

La actividad privada en el Urbanismo

Antonio López Abarca

Secretario Habilitación Nacional. Técnico urbanista

La experiencia del urbanismo vivido en España en los años de fuerte crecimiento económico, al amparo de la Ley del Suelo de 1956 y aún, de la actual, ha dejado un mal sabor de boca no sólo entre los especialistas, sino también en el ciudadano que ha visto cómo un crecimiento en tropel de las urbanizaciones de segunda residencia y turísticas ha deteriorado muy gravemente el medio ambiente, sin haber producido simultáneamente una mejor calidad de vida.

Tras una fuerte recesión económica en que las aguas del expansionismo urbanizador se remansaron, han sido las Administraciones Públicas, las que recogieron velas procurando poner orden en ese caos urbanístico⁽¹⁾.

De la experiencia acumulada se deduce muy claramente, la impotencia de los entes locales para armonizar el crecimiento demandado con la necesaria planificación (superados claramente en sus medios), insuficiencia que se hace *palmaria* en los pequeños municipios, incapaces de sostener la fuerte carga económica que les procura la conservación y mantenimiento de sus núcleos urbanos, cuánto más, de las nuevas urbanizaciones, generalmente más costosas y conflictivas.

De aquí, que como regla general, se ha de *propender* en este campo en dos direcciones, una muy socorrida en la doctrina pero

sin plasmación real como es el apoyo técnico y económico a los pequeños municipios, y la otra que miraría hacia una participación mayor de los particulares en la tarea urbanizadora, no sólo a nivel de planeamiento, sino de ejecución y posterior mantenimiento y conservación.

Por ello, creemos que se ha de investigar más en el campo de la participación y corresponsabilidad de los particulares en el campo del urbanismo. El urbanismo es una función pública, pero los entes públicos, solos, no pueden dar respuesta a las necesidades de los nuevos núcleos creados.

Es en el equilibrio de estas dos posturas donde probablemente se encuentran nuevas entidades *ad hoc* (administración-particulares) para dar cumplida respuesta a esas necesidades.

Colaboración de los particulares con la administración

Fue el modelo surgido en la Revolución Francesa el que dio lugar

a la aparición de dos ordenamientos jurídicos distintos, el basado en el individuo y el administrativo.

El Derecho administrativo que surge de la Revolución Francesa lo hace, no obstante, pensando en el individuo como fin del derecho, antes que en el Estado.

Con posterioridad, *la concepción institucionalista* del Derecho va a producir la confusión de lo público y lo privado, dado que el objetivo no va a ser la protección del individuo frente a la Administración, sino la *procura* del interés general, para lo cual, se va a atribuir a la propiedad una función social.

Del *estado gendarme* que propiciaba un *estado abstencionista*, se ha pasado al modelo de *estado intervencionista*, que interviene en la actividad como un particular más. La Administración se ha expandido para el logro de fines cada vez más diversos. Este expansionismo ha dado origen al nacimiento de correlativas transformaciones en su seno, tanto en las técnicas de actuación como en la

(1) Leyes de Disciplina Urbanística, Urbanizaciones Ilegales, Directiva CEE de Medio Ambiente.

organización interna y, aún más, de admisión de los particulares como auténticos colaboradores en el logro de ese interés general que constituye su fin.

Precisamente, este es el estudio que nos interesa, aquel en el que los particulares son llamados por la Administración para colaborar en el logro del interés general, fin último perseguido por la Administración en un *Estado Social y Democrático de Derecho*, como propugna el artículo 1 de la Constitución.

Concepto

Las formas de colaboración de los particulares con la Administración son diversas, admitiéndose por la Doctrina⁽²⁾ una concepción amplia que incluiría el contrato administrativo, el concierto, los funcionarios, las subvenciones, la ordenación económica, etc. En ella se incluirían supuestos heterogéneos de participación, que irían desde la actividad del propio funcionario que integra sus órganos como actividad de la propia Administración, hasta aquel tipo de actividades que, siendo en principio privadas, coinciden con las públicas.

La concepción que aquí interesa es la defendida por Lliset⁽³⁾ y antes por Ballbé⁽⁴⁾ como "colaboración por vía de penetración" y dentro de ella, la del "vicario" definido por Lliset como "aquellos sujetos privados no pertenecientes a un ente público a los que, en virtud de una norma legal, se les confiere

el derecho o se les impone la obligación de realizar una actividad, que el ordenamiento jurídico declara como propia y asumida como propia por la Administración a través de diferentes formas jurídicas de habilitación que garantizan el cumplimiento de los fines públicos, sin que dichos particulares queden absorbidos por la organización administrativa".

Fundamento

El fundamento de la colaboración de los particulares con la Administración se ha buscado por los autores a través de líneas de trabajo distintas, justificándose en razones económicas, de eficacia, técnico administrativas, etc. Entendemos que el auténtico fundamento de esta llamada a la colaboración radica, primero en razones de eficacia y, segundo, de política democrática. La Administración sólo se justifica en cuanto procuradora del interés general, para lo cual en un Estado intervencionista se requiere: Mayor eficacia y agilidad en la consecución de sus fines, y mayor claridad y transparencia en su actividad. Requisitos ambos imprescindibles de una Administración moderna que, conservando su imperium, admite en la consecución de sus fines a los particulares, interesándolos en su actividad, como forma descentralizada y democrática de su actuación⁽⁵⁾.

Naturaleza Jurídica

Para Lliset⁽⁶⁾, los sujetos activos de las funciones vicarias son personas privadas que no pertenecen

(2) Martín Mateo, R. *Manual de derecho administrativo*. Madrid 1970, pág. 430.

(3) Lliset Borell, F.- *La actividad urbanística de los particulares*. De Montecorvo. 1975. pág. 41.

(4) Ballbé, M.- *Derecho Administrativo*. NEJ. Tomo 1º. Pág. 75.

(5) Negrín, J.P.- *L'intervención des personnes morales dans l'activité administrative*. Paris 1971. Pág. 20.

(6) Lliset Borell, F.- *Ob. Cit.* Pág. 51 ss.

El urbanismo se concibe dentro del sistema constitucional español como una función pública, cuya competencia corresponde a la Administración

a la Administración Pública. En esta primera definición habría que incluir, por un lado, a las personas jurídicas de base privada que tienen la finalidad de defensa de intereses privados, profesionales, fundiarios o económicos, ya que a través de ellas los que están actuando son los particulares que las integran. De otro lado, exclusión de las personas jurídicas privadas pertenecientes a la Administración Pública, puesto que en este caso quien actúa es la propia Administración.

La dificultad estriba, como señala este autor, en determinar cuando estamos ante una personificación pública y cuando privada. Para ello, se propugna el empleo del criterio material en la clasificación de este tipo de organizaciones personificadas, antes que aquél que atiende al aspecto formal como caracterizador de la personificación.

El urbanismo como función pública

Hasta la llegada de la Ley del Suelo de 1956 no había existido el urbanismo como ciencia, con el



sentido que hoy tiene de normación, encauzamiento y control de las ciudades. Hasta ese momento, la propiedad entendida al modo histórico tradicional del derecho romano, como "el señorío más general en acto o en potencia sobre la cosa"⁽⁷⁾, venía siendo sostenida en base a lo dispuesto en los arts. 348 y 350 del Código Civil, que en sustancia configura al titular del dominio, como dueño y señor del suelo y del vuelo, pudiendo realizar todas las obras que le convenga, a salvo de los reglamentos de policía y servidumbres. Es decir, se concibe la materia en los términos del art. 348, como "la posibilidad de gozar y disponer de la cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes".

Y a estas limitaciones se contraponían las técnicas urbanísticas exis-

tentes, alineaciones, ordenanzas de construcción y policía urbana, servidumbres, etc.. En palabras de los profesores Enterría y Parejo⁽⁸⁾, "la actuación pública aparece como un simple sistema de encauzamiento externo de unas facultades privadas, que son las sustantivas y que arrancan y se desarrollan a partir del derecho de propiedad".

Este esquema es el que vino a arrumbar la Ley del Suelo de 1956 produciendo un cambio radical en esta concepción. El urbanismo va a pasar a ser una competencia estatal, en el sentido de función cuya realización corresponde al Estado⁽⁹⁾. La justificación coherente con el fin perseguido por esta disciplina se va a situar en palabras de los profesores citados en que, "la loca-

(8) *Lecciones de Derecho Urbanístico*. De Civitas. 1978. Pág. 114.

(9) Entrena Cuesta, R.- *La competencia administrativa en materia de urbanismo*. *Rev. Jca. De Cataluña* nº 4. 1963. Pág. 1025.

(7) Bonfante, *Curso de Diritto romano*. Milán. 1925. Pág. 28.

lización de una ciudad, su configuración concreta, su magnitud, su disposición, su funcionamiento y su orden, no son ni pueden ser en nuestra compleja civilización hechos privados, son más bien hechos colectivos, primarios, que interesan a la colectividad entera en cuanto tal". Con ello aparece lo que se ha dado en llamar el derecho del ciudadano a la ciudad, que implica el correlativo deber de los poderes públicos de procurar satisfacer ese derecho que cabe calificar de primario.

Hoy, la cobertura jurídica de esta competencia hay que situarla en el art. 47 de la Constitución que legitima la actuación de los poderes públicos ordenada a hacer efectivo el derecho de todos los ciudadanos a "una vivienda digna y adecuada", "regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación". En el Derecho urbanístico vigente en la actualidad, tras la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997, este principio básico se expresa en los arts. 1 al 3 del Texto Refundido de abril de 1976. La competencia pública expresamente reconocida en el art. 3 ha de interpretarse en relación con lo dispuesto en el art. 47 de la Constitución, y de conformidad con los principios del 53.3 de este mismo texto, al establecer: "el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo tercero, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos".

El urbanismo se concibe dentro del sistema constitucional español como una función pública, cuya competencia corresponde a la Administración. La Ley del Suelo ha hecho posible una más amplia colaboración de los particulares en el

ejercicio de las tareas urbanísticas, pero actuando una función pública, cuya competencia corresponde a la Administración.

El principio de subsidiariedad

Este principio tiene su origen en el Derecho Eclesiástico⁽¹⁰⁾ y dentro del Derecho administrativo su formulación más adecuada la ha tenido en el campo económico, a través de los Planes de Desarrollo, cuyo alcance y contenido ha sido estudiado por algunos autores⁽¹¹⁾, suponiendo que la Administración Pública, titular de un tipo competencial en una materia determinada, decae en sus facultades para actuar esa competencia de una forma reglada, dejando la iniciativa al sector privado y actuando sólo en tanto ese sector no llega a cubrir los objetivos previstos.

En el campo del Derecho urbanístico, es la Ley del Suelo de 1956 quien lo introduce en varios de sus preceptos, art. 4, 40, 118 y 125. Así, el art. 4 disponía: "La gestión pública suscitará en la medida más amplia posible, la iniciativa privada y la sustituirá, cuando ésta no alcanzare a cumplir los objetivos necesarios con las compensaciones que la Ley establece".

En la Ley del Suelo, Texto Refundido de 1976, vigente en este punto, este principio se mantiene y se amplía al establecer su art. 4.2 Inciso 2º: "En la formulación, tramitación y gestión del planeamiento urbanístico, los órganos competentes debe-

rán asegurar la mayor participación de los interesados y, en particular, los derechos de iniciativa e información por parte de la Corporaciones, Asociaciones y particulares".

Nasarre⁽¹²⁾ distingue entre la actividad de los particulares como colaboradora de la Administración en la redacción y ejecución de los planes, o sustituyéndola en ambas funciones, en la que se estima se cumple el principio de subsidiariedad, y aquella actividad particular inspiradora, redactora y ejecutora de sus propios planes, en la que se estima no se cumple tal principio al no producirse la acción de la Administración subsiguiente a la falta de iniciativa privada.

Nosotros estimamos que una cosa es la realidad práctica del ur-

banismo y otra sus planteamientos teóricos; teoría y práctica que en este campo más que en ningún otro, dada su complejidad, desgraciadamente andan disociadas. Es así, que el principio de subsidiariedad se sigue cumpliendo, aunque la Administración sólo en contadas ocasiones toma iniciativas detectando campos inéditos a la actividad privada; porque en todo caso, la actividad que actúan los particulares es pública, y ha de ser controlada y juzgada por la Administración.

Son fundamentos suficientes de ésta afirmación, los contenidos en los arts. 119.2,3 de la Ley del Suelo de 1976, y 159 y 160 del Reglamento de Gestión Urbanística, respecto de la elección del sistema de actuación, de cuyo examen se deduce claramente que la actuación privada (compensación) goza de preferencia sobre la mixta (cooperación), y ambas sobre la públi-

(12) Nasarre Alastruey, R. - *Las urbanizaciones particulares*. 1972. Pág. 30 y 31.

(10) Moncada Lorenzo, RGLJ. Nº 212. 1961. Pág. 179. *El Principio de Subsidiariedad y el régimen jurídico administrativo*.

(11) Fernández Farreres, G. - *En torno al procedimiento de creación de empresas nacionales. Especial referencia al principio de subsidiariedad*. RPA. Nº 80. 1976.



La aplicación del principio de subsidiariedad no supone una renuncia absoluta de la potestad pública en favor de la privada

ca (expropiación). Esto es así, al haberse derogado el art. 148 del Texto Refundido de 1992 que otorgaba a la Administración la decisión sobre el sistema a seguir.

No obstante, siguiendo a los profesores Enterría y Parejo⁽¹³⁾, "para la correcta comprensión del alcance de este principio general y de su proyección en la regulación de los sistemas de actuación, han de tenerse en cuenta, sin embargo, las siguientes puntualizaciones: La subsidiariedad de la gestión pública prescrita en el art. 4.2 LS. 1976 vigente no es absoluta, conforme al cual la iniciativa privada ha de ser suscitada en la medida más amplia posible. Pero esta misma formulación deja abierta la puerta al juego directo de la gestión pública, cuando el interés público urbanístico excluya la iniciativa privada.

En todo caso, la subsidiariedad se predica únicamente de la gestión, por lo que no afecta en modo alguno a las potestades administrativas en el orden de la ejecución del planeamiento (art. 3.3 LS. 1976).

Debiendo quedar claro, que la aplicación del principio de subsidiariedad no supone una renuncia absoluta de la potestad pública en

(13) García de Enterría - Parejo Alfonso. - Ob. Cit. Pág. 525.

favor de la privada, quedando siempre la Administración actuante obligada a intervenir en garantía del interés general urbanístico.

Vicariedad y participación en el urbanismo

Por vicariedad y participación hay que entender dos conceptos que engloban sendos conjuntos de técnicas, en virtud de las cuales se produce la participación de los particulares en la actividad administrativa.

El título legal que ampara dentro del campo del urbanismo ambos conceptos, se contiene en el art. 4.2 Inciso 2º LS. 1976 (vigente), al establecer: "En la formulación, tramitación y gestión del planeamiento urbanístico, los órganos competentes deberán asegurar la mayor participación de los interesados y en particular los derechos de iniciativa e información por parte de las Corporaciones, Asociaciones y particulares".

Ambas, vicariedad y participación, tienen en común la entrada de los particulares en la Administración Pública, interviniendo en la actividad administrativa para la consecución de fines públicos. Las notas que las diferencian se manifiestan tanto en la actividad realizada, como en el fin perseguido y su fundamento. Así, en tanto que en la vicariedad el particular actúa, como interesado en una actividad administrativa que ha sido descentralizada con la finalidad de una mejor satisfacción de las necesidades públicas, y su fundamento radica en la insuficiencia de la propia Administración para la actuación directa de determinadas competencias, en la participación, el particular actúa como ciudadano que colabora con la Administración

en la consecución de fines públicos, preocupado por satisfacer el interés general. Su finalidad no es conseguir una mayor eficacia en el cumplimiento de los fines por la Administración, sino la introducción de un principio democrático en su actuación, y su fundamento está en la necesidad de hacer que la actuación administrativa esté abierta y sea cosa de la colectividad.

Por la doctrina especializada⁽¹⁴⁾ se ha distinguido entre "participación Uti Cives y Uti Gestor", como dos grandes apartados en que se vienen a englobar todas las manifestaciones privadas en el urbanismo, desde la más elemental participación en la elaboración del Plan, hasta la iniciativa de gestión y ejecución del mismo.

Manifestaciones de la actividad privada en el urbanismo

El urbanismo se concibe como un proceso continuo dentro del cual cabe distinguir una serie de fases dependientes entre sí, hasta la materialización de la obra urbanizadora y su consolidación como ciudad.

El profesor Entrena Cuesta⁽¹⁵⁾ distingue, como momentos en el proceso urbanístico, los siguientes: elaboración del Plan, aprobación, revisión y modificación, la ejecución y la fiscalización.

El contenido de la manifestación de la actividad de los particulares en este proceso, por tanto, va a girar en torno a estos grandes apartados, que dada la extensión de su comentario, excede la finalidad de este artículo. ■

(14) García de Enterría - Parejo Alfonso. Ob. Cit. Pág. 136-141.

(15) Entrena Cuesta, R. Ob. Cit. Pág. 1029.