

ESPECULACIÓN DEL SUELO Y MANDATO DEL ARTÍCULO 47 DE LA CONSTITUCIÓN

Gerardo Roger Fernández
Arquitecto y Urbanista

RESUMEN

En el artículo se lleva a cabo un análisis integral de distintas variables y preceptos existentes en la legislación española en relación con el suelo, las actuaciones urbanísticas, y con distintas materias básicas relacionadas con las Memorias de viabilidad económica y los procesos de transparencia derivados de las mismas, haciéndose referencia igualmente al mandato constitucional a impedir la especulación del suelo y las medidas concretas que se pueden adoptar para impedir dicha especulación, así como conseguir un escenario de mayor seguridad jurídica al respecto de cara a los Tribunales de Justicia.

1. INTRODUCCIÓN GENERAL

Resulta sorprendente que las variables económicas que conforman la base de la ejecución urbanizadora en España, es decir, el análisis aplicativo de las plusvalías urbanísticas que genera el planeamiento municipal y que financian y posibilitan la actividad inmobiliaria, circunstancia que constituye el referente mediático más controvertido del Urbanismo español cuya valoración social se manifiesta drásticamente negativa, no dispusiera en la tradicional legislación urbanística patria de un régimen jurídico acorde a la trascendencia que su papel representa.

Obviamente, esta ausencia normativa comporta la disposición de un lamentable procedimiento de opacidad socioeconómica muy negativo para el interés público y para la ciudadanía, así como, adicionalmente, un escenario muy limitativo para la adopción de las preceptivas decisiones jurisdiccionales por los Tribunales de Justicia.

De hecho, como es conocido, sólo los Estudios Económicos y Financieros, en adelante EEFF, hasta la actualidad se constituían como los únicos instrumentos jurídico-económicos que establecían las anteriores legislaciones españolas desde la primigenia Ley del Suelo de 1956, instrumentos que, por otro lado, no presentan mecanismos ni procedimientos que permitan conocer y ni siquiera controlar razonablemente, las plusvalías generadas por las Actuaciones Urbanísticas previstas por el Planeamiento en su desarrollo ejecutivo.

De hecho, los EEFF se limitaban a establecer las siguientes determinaciones jurídico-económicas:

a). Definición de las Actuaciones Urbanísticas más estructurantes previstas por el Planeamiento municipal, tales como:

- Grandes Infraestructuras (Redes Viarias, Ferroviarias, Sistemas Portuarios y Aeroportuarios etc.),
- Grandes Dotaciones públicas (Parques Urbanos y Equipamientos Generales de nivel de servicio colectivo, Sanitarios, Educativos, Administrativos etc.),

- Actuaciones Urbanizadoras de nuevo suelo (Residenciales, Terciarias, Industriales etc.),
- Operaciones de mejora o recuperación del Medio Ambiente,
- Actuaciones de Reforma Interior y/o de Regeneración Urbana en la Ciudad Consolidada etc., etc.

b). Estimación de los Costes de Ejecución correspondientes a la implantación de cada una de las Actuaciones Urbanísticas Estructurantes previstas por el Planeamiento.

c). Identificación de los Operadores, públicos o privados, responsables de la financiación de las previsiones contempladas por el Planeamiento y estimación inicial de la capacidad financiera que disponía cada uno de ellos para poder garantizar razonablemente la ejecución, en su momento, de las Actuaciones.

d). Previsión estimatoria temporal de su ejecución a medio-largo plazo (dos cuatrienios), sin disponer medidas sancionatorias para el caso de su incumplimiento.

Como se deduce del contenido concreto de los EEFF, no solo se constituían como instrumentos económicos de “carácter estático” al contemplar las variables que se analizan exclusivamente en el momento de la formulación del Planeamiento de manera independiente a la eventual fecha de su ejecución, sino que, además, nada expresan con relación a las plusvalías que estas Actuaciones generan, ni cómo se distribuyen entre la Administración y los particulares, promotores y propietarios, reales beneficiarios de las mismas.

Esta sorprendente ausencia normativa y, más aún, teniendo en cuenta las elevadas plusvalías que en la mayoría de los casos la actividad urbanística genera, sobre todo en los procelosos procesos de reclasificación y recalificación de suelo, ha producido indeseables procedimientos especulativos y lo que es aún peor, de otros más penosos y colusorios de corrupción público-privada que tantas consecuencias penales y tan mala reputación social han atribuido al Urbanismo español en las últimas décadas.

Y esa ausencia legislativa aún resulta más asombrosa si consideramos que el artículo 47 de la Constitución Española, CE, mandata a los poderes públicos a “regular la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación”, única especulación prohibida expresamente por la CE, cuestión sobre la cual volverá este Artículo.

Obviamente, con la escasísima regulación legal que hemos señalado, poco o nada se puede controlar con respecto a las patologías especulativas que se deriven de las malas prácticas urbanísticas que desde el Planeamiento o desde su práctica aplicativa se derivan, tanto por las Administraciones competentes.

2. RESPUESTA EN LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA ACTUAL

Afortunadamente, la legislación Estatal vigente, hoy el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana aprobada por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre (en adelante TRLS/15) establece un instrumento de contenido jurídico-económico trascendental, la Memoria de Viabilidad Económica (en adelante MVE) que viene a rellenar de manera técnicamente rigurosa y solvente socioeconómicamente, aquellas sorprendentes ausencias y “lagunas legales” que se mantenían, incomprensible e impasiblemente en la legislación tradicional española.

De hecho, el Apartado 5 del artículo 22 del TRLS/15 establece lo siguiente:

5. La ordenación y ejecución de las actuaciones sobre el medio urbano sean o no de transformación urbanística, requerirá la elaboración de una memoria que asegure su viabilidad económica, en términos de rentabilidad, de adecuación a los límites del deber legal de conservación y

de un adecuado equilibrio entre los beneficios y las cargas derivados de la misma, para los propietarios incluidos en su ámbito de actuación y contendrá, al menos, los siguientes elementos:

a). Un estudio comparado de los parámetros urbanísticos existentes y, en su caso, de los propuestos, con identificación de las determinaciones urbanísticas básicas referidas a edificabilidad, usos y tipologías edificatorias y redes públicas que habría que modificar. La memoria analizará, en concreto, las modificaciones sobre incremento de edificabilidad o densidad, o introducción de nuevos usos, así como la posible utilización del suelo, vuelo y subsuelo de forma diferenciada, para lograr un mayor acercamiento al equilibrio económico, a la rentabilidad de la operación y a la no superación de los límites del deber legal de conservación.

b). Las determinaciones económicas básicas relativas a los valores de repercusión de cada uso urbanístico propuesto, estimación del importe de la inversión, incluyendo, tanto las ayudas públicas, directas e indirectas, como las indemnizaciones correspondientes, así como la identificación del sujeto o sujetos responsables del deber de costear las redes públicas.

c). El análisis de la inversión que pueda atraer la actuación y la justificación de que la misma es capaz de generar ingresos suficientes para financiar la mayor parte del coste de la transformación física propuesta, garantizando el menor impacto posible en el patrimonio personal de los particulares, medido, en cualquier caso, dentro de los límites del deber legal de conservación.

El análisis referido en el párrafo anterior hará constar, en su caso, la posible participación de empresas de rehabilitación o prestadoras de servicios energéticos, de abastecimiento de agua, o de telecomunicaciones, cuando asuman el compromiso de integrarse en la gestión, mediante la financiación de parte de la misma, o de la red de infraestructuras que les compete, así como la financiación de la operación por medio de ahorros amortizables en el tiempo.

d). El horizonte temporal que, en su caso, sea preciso para garantizar la amortización de las inversiones y la financiación de la operación.

e). La evaluación de la capacidad pública necesaria para asegurar la financiación y el mantenimiento de las redes públicas que deban ser financiadas por la Administración, así como su impacto en las correspondientes Haciendas Públicas”.

En este punto procede señalar que de las letras a) a la e) del Apartado 5 anterior inclusivas de un detallado procedimiento destinado a la elaboración técnica de las MVE, fueron declaradas nulas por Sentencia 143/2017 del Tribunal Constitucional, justificada en una presunta invasión en las competencias autonómicas que le estaba vedada al legislador estatal.

No obstante, la mayoría de las legislaciones urbanísticas autonómicas han procedido a asumir competencialmente la regulación anulada (o una análoga) y a incorporarla a su texto propio, por lo que no se produce ausencia normativa alguna. En el caso, si alguna legislación no la incluyera, teniendo en cuenta la capacidad reglamentaria que dispone el Planeamiento, podría incluirse esa regulación en sus Normas Urbanísticas como desarrollo reglamentario de la Disposición Básica que comporta la legislación estatal.

Pasemos a continuación, a analizar detalladamente el contenido de las determinaciones jurídico-económicas y urbanísticas correspondientes a las MVE.

3. CONTENIDO JURÍDICO-ECONÓMICO DE LAS MEMORIAS DE VIABILIDAD ECONÓMICA (MVE).

3.1. Regulación de las MVE en la Legislación Autonómica.

A manera de ejemplo, se traspone a continuación la regulación específica que la legislación urbanística vigente en la Comunidad Valenciana establece (Texto Refundido de la ley de Ordenación Territorial, Urbanística y Paisaje, en adelante TRLOTUP), en el Apartado 1 de su Anexo XIII, con el siguiente texto:

“Memoria de Viabilidad Económica”.

“La Memoria de Viabilidad Económica tendrá el siguiente contenido:

a). Mediante la aplicación del método residual estático realizará un análisis comparado entre los valores de repercusión de suelo en situación de origen y en la propuesta final, justificado en un estudio de mercado actualizado y acreditado por una sociedad de tasación homologada por el Banco de España o por un perito tasador especializado de reconocido prestigio en valoraciones urbanísticas.

b). En el caso de actuaciones de rehabilitación, renovación o regeneración urbana, el análisis comparado se basará en los parámetros urbanísticos vigentes y en los eventuales incrementos a atribuir con la finalidad de garantizar la rentabilidad de la actuación, considerando el importe total de la inversión a realizar así como el importe de las ayudas públicas directas e indirectas que la actuación pudiera recibir y las eventuales indemnizaciones que hubiera que asumir, teniendo en cuenta el límite del deber legal de conservación.

c). El análisis referido en la letra anterior hará constar, en su caso, la posible participación de empresas en la rehabilitación o prestadoras de servicios energéticos, de abastecimiento de agua o telecomunicaciones, cuando asuman el compromiso de integrarse en la gestión mediante la financiación de parte de la misma, o de la red de infraestructuras que les competa, así como la financiación de la operación por medio de ahorros amortizables en el tiempo”.

De la regulación transcrita, análoga o parecida a la establecida en el resto de legislaciones autonómicas, se constata la disposición de un detallado procedimiento aplicable a la formulación de las MVE, el cual permitirá manifestar las trascendentales ventajas que el instrumento ofrece para garantizar la transparencia y el interés general que siempre deben presidir los desarrollos urbanísticos y, más aún, los derivados de los controvertidos procesos de recalificación de suelo, tal como se demostrará en los siguientes apartados.

3.2. Determinaciones y ventajas de carácter excepcional derivadas de la formulación de las MVE.

3.2.1. Finalidad básica de las MVE.

Las MVE se conforman, por tanto, como un nuevo documento jurídico-económico que debe acompañar, con carácter preceptivo y cuya ausencia comporta riesgo de nulidad, al resto de determinaciones urbanísticas que constituyen el entero contenido jurídico de cualquier Instrumento de Planeamiento, o de una Modificación del mismo, que comporte una alteración del aprovechamiento (usos y/o edificabilidad atribuidas) establecido por el Planeamiento anterior (tal como prescribe el artículo 24-1 en relación al artículo 22-5 del TRLS/15), siendo aplicables, obviamente, a aquellas Actuaciones de Transformación de Transformación Urbanística en el suelo Urbano que se susciten, tanto sean de Rehabilitación, de Regeneración o de Renovación urbana, como a una Actuación de Dotación (incremento exclusivo del aprovechamiento por cambio de usos, aumento de la edificabilidad o ambas circunstancias a la vez).

De todo lo expuesto, se deduce que la finalidad primaria de las MVE consiste en la justificación de la Rentabilidad Económica para la propiedad del suelo, a manera de un análisis coste-beneficio al uso, que debe comportar cualquier Actuación de Transformación Urbanística (artículo 7.1 del TRLS/15) enfocada específicamente hacia el interés de sus propietarios tal como prescribe el citado precepto. Si bien, pero de manera trascendental y principalmente desde la óptica del interés público y general, también comporta la determinación del Coste Económico correspondiente a las Cargas y Deberes urbanísticos que la Actuación tenga atribuidas, con la obvia finalidad de aplicar de manera justa y equitativa entre los propietarios afectados el principio fundamental del viejo Sistema Urbanístico Español de Reparto de Cargas y Beneficios.

Obviamente, la determinación de la Viabilidad Económica deberá llevarse a cabo para las dos situaciones secuenciales objeto de las Actuaciones de Transformación Urbanística, es decir, para la situación Originaria del planeamiento que se pretende modificar y para la situación Final derivada de la propuesta definitiva, análisis económicos que habrán de basarse en los resultados derivados de un riguroso Estudio de Mercado acreditado solventemente y elaborado para identificar los Valores de Repercusión de Suelo, VRS (medidos en €/m²t o en €/ud. de aprov.) aplicables a la formulación del análisis de Viabilidad Económica que persigue la MVE.

3.2.2. Trascendental proceso de transparencia.

Por último, es de gran relevancia técnica y política señalar que la formulación de las MVE viene a incorporar un esencial procedimiento de transparencia en los siempre procelosos procesos de Recalificación de suelo.

De hecho, hasta ahora, los eventuales incrementos de aprovechamiento urbanístico que conllevan las Modificaciones recalificadoras del planeamiento se expresaban exclusivamente exponiendo en el procedimiento de Información Pública correspondiente la alteración del parámetro jurídico-urbanístico concreto identificado en “unidades de aprovechamiento”, uas, por cada metro cuadrado de suelo, m²s (por ejemplo, pasar de 0,50 uas/m²s a 0,60 uas/m²s), lenguaje de difícil, cuando no imposible comprensión social, pues nada informa de las repercusiones económicas que ese incremento comporta, tanto para el propietario del suelo recalificado, como para la Administración actuante ni para el general conocimiento de los ciudadanos y vecinos de la Zona urbana en que se localiza la Actuación, lo que comporta un proceso de opacidad social absolutamente rechazable y políticamente indeseable.

Sin embargo, a partir de ahora es obligado incorporar en la MVE la diferencia existente entre el Valor de Repercusión del Suelo, VRS, correspondiente a la situación Final del mismo, ya recalificado, y su Valor en la situación de Origen.

Es decir, ahora procede exponer “negro sobre blanco”, el valor del incremento de aprovechamiento que comporta la Modificación del Plan expresado no sólo en “unidades de aprovechamiento”, en uas, sino también en unidades económicas, en € (por ejemplo, pasar de 1 millón de € a 2 millones de €). Obviamente, esta consecuencia económica del proceso de Modificación-recalificación del suelo, al fin, resulta ser totalmente comprensible para todos los ciudadanos afectados y personados en la Actuación.

En otras palabras, este trascendental procedimiento de transparencia administrativa desvela al fin, de manera explícita, las plusvalías que las Actuaciones de Transformación Urbanística generan y permite determinar:

1º). En primer lugar, de manera lúcida y proporcionada, el porcentaje de participación pública en las plusvalías que le corresponden al Ayuntamiento en aplicación de la regulación establecida en el artículo 18.1.b) del TRLS/15, determinándose ese porcentaje (entre el 0 y el 20% del aprovechamiento) en función de la mayor o menor rentabilidad económica de la Actuación y,

2º). En segundo lugar y consecuentemente, conocer las plusvalías que recibe el propietario del suelo recalificado (diferencia entre el Valor del suelo Final y el de Origen) y en función de su relevancia económica, excedentaria o deficitaria, y teniendo en cuenta la finalidad de las MVE, procederá que el Ayuntamiento intervenga reajustando los parámetros de la Actuación, “al alza” para el caso de que las Actuaciones fueran deficitarias en Origen (por tener atribuidas un exceso de Cargas con relación al aprovechamiento asignado), o a “la baja” para el caso de Actuaciones resultaran excedentarias en su situación Final (por tener asignado un exceso de aprovechamiento con relación a las Cargas atribuidas), teniendo en cuenta la finalidad de las MVE a garantizar la rentabilidad económica de la Actuación y el justo reparto de beneficios y cargas, principio básico que preside el Sistema Urbanístico Español desde su origen (Ley de Ensanche de Poblaciones de 1864).

3.3. Reflexiones Jurídico-urbanísticas sobre el mandato Constitucional a Impedir la Especulación de Suelo

1ª) Consideraciones Previas

Como ya se ha señalado en el apartado 1 anterior, el artículo 47 CE mandata a los poderes públicos a “regular la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación”. Consecuentemente, la CE atribuye a la especulación una característica generalizadamente negativa y, sin embargo, según la RAE es “la operación comercial que se practica con mercancías, valores o efectos públicos, con ánimo de obtener lucro”, definición que se limita a describirla como “el motor activador” en las transacciones comerciales ejercitadas en una economía de mercado.

Sin perjuicio de la ya obligada aplicación de las limitaciones que se derivan del mandato constitucional a los poderes públicos a garantizar el derecho universal a la vivienda, determinación que comporta la intervención de la Administración en el mercado libre para poder garantizar ese derecho, la aparente contradicción existente entre la determinación constitucional y la definición literal de la RAE relativa al término especulación se solventa en el escenario del Urbanismo español si se tiene en cuenta que el aprovechamiento urbanístico atribuido por el planeamiento a un suelo concreto (asignación de un uso y una edificabilidad específica) es una potestad pública ejercida al margen de los legítimos intereses privados, potestad que se materializa en los Instrumentos de Planeamiento público ordenados de acuerdo al interés general.

A mayor abundamiento, el citado artículo 47 de la CE también establece el deber a la participación pública en las plusvalías que genera el Planeamiento Urbanístico, lo que viene a complementar e instrumentar el anterior mandato a impedir la especulación del suelo en una explícita facultad de Función Pública, tal como es la derivada de la Ordenación Urbanística del espacio urbano.

Obviamente, la citada Función Pública del Urbanismo implica que este ejercicio público no puede propiciar un Beneficio económico desproporcionado (¿“especulativo”?) para los propietarios del “suelo recalificado por el aprovechamiento otorgado”, pues, obviamente, éstos no han llevado a cabo (“al menos de manera confesable”) actividad ni esfuerzo alguno para merecer las plusvalías resultantes del ejercicio de esa potestad pública.

Sin embargo, la actividad urbanística privada en el desarrollo de las previsiones del Planeamiento en el mercado inmobiliario exige la generación de un Beneficio Empresarial, BE, tanto para el Promotor de la Actuación como para el Propietario del suelo, que la incentive y la haga posible, pero de acuerdo al mandato constitucional a impedir la especulación, al menos no deberá superar unos límites razonables, disposiciones jurídico-económicas que actualmente se deberán explicitar, obviamente, en las preceptivas determinaciones jurídico-económicas de las MVE.

En este sentido, afortunadamente la legislación estatal vigente, el TRLS715, tiene establecido un Beneficio Empresarial Mínimo (BEM) correspondiente a una Actuación de Transformación

Urbanística atribuible a la Propiedad del suelo, determinándose por aplicación a los Costes de Producción totales, CP (los necesarios hasta alcanzar la situación Final del suelo Urbanizado) de un porcentaje compuesto por la suma de la Tasa Libre de Riesgo (TLR) y la Prima de Riesgo (PR), dos magnitudes definidas reglamentariamente (artículo 22.3 del Reglamento de Valoraciones de la Ley de Suelo) según la siguiente expresión matemática:

$$\text{BEM} = (\text{TLR} + \text{PR}) \times \text{CP}$$

factores utilizados en la fórmula que procede definir a continuación:

a). la Tasa Libre de Riesgo, TLR, definida como *“la última referencia publicada por el Banco de España del rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre dos y seis años”*.

b). la Prima de Riesgo, PR, cuantificada en función del uso predominante en el desarrollo urbanístico previsto de acuerdo con los valores de referencia extraídos de la Orden ECO 805/2003 y traspuestos al ANEXO IV del Reglamento de Valoraciones de 2011:

Tipo de inmueble	Porcentaje
Edificio de uso residencial (primera residencia)	8
Edificio de uso residencial (segunda residencia)	12
Edificio de oficinas	10
Edificios comerciales	12
Edificios industriales	14
Plazas de aparcamiento	9
Hoteles	11
Residencias de estudiantes y de la tercera edad	12
Otros	12

c) los Gastos y Costes de Producción, CP, necesarios para el desarrollo de la Actuación, importe que se conforma como un concepto claramente objetivable que puede cuantificarse, en muchos casos, a partir del contenido de los propios instrumentos de Reparcelación (en la actualidad se estima que puede oscilar entre 40 y 80 €/m² de suelo del correspondiente ámbito o Sector).

2ª) Medidas Adoptables para impedir la Especulación del Suelo

De acuerdo a lo expuesto, se deduce que, en la actualidad, el BEM legal ascendería aproximadamente alrededor del 15 % de la Inversión (CP) a realizar por el propietario de suelo.

Consecuentemente, puede considerarse como un BE no especulativo obtenible por el Propietario del suelo un % que pudiera superar de manera limitada y razonable al mínimo BEM legalmente establecido (v.gr., un 20-30 % superior), cuya definición concreta le corresponderá, obviamente, al Ayuntamiento teniendo en cuenta el interés general y las demandas sociales existentes relativas a la Actuación, al ser una disposición afectada de claro contenido ideológico y, en función de ello, procederá actuar de acuerdo al procedimiento corrector explicado en el ordinal 2º del Apartado 2.2.2 anterior.

3.4. Conclusiones sobre las MVE

De todo lo expuesto se deduce la trascendental relevancia jurídica y económica que comportan las MVE cuyas virtualidades se pueden resumir y sintetizar en las cuatro siguientes principales:

1ª) *Formulación lúcida y dinámica* (frente al carácter estático de los EEFF) *en el momento de la ejecución de la Actuación,*

2ª) *Constatación y exposición pública de las plusvalías* que generan las Actuaciones Urbanísticas,

3ª) *Incorporación de procedimientos de transparencia administrativa y pública* que permitirán acabar con o, al menos paliar los indeseables procesos especulativos y, en su caso, de corrupción y poder recuperar la reputación que el Urbanismo nunca debió perder y, finalmente

4ª) *Disposición de un escenario de lucidez* para poder controlar racional y objetivamente la atribución de aprovechamiento y la imposición de las Cargas urbanísticas por la Administración local desde la aplicación del mandato constitucional a impedir la especulación, así como ofrece un escenario de mayor seguridad jurídica para que los Tribunales de Justicia puedan controlar desde la aplicación de criterios de objetividad racional, las “delicuescentes” consecuencias especulativas que eventualmente se pudieran derivar de los procesos de recalificación de suelo.