiene como no urbanizable y para el derecho a un medio ambiente adecuado de las generaciones presentes y futuras.

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. La Constitución no impone el vigente modelo de reparto de las plusvalías, que por lo tanto es disponible por el legislador. Sólidas razones sustentan esta interpretación. La primera es que el legislador democrático dispone de un anchísimo margen de discrecionalidad para desarrollar la Constitución. Como ha declarado en reiteradas ocasiones su máximo intérprete, ésta es «un marco de coincidencias suficientemente amplio para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la

²⁶ Crf. Anne O. KRUEGER, «The Political Economy of the Rent-Seeking Society», *American Economic Review*, 64:3, 1974, pp. 291-303.

Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas. A esta conclusión habrá que llegar únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos (...) las opciones políticas y de gobiernos no están previamente programadas de una vez por todas, de manera tal que lo único que cabe hacer en adelante es desarrollar ese programa previo»²⁷. La segunda razón es que el texto literal del precepto constitucional no fija, ni expresa ni implícitamente, cuál ha de ser la forma de participación de la comunidad en las plusvalías urbanísticas creadas por los poderes públicos. La tercera es que resulta muy discutible afirmar que las plusvalías que estamos considerando hayan sido realmente engendradas por la actuación de los poderes públicos. En cuarto lugar, ha de tenerse muy en cuenta la circunstancia de que el referido modelo vigente entraña serias discordancias con el principio de igualdad, consagrado por la Constitución no sólo como un derecho fundamental, sino también como uno de los cuatro valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico. Finalmente, debe notarse que el sistema tributario ordinario es mucho más respetuoso con el principio de igualdad y, además, no distorsiona tanto los incentivos económicos que los afectados tienen para comportarse adecuadamente, desde el punto de vista del bienestar social.

No puede desconocerse que la creación y el funcionamiento de semejantes mercados presentan problemas prácticos²⁸, ni que en nuestro país han acabado fracasando ciertas experiencias de alcance limitado basadas en una idea análoga²⁹. 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.

²⁷ Vid., entre otras, las SSTC 11/1981, de 8 de abril (FJ 7), y 49/2008, de 9 de abril (FJ 12).

²⁸ Sobre algunos de los problemas que se plantean en otros mercados similares, vid. José ESTEVE PARDO, «El mercado de títulos administrativos: asignación objetiva, reasignación transparente», en Luis COSCULLUELA MONTANER (coord.), *Estudios de Derecho público económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 743-757.

²⁹ Vid. José María BAÑO LEÓN, *op. cit.*, pp. 244 y 245.