

LA REGULACIÓN DEL MERCADO INMOBILIARIO Y LA NUEVA LEY DE SUELO DE 2007

DAVID BLANQUER CRIADO
Consultor de UM Abogados ()*

1 · INTRODUCCIÓN

No interesa hacer aquí una descripción completa de las muy diversas cuestiones que plantea la LS/2007 (que entrará en vigor el día 1 de julio); entre otras muchas quedan pues al margen los problemas que pueda suscitar respecto a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Aquí sólo se destacarán algunas reflexiones que pueden interesar al sector privado, tanto a los propietarios de suelo como a los empresarios del sector de la construcción. Desde esa perspectiva limitada que aquí importa, el resultado práctico de la entrada en vigor de la LS/2007 está lleno de las sombras creadas por el incremento de la participación pública en las plusvalías urbanísticas o el abaratamiento de las expropiaciones.

Sin perjuicio de los nubarrones que se avecinan al estatuto del propietario, para el empresario de la construcción se atisban las luces de nuevas oportunidades de negocio y nuevos nichos de mercado que hasta ahora sólo existían en algunas Comunidades Autónomas, y que ahora se generalizan y extienden a toda España.

2 · NUEVAS OPORTUNIDADES DE NEGOCIO PARA LOS EMPRENDEDORES

(i) El derecho a urbanizar de los empresarios que no son propietarios

Uno de los rasgos que históricamente ha caracterizado al urbanismo español es la vinculación de la propiedad inmobiliaria con la actividad económica de ejecutar obras de urbanización. Hasta fechas recientes la iniciativa para promover la transformación del suelo y la ejecución de obras de infraestructura urbanística se concentraba en el propietario del suelo, y con el transcurso del tiempo se llegó a hablar de la existencia de un monopolio en favor de los propietarios, quedando excluidos los no propietarios del negocio de promover y ejecutar esas obras.

Ese resultado deriva de la configuración del estatuto del propietario; el haz de facultades que deriva del dominio incluye no sólo las facultades de edificar, usar y disponer del inmueble, sino también la de urbanizar los terrenos. En la medida en que ese monopolio permite un uso especulativo de la iniciativa urbanística, y puesto que el artículo 47 de la Constitución establece que los poderes públicos deben impedir la especulación, se ha dispuesto una fragmentación del derecho de propiedad para desgajar la facultad de promover las obras de urbanización. Esa desagregación de las facultades dominicales se introdujo en nuestro ordenamiento por la legislación urbanística de la Comunidad Valenciana de 1994, y ahora se extiende desde la legislación estatal a todas las Comunidades Autónomas.

La iniciativa empresarial ya no está inexorablemente vinculada a la propiedad; para impulsar una iniciativa urbanística ya no es necesario ser dueño del

(*) Profesor Titular de Derecho Administrativo. Letrado del Consejo de Estado (excedente).

suelo; tampoco se requiere que la Administración expropié los terrenos en beneficio del promotor; puede bastar el espíritu emprendedor, la solvencia financiera y la capacidad de gestión; lo importante para ejecutar obras públicas de infraestructura urbanística no es ser dueño del suelo sino buen gestor empresarial; según afirma el Preámbulo de la nueva LS/2007: «la iniciativa privada para la actividad urbanística ... es una actividad económica de interés general que afecta tanto al derecho de la propiedad como a la libertad de empresa».

El artículo 6.a) LS/2007 atribuye a la iniciativa privada el derecho a promover y ejecutar las obras de urbanización. Ese derecho se reconoce a los particulares «sean o no propietarios de terrenos». La dinámica económica del emprendedor se impone sobre el riesgo de un propietario pasivo y especulador. En definitiva, la LS/2007 da preferencia a la libertad de empresa (art. 38 CE) sobre el derecho de propiedad (art. 33 CE).

Al tratarse de una actividad económica abierta a la competencia del mercado, la selección del particular que ejecutará las obras de urbanización debe realizarse mediante un procedimiento público y concurrencial. Corresponde a la legislación urbanística de las Comunidades Autónomas regular ese procedimiento y establecer las peculiaridades en favor de la iniciativa de los propietarios del suelo, o las excepciones, así como los criterios que deben utilizarse para la adjudicación. En ese contexto se plantea la problemática de la aplicación de las Directivas comunitarias en materia de contratación pública, que aunque es igualmente predicable del conjunto de las Comunidades Autónomas, la Unión Europea ha limitado a la legislación urbanística de la Comunidad Valenciana.

(ii) El derecho a la edificación de los empresarios que no son propietarios

Otro escenario en el que con arreglo a la nueva LS/2007 es posible que el emprendedor promueva actuaciones inmobiliarias, aunque no sea propietario de suelo, es el que resulta del incumplimiento del deber de edificar. Al ser la propiedad una función social, la Ley impone al propietario del solar el deber de realizar las obras de construcción dentro de los plazos señalados por los instrumentos de planeamiento urbanístico. El incumplimiento de ese deber legítima no sólo que la Administración puede ejercer la llamada expropiación-sanción, sino también que un tercero-emprendedor promueva que la Administración le reconozca el derecho a sustituir

forzosamente al propietario en el cumplimiento de ese deber, o imponga al propietario la venta forzosa. Lo mismo puede ocurrir cuando la Administración ordena la rehabilitación de un edificio y el propietario incumple su obligación.

Mientras que el efecto jurídico de la venta forzosa es la traslación del dominio, la sustitución forzosa tiene por objeto atribuir la facultad de edificar a un tercero con capacidad emprendedora, y produce como efecto la constitución de un régimen de propiedad horizontal entre el propietario del suelo que incumplió su deber de edificar y el tercero-emprendedor (artículos 31 y 32 LS/2007).

La venta o sustitución forzosas se pueden iniciar a instancia del interesado. Una vez dictada la resolución administrativa por la que se declara formalmente el incumplimiento de los deberes urbanísticos, y acordada la aplicación del régimen de venta o sustitución forzosas, la Administración actuante remitirá al Registro de la Propiedad una certificación, para que mediante nota marginal quede constancia del nuevo estatuto inmobiliario, y se consigne esa circunstancia en las certificaciones registrales que se expidan.

La selección del adquirente o sustituto forzosos debe realizarse mediante un procedimiento con publicidad y concurrencia. Una vez resuelto el procedimiento de selección del empresario constructor o rehabilitador, la Administración expedirá un certificado de la adjudicación, que será título inscribible en el Registro de la Propiedad. En la inscripción registral se harán constar las condiciones y los plazos de edificación a que quede obligado el adquirente, así como la eficacia jurídica resolutoria que tendrá el incumplimiento de esos extremos.

En ambas figuras de transmisión forzosa, la sanción que se impone al propietario que incumple la obligación de edificar o rehabilitar consiste en una disminución del importe que percibirá para compensarle de la privación del derecho a edificar. Corresponde a la legislación autonómica en materia de urbanismo fijar el alcance de esa minoración, limitándose la Ley estatal a establecer que no podrá exceder del 50 por ciento del valor del inmueble. Ahora bien, el diferencial siempre se atribuye a la Administración, por lo que estas fórmulas no implican ahorro directo para el empresario constructor, salvo las bajas que pueda llegar a lograr en el procedimiento concurrencial de selección. En ese contexto es fácil vaticinar que no habrá estímulo suficiente para que los inversores privados asuman el papel de agente rehabilitador o edificador,

por lo que se frustrará uno de los objetivos de la LS/2007, que aspira a frenar el crecimiento y expansión de los núcleos urbanos potenciando el modelo de ciudad compacta y la regeneración de la ciudad ya existente.

(iii) La explotación por empresarios privados de activos del Patrimonio Público del Suelo

Uno de los efectos más positivos que para los empresarios privados puede comportar la nueva regulación de los Patrimonios Públicos del Suelo (o PPS) dispuesta por la LS/2007, es la potenciación de la concesión de obra pública o del derecho de superficie sobre los bienes que integran esos Patrimonios. Desde la perspectiva de la construcción de viviendas protegidas sobre el suelo del PPS obtenido mediante las cesiones obligatorias que la Ley impone al propietario, la LS/2007 deja abierto un nuevo nicho de mercado en el que el sector privado puede llegar a ocupar un lugar relevante.

La creación del PPS por la LS/1956 puede ser interpretada en términos históricos como el resultado de la voluntad de invertir el proceso desamortizador de los inmuebles municipales que tuvo lugar durante el siglo XIX. Ahora bien, ello no significa abandonar la identificación de las Administraciones Públicas como «manos muertas» o malas gestoras de los activos inmobiliarios. Muy al contrario, se acepta esa premisa de la torpeza de las autoridades públicas y la burocracia en la explotación de sus bienes raíces, por lo que cabe decir que sigue sin cerrarse el paréntesis abierto por la desamortización de Madoz de 1855. Frente a la tendencia desamortizadora del siglo XIX, la creación del PPS permite recuperar la titularidad de activos inmobiliarios, pero no para gestionarlos o explotarlos con criterios de rentabilidad social y económica, sino para enajenarlos y patrimonializar las plusvalías generadas por la actividad urbanística. Es decir, se acepta que la Administración Pública es «mala gestora», pero se confía en que será una «buena especuladora».

La experiencia práctica de los más de 50 años transcurridos desde la entrada en vigor de la LS/1956 demuestra que la sistemática enajenación de los activos del PPS no ha servido para regular el mercado del suelo y de la vivienda. Es un hecho cierto que una parte importante del fracaso de esta figura puede ser imputada a la táctica de gestionar el PPS a corto plazo (la Administración interviene como «operadora» del mercado inmobiliario vendiendo terrenos a precio de mercado). Por esa vía nunca se consolidará la masa patrimonial que desapareció

con la desamortización, y por ello resulta oportuno repensar la fórmula del fondo rotatorio de revalorización continua que sucesivamente se aplica a nuevos destinos, pues esa continuada huida hacia el futuro no ha cosechado los frutos deseados.

En ese contexto de fracaso institucional puede resultar conveniente y oportuno plantear una alternativa de signo inverso, como la que en cierta medida subyace en la LS/2007. En vez de enajenar los activos del PPS y actuar como un operador del mercado inmobiliario que gestiona sus activos a corto plazo, para regular el mercado del suelo o vivienda y mantener una estrategia a largo plazo, puede resultar útil conservar la titularidad del suelo y explotarla de forma económicamente rentable mediante concesiones de obra pública o en virtud del derecho de superficie. Es decir, se trata de crear un título jurídico que permita a la Administración conservar el dominio eminente transfiriendo a un tercero el dominio útil.

Hasta que en el año 2003 se aprueba la nueva legislación de concesión de obra pública y la de patrimonio de las Administraciones Públicas, los arquetipos del inconsciente colectivo han seguido anclados en la consideración de que conservar la titularidad pública de los activos inmobiliarios equivale a «amortizarlos», pues la Administración es torpe y no sabe gestionarlos de forma eficaz y eficiente. La Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas de 2003 asume una nueva filosofía en la gestión dinámica de los activos inmobiliarios. Esa nueva orientación se libera del complejo de ser una «mano muerta» institucionalmente incapaz de regentar con habilidad su patrimonio. Ahora la Administración ha recuperado la autoestima y ya se admite que la explotación eficaz y eficiente del patrimonio inmobiliario puede instrumentarse a través de variadas fórmulas jurídicas que permiten lograr al mismo tiempo un doble objetivo: conservar la titularidad del inmueble y gestionarlo con rentabilidad social y económica. Pues bien, desde esa perspectiva cobra todo su sentido la estrecha vinculación que ya la LS/1956 estableció entre el PPS y el derecho de superficie, institución que adquiere un renovado perfil en el contexto de la regulación del contrato de concesión de obra pública dispuesta en el año 2003.

En los orígenes decimonónicos del Derecho urbanístico, la concesión administrativa tuvo un papel estelar en la financiación de la expropiación del suelo para viales o la ejecución de las obras de infraestructura urbana. El punto de partida era que la

Administración no disponía de recursos presupuestarios suficientes para sufragar el pago del justiprecio y el coste de las obras, y por ello era necesario acudir al capital privado. El empresario aportaba recursos económicos a cambio de las plusvalías que resultaban de la transformación de la ciudad y que revalorizaban los solares, que es la retribución en especie que percibe el concesionario de la obra urbanizadora.

Desde la perspectiva de la LS/2007, lo que interesa aquí es destacar que, la conjunción de cargas urbanísticas que hoy en día gravan al estatuto jurídico del propietario de suelo, determinan que la Administración adquiera la propiedad del suelo ya urbanizado, sin coste alguno para la Hacienda Pública. A partir de ese logro social surge el reto de alcanzar el siguiente paso, que consiste en externalizar al sector privado la financiación de las obras de edificación de viviendas o construcciones de interés social que se ejecutan sobre suelo de titularidad administrativa. Así se llega a la meta de completar el ciclo inmobiliario sin necesidad de realizar gasto público. El propietario costea las obras de urbanización y el concesionario o el superficiario sufraga las de edificación de viviendas de protección pública.

Dicho ello conviene hacer alguna referencia a las ventajas o desventajas comparativas entre el derecho de superficie y la concesión de obra pública. El derecho de superficie y la concesión tienen en común que son derechos hipotecables, y con ello se facilita la obtención de recursos económicos para financiar el coste de la operación inmobiliaria. Lo que diferencia esas figuras es que el concesionario de una obra pública tiene el derecho al mantenimiento del equilibrio económico-financiero, colchón de seguridad económica del que en cambio no se beneficia el adjudicatario de un derecho de superficie.

Si bien es cierto que la duración en el tiempo del derecho de superficie es más prolongada que la de la concesión de obra pública, no es menos cierto que el artículo 256 TRLCAP confiere al acreedor hipotecario algunos derechos que refuerzan su control sobre la actividad del concesionario, derechos de configuración legal que no están expresamente reconocidos al financiador del derecho de superficie. Esos derechos de supervisión habilitan al acreedor hipotecario para solicitar a la Administración que imponga al concesionario obligaciones de hacer o no hacer, incluso se le reconoce el derecho a subrogarse en la gestión de la obra pública («step-in right» de los financiadores que está expresamente previsto en el artículo 256.2 del TRLCAP).

Sin perjuicio de la relevancia que el derecho de superficie y las concesiones de obra pública pueden llegar a alcanzar en la gestión del PPS, desde la perspectiva que aquí interesa también hay que destacar la importancia de las empresas de economía mixta en la promoción de viviendas de protección pública sobre suelo del PPS. Las llamadas empresas de economía mixta están a medio camino entre las concesiones administrativas y las sociedades de capital exclusivamente público. Las sociedades de capital exclusivamente público requieren un mayor esfuerzo inversor con cargo a la Hacienda, y contribuyen a incrementar el endeudamiento de la Administración Pública. Las concesiones atribuyen a la Administración un férreo control sobre la actividad del sector privado (que aporta la financiación o la cualificación técnica precisa para la actuación de interés público), pero ese control es externo y por tanto de inferior poderío que cuando se trata de la fiscalización interna del socio que participa con la propia Administración en el capital de una mercantil.

Pues bien, en la sociedad mixta hay una dosis mayor de control que en las concesiones, y un esfuerzo inversor menos exigente para la Hacienda Pública que en las sociedades públicas unipersonales. Lo más frecuente es que la incorporación del sector privado se haga con el objetivo fundamental de captar financiación, medios y recursos económicos para pagar el justiprecio de una expropiación, o para sufragar las cargas urbanísticas. Es una fórmula organizativa que permite a la Administración colaborar con el sector privado, pero ostentando un control intenso, sobre todo cuando la participación pública es mayoritaria en el capital de la sociedad. Ahora bien, que la participación pública en el capital sea mayoritaria no significa siempre que la Administración tenga el control efectivo de la sociedad. Frente a la rigidez de las normas imperativas del Derecho Administrativo, se contraponen la elasticidad de las normas dispositivas del Derecho Societario, que permiten introducir en los estatutos de la mercantil o establecer mediante pactos parasociales, reglas que atribuyan al sector privado una posición paritaria, incluso dominante, sobre la que ostenta la Administración Pública que es titular de la mayoría del capital social.

3 · LAS SOMBRAS EN EL ESTATUTO DEL PROPIETARIO

(i) Planteamiento de la cuestión

Algunos de los efectos de la entrada en vigor de la LS/2007 serán claramente perjudiciales para los

propietarios, pues será menor el importe del justiprecio que percibirán cuando sean expropiados o deba valorarse el suelo en cualquier proceso urbanístico, y en cambio tendrán que hacer mayores aportaciones gratuitas a la Administración por haberse incrementado las cargas de urbanización. Ese incremento de la participación administrativa en las plusvalías urbanísticas plantea no sólo cuestiones sobre la proporción del aumento y el respeto del contenido esencial de la propiedad (art. 53.1 CE), sino también las que derivan de la amenaza a la libertad de empresa cuando la Administración utiliza esas plusvalías para competir con el sector privado en el mercado urbanístico e inmobiliario.

(ii) La disminución del importe del justiprecio expropiatorio

Desde la perspectiva de la Hacienda Pública, uno de los objetivos de la LS/2007 es abaratar el coste económico de la expropiación forzosa de terrenos, al negar al propietario las expectativas generadas por el planeamiento urbanístico, que hasta ahora seguían beneficiándole. En parte esa nueva orientación puede explicarse por el encarecimiento de la expropiación forzosa en la adquisición de terrenos para la ejecución de grandes infraestructuras públicas (carreteras, vías ferroviarias, aeropuertos...), en las que, aunque el suelo sea rústico o «no urbanizable», en ocasiones se valora como «urbanizable», por considerar que la ejecución de esas infraestructuras es una forma de hacer ciudad.

La normativa hasta ahora vigente no atendía tanto a la situación «real» del valor del suelo en función a las inversiones ya realizadas en infraestructuras urbanísticas, sino a su potencial precio en el mercado inmobiliario en atención a la «formal» calificación urbanística establecida por los instrumentos de planeamiento. La nueva LS/2007 ha optado por prescindir de la tradicional triple clasificación formal (suelo urbano, urbanizable o no urbanizable), para distinguir, a efectos de valoración, sólo dos categorías de suelo: el rural y el urbanizado.

Por regla general de principio, el valor del «suelo rural» se determinará mediante la capitalización de las rentas que genere la explotación del terreno. Ahora bien, cuando no sea objeto de explotación económica surge la dificultad de valorar su uso o disfrute, como por ejemplo sucede en el caso de una finca de ocio y recreo. Aunque la Ley aspira a lograr un considerable margen de objetividad, no por ello establece un régimen unitario y uniforme, pues permite ponderar factores como la localiza-

ción de los terrenos (accesibilidad a núcleos de población o a centros de actividad económica, o la ubicación en entornos de singular valor ambiental o paisajístico). Esos factores permiten hasta doblar el valor de los terrenos rústicos, según las particulares circunstancias concurrentes en cada caso, que deberán estar justificadas en el expediente administrativo.

En cuanto a la valoración del «suelo urbanizado», el criterio fundamental de la LS/2007 es valorarlo en atención a las inversiones que efectivamente ya se hayan realizado (pues en rigor el aprovechamiento urbanístico y la plusvalía sólo se patrimonializa cuando se han cumplido los deberes urbanísticos). Sin ánimo de hacer aquí una exposición completa, entre las nuevas reglas de valoración pueden destacarse las siguientes: i) si se tratara de terrenos ya programados pero todavía no urbanizados, y que por razón de su expropiación no pudieran ser transformados por el propietario, a éste se le reconoce el derecho a una compensación económica equivalente al porcentaje de cesión obligatoria que percibiría la Administración (que puede oscilar entre un mínimo del 5 por ciento y un máximo del 15 por ciento), aplicado a la diferencia entre el valor del suelo en su situación originaria y la que le correspondería si la urbanización estuviera terminada; ii) cuando se trate de suelo ya urbanizado pero todavía no edificado, los solares se valoran por su valor residual estático; iii) cuando ya exista edificación lo construido se valora por el método de comparación (salvo que el valor del terreno fuera superior, calculado por el método residual estático y sin consideración a la edificación existente).

(iii) El incremento de las cargas de urbanización

La legislación urbanística del siglo XIX no se ocupaba de definir el contenido normal del derecho de propiedad. El propietario del suelo no estaba obligado a urbanizar ni a sufragar los costes de urbanización. Tampoco debía ceder el suelo necesario para los viales, jardines y zonas verdes o para equipamientos públicos de carácter local. Ello no obstante, de forma paulatina y progresiva se le impone la cesión gratuita de una parte de los terrenos necesarios para la apertura de nuevos viales. Primero la cesión es voluntaria; más tarde y a partir de 1876 se fuerza la cesión de la quinta parte de los terrenos, y en 1892 la cesión alcanza ya a la mitad de los terrenos necesarios para viales (ahora bien, quienes accedan a la cesión podían disfrutar de beneficios fiscales).

La LS/1956 tampoco imponía a los propietarios cesiones obligatorias y gratuitas de terrenos en beneficio de la Administración. Esa situación cambia radicalmente a partir de la LS/1975, que impone la cesión obligatoria y gratuita no sólo del suelo para dotaciones públicas, sino también la cesión de una parte del terreno con aprovechamiento urbanístico patrimonializable.

La circunstancia de que el texto legal califique la cesión como «gratuita» nos conduce intuitivamente a pensar en una donación por ánimo de liberalidad. Ahora bien, no es ese el sentido de la cesión, por lo que resulta más acertado hablar de «cesión sin coste» para la Administración. No se trata de una confiscación o ablación forzosa de la propiedad, sino de una «contrapartida» a las plusvalías creadas por la Administración urbanística y atribuidas a los propietarios del suelo. Quien crea el aprovechamiento urbanístico es la acción planificadora de los Poderes Públicos, y por imperativo constitucional la comunidad debe participar en las plusvalías generadas por esa actividad (artículo 47 CE). El importe de la plusvalía de los terrenos que se imputa a la acción pública urbanística se objetiva al definir el estatuto jurídico del suelo (en particular imponiendo las cesiones gratuitas y obligatorias). Siempre que se respete el contenido esencial de la propiedad y en el marco del principio de proporcionalidad, el Legislador estatal puede incrementar o reducir el margen de participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística de los Poderes Públicos.

Pues bien, como ya se ha anticipado, la LS/2007 implica un considerable aumento de las cargas urbanísticas que debe soportar el propietario del suelo. Si la LRSV/1998 imponía el deber de sufragar el coste de las obras e infraestructuras de urbanización, ahora la LS/2007 precisa que entre esas obras se entienden incluidas las de potabilización, suministro y depuración de agua; y si así lo establece la legislación urbanística de las Comunidades Autónomas, también se extenderá a las infraestructuras de transporte público que se requieran para una movilidad sostenible.

Mientras que la LRSV/1998 imponía la cesión obligatoria de parcelas edificables en las que emplazar el 10 % del aprovechamiento del sector o ámbito correspondiente, la LS/2007 establece que la cesión de suelo se cuantificará por las Comunidades Autónomas, dentro de una horquilla que, por regla general oscila entre el 5 y el 15 por ciento de la edificabilidad media ponderada de la actuación, pero que

excepcionalmente puede llegar hasta el 20 por ciento de esa edificabilidad.

Esa atribución de parcelas edificables convierte a la Administración en propietaria de terrenos, y como cualquier otro propietario también la Administración debería estar obligada a contribuir proporcionalmente al levantamiento de las cargas urbanísticas. Conforme a lo establecido en el artículo 18.6 LRSV/1998, los propietarios de suelo urbanizable (incluida la Administración), tienen el deber de «costear o ejecutar la urbanización del sector o ámbito correspondiente». Ahora bien, el artículo 18.4 de la estatal LRSV/1998, habilita a la legislación autonómica para «reducir la participación de la Administración actuante en las cargas de urbanización que correspondan a dicho suelo». Sucede que en algunas Comunidades Autónomas se había establecido una «supresión» y no una simple «reducción» de la participación administrativa en las cargas urbanísticas (pues la cesión de terrenos edificables debe realizarse libre de cargas de urbanización).

Dicho ello, interesa hacer referencia al artículo 16.1b) LS/2007, que establece que la cesión de parcelas edificables en favor de la Administración se realizará «libre de cargas de urbanización». En esas circunstancias se produce un claro incremento de las cargas que debe soportar el propietario. La cuestión que se plantea es cuál es el grado de elasticidad del contenido esencial del derecho de propiedad que garantizan los artículos 33 y 53.1 CE. Progresivamente la Ley va incrementando las cargas que debe soportar el propietario, pero esa tendencia no puede ser ilimitada. Aunque los Poderes Públicos tengan un amplio espacio de libertad para delimitar el contenido normal de los derechos, esa libertad no es ilimitada pues existe un ámbito mínimo que no pueden llegar a suprimir. El mínimo no es ni cuantitativo ni cualitativo, sino ontológico. Es el corazón irreductible del derecho subjetivo a la propiedad privada. Se vulnera la garantía del contenido esencial cuando se vacían las entrañas vitales del derecho hasta convertirlo en un cadáver o una momia.

4 · LA ADMINISTRACIÓN TAMBIÉN ESPECULA EN EL MERCADO DEL SUELO Y DE LA VIVIENDA

(i) La Administración como reguladora y operadora del mercado del suelo

El incremento de las cesiones obligatorias en favor de la Administración invierte el proceso desamortizador del siglo XIX, pero atribuye al Ayuntamiento el

doble papel de juez y árbitro del mercado inmobiliario, por ser al mismo tiempo «regulador» y «operador» de ese mercado. Desde esa perspectiva cabe plantearse si para atender las funciones sociales del suelo que resultan de nuestra Constitución, no queda más remedio que atribuir una parte de las propiedades a la Administración para que compita con los empresarios del sector privado. En el caso del PPS estamos ante una institución que surgió para cumplir una finalidad (intervenir en el mercado del suelo para atemperar la especulación, ya que no se puede controlarla), pero que con el transcurso del tiempo se ha orientado hacia otro objetivo distinto (aprovechar la especulación convirtiéndose el Ayuntamiento en otro operador más de ese mercado, al descubrir una nueva fuente de ingresos para nutrir la Hacienda Pública). Ante ese panorama no es de extrañar que se hable no sólo de desviación de poder sino de «macrodesviación de poder».

Se puede admitir que las relaciones entre la Administración Pública y el mercado económico pueden desarrollarse en tres escenarios típicos (que se pueden designar con términos más o menos convencionales). Cuando se trata de un «mercado liberalizado» la Administración Pública es un simple espectador pasivo del juego de la oferta y la demanda. La situación cambia en el «mercado regulado», en el que la Administración actúa como moderador o árbitro entre la oferta y la demanda. Finalmente en el «mercado intervenido» la Administración Pública salta a la cancha como un jugador más que compite con los demás operadores.

En un contexto económico caracterizado por la dinámica privatizadora, la Administración Pública ha asumido una nueva función reguladora orientada a corregir las amenazas y debilidades de un mercado absolutamente liberalizado. El objetivo que persigue la Administración Pública al ejercer esa función reguladora es modular la oferta y la demanda para atemperar los fallos del mercado y mejorar la eficiencia en la asignación de recursos. Entre otros rasgos característicos, la regulación implica la asunción por el Poder de una función neutral. Ese rasgo de imparcialidad nada tiene que ver con la pasividad de una Administración transformada en simple espectadora del funcionamiento del mercado. Por contra, exige un sutil manejo de potestades arbitrales o de modulación de la desnuda libertad en la competencia por el mercado, que tienen por finalidad corregir los fallos y desajustes entre la oferta y la demanda por los que no se satisfacen espontáneamente las exigencias de cohesión social o de uso racional de los recursos naturales y culturales.

Cabe preguntarse si la función reguladora del mercado del suelo y la vivienda que se asigna al PPS tiene el mismo significado que en otros sectores de la actividad económica como las telecomunicaciones o la energía. Una de las particularidades más llamativas del Patrimonio Público del Suelo es su aspiración a regular el mercado del suelo actuando como un operador cualificado de ese sector económico. Es decir, la Administración Pública adquiere un carácter bifronte, pues es a la vez «reguladora» y «operadora» del mercado del suelo. El doble papel que asume la Administración Pública suscita la duda sobre la posibilidad de alcanzar los objetivos propios de la intervención en el mercado sin necesidad de crear una masa patrimonial; en ese caso la Administración deja de ser «operadora» del mercado y se limita a su función «reguladora»; ¿puede bastar el ejercicio de la potestad de planeamiento para regular e intervenir en el mercado del suelo?; ¿hasta dónde llega la potestad de planeamiento?

Si trasladamos ese interrogante al logro del uso racional de los recursos naturales y culturales (arts. 45 y 46 CE), es claro que para proteger el patrimonio histórico y los espacios naturales no es estrictamente indispensable que la Administración Pública adquiera la titularidad del suelo o de las construcciones que tienen valores artísticos o históricos. Basta con que ordene su uso y defina el contenido normal del derecho de propiedad privada. Pues bien, desde esa perspectiva cabe preguntarse por qué no se sigue esa misma estrategia para garantizar el derecho a una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE).

En origen el plan urbanístico nace como pura ordenación de la ejecución de obras públicas de infraestructura. Con el tiempo añade otro contenido, como es la ordenación o regulación del derecho de propiedad privada. Hoy en día y en el vigente contexto constitucional, la ordenación territorial y urbanística se extiende también a los derechos sociales de la segunda generación (como el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada), y a los derechos colectivos de la tercera generación (por ejemplo, la utilización racional de los recursos naturales y culturales). Así lo destaca el Preámbulo LS/2007.

Dicho ello, cabe plantearse si para intervenir en el mercado del suelo y de la vivienda es indispensable participar en la oferta de terrenos edificables a través de la creación de un patrimonio que incorpore la titularidad de bienes, derechos y recursos, o si esos mismos objetivos pueden alcanzarse sin nece-

sidad de PPS y mediante el sólo ejercicio del poder regulador en sus variadas manifestaciones (planeamiento urbanístico, reglamentación de la financiación cualificada de las viviendas de protección pública, redacción de pliegos concesionales de obras públicas, fijación de los baremos para adjudicar programas de actuación urbanística ...).

Llegados a ese punto resulta oportuno recordar que en origen el PPS se concibe como un instrumento para la ejecución del planeamiento urbanístico. Nace en un contexto histórico en el que los precedentes normativos no imponían al propietario del suelo la batería de cargas y deberes que hoy les exige la Ley en beneficio de la comunidad y los intereses generales a los que sirve la Administración Pública: cesión gratuita de suelo para viales, zonas verdes y dotaciones públicas; cesión gratuita de parcelas edificables para viviendas protegidas u otros usos de interés social; obligación de sufragar el coste de las obras de urbanización y de edificar los solares. Hoy en día ya están plenamente consolidados esos avances, y se admite con naturalidad que resultan de la definición del contenido normal del derecho de la propiedad del suelo y la regulación del estatuto de cargas y beneficios del titular de los terrenos. El panorama de futuro deja abierto el interrogante de si por la vía de la estricta regulación neutral se puede seguir avanzando en la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos, sin necesidad de mantener la figura del PPS, que como operador del mercado de suelo y de la vivienda no sólo distorsiona la igual competencia con el sector privado, sino que con frecuencia incurre en desviación de poder, e incluso en ocasiones en corrupción administrativa.

Hay una línea jurisprudencial del Tribunal Supremo que afirma que el planeamiento urbanístico puede determinar el uso industrial, terciario o residencial del suelo, pero no puede especificar que el uso residencial será para viviendas sujetas a algún régimen de protección oficial¹ (cuya promoción no se realiza mediante técnicas urbanísticas de ordenación de la propiedad, sino en virtud de técnicas de fomento administrativo ajenas al urbanismo)². Esa jurisprudencia destaca que la vinculación del suelo a la construcción de VPO u otros regímenes de protección pública afecta al derecho de propiedad pri-

vada (toda vez que ese tipo de viviendas tienen un estatuto propio que afecta no sólo a los requisitos de construcción y financiación, sino también a los de enajenación o arrendamiento)³.

Ahora bien, el análisis no puede quedarse en la descripción de la jurisprudencia dictada en relación a normas que ya no están vigentes en la actualidad. El Derecho positivo autonómico sigue ahora otra tendencia que aquí no puede ser ignorada, máxime cuando es la adoptada por la LS/2007. Hay que tener en cuenta que en los últimos años se ha extendido la tendencia a establecer en la legislación territorial y urbanística de las Comunidades Autónomas normas de directa aplicación que vinculan el ejercicio de la potestad de planeamiento, y que imponen la obligatoria previsión de porcentajes mínimos de suelo destinado a viviendas sujetas a algún régimen de protección oficial.

Así sucede en Andalucía, la Comunidad Valenciana, Castilla y León, la Comunidad de Madrid, País Vasco, Cataluña, Región de Murcia o La Rioja. La reserva de suelo para construir viviendas de protección pública pesa sobre los propietarios, por lo que para satisfacer esa función social no es necesario atribuir a la Administración una parte de la titularidad de los terrenos. Por ejemplo, en Andalucía el Plan General está obligado a reservar al menos el 30 por ciento del aprovechamiento objetivo del suelo residencial para su destino a viviendas sujetas a algún régimen de protección oficial. Ahora bien, ese porcentaje de reserva puede ser modulado por el propio Plan General en zonas de baja densidad de población. Además se adoptan medidas orientadas a evitar que la concentración en un mismo sector de la mayor parte de las viviendas sujetas a algún régimen de protección oficial pueda crear un «gueto» donde se confinen y aislen grupos en riesgo de marginación social: «Con objeto de evitar la segregación espacial y favorecer la integración social, reglamentariamente podrán establecerse parámetros que eviten la concentración excesiva de este tipo de viviendas» (establece el artículo 10.1.A.b) de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de ordenación urbanística de Andalucía, en la redacción que resulta de la Ley 1/2006, de 16 de mayo).

Pues bien, la LS/2007 sigue también esa orientación, y entre los «criterios básicos de utilización del

¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1999 (ponente Ricardo Enríquez Sancho).

² Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1990 (ponente Francisco Javier Delgado Barrio), y de 3 de noviembre de 1992 (ponente Juan García-Ramos Iturralde).

³ Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1987 (ponente Francisco Javier Delgado Barrio).

suelo» impone el deber de reservar terrenos para realizar viviendas de protección pública en un 30 por ciento de la edificabilidad residencial prevista.

A los efectos que aquí interesan, lo importante es destacar que la imposición de cesiones obligatorias para nutrir al PPS no es el único instrumento útil para fomentar la promoción y construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección oficial. Ese mismo objetivo se puede alcanzar imponiendo normas de directa aplicación que obligan a los propietarios a reservar suelo para ese tipo de viviendas. En ese caso estamos ante un buen ejemplo de «regulación» del mercado del suelo, sin necesidad de que la Administración participe como «operadora» del mercado ofreciendo suelo de titularidad pública adquirido en virtud de las cesiones obligatorias. En definitiva, para intervenir en el mercado del suelo y la vivienda no es estrictamente indispensable que la Administración adquiera la propiedad de parcelas edificables cuya titularidad se atribuye al PPS. Sin necesidad de ser una propietaria de suelo que opera en el mercado inmobiliario, a la Administración Pública puede bastarle el ejercicio de potestades exorbitantes para regular el juego de la oferta y la demanda y lograr los objetivos sociales, ambientales y culturales que caracterizan al PPS.

A ese respecto también cabe preguntarse si los instrumentos de planeamiento pueden imponer no sólo que el suelo residencial se destine a viviendas de protección pública, sino si además, la fuerza conformadora del contenido normal del derecho de la propiedad privada permite imponer al dueño que el uso de esas viviendas deba instrumentarse mediante su arrendamiento. La fijación del aprovechamiento y uso del suelo equivale a la determinación del «destino básico de lo que en él se pueda o no construir». Desde esa perspectiva, ¿puede establecerse que el destino básico será el arrendamiento de viviendas de protección pública? La respuesta es ciertamente discutible, pero cabe argumentar que puede ser una opción legítima al establecer en el planeamiento general las directrices definitorias de la estrategia de evolución urbana y de ocupación del territorio.

También cabe preguntarse si al establecer esas directrices de evolución urbana, pueden introducirse nuevos criterios de selección y valoración en el concurso para la adjudicación de un programa urbanístico. Por ejemplo, dando preferencia a las ofertas en las que el aspirante a urbanizador asuma la función propia de un concesionario de obra

pública que construye y explota temporalmente una construcción de titularidad administrativa, por ejemplo un edificio de viviendas sociales en alquiler moderado.

Desde la perspectiva de la potenciación del poder regulador del mercado del suelo y la vivienda sin necesidad de crear un Patrimonio Público del Suelo que opere como un competidor más del mercado inmobiliario, resulta indicado recordar que la regulación se puede disponer no sólo mediante normas (Leyes, Reglamentos e instrumentos de planeamiento urbanístico), sino también mediante pliegos concesionales (por ejemplo, explotando el fértil potencial del contrato administrativo de concesión de obra pública).

Conviene destacar a la concesión administrativa como herramienta de regulación de los mercados, pues cuando a partir de la LS/1956 se quieren potenciar los PPS, el contrato de concesión de obra pública había perdido circunstancialmente el protagonismo que alcanzó en otras épocas (posición estelar que recupera a partir del año 2003). La Administración puede celebrar un contrato de concesión de obra pública para la gestión de parcelas edificables. El adjudicatario del contrato sería el superficiario del dominio público, y para sufragar las obras de construcción tendría derecho a percibir los cánones que abonaran los inquilinos, y las ayudas que aportara la Administración (en hipótesis, la financiación de esas ayudas públicas puede realizarse con cargo a la compensación en metálico que puede sustituir al deber de cesión gratuita de terrenos o parcelas edificables). En el pliego concesional podría establecerse que la Administración Pública asume el riesgo de demanda, cubriendo al concesionario de las eventuales dificultades de colocar en el mercado las viviendas que se ofrecen en arriendo. Una vez extinguido el contrato de concesión de obra pública y el derecho de superficie, el edificio de viviendas revertiría a la Administración que seguiría explotándolo en régimen de inquilinato.

No es esa la única estrategia jurídica imaginable. En cualquier caso, lo que me importa destacar aquí es que para satisfacer adecuadamente las funciones típicas del PPS no es estrictamente necesario que la Administración sea a la vez reguladora y operadora del mercado. Como resulta de los ejemplos propuestos, puede bastar el ejercicio del poder regulador para satisfacer los mismos objetivos (con la ventaja adicional de orillar toda pretensión especulativa de la Administración actuante).

(ii) El mercado inmobiliario y el abuso administrativo de la posición de dominio

En el mercado del suelo los Ayuntamientos compiten con las empresas privadas desde la posición de privilegio que otorga tener el plumier con los lápices de colores que se usan para trazar la planificación urbanística. Ese escenario ha sido acertadamente calificado por PARADA⁴ como «urbanismo de negocio público», toda vez que el Ayuntamiento: «además de ser la primera empresa inmobiliaria, detenta las potestades de planeamiento, disciplina y expropiatoria. O quizás mejor: porque detenta esas potestades se ha convertido o puede convertirse cada municipio en la primera empresa inmobiliaria del sector».

En ese contexto resulta oportuno profundizar en la aplicación de la normativa de defensa de la competencia a las sociedades públicas que gestionan el PPS. En determinadas circunstancias la utilización del Patrimonio Municipal del Suelo puede tener fines especulativos, y en ocasiones puede implicar una distorsión de la igual competencia en el mercado inmobiliario. La creación de empresas públicas no puede conducir a falsear la competencia en condiciones de igualdad, competencia que debe estar únicamente sometida a las tensiones del mercado de la oferta y la demanda. La huida hacia el Derecho Privado mediante el uso instrumental de sociedades mercantiles puede tener algunas ventajas para la Administración (la mayor flexibilidad en la gestión), pero entraña también alguna carga (el respeto de la libertad del mercado y en especial de las reglas que garantizan la competencia en condiciones de igualdad).

En el «asunto VISOCAN», la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 8 de junio de 2004 reconoce esa ventaja posicional en el mercado

urbanístico. Ahora bien, en el curso de la instrucción de ese procedimiento el Servicio de Defensa de la Competencia llegó a la discutible conclusión de que esa diferencia no tiene una consecuencia «grave» para los intereses de la iniciativa privada, porque no llega a paralizar su actividad. Para valorar esa conclusión resulta forzoso describir los hechos a los que se refiere. La denuncia es presentada por la «Asociación de Empresarios de la Construcción de Las Palmas» contra los acuerdos adoptados por varios Ayuntamientos, en virtud de los cuales se ceden gratuitamente terrenos a «Viviendas Sociales de Canarias, S.A.» (VISOCAN), mercantil de la que es único accionista la Administración autonómica de Canarias. Se trata de una cesión gratuita de terrenos para que VISOCAN construya sobre ellos viviendas de protección oficial, y quienes realizan esa atribución patrimonial son los Ayuntamientos de Las Palmas de Gran Canaria, Agüimes, Santa Brígida y Telde.

A juicio de la «Asociación de Empresarios» la cesión gratuita a favor de VISOCAN coloca a las demás empresas de la construcción en una situación desventajosa para ofrecer prestaciones equivalentes, ya que a diferencia de los demás competidores VISOCAN no integra en sus costes de producción el precio de adquisición del suelo, al obtenerlo por ánimo de liberalidad y sin contraprestación onerosa. En ese conjunto de circunstancias se plantea la existencia de una competencia desleal y una desigualdad en la concurrencia en el mercado de construcción de viviendas de protección oficial.

En cuanto a la actuación de los Ayuntamientos, el Tribunal de Defensa de la Competencia considera que actuaron como Administraciones Públicas en ejercicio de las competencias que les atribuye el ordenamiento jurídico y aplicando la normativa urbanística, por lo que sus decisiones no pueden ser fiscalizadas al amparo de la Ley de Defensa de la Competencia (correspondiendo a la jurisdicción contencioso-administrativa el control de la validez de los actos administrativos y su conformidad a Derecho). Esa discutible argumentación se orienta a blindar la actuación municipal que se refiere a la construcción de 421 viviendas, pues afirma que aunque el comportamiento hubiera sido desleal, no procedería aplicar el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia por no existir «grave perturbación» del mercado, y porque los efectos de esa leve distorsión de la igual concurrencia satisfacen un interés público.

4 R. PARADA: Derecho Administrativo III. Bienes públicos. Derecho Urbanístico, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 10.ª edición, Madrid 2004, página 421: «Todo está dispuesto, pues, para el pase a una nueva fase —el urbanismo de negocio público— que, a diferencia del urbanismo de obra pública, regido por el Derecho público y el principio de transparencia, ofrece una regulación mixta público-privada muy opaca para los controles institucionales y ciudadanos y que admite socios privados, a determinar también por la Administración, en ese selecto club del oligopolio inmobiliario. Y si esta situación se produce, si el valor de ese patrimonio municipal que se utiliza como fuente de financiación de otras actividades del municipio depende de los altos precios del suelo, ¿es acaso imaginable una política municipal desde la planificación orientada a la reducción sustancial del precio de los solares?».

Frente a esa orientación del TDC que valora la mayor o menor trascendencia de las cesiones en el mercado (la ponderación del carácter grave o intrascendente de la desigualdad en la competencia), podría argumentarse que desde una perspectiva nacional no hay tal distorsión, pero en el ámbito más reducido del término municipal es una cuestión ciertamente discutible si las cesiones gratuitas tienen impacto relevante en la igual competencia del mercado. Por lo demás, hay que recordar que según la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 19 de septiembre de 2002: «... la cuantía relativamente reducida de una ayuda o el tamaño relativamente modesto de la empresa beneficiaria no excluyen «a priori» la posibilidad de que se vea afectado el mercado».

Los Poderes Públicos pueden permanecer en el ámbito del Derecho Público conservando el ejercicio de potestades exorbitantes (en cuyo caso pueden percibir ayudas públicas o ventajas como la cesión gratuita de suelo, porque no felsean la competencia del mercado), y también es legítimo que las empresas públicas se rijan por el Derecho Privado y pierdan esas prerrogativas (pero entonces ya no pueden percibir ayudas públicas que distorsionen la igual competencia del mercado). Cabe fugarse del Derecho Público, pero entonces también se huye del cómodo colchón financiero que resulta de contar con la ventaja de disponer de suelos de cesión obligatoria y gratuita.

En el escenario aquí examinado, la sociedad mercantil de titularidad pública que se constituye aportando a su capital bienes del PPS (en particular el suelo de cesión obligatoria y gratuita), se enfrenta a una disyuntiva que tiene difícil solución jurídica: o la «comunidad» vecinal participa en las plusvalías, o éstas se atribuyen en exclusiva a la «sociedad» mercantil de titularidad pública.

Hay que destacar que la legislación sectorial sobre viviendas de protección pública no pone obstáculos que impidan abaratar el precio de los pisos gracias a la obtención gratuita de suelo. La vigente normativa estatal sobre viviendas de protección pública regula el «precio básico nacional» que anualmente fija el Consejo de Ministros. Se trata del dintel máximo del precio de venta o renta que no puede ser rebasado en el mercado, pero no se establece un umbral mínimo que deba ser respetado y que impida abaratar el precio para repercutir en el consumidor final una parte del beneficio que resulta de la cesión gratuita del suelo al PPS. Ese «precio básico nacional» puede ser modulado por las Comunidades

Autónomas, pero siempre se tratará de una disminución del dintel máximo, por lo que no afectará al umbral mínimo.

Una de dos, o se niegan privilegios a las empresas públicas y se respeta la igual competencia (y entonces el precio de venta de las viviendas de protección pública es igual al del mercado inmobiliario del sector VPO), o se respeta la causa de la atribución patrimonial de la cesión de suelo sin coste para la Hacienda Pública (pero en ese caso el precio debe estar por debajo del mercado de las VPO, para hacer efectiva la participación de la comunidad en las plusvalías urbanísticas, y repercutir en el consumidor final o adquirente de la vivienda la ventaja de la cesión gratuita del suelo a la empresa pública). La Ley impone la cesión del propietario a la Administración, pero para que la comunidad participe de las plusvalías (art. 47 CE), no para que la Administración se beneficie de un negocio especulativo y compita de forma desigual con el sector privado. Por ello, si el consumidor final no se beneficia de esa atribución patrimonial gratuita y sólo se aprovecha la Administración que opera en el mercado inmobiliario, entonces es clara la desviación de poder y el enriquecimiento sin causa.

5 · LA INAPLAZABLE REFORMA DE LAS HACIENDAS LOCALES

Una exploración superficial de la epidermis de la cuestión urbanística permite diagnosticar con certeza algunas de las patologías que padece: abuso irracional de los recursos naturales, frustración del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, especulación del suelo, fenómenos de corrupción...; ahora bien, el devenir del Derecho Público es con frecuencia la historia del diagnóstico de males ciertos, para hacer grandes reformas de resultado incierto.

Eso es lo que ocurre con la LS/2007. El urbanismo y la edificación son factores que condicionan de forma relevante al conjunto de la economía española, por lo que no es de extrañar que la aprobación por el Estado de una nueva Ley sobre la materia pueda tener incidencia directa o indirecta en la evolución general de cualquier empresa. Ahora bien, también es sabido que para reformar a fondo el «*statu quo*» urbanístico resulta absolutamente indispensable revisar la legislación de las haciendas locales para robustecerlas con ingresos tributarios, ya que la actual penuria de las arcas municipales suele suplirse con los ingresos derivados de la actividad urbanística, en la que se produce una desigual competencia del sector público y el privado.