

LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA REGULACIÓN Y EN LA GESTIÓN DEL USO DEL SUELO

Joaquín GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS

Abogado. Magistrado en excedencia. Expresidente
de la Comisión Nacional de la Competencia

I. LOS EFECTOS ANTICOMPETITIVOS DE LAS ACTUACIONES PÚBLICAS EN UN MERCADO OBJETO DE INTENSA REGULACIÓN: EL MERCADO DE SUELO

Como ya se ha comentado en otro lugar (véase J. GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, «La neutralidad del regulador en la actividad económica. Aplicación a la actividad urbanística», en el libro *Derecho de la Empresa y de los Mercados Financieros*, Ramón y Cajal-Aranzadi, 1.ª ed., 2016, pp. 678 y ss.), «al analizar los componentes desencadenantes de la crisis económica actual en España, existe un consenso sobre la importancia que ha jugado la especulación inmobiliaria. En efecto, el mercado del suelo es un factor esencial que influye de manera determinante no solo en el mercado de la vivienda, sino también en el sistema financiero; en la gestión de recursos públicos, etc.».

La importancia del mercado de suelo y su influencia en la economía ha motivado que por tres veces la Autoridad española de competencia lo haya estudiado en sus informes.

En primer lugar, y con título «Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios», el Tribunal de Defensa de la Competencia publicó en el año 1993 un informe en relación a una materia más amplia, la legislación sobre precios administrados, exclusividades, situaciones de monopolio y condicionamiento al ejercicio profesional, con la finalidad de que sirvieran como identificación para el estudio de los costes del sistema de regulación de un conjunto de sectores. Entre estos se identificó el mercado del suelo. Ya en este primer estudio se propugnó introducir una mayor competencia en el sector, y en concreto en la formación del precio del suelo, también buscando evitar posibles distorsiones en dicha formación del precio.

En segundo lugar, y por la misma institución, se publica en 1995 el informe «La competencia en España: Balance y nuevas propuestas». En este informe sobre el mercado del suelo se incluye el análisis para evaluar cuáles de las recomendaciones realizadas en el informe del año 1993 se habían llevado a cabo, verificándose únicamente la creación de la Comisión de expertos (Comisión que presentó un informe el año 1994 una vez concluidos sus trabajos) y subrayando el enfoque inadecuado, según el TDC, por el que había optado el Gobierno para la consecución de una mejora en el funcionamiento del mercado del suelo.

Por último, y en tercer lugar, la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) publicó en el año 2013 el informe «Problemas de competencia en el mercado del suelo en España». Es la primera vez que se opta por un específico sobre el mercado de suelo y se estudia dicho mercado como *input* económico esencial para desarrollar otras actividades económicas, y por tanto se incide más sobre las bases económicas del funcionamiento de dicho mercado que sobre la legislación urbanística existente. Se incorpora un análisis empírico sobre determinados comportamientos existentes en dicho mercado fruto de su regulación y, por último, se formulan unas propuestas de carácter regulatorio y también recomendaciones.

Entre las aportaciones de este informe debemos destacar las que hacen referencia a una descripción del mercado de suelo en España.

Así se deduce del informe que en este mercado es fácil detectar indicios de un mercado territorialmente fragmentado, sometido a una elevada discrecionalidad de los poderes públicos y no sometido a las reglas de la competencia.

El suelo es un *input* productivo para la mayoría de sectores económicos y estas ineficiencias suponen un lastre para toda la economía y para los consumidores finales, que terminan pagando las ineficiencias, entre otras cosas, en los precios de las viviendas [...] o en las crisis del sistema financiero que, como se ha demostrado, ha mermado la calidad de vida del país en su conjunto. El suelo supone también un activo importante en manos de promotores, bancos, etc., lo que aconseja y exige que el mercado funcione de la manera más eficiente posible.

Por ello, es necesario observar cómo se regula, organiza y gestiona la disponibilidad y el intercambio de suelo. De una manera indiciaria puede afirmarse que el origen de los problemas en el mercado del suelo tiene que ver con la intervención pública:

- Por un lado, la intervención pública puede estar justificada por algunos problemas derivados del uso que se le puede dar al suelo. Por ejemplo, nadie quiere que le pongan una fábrica al lado de su vivienda o síndrome NIMBY (*Not In My BackYard*). Esas justificaciones se denominan económicamente «fallos de mercado», en referencia a que el mercado en determinados casos muy acotados y precisos no consigue por sí solo las situaciones óptimas: externalidades, bienes públicos, problemas de información.

- Pero, por otro lado, los mecanismos de intervención no guardan siempre una relación de proporcionalidad con los problemas que pretenden resolver. De esta forma, se utilizan formas de intervención desproporcionadas, que no corrigen los supuestos fallos que las motivan (o en las que se tratan de justificar) y que pueden incluso agravarlos, por ejemplo en el caso de información asimétrica.

Cuando hacemos la afirmación de la incidencia de la intervención pública en el funcionamiento del mercado de suelo partimos de una realidad fácilmente constatable: el modelo español de urbanismo es esencialmente intervencionista, efecto incrementado por las reformas de las leyes del suelo de los últimos años.

Si bien, la intervención pública se basa *a priori* en la existencia de fallos de mercado (externalidades negativas, infraprovisión de bienes públicos, economías de escala y externas en el desarrollo de infraestructuras), a la hora de diseñar esa intervención no se han tenido en cuenta los fallos del sector público y se ha optado por un intervencionismo regulatorio intenso basado en la planificación, que ha tenido como consecuencia, en ocasiones, dar rienda suelta a la arbitrariedad del planificador, segmentar el mercado del suelo y generar escasez.

La planificación limita la competencia en el mercado, perpetúa las rentas oligopólicas y fomenta las actividades improductivas de «búsqueda de rentas». Por una parte, la limitación de la oferta y la discrecionalidad administrativa actúan como barreras de entrada. Por otra parte, la segmentación del suelo (temporal, espacial o por usos) impide que los distintos suelos compitan entre sí en la formación de precios.

Esta estructura genera situaciones que entran en conflicto con la Ley de Defensa de la Competencia, pues es fácil detectar en el funcionamiento del urbanismo español lo siguiente:

- Génesis de acuerdos y prácticas restrictivas.
- Abuso de posición dominante.
- Competencia desleal.

Sin llegar a esta patología antijurídica, cuyo objeto no es el estudio en estas líneas, lo cierto es que la fuerte intervención pública regulatoria sobre el mercado de suelo ha ocasionado las siguientes características en el mismo, que son fácilmente reconocibles cuando se opera en dicho mercado. Entre estas características podemos resaltar, en lo que ahora importa, las siguientes:

- *La planificación urbanística*, al nivel de detalle con el que se ha diseñado en España, introduce rigideces en la oferta de suelo. Urbanizar depende en última instancia del criterio del planificador y no siempre es posible responder a los cambios en la demanda de suelo y de la coyuntura. Así, se encarece el producto urbanístico.
- *La programación temporal y la incompatibilidad de usos del suelo*. La capacidad de respuesta de la oferta depende del ritmo temporal

al que la planificación permite urbanizar y de los usos que el planificador confiere al suelo. Usos que son incompatibles entre sí y que segmentan la oferta e impiden la competencia entre los distintos tipos de suelo en la formación de precios.

- Es un diagnóstico común de cualquier inversor u operador económico que quiera actuar en el mercado inmobiliario que existe una gran *incertidumbre*, que es una consecuencia directa de la anterior característica reseñada. La planificación supone prever en un horizonte muy lejano en el tiempo las necesidades de la población, la demanda, la oferta. Como con frecuencia dicha planificación no suele coincidir con las necesidades reales, al mismo tiempo es preciso estar modificándola constantemente o concretándola mediante revisiones parciales de los planes, lo que introduce incertidumbre sobre el valor del suelo (no depende del mercado, sino de la decisión de un tercero: el planificador/gestor).
- En este mercado siguen existiendo *privilegios de los operadores públicos*. La iniciativa pública se ha ido generalizando —no es subsidiaria de la iniciativa privada— y se basa principalmente en la expropiación de terrenos, por los que se pagan generalmente precios inferiores a los de mercado. Estas ventajas contribuyen a la expulsión del sector privado. Es un efecto idéntico al que generan los patrimonios municipales de suelo, con reserva de suelo para actuaciones públicas. El resultado es la creación de monopolios públicos de suelo que pueden distorsionar de forma apreciable los precios en el mercado y propiciar el comportamiento especulativo de la Administración, especialmente si parte de su financiación está relacionada con el urbanismo. Pero por otra parte también tienen el efecto perverso de inflar precios de transacción, pues los operadores privados, sobre todo el que ofrece suelo, lo ofrece al precio fijado por la administración para la subasta de sus bienes públicos. En definitiva se facilita la concentración de la propiedad en manos de los decisores públicos, pudiendo dar lugar a abusos importantes en este ámbito (ej.: la cesión gratuita de suelo de algunos ayuntamientos a una empresa pública autonómica)
- También aparece, como patología de la regulación, *el ayuntamiento monopolista*. En efecto cuando se produce una alteración del planeamiento, los agentes beneficiados compensan a los municipios (una parte de las plusvalías o una compensación si se trata de un convenio). Esto provoca que los municipios tengan el incentivo perverso de hacer una planificación muy restrictiva del suelo para posteriormente obtener beneficios de los cambios en dicha planificación. Es decir, los ayuntamientos son monopolistas en la oferta de derechos de uso del suelo y tienen incentivos para abusar de dicha situación.
- Pero en la legislación moderna de suelo, y sobre todo desde el año 2007 a nivel estatal, ha aparecido otra figura que genera patologías desde el punto de vista del buen funcionamiento del mercado: *el*

agente urbanizador. Figura creada en algunas CCAA para suplir el absentismo del propietario en el desarrollo urbanístico, sustituye al propietario —gracias a los poderes coactivos que les confiere la Administración— para desarrollar un terreno, apropiándose de las rentas y plusvalías asociadas, a través de la expropiación concesional. Los agentes urbanizadores son empresas mercantiles que pueden aprovechar las prerrogativas coactivas que les concede discrecionalmente la Administración y apropiarse de las rentas monopólicas de la expropiación y de la urbanización.

- *Los retardos, riesgos y cargas que sufre la oferta*, por los trámites y costes asociados a la planificación urbanística que encarece el suelo, restringe la oferta y favorece los comportamientos especulativos, incluidos los de la propia administración. La planificación (planes, proyectos urbanísticos, compensaciones, PAU) retrasa el momento en que el suelo se convierte en urbano varios años (puede llegar a diez años). Todo ello aumenta la rigidez de la oferta, encarece el suelo, aumenta la incertidumbre y puede provocar la deslocalización de actividades económicas.
- *Convenios urbanísticos*. Como lógicamente el municipio no puede seguir y planificar detalladamente todas las necesidades municipales, buena parte de las revisiones del planeamiento termina llevándose a cabo a iniciativa de los particulares, dando lugar incluso a convenios modificativos de los planes suscritos entre ayuntamientos y particulares, en los que los beneficiados por las recalificaciones compensan a los ayuntamientos. De este modo, se resta transparencia y competencia al mercado del suelo: en lugar de basarse en un proceso competitivo, el nuevo suelo se determina en un convenio bilateral. Esto también acentúa la fragmentación del mercado del suelo nacional.
- *Inconsistencia temporal*: los ingresos del municipio dependen de la demanda de suelo, y por tanto son altamente dependientes del ciclo económico. Ello provoca que el municipio se dote de infraestructuras (por ejemplo, un polideportivo como compensación por un convenio) que luego no puede mantener.

Un ejemplo de distorsiones adicionales ha sido la temporalización de las facultades urbanísticas, que se introdujo en los años noventa. El suelo podía dejar de ser urbanizable si no se desarrollaba en el plazo determinado, además de sancionar al propietario. Esto no era, sin embargo, aplicable a la Administración Pública.

Es verdad que las distorsiones que se han producido en el funcionamiento del mercado de suelo, y en última instancia en el precio del producto transformado, sea vivienda o edificaciones para usos comerciales o industriales, no son fruto exclusivo de la regulación administrativa o de la intervención pública.

Como puso de manifiesto la Memoria publicada en marzo 2014 como consecuencia del encargo hecho por el Grupo de Trabajo de Territorio y Ur-

banismo del Consejo de Economistas de España a los economistas Agustí JOVER y Miquel MORELL, como consecuencia de la publicación del Informe de la CNC:

«Un elemento previo a la hora de incorporar postulados de la doctrina económica, es la correcta definición de la naturaleza del bien suelo.

Es fundamental entender que el bien suelo es un recurso escaso, no sustituible y no homogéneo, no renovable y no reproducible, además de constituir un bien inmóvil. Esta caracterización del bien suelo condiciona absolutamente la capacidad de respuesta ante cambios en la demanda de suelo. Pero tan importante es la anterior caracterización de la naturaleza del bien suelo como la caracterización de la demanda de dicho bien, ya que los mercados que operan en regímenes de competencia imperfecta no solo derivan de factores de oferta (como se limita a apuntar el Informe de la CNC) sino que también debemos tener en cuenta factores determinantes de la demanda (más adelante abordamos la diferente distribución de la demanda en el territorio, la composición de la riqueza de las familias y el proceso de “financiarización” del suelo).

Por consiguiente, el desajuste entre demanda y oferta deviene estructural y determina el mercado del suelo como un mercado imperfecto que no puede actuar nunca en régimen de competencia perfecta. Jamás podrá esperarse de un mercado imperfecto que el mecanismo de libre mercado consiga el equilibrio entre oferta y demanda».

Sin ánimo de polemizar sobre quién es el responsable de la inelasticidad del mercado de suelo, si podemos coincidir, y, de hecho los autores de este informe lo hacen en sus recomendaciones, que es un mercado necesitado de profunda reflexión sobre su regulación y funcionamiento.

Así en el informe de la CNC se deducía que el origen de las disfunciones del mercado era, en parte, la dispersión regulatoria existente al recordar el informe que sobre el espacio físico territorio, y en virtud del ejercicio de las competencias atribuidas a distintas Administraciones con incidencia en el mismo, se han venido desarrollando tres cuerpos normativos cuya regulación se ha hecho en leyes separadas. Por orden de aparición en nuestro ordenamiento jurídico tenemos, en primer lugar, el Derecho urbanístico, nacido y criado por las sucesivas legislaciones sobre el suelo y las técnicas de la planificación. En segundo lugar el Derecho ambiental, sin apoyatura legal única, pero cuyo conjunto de normas tienen orígenes en los estudios científicos, la sensibilidad frente a las catástrofes ambientales y, por supuesto, en la necesidad de preservar nuestro futuro como especie. Y por último, aunque solo sea en nuestro país, el Derecho de la ordenación del territorio diseminado en leyes autonómicas sobre la base de conceptos generales plasmados en un marco competencial territorial limitado.

El punto en común, tanto del Derecho ambiental como del Derecho que regula la ordenación del territorio, está en su origen y, lo que podríamos llamar, sus creadores. En efecto, tanto el Derecho ambiental como el de la ordenación del territorio deben mucho a ecólogos, biólogos y geógrafos. Y por tanto muchos de sus conceptos hay que entenderlos y estudiarlos desde esta perspectiva.

Estas tres regulaciones tienen su plasmación en el ámbito de la planificación: Planes urbanísticos, Planes de Ordenación de los Recursos Naturales (PORN) y los Planes de Ordenación del Territorio (POT). Son, pues, tres planificaciones distintas cuyo efecto común es incidir sobre la actividad humana en el territorio. Su importancia común es tan esencial que hoy en día es difícil entender el Derecho de la propiedad inmobiliaria sin contemplar los límites que al ejercicio de este Derecho se introducen en los planes citados.

Estas tres ordenaciones influyen de manera evidente en la determinación del valor del suelo y en el funcionamiento del mercado del suelo como factor primario, no solo de la construcción, sino de muchas otras industrias (turismo, industria...).

Actividad de planificación, como género de la actuación de la Administración Pública, que se hace basada en títulos competenciales distintos, orígenes dispersos, profunda influencia del Derecho comunitario europeo en algunos casos como la variable ambiental, pero que tiene una característica común: contribuyen a regular el estatuto jurídico de la propiedad inmobiliaria.

En consecuencia, del informe de la CNC en este punto, puede concluirse que:

- El suelo es un *input* productivo para la mayoría de sectores y estas ineficiencias en su regulación suponen un lastre para toda la economía y para los consumidores finales, que terminan pagando dichas ineficiencias, entre otras cosas, en los precios de las viviendas. El suelo supone también un activo importante en manos de promotores, bancos, etc., lo que aconseja y exige que el mercado funcione de la manera más eficiente posible.
- El mercado del suelo es un mercado territorialmente fragmentado, sometido a una elevada discrecionalidad de los poderes públicos y no sometido a las reglas de la competencia.
- Las normas urbanísticas, la inmensa mayoría de carácter reglamentario y poco sistemático, y el sistema de gestión del suelo entre los distintos niveles de AAPP (Estado Central, CCAA y Corporaciones Locales) hacen todavía más complejo y fragmentado este mercado.
- Si se considera que las medidas de liberalización y procompetitivas son fundamentales en una coyuntura económica como la actual para facilitar la reasignación de recursos a los sectores más eficientes y promover la recuperación; el mercado del suelo no puede ser una excepción. Porque como ya hemos dicho el suelo es un bien económico, susceptible de diversos usos, con fuertes interdependencias con el resto de la actividad económica, para la que es un *input* básico. Es cierto que también por su especial importancia para la satisfacción de muchas de las necesidades públicas de la sociedad, la intervención pública está justificada en este mercado pero no debemos olvidar que la intervención pública, aunque esté justificada por razones de eficiencia, incluida la social, también tiene costes.

- El sector público se enfrenta a problemas de información, a la hora de identificar las preferencias sociales y los costes y beneficios asociados a las políticas públicas de suelo.
- Además, cuando la intervención pública supone la limitación a la oferta de suelo y sus usos, aumenta el poder monopolístico de los propietarios e introduce unas rigideces que limitan la capacidad de reacción ante cambios en la demanda y escasez artificial de suelo, generando barreras de entrada en el mercado.
- Estas restricciones generan rentas oligopólicas para los distintos agentes que participan e incentivan las actividades de búsqueda de rentas, con el consiguiente coste social en términos de eficiencia.

Por tanto, esta regulación tiene importantes efectos en la competitividad del resto de sectores económicos, ya que la escasez de suelo puede ser un factor de estrangulamiento de la actividad económica, en general, y del mercado de la vivienda en particular. Además de generar distorsiones en el desarrollo urbanístico, alterar las decisiones de ahorro e inversión de los agentes y fomentar los comportamientos especulativos.

Esto afecta especialmente al establecimiento de estructuras comerciales, sobre todo a aquellas que requieren amplios espacios y deben cumplir determinadas exigencias técnicas, como ocurre con las estaciones de servicio o las grandes superficies.

Además, en el caso español existe un problema adicional relacionado con las competencias urbanísticas que recaen en CCAA y Ayuntamientos, para los que el suelo es una importante fuente de ingresos.

Es evidente que una planificación urbanística de estas características, por sus efectos, va a entrar en conflicto directo con el marco de competencia vigente en lo concerniente a conductas anticompetitivas y a competencia desleal.

La Memoria realizada en marzo 2014 como consecuencia del encargo hecho por el Grupo de Trabajo de Territorio y Urbanismo del Consejo de Economistas de España, aunque discrepa de muchas conclusiones del Informe de la CNC, establece las siguientes recomendaciones:

«— Crear un marco legal acorde con la diversidad de problemas que padece el territorio.

El territorio físico presenta características y disparidades diversas, y a la vez contrapuestas. [...] De lo anterior se deduce que los retos actuales del urbanismo son tan diferentes como lo es el mosaico de nuestro territorio y el comportamiento poliédrico de los distintos mercados.

— Fortalecer y agilizar la prospectiva urbanística.

Debemos reforzar la prospectiva vinculada al análisis del territorio y a los procesos de transformación del mismo que permitan, aún con incertidumbres no parametrizables, realizar previsiones de demanda que a su vez permitan definir una programación urbanística que defina los ámbitos y la capacidad de regeneración urbana, de crecimiento en suelo urbanizable y de reservas para el crecimiento de generaciones venideras junto a la protección de los espacios naturales que son parte de nuestro ecosistema.

La programación urbanística y su seguimiento y prospectiva es sinónimo de transparencia y de seguridad jurídica.

[...]

— Modificar la actual normativa básica y normativa autonómica de talla única a un marco legal adaptable a la diversidad de los retos territoriales.

Por lo que se refiere al marco legislativo, la herencia que tenemos proviene de una legislación básica del Estado en materia de suelo que ha tratado de establecer unas reglas comunes iguales para todo el territorio cuando el territorio es diverso. Y a otra escala, las CCAA han actuado, en general, con igual rigidez estableciendo idénticos instrumentos de planeamiento, idénticos estándares urbanísticos para gestionar un suelo con retos muy distintos.

La suma de todo ello genera un urbanismo excesivamente estandarizado que no es capaz de discriminar territorios de tallas muy diversas. Tanto la legislación básica estatal como la legislación autonómica han de incorporar de manera conjunta criterios que permitan facilitar marcos abiertos y adaptables para dar cabida a la diversidad de respuestas que demanda la muy diversa problemática territorial y urbanística.

[...]

— La cesión de aprovechamiento urbanístico, las reservas de techo para vivienda protegida o los estándares de sistemas de equipamientos y zonas verdes deberían poder modularse en función del reto prioritario de cada operación (resolver la falta de infraestructuras, conseguir reservas de techo para vivienda social en territorios con fuerte demanda, esponjar un centro urbano muy denso, reformar un polígono de actividad económica, etc.).

— Necesitamos que las normas base del Estado se abran a una regulación menos encorsetada y más plural y adaptable tanto en el espacio como en el tiempo y, desde luego, la legislación urbanística autonómica debe hacer lo propio. No se trata, en ningún caso, de renunciar al Estado del Bienestar conseguido a lo largo de los últimos lustros sino de priorizar las prestaciones y hacerlas posible.

— Respecto a la rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, nos hartamos de hablar a favor de la necesidad de revitalizar, renovar, rehabilitar, reutilizar, etc., pero arrastramos unos costes de transformación de la ciudad construida superiores a los costes de crecimiento en extensión.

[...]

— Por lo que respecta a la capacidad de adaptación del marco legal en el tiempo, hemos de profundizar en la capacidad del planeamiento urbanístico general para poder dar respuesta a una demanda cada vez más difusa y cambiante a lo largo del tiempo (tanto la demanda de usos residenciales como la demanda de suelo para actividad económica), que permita adaptarse a las necesidades de la demanda que seguramente poco o nada tendrán que ver quince o veinte años después del periodo de vigencia del planeamiento municipal. En este punto, coincidimos con el Informe de la CNC en que hay un camino por recorrer relativo a la necesidad de trabajar una normativa urbanística y una definición de usos urbanísticos menos compleja y menos detallada que permita trabajar la planificación urbanística bajo criterios de oportunidad futura y adaptabilidad en el tiempo.

Por consiguiente, los nuevos paradigmas del mercado de suelo necesitan:

- Respuesta inmediata adaptando la legislación básica del Estado y las legislaciones urbanísticas de las CCAA.

- Pacto de respeto, transparencia y cooperación interadministrativa entre Estado, CCAA y Ayuntamientos en materia de suelo, urbanismo y edificación.
- Generar instrumentos que permitan contener el coste económico y financiero del tiempo

[...] Para acortar plazos es necesario encontrar instrumentos de planeamiento y de gestión que permitan acompasar la inversión con su recuperación y, previa a las propuestas, la voluntad política de agilizar y hacer más transparente la intervención pública en el urbanismo.

— En este sentido, la tramitación del planeamiento y la gestión urbanística tienen también un papel determinante y la intervención del público en esta fase del proceso de transformación urbanística es clave».

Como es lógico quien suscribe estas líneas está de acuerdo con las recomendaciones que se hacen en la Memoria, que entiendo complementan perfectamente el informe de la CNC y que apuntan, los dos, en la correcta dirección. Es necesario introducir criterios de reforma de la legislación en materia de suelo, pero también criterios interpretativos nuevos respecto de la legislación ya existente que permitan conseguir las adaptaciones propuestas en las recomendaciones transcritas, y que a su vez eviten cierres de mercado, falta de elasticidad entre oferta y demanda en dicho mercado, evitar rentas oligopólicas y, en definitiva, conseguir un mercado no distorsionado por arbitrariedades o interferencias regulatorias.

Mientras se produce el citado cambio regulatorio, el propósito de estas líneas es establecer nuevos mecanismos de control de la planificación urbanística apelando a la mejora regulatoria ya existente a través los mecanismos que el ordenamiento jurídico ofrece ahora al operador jurídico, pero, utilizados en demanda de la correcta regulación, introduciendo el diagnóstico sobre la distorsión del mercado de suelo ocasionado por la propia regulación. También reflexionar sobre nuevos criterios de impugnación de actos de uso y gestión del suelo.

Para ello tenemos que partir de un breve recordatorio de la regulación existente.

II. EL ESTATUTO JURÍDICO DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA: EL PLAN COMO FIGURA ESENCIAL DE SU REGULACIÓN

El legislador estatal ha creído necesario establecer las bases comunes que deben regir el estatuto jurídico de la propiedad inmobiliaria en todo el territorio nacional. Para ello no solo regula en materia de su competencia, sino que describe las influencias de otras normas, no necesariamente de origen estatal, con incidencia en este estatuto de la propiedad inmobiliaria que se encuentra definido en el art. 11 del RD Legislativo 7/2015 de la siguiente forma:

«Estatuto jurídico de la propiedad del suelo.

Artículo 11. Régimen urbanístico del derecho de propiedad del suelo.

1. El régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística.

2. La previsión de edificabilidad por la ordenación territorial y urbanística, por sí misma, no la integra en el contenido del derecho de propiedad del suelo. La patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva y está condicionada en todo caso al cumplimiento de los deberes y el levantamiento de las cargas propias del régimen que corresponda, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística.

3. Todo acto de edificación requerirá del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que sea preceptivo, según la legislación de ordenación territorial y urbanística, debiendo ser motivada su denegación. En ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística.

[...]».

Estatuto jurídico de la propiedad inmobiliaria que se acaba de definir en el art. 12 del mismo texto legal cuando regula el contenido del derecho de propiedad del suelo a través de la descripción de sus facultades y lo hace con el siguiente tenor:

«1. El derecho de propiedad del suelo comprende las facultades de uso, disfrute y explotación del mismo conforme al estado, clasificación, características objetivas y destino que tenga en cada momento, de acuerdo con la legislación en materia de ordenación territorial y urbanística aplicable por razón de las características y situación del bien.

Comprende asimismo la facultad de disposición, siempre que su ejercicio no infrinja el régimen de formación de fincas y parcelas y de relación entre ellas establecido en el artículo 26.

2. Las facultades del propietario alcanzan al suelo y al subsuelo hasta donde determinen los instrumentos de ordenación urbanística, de conformidad con las leyes aplicables y con las limitaciones y servidumbres que requiera la protección del dominio público».

Esta concepción del derecho estatutario de la propiedad inmobiliaria tiene amparo directo en la Constitución que, tras enunciar y reconocer «el derecho a la propiedad privada y a la herencia» en el apartado 1.º del art. 33, establece, en el apartado 2.º, que «la función social de estos derechos delimitará su contenido de acuerdo con las leyes», y garantiza, en el 3.º, que «nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las Leyes».

La propiedad inmobiliaria en particular, se ha visto afectada con la mayor intensidad por esa transformación «en lo que concierne a la restricción o modalización de las facultades dominicales e imposición de deberes positivos al titular tanto respecto de la propiedad que recae sobre suelos susceptibles de aprovechamiento urbanístico como (respecto) de la propiedad de tierras agrícolas o forestales, lo que es fácilmente explicable, entre otras razones, por el carácter no renovable o naturalmente limitado

en su extensión de este tipo de bienes y por la trascendencia económica que ofrece como soporte físico de las actividades productivas» (STC 37/1987, FJ 2.º).

Aparece, en consecuencia, la fundamentación jurídico-constitucional por la cual es hoy posible que, a través de la ordenación urbanística, se delimite, en ocasiones de forma esencial, el ejercicio de las facultades inherentes al derecho de propiedad sobre las diferentes clases en que se divide el suelo de un municipio.

Sin embargo, otra cuestión queda pendiente, la de cómo compaginar esa posibilidad de proceder a tal delimitación mediante las Ordenanzas y Normas urbanísticas integradas en los correspondientes Planes, al ser estas de naturaleza puramente reglamentaria, no legal.

Pues bien, el propio art. 33.2 CE flexibiliza la reserva de ley en lo que concierne a la delimitación del contenido de la propiedad privada en virtud de su función social, «que debe ciertamente regularse por la ley, pero también por la Administración de acuerdo con las leyes cuando estas recaben la colaboración reglamentaria de aquella [...] para completar la regulación legal y lograr así la plena efectividad de sus mandatos, remisión inexcusable, por lo demás, cuando, como es el caso arquetípico de la propiedad inmobiliaria, las características naturales del bien objeto de dominio y su propia localización lo hacen susceptible de diferentes utilidades sociales, que pueden y deben traducirse en restricciones y deberes diferenciados para los propietarios y que, como regla general, solo por vía reglamentaria pueden establecerse» (STC 37/1987, FJ 3.º).

Naturalmente, existen límites para no anular la utilidad meramente individual del derecho de propiedad; se concretan «en no sobrepasar las barreras más allá de las cuales el derecho dominical y las facultades de disponibilidad que supone resulten reconocibles en cada momento histórico y en la posibilidad efectiva de realizar el derecho»; y, en el caso de la propiedad del suelo, en que las vinculaciones que eventualmente se imponga a los propietarios «no resulten compatibles con la utilización tradicional y consolidada de los predios» (STC 170/1989, FJ 8.º).

En este momento debemos recordar que el modelo sustancial o material de estatuto jurídico de la propiedad del suelo diseñado en la legislación estatal de 1990-1992 enjuiciada por la STC 61/1997, de 20 de marzo, como tal, ni ha sido cuestionado ni tampoco objeto de reproches, ni siquiera velados, por el Tribunal Constitucional. Es decir, este no plantea la duda acerca de la validez de un modelo «intervencionista», por así decir, en los términos culminados con la LRRU y el TRLS-1992. Incluso, hay momentos en que desvela una cierta actitud de expreso respaldo hacia el mismo al considerarlo derivado de las exigencias *ex art.* 47 CE para todos los poderes públicos, y congruente con ellas [FFJJ 14.ºc), 17.ºf), etc.].

Pero el problema es que el competente para diseñar ese modelo «acabado» no es el legislador estatal sino el autonómico y por eso pueden surgir modelos autonómicos «divergentes» e incluso «desproporcionados» (*sic*)

que la STC 61/1997 [FJ 7.ºa)] admite que se desarrollen en el marco de la legislación estatal.

Todo ello es relevante porque la inequívoca configuración estatutaria presente en la legislación autonómica preexistente o sobrevenida, no ya solo con establecimiento de deberes sobre los propietarios, sino con la exigencia de cumplirlos en determinados plazos y el riesgo de padecer después diversas medidas de reacción ante el incumplimiento, resulta, así, de entrada, perfectamente respaldada, en su concepción global misma, por esta doctrina constitucional.

Los principales pronunciamientos jurisprudenciales de nuestro Tribunal Supremo se pueden resumir en los siguientes sentencias que han servido para construir la figura recogida ahora a nivel legal en el art. 11 del RD Legislativo 7/2015: SSTs de 16 y 27 de noviembre de 1987, 23 de septiembre de 1988, 7 de noviembre de 1988, 20 de febrero de 1989, 20 de marzo de 1989, 28 de noviembre de 1990, 27 de marzo, 26 de junio y noviembre de 1991, y 5 de febrero de 1992).

Como vemos la figura del Plan urbanístico se configura como la pieza esencial en la construcción jurídica del estatuto de la propiedad inmobiliaria. Por eso debemos dedicar unas líneas a su importancia y a su expansión normativa, pues con igual técnica reglamentaria, el Plan es un reglamento como es notorio, otros títulos competenciales han incidido sobre la regulación del suelo, y por su importancia debemos detenernos también en la planificación ambiental.

En efecto, respecto de la competencia para la planificación tenemos los siguientes preceptos constitucionales. De una parte (art. 149.1.13 y 23), se atribuye al Estado la planificación general de la economía, las bases de la protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección. La legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias. De otra parte, el art. 148.1.3 y 9, atribuye a las Comunidades Autónomas la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, y la gestión de la protección del medio ambiente.

Por tanto son esencialmente el Estado y las Comunidades Autónomas los autores de la planificación con incidencia territorial. El Estado tendrá la exclusividad en la planificación general de la economía, pero la comunidad autónoma también tiene competencias de planificación económica bajo el título competencial Ordenación del territorio.

Este reparto competencial en materia de planificación con incidencia territorial ha ocasionado una primera imagen, que podríamos llamar de trazo grueso, y que puede resumirse en la constatada dispersión normativa. Para muchos sectores doctrinales esta dispersión normativa en materia de urbanismo, medio ambiente u Ordenación del territorio, es un defecto que hay que remediar.

Por otra parte, independientemente de los esfuerzos internos para aplicar e interpretar la diversidad normativa con incidencia territorial, pode-

mos encontrar el obligado elemento de cohesión interpretativa en nuestra integración normativa en el prevalente Derecho comunitario. En materia medioambiental ya se está produciendo, como veremos más adelante. En efecto la Jurisprudencia ha establecido desde hace ya algunos pronunciamientos la prevalencia del planeamiento ambiental sobre el urbanístico en sus SSTS Sala 3.^a, Sección 3.^a, de 25 de febrero de 2000, recurso 216/1992, Ponente: Campos Sánchez-Bordona, Manuel; Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 27 de noviembre de 2003, recurso 8459/1999, Ponente: Enríquez Sancho, Ricardo; Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 7 de junio de 2004, recurso 392/2002, Ponente: Enríquez Sancho, Ricardo; Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 27 de abril de 2005, recurso 78/2002. Ponente: Menéndez Pérez, Segundo, entre las originarias.

Posición claramente reforzada a partir de la Ley 42/2007 de 13 de noviembre del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad. Pues de la lectura de la misma se pueden sacar las siguientes conclusiones:

- La prevalencia de la protección ambiental sobre la ordenación territorial y urbanística [art. 2.f)].
- Continua referencia a criterios científicos actualizados para la toma de decisiones ambientales. Definición de hábitats, catálogos, corredores biológicos, inventarios...
- Utilización de la figura del Plan como expresión de la finalidad de la Ley. Integración en el mismo de criterios de valoración científicos.
- Reconocimiento del papel de la Unión Europea en la fijación de la protección ambiental.

En efecto, la política europea en materia de medio ambiente se remonta al Consejo Europeo celebrado en París en 1972, en el que los Jefes de Estado y de Gobierno europeos (tras la primera conferencia de las Naciones Unidas sobre medio ambiente) reconocieron la necesidad de establecer una política comunitaria en materia de medio ambiente que acompañara la expansión económica y pidieron un programa de acción. Mediante el Acta Única Europea de 1987 se introdujo un nuevo título sobre medio ambiente, que constituyó el primer fundamento jurídico para una política común en materia de medio ambiente, con el objetivo de preservar la calidad del medio ambiente, proteger la salud humana y garantizar un uso racional de los recursos naturales. En posteriores revisiones de los Tratados se reforzó el compromiso de Europa con la protección del medio ambiente y el papel del Parlamento Europeo en su desarrollo. Con el Tratado de Maastricht (1993), el ámbito medioambiental se convirtió en un ámbito político oficial de la UE, se introdujo el procedimiento de codecisión y la votación por mayoría cualificada pasó a ser la norma general en el Consejo. El Tratado de Ámsterdam (1999) estableció la obligación de integrar la protección medioambiental en todas las políticas sectoriales de la UE con miras a promover el desarrollo sostenible. La «lucha contra el cambio climático» pasó a ser un objetivo específico con el Tratado de Lisboa (2009), al igual que el desarrollo sostenible en las relaciones con países terceros.

La integración de consideraciones medioambientales en otros ámbitos políticos de la Unión Europea, aspecto que apareció por primera vez a raíz

de una iniciativa del Consejo Europeo celebrado en Cardiff en 1998 (el «proceso de Cardiff»), ha pasado a ser un importante concepto en las políticas europeas (ahora consagrado en el art. 11 del TFUE). En los últimos años, la integración de la política medioambiental ha alcanzado, por ejemplo, avances significativos en el ámbito de la política energética, tal como se refleja en el desarrollo paralelo del paquete de la UE sobre el clima y la energía o en la Hoja de ruta hacia una economía hipocarbónica competitiva en 2050, en la que se estudian maneras rentables de hacer que la economía europea sea más respetuosa con el clima y consuma menos energía.

III. EL CONTROL DE LA MOTIVACIÓN DE LA POTESTAD DE PLANIFICACIÓN COMO INSTRUMENTO PARA ENJUICIAR LA BONDAD DE LA ACTIVIDAD REGULATORIA EN LA PROPIEDAD INMOBILIARIA

En las líneas inmediatamente anteriores hemos visto que el auténtico derecho regulatorio en el mercado del suelo se proyecta en el Plan, sea este urbanístico, territorial o medioambiental. Por otra parte también se observa que la intervención de las AAPP en el mercado de suelo puede definirse como una auténtica regulación de dicho mercado, en sentido estricto. Por tanto podemos concluir que lo que llamamos derecho urbanístico puede ser asimilado a un derecho regulatorio, y mucho más difícilmente como actividad de policía.

Porque describir al derecho urbanístico, o al urbanismo en general, como una «función pública» pudo ser suficiente para justificar la intervención de las Administraciones Públicas en la propiedad inmobiliaria, pero ya no es un concepto que sea útil cuando se constata que dicha intervención pública en la propiedad está produciendo más disfunciones que virtudes en el uso del suelo.

El derecho urbanístico, como auténtico derecho regulatorio, tiene que ser observado, analizado, y en su caso enjuiciado ante los tribunales, desde la perspectiva de su eficiencia en la regulación económica, y con arreglo a los principios propios de este tipo de derecho, esencialmente eficiencia, proporcionalidad, mínima intervención en la libertad de empresa consagrada constitucionalmente para conseguir en su caso auténtica neutralidad competitiva. Salvo los supuestos de excepciones contempladas específicamente en la ley.

Por eso, y como herramienta adicional del control de la legalidad del planeamiento, aparece el examen de la motivación de las decisiones que el planificador adopta respecto del ejercicio de una actividad económica, como puede ser el uso del suelo y sus consecuencias en el mercado.

Se postula desde estas líneas la entrada en el debate sobre la legalidad del Plan de todo lo relacionado con la buena regulación para garantizar la libertad de empresa, los derechos del propietario que se ven continuamente modulados con fundamento constitucional en la satisfacción de intereses

generales o de cualquier otro derecho, como el de la vivienda o el medio ambiente, pero que a veces se garantizan sin socializar correctamente sus consecuencias: haciendo recaer exclusivamente sobre el propietario del suelo, sin compensación individual equivalente, de esta satisfacción de intereses generales.

Vincular la regulación urbanística, y su control, a los efectos que produce en el mercado de suelo y en el contenido del derecho de la propiedad, nos permitirá, además, tener una herramienta que a la postre consiga establecer unos mínimos estándares de contenido homogéneo del derecho de la propiedad inmobiliaria en todo el territorio nacional, mediante la aplicación única de los criterios de buena regulación urbanística a todo el sistema legal derivado de la producción normativa, con rango reglamentario, de las comunidades autónomas y de los ayuntamientos.

El siguiente paso lógico será propugnar que se controle la bondad y legalidad de dicho derecho regulatorio de acuerdo con los principios que deben inspirarlo para garantizar su neutralidad competitiva, a través de las técnicas de control de la legalidad administrativa que el derecho ofrece: las alegaciones e intervenciones en vía administrativa y, en su caso, los recursos jurisdiccionales que pretendan poner de manifiesto la incorrección de una opción regulatoria urbanística concreta de acuerdo con los principios que deben informar el derecho regulatorio. Acciones que podrán ejercitar los titulares de derechos e intereses legítimos y también la CNMC a través de la legitimación específica contemplada en el art. 5.4 de la Ley 3/2013 de 4 de junio.

Es los análisis existentes, tanto el informe de 2013 de la CNMC como en la Memoria 2014 del Consejo de Economistas, se observó la necesidad de que existiera una buena regulación, a través del Plan urbanístico esencialmente, y que esta buena regulación pasaba por continuas referencias a la motivación de las decisiones regulatorias teniendo en cuenta la proporcionalidad, las necesidades del mercado, los intereses de los operadores económicos y de los consumidores finales respecto del funcionamiento de dicho mercado. En definitiva, una apelación al control de la motivación y proporcionalidad en la intervención regulatoria en dicho mercado.

Ello nos lleva a situar en el control de la discrecionalidad del Plan, a través del control de su motivación, la vía de entrada de los principios que deben informar el derecho regulatorio y sus efectos sobre la competencia en el mercado de suelo.

Control de la motivación del Plan con argumentos regulatorios que también puede extenderse a la planificación ambiental donde, invocando razones de protección al medio ambiente, pueden establecerse limitaciones sobre el crecimiento económico que no estén jurídica y científicamente avaladas. Estas decisiones formalmente ambientales, pero que pueden simplemente perseguir una regulación económica sobre determinados usos del suelo, incluyendo la del no desarrollo del mismo, pueden ser perfectamente cuestionadas apelando a criterios de mala regulación o de

distorsión artificial del mercado sin que existan razones que lo justifiquen. Es decir, incorporando al control de la actividad del planificador nuevos argumentos desde la óptica del derecho regulatorio y de la competencia, junto a otras técnicas de control de las motivaciones clásicas. Pues se ofrecerá al Tribunal una perspectiva más amplia sobre la legalidad del plan, incluyendo en esa obligada legalidad del mismo, la no vulneración de las normas del derecho de competencia y permitiendo, en su caso, que la ilegalidad de la opción regulatoria escogida en el Plan pueda ser declarada en sentencia, si se demuestra que la opción del planificador, desde su pretendida discrecionalidad contraviene los principios de la buena regulación económica sin suficiente cobertura legal. O dicho de otra forma, y más contundentemente, que la pretendida discrecionalidad del planificador urbanístico, territorial o medioambiental, no responda a la finalidad que la justifica, pues provoca restricciones al ejercicio de una actividad económica sin amparo legal.

IV. INVOCACIÓN DE BUENA REGULACIÓN EN EL CONTROL DE LA MOTIVACIÓN DEL PLAN. HERRAMIENTAS

A. CONTROL DE LA MOTIVACIÓN DEL PLANEAMIENTO

Como es sabido, el Tribunal Supremo ha dejado claro en numerosas sentencias que la potestad de planeamiento urbanístico que corresponde a la Administración tiene carácter discrecional, si bien debe ejercitarse en todo caso con la finalidad esencial de la satisfacción del interés general.

Este principio básico se plasma, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2011 (RC 1217/2008), que afirma en su FJ 4.º:

«Esta Sala del Tribunal Supremo ha señalado en numerosas sentencias —sirvan de muestra las sentencias de 9 de marzo de 2011 (casación 3037/2008), 14 de febrero de 2007 (casación 5245/2003) y 28 de diciembre de 2005 (casación 6207/2002)— *que la potestad para revisar o modificar el planeamiento es discrecional (ius variandi) de modo que, dentro de los márgenes establecidos en la normativa aplicable, el planificador urbanístico dispone de libertad para escoger, entre las distintas alternativas posibles, la que considere más conveniente para la mejor satisfacción del interés público*».

En sentido similar, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2010 (Recurso de Casación 5951/2006, RJ 2011/1369), en su FJ 3.º, declara que:

«[...] En efecto, de lo dispuesto en los preceptos esgrimidos por la entidad recurrente en modo alguno se deriva la consecuencia que pretende. Esta Sala, en reiterada jurisprudencia, ha declarado que *el ejercicio de la potestad discrecional de planeamiento ha de obedecer a finalidades estrictamente urbanísticas, circunscritas a la consecución de la mejor ordenación posible para la satisfacción del interés general, no hallándose en sí*

misma vinculada por derechos adquiridos, ni por compromisos anteriores de la Administración. Pueden citarse en este sentido, entre otras muchas, las sentencias de 24 de marzo de 2009 (casación 10055/2004), 30 de octubre de 2007 (casación 5957/2003); así como la sentencia de 26 de julio de 2006 (casación 2393/2003) en la que insistimos precisamente en que “las potestades de planeamiento urbanístico se atribuyen por el ordenamiento jurídico con la finalidad de que la ordenación resultante, en el diseño de los espacios habitables, de sus usos y de sus equipamientos, y de las perspectivas de su desarrollo, ampliación o expansión, sirva con objetividad los intereses generales; no los intereses de uno o de unos propietarios; ni tan siquiera los intereses de la propia Corporación Municipal”».

Esta subordinación de la potestad de planeamiento a la consecución del interés general se recoge igualmente en la Sentencia de 30 de septiembre de 2011 (Recurso de casación 1294/2008, RJ 2012/1042) que, en su FJ 7.º, dispone que:

«Son acertadas, pues, las consideraciones que se contienen en la sentencia del Tribunal *a quo* sobre *la necesidad de que las potestades de planeamiento estén subordinadas y encaminadas a la consecución del interés general*, compatibles con la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo en la que, de forma reiterada, queda señalado que las potestades de planeamiento urbanístico se atribuyen por el ordenamiento jurídico con la finalidad de que la ordenación resultante, en el diseño de los espacios habitables, de sus usos y de sus equipamientos, y de las perspectivas de su desarrollo, ampliación o expansión, sirva con objetividad los intereses generales, de manera racional, evitando la especulación —sirvan de muestra las SSTs de 24 de marzo de 2009 (casación 10055/2004), 30 de octubre de 2007 (casación 5957/2003) y 26 de julio de 2006 (casación 2393/2003)—».

Debe destacarse, no obstante, que el concepto de satisfacción del interés general ha sido interpretado por la jurisprudencia en un sentido amplio, comprendiendo no solo los intereses generales actuales y presentes sino también las necesidades futuras. Esta idea se contempla en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2011 (Recurso de Casación 2930/2007, RJ 2011/6504), en su FJ 2.º:

«Y a ello cabe añadir que *la planificación urbanística está orientada a satisfacer no solo las necesidades presentes sino también las del futuro; lo que se ha venido en llamar el horizonte del plan.* En esa tarea prospectiva, con proyecciones de bastantes años, es admisible la utilización de criterios flexibles para dar respuesta, en su caso, a posibles cambios de coyuntura demográfica, sin que por ello se esté incurriendo en irracionalidad. Así, que la reserva de suelo para dotaciones básicas sea superior al que se indica en un informe realizado en 1997 con los datos de la población del año 1996 no es motivo suficiente para tachar de irrazonable la determinación cuestionada; y si bien la evolución demográfica previsible es un instrumento útil para valorar, en el momento de la planificación urbanística, las necesidades de equipamientos, tales datos no pueden utilizarse con criterios rígidos por tratarse de previsiones estimativas, siendo por ello admisible y razonable que se contemple un margen para hacer frente a posibles desviaciones. Por todo ello, el motivo debe ser desestimado».

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la potestad de modificación del planeamiento no queda vinculada por planes anteriores. Al respecto, la Sentencia de 14 de septiembre de 2011 (Recurso de Casación 2264/2008, RJ 2012/876) declara en su FJ 5.º que:

«En efecto, debemos partir del conocido principio urbanístico de que *la potestad de alteración de los Planes no queda vinculada por las ordenaciones anteriores*, pues, de otra forma, tal potestad carecería de objeto. Dicho de otra forma, para el ejercicio del *ius variandi* es consustancial que el planificador no está sometido o vinculado a la ordenación que se pretende modificar, lo que es independiente de que tales alteraciones deban ajustarse a derecho, respetando los límites en que se enmarca el ejercicio del *ius variandi* —especialmente en el aspecto de su justificación—, así como las consecuencias o efectos que tales cambios puedan producir en cuanto puedan hacer surgir el derecho/deber de indemnizar».

Por otro lado, el Tribunal Supremo ha delimitado los criterios mediante los cuales se puede impugnar con éxito la extralimitación de la Administración en el ejercicio de su potestad planificadora. Concretamente, la Sentencia de 22 de septiembre de 2011 (antes citada), en su FJ 4.º, afirma que:

«Por ello hemos insistido también en que *el éxito de la impugnación que se dirija contra el ejercicio de tal potestad tiene que basarse en una actividad probatoria que deje bien acreditado que la Administración, al planificar, ha incurrido en error, o al margen de la discrecionalidad, o con alejamiento de los intereses generales a que debe servir, o sin tener en cuenta la función social de la propiedad, o la estabilidad y la seguridad jurídicas, o con desviación de poder, o falta de motivación en la toma de sus decisiones; directrices todas ellas condensadas en el artículo 3 en relación con el 12 del Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril aprobatorio del Texto Refundido de la Ley del Suelo (actuales artículos 2 y 3 del vigente Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio).*

Este mismo criterio se acoge en la Sentencia de 3 de febrero de 2012 (Recurso de casación 855/2008, RJ 2012/3745) en el FJ 7.º:

«En todo caso, respecto del ejercicio del *ius variandi* y las propuestas de la iniciativa privada, aunque referidas a la modificación del plan, hemos señalado en Sentencia de 23 de abril de 2009 (recurso de casación núm. 8565/2004) que: “Y si bien no juzgamos necesario exponer con detalle la doctrina de esta Sala sobre los límites de la discrecionalidad y el ejercicio del *ius variandi*, sin embargo no está demás señalar que el denominado *ius variandi* constituye no solo una potestad, sino incluso un verdadero deber administrativo cuando las circunstancias concurrentes así lo demanden en aras de la mejor satisfacción de los intereses generales. En este sentido, la invocación del mismo no puede servir de coartada para que la Administración apruebe, en todo caso, las modificaciones propuestas mediante iniciativa privada, pues compete a la Administración urbanística dicha potestad con observancia de los principios contenidos en el artículo 103 de la Constitución; de suerte que ya sea promoviendo la Administración la modificación del plan o bien denegando la misma a los casos de iniciativa privada, en ambos supuestos la razón ha de ser la misma: la defensa y satisfacción de los intereses generales. *Por tanto, estas decisiones pueden ser*

impugnadas en la medida en que se acredite que las mismas han incurrido en error, en mera arbitrariedad, han abandonado los intereses generales que deben presidir su actuación, supongan una desviación de poder o, en fin, concurra falta de motivación. Cuestiones ajenas al debate casacional y que, en todo caso, no han desvirtuado la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida, a la que antes nos referimos”».

Es importante subrayar que el cumplimiento de la satisfacción del interés general, en ocasiones, no constituye justificación suficiente para el ejercicio de la potestad de planificación. En este sentido, podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo 11 de octubre de 2011 (Recurso de Casación 1373/2008, RJ 2011/7745) que, en su FJ 7.º, afirma que:

«Ahora bien, *que la nueva ordenación está justificada en el interés general no significa, indefectiblemente, que no se hayan traspasado los límites que deben presidir la potestad de planeamiento*, en concreto, el citado e invocado —como infringido— principio de equidistribución de beneficios y cargas, por cuanto la nueva calificación de la finca de los recurrentes —en los términos en los que se ha realizado— implica un sacrificio singular de la propiedad en beneficio del interés general, como alega la parte recurrente. [...] No son óbice para esta conclusión las alegaciones vertidas por las Administraciones en el sentido de que la ordenación prevista no supone, indefectiblemente, que la parcela deba seguir destinada al uso de cine porque se permiten otros usos, pues los usos alternativos que se proponen, son también de Equipamiento y Servicios Públicos, o deportivo, educativo o de carácter cultural y tales usos, especialmente en el Centro Histórico y como también se deduce de los párrafos anteriormente transcritos, son igualmente de escasa rentabilidad económica».

Como vemos, la motivación suficiente de la concurrencia de la satisfacción del interés general se configura como límite de la discrecionalidad de la Administración en el ejercicio de su potestad planificadora. La doctrina jurisprudencial de la necesidad de motivación del planeamiento se concreta igualmente en la normativa legal. Así lo reconoce la Sentencia de 18 de octubre de 2012 (Recurso de Casación 1408/2010, RJ 2012/10226) en su FJ 5.º:

«Es de resaltar que aun no siendo aplicable por razones temporales, *la necesidad de motivación de las determinaciones del planeamiento urbanístico se explicita en el Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, al indicar en su artículo 3.1 que “el ejercicio de la potestad de ordenación territorial y urbanística deberá ser motivado, con expresión de los intereses generales a que sirve”, positivizando así lo que en la jurisprudencia de esta Sala y en la doctrina venía siendo requisito de validez en el ejercicio de la potestad de planeamiento*».

La misma sentencia, en idéntico FJ 5.º, reconoce que la motivación debe incluirse en la memoria del instrumento de planeamiento en los siguientes términos:

«Sobre la exigencia de motivación de los planes de urbanismo es oportuno reiterar algunas consideraciones expuestas en nuestra STS de 14 de junio de 2011 (RC 3828/2007), reiteradas en la reciente STS de 12 de ju-

lio de 2012 (RC 3409/2010), en las que hemos dicho que “[la potestad de planeamiento, aún siendo discrecional, se circunscribe a un fin concreto: la satisfacción del interés público, hallándose condicionada al mismo tiempo por los principios de interdicción de la arbitrariedad e igualdad consagrados en los artículos 103.1, 9.3 y 14 de la Constitución”. Así, entre otras, Sentencias de 26 de julio de 2006 (casación 2393/2003), 30 de octubre de 2007 (casación 5957/2003) y 24 de marzo de 2009 (casación 10055/2004). En la primera de ellas se insiste precisamente en que “las potestades de planeamiento urbanístico se atribuyen por el ordenamiento jurídico con la finalidad de que la ordenación resultante, en el diseño de los espacios habitables, de sus usos y de sus equipamientos, y de las perspectivas de su desarrollo, ampliación o expansión, sirva con objetividad los intereses generales; no los intereses de uno o de unos propietarios; ni tan siquiera los intereses de la propia Corporación Municipal”. También *se ha afirmado en la jurisprudencia de esta Sala y Sección la necesidad de que el cumplimiento de este requisito teleológico se justifique y motive convenientemente en la memoria del instrumento de planeamiento* (sentencia de 20 de octubre de 2003), resultando dicha exigencia de motivación más rigurosa y precisa cuanto más reducido sea el ámbito territorial abarcado por la modificación, *constituyendo así la motivación que se contiene en la Memoria una garantía primaria frente a la arbitrariedad en las determinaciones del planeamiento*».

Por tanto podemos concluir que la tradicional técnica de control de la motivación del planeamiento a través, entre otras cuestiones, de las referencias a la satisfacción del interés general y a la memoria del Plan, pueden servirnos para cuestionar cualquier solución contraria a la buena regulación económica y procompetitiva que el Plan pueda haber adoptado, pues la satisfacción de los intereses generales de la economía permitirían esta legitimación de impugnación.

B. CONTROL DE LA MOTIVACIÓN ECONÓMICA DEL PLAN: EL DESARROLLO TERRITORIAL Y URBANO SOSTENIBLE

Establecidas las premisas de uso de la técnica del control de la motivación del Plan para propugnar la mejor regulación sobre el mercado de suelo a través del control de la discrecionalidad del planificador, debemos observar si las herramientas actuales que ofrece el ordenamiento jurídico permiten su utilización bajo la perspectiva económica del estudio del mercado y la necesidad de satisfacer las recomendaciones que sobre la buena gestión del mercado de suelo se han recogido en estas líneas con invocación de las recomendaciones del informe de la CNC de 2013 y de la memoria del Consejo de Economistas de 2014.

En el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, cuando se habla del principio de desarrollo territorial y urbano sostenible, art. 3, se afirma lo siguiente:

«1. Las políticas públicas relativas a la regulación, ordenación, ocupación, transformación y uso del suelo tienen como fin común la utilización de

este recurso conforme al interés general y según el principio de desarrollo sostenible, sin perjuicio de los fines específicos que les atribuyan las Leyes.

2. *En virtud del principio de desarrollo sostenible, las políticas a que se refiere el apartado anterior deben propiciar el uso racional de los recursos naturales armonizando los requerimientos de la economía, el empleo, la cohesión social, la igualdad de trato y de oportunidades, la salud y la seguridad de las personas y la protección del medio ambiente, contribuyendo en particular a:*

[...]

3. *Los poderes públicos formularán y desarrollarán, en el medio urbano, las políticas de su respectiva competencia, de acuerdo con los principios de competitividad y sostenibilidad económica, social y medioambiental, cohesión territorial, eficiencia energética y complejidad funcional, procurando que, esté suficientemente dotado, y que el suelo se ocupe de manera eficiente, combinando los usos de forma funcional. En particular: ...».*

Más adelante en el art 22, cuyo título es «Evaluación y seguimiento de la sostenibilidad del desarrollo urbano, y garantía de la viabilidad técnica y económica de las actuaciones sobre el medio urbano», se dice lo siguiente:

«1. Los instrumentos de ordenación territorial y urbanística están sometidos a evaluación ambiental de conformidad con lo previsto en la legislación de evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente y en este artículo, sin perjuicio de la evaluación de impacto ambiental de los proyectos que se requieran para su ejecución, en su caso.

2. El informe de sostenibilidad ambiental de los instrumentos de ordenación de actuaciones de urbanización deberá incluir un mapa de riesgos naturales del ámbito objeto de ordenación.

3. En la fase de consultas sobre los instrumentos de ordenación de actuaciones de urbanización, deberán recabarse al menos los siguientes informes, cuando sean preceptivos y no hubieran sido ya emitidos e incorporados al expediente ni deban emitirse en una fase posterior del procedimiento de conformidad con su legislación reguladora:

a) El de la Administración hidrológica sobre la existencia de recursos hídricos necesarios para satisfacer las nuevas demandas y sobre la protección del dominio público hidráulico.

b) El de la Administración de costas sobre el deslinde y la protección del dominio público marítimo-terrestre, en su caso.

c) Los de las Administraciones competentes en materia de carreteras y demás infraestructuras afectadas, acerca de dicha afección y del impacto de la actuación sobre la capacidad de servicio de tales infraestructuras.

Los informes a que se refiere este apartado serán determinantes para el contenido de la memoria ambiental, que solo podrá disentir de ellos de forma expresamente motivada.

4. *La documentación de los instrumentos de ordenación de las actuaciones de transformación urbanística deberá incluir un informe o memoria de sostenibilidad económica, en el que se ponderará, en particular, el impacto de la actuación en las Haciendas Públicas afectadas por la implantación y el mantenimiento de las infraestructuras necesarias o la puesta en marcha y la prestación de los servicios resultantes, así como la suficiencia y adecuación del suelo destinado a usos productivos.*

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 competa, 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».

Como vemos el Texto Refundido vigente sobre la legislación estatal del suelo nos ofrece dos herramientas útiles para el control de la motivación del planeamiento apelando a criterios de sostenibilidad y viabilidad económica. Por una parte el art. 3 al hablar de desarrollo sostenible invoca específicamente el principio de competitividad, y por otra el muy importante art. 22 introduce la necesidad del informe de sostenibilidad económica apelando, de una parte, a la responsabilidad fiscal de los poderes públicos en la transformación del suelo evitando, así, pesadillas futuras para la Hacienda Local fruto del capricho del planificador. Y de otra a la viabilidad económica desde el punto de vista del operador económico y su retorno de inversión. Por

tanto haciendo una suerte de estudio de mercado necesario para contemplar como lógica y no arbitraria la opción sobre oferta y demanda de un determinado producto que el planificador hace.

Por tanto podemos afirmar que los criterios de necesaria motivación de la sostenibilidad y viabilidad económica de las medidas propuestas por el Plan pueden servir para cuestionar el Plan mismo si las determinaciones singulares de este conducen a criterios no justificados en los informes de sostenibilidad económicos.

Debemos recordar que la exigencia del estudio económico-financiero o memoria económica no es privativa únicamente de los instrumentos de ordenación urbanística, sino que se ha hecho extensiva jurisprudencialmente a cualquier tipo de planeamiento tanto territorial como urbanístico, aplicando por analogía la normativa urbanística en defecto de previsión legal expresa respecto a los planes de ordenación del territorio. Así, por ejemplo, la STS, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 19 de diciembre de 2013, recurso 827/2011, declara nulo el Plan Territorial Especial Supramunicipal «Parque Periurbano del Naranco» en el Principado de Asturias, por insuficiencia del estudio económico-financiero:

«Es evidente, por tanto, que la denuncia de la demandante, reiterada en casación, acerca del defecto de Estudio Económico Financiero es cierta, con lo que no existe garantía alguna de la viabilidad económica del Plan Territorial Especial aprobado, en el que se prevé llevar a cabo determinadas expropiaciones, a pesar de lo cual no solo no se concretan las fuentes de financiación sino que carece de cualquier programación temporal, lo que contraviene la doctrina jurisprudencial interpretativa de lo establecido en los preceptos invocados como infringidos, contenidos en los artículos 63.4 y 77.2.g) del Reglamento de Planeamiento aprobado por Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio EDL 1978/2744, recogida, entre otras, en nuestras Sentencias de fechas 23 de febrero de 2000 (recurso de casación 6988/1994) EDJ 2000/1567, 17 de diciembre de 2009 (recursos de casación 4370/2006 EDJ 2009/300151 y 4762/2005 EDJ 2009/338477), 18 de diciembre de 2009 (recurso de casación 4424/2005) EDJ 2009/338478, 5 de julio de 2010 (recurso de casación 2674/2006), 12 de noviembre de 2010 (recurso de casación 4167/2006) y 15 de diciembre de 2011 (recurso de casación 5455/2006) EDJ 2011/298342, lo que conlleva la estimación de este segundo motivo de casación».

En el mismo sentido, el Plan Insular de Ordenación Territorial de Lanzarote fue declarado nulo por carecer del preceptivo estudio económico-financiero (cfr. las sentencias que se reseñan en la STS, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 26 de mayo de 2011, recurso 4754/2007).

Omisión de la existencia del estudio que debe asimilarse a la circunstancia de que exista dicha memoria económica pero que esté vacía de contenido y no satisfaga las exigencias legales y jurisprudenciales (cfr. el resumen sobre la jurisprudencia relativa al estudio o memoria económico-financiera de los instrumentos de planeamiento contenido en las SSTS, Sala 3.^a, Sección 5.^a, de 19 de abril de 2012, recurso 51/2009; 17 de julio de 2014, recurso 488/2012; y 25 de febrero de 2015, recurso 858/2012) de este impor-

tante elemento de los planes de ordenación territorial, que incluso pueden tener previsiones sobre consecuencias retóricas para la hacienda pública, sea autonómica o local, como consecuencia de limitaciones de propiedad injustificadas o arbitrarias.

En efecto, las diferentes líneas doctrinales y jurisprudenciales sobre la garantía expropiatoria proclamada en el art. 33.3 CE tienen que ser aplicadas a la insuficiente memoria económica del Plan para exigir que se contemplen las indemnizaciones por pérdida de usos perfectamente posibles en el suelo según la clasificación preexistente al Plan, como pueden la pérdida de los aprovechamientos y las capacidades edificatorias contempladas en el desarrollo urbanístico.

Compensación económica ya reconocida a nivel legal por el establecimiento de limitaciones al aprovechamiento de los recursos naturales en los Parques Nacionales que tiene cobertura legal como limitación de la propiedad por razones medioambientales en los preceptos que ahora vamos a recordar.

El art. 18.2 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres, declara que las disposiciones reguladoras de los parques naturales podrán crear áreas de influencia socioeconómica «con especificación del régimen económico y compensación adecuada al tipo de limitaciones». Esta previsión legal encuentra su reflejo en las leyes de creación de los Parques Nacionales. Cabe citar, en este sentido, el art. 3.1 de la Ley 16/1995, de 30 de mayo, por la que se creó el Parque Nacional de los Picos de Europa, que dispone que «la totalidad de los términos municipales implicados por la declaración del Parque Nacional de los Picos de Europa, que se relacionan en el Anexo II de la presente Ley, constituyen su área de influencia socioeconómica a los efectos de lo previsto en el art. 18.2 de la referida Ley 4/1989».

También aparecen en las leyes creadoras de los distintos Parques Nacionales preceptos que no se remiten a la ley de cabecera del grupo normativo, sino que entran directamente en la materia indemnizatoria. Por ejemplo, el art. 5.4 de la Ley 33/1995, de 20 de noviembre, que vino a crear el Parque Nacional de Cabañeros, dispone que «serán indemnizables las limitaciones que, como consecuencia del cumplimiento de los fines de esta Ley, pudieran establecerse sobre derechos reales consolidados en el territorio del Parque Nacional antes de su declaración».

El estudio de las compensaciones económicas que derivan de la imposición de limitaciones al aprovechamiento de recursos naturales ubicados en Parques Nacionales debe partir de la advertencia de que no toda limitación es indemnizable. Este es el caso de los planes técnicos que, según el art. 33.3 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, han de regir en «todo aprovechamiento cinegético [...] en terrenos acotados» mediante la determinación de «la cuantía y modalidades de las capturas a realizar». Utilizando conceptos de origen urbanístico, y muy arraigados en nuestro Derecho administrativo, hay que señalar que tales planes (cuya aprobación es obligatoria en

todos los cotos y no solo en los incluidos en parques nacionales) definen el contenido normal de los derechos de caza y no confieren derecho a los titulares de los cotos a exigir indemnización. Cuestión distinta sería que en un plan técnico se acordase la prohibición total de cazar varias especies por razones vinculadas al cumplimiento de los fines de un Parque Nacional; tal prohibición representaría un daño que el titular del terreno acotado no tendría el deber de soportar, y que la Administración competente habría de indemnizar.

El fundamento jurídico de dicho deber de indemnizar se sitúa en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración. En efecto, se trata de privaciones imperativamente acordadas, que no pretenden trasladar a la Administración de forma definitiva la titularidad de los elementos patrimoniales a los que afectan, sino que son el resultado de decisiones de gestión de los recursos naturales de los Parques Nacionales, decisiones necesariamente cambiantes con las circunstancias que las determinan, pero que llevan consigo daños que han de indemnizarse en los términos previstos en los arts. 139 y ss. de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El pago de las indemnizaciones se regula en la disposición adicional quinta de la Ley 5/2007, de 3 de abril, de la Red de Parques Nacionales, cuyo tenor es el siguiente:

«Las Administraciones Públicas asumirán el pago de las indemnizaciones por las limitaciones en los bienes y derechos patrimoniales legítimos, establecidas en los Parques Nacionales. Corresponderá a la Administración General del Estado el pago de aquellas que deriven de la legislación básica en la materia y del Plan Director de la Red de Parques Nacionales. Corresponderá a las Comunidades Autónomas el pago de las indemnizaciones por las limitaciones restantes».

C. LA CORRECTA IDENTIFICACIÓN DEL INTERÉS GENERAL, INCLUYENDO EL ECONÓMICO, A TRAVÉS DE LA EVALUACIÓN ESTRATÉGICA DE PLANES Y PROGRAMAS

La importancia de la identificación del interés general, incluyendo el económico, de todo plan se plasma en el llamado procedimiento de evaluación ambiental-estratégica y se manifiesta particularmente en los procesos de información, consulta y participación pública, que es uno de los principios básicos de la Directiva 2001/42/CE, de la Ley 9/2006 y del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, ratificado por España desde el 30 de marzo de 2005.

En este sentido de incumplimiento por parte de plan de la finalidad de la evaluación estratégica nos permitimos recordar las siguientes resoluciones de nuestro Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

— *Sentencia de 18 septiembre de 2013 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) RJ 2013/7347, FJ 7.º:*

«En el motivo tercero, se alega la infracción del artículo 3 de la Ley 9/2006 de 28 de abril (RCL 2006, 885), sobre Evaluación de los efectos de planes y programas (LEPP), que establece los requisitos que han de cumplir los planes que tengan efectos significativos sobre el medio ambiente a efectos de someterlos a evaluación estratégica, sin que el plan recurrido encaje en el supuesto, pues la estricta adaptación del Plan al Plan Director —que traslada al planeamiento municipal la desclasificación de suelo urbanizable no programado (160 hectáreas), convirtiéndolo en no urbanizable destinado a espacios libres prevista en el Plan Director—, no tiene, según se expresa, efectos significativos sobre el medio ambiente, como tampoco los tienen las modificaciones menores que se adicionan, por lo que era suficiente la documentación medio ambiental que contenía el Plan impugnado.

Tampoco acogeremos este motivo.

Como indica la exposición de motivos de la LEPP de 2006, *su finalidad es precisamente adelantar la toma de decisión ambiental a la fase anterior a la aprobación del proyecto, configurando así la denominada Evaluación Ambiental Estratégica (EAE) como un instrumento de prevención que permita integrar los aspectos ambientales en la toma de decisiones de planes y programas públicos*. En consonancia con tal finalidad, la LEPP, que incorpora al ordenamiento interno la Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, *se inspira, como aquella, en el principio de cautela y en la necesidad de protección del medio ambiente, garantizando que las repercusiones previsibles sobre el medio ambiente de las actuaciones inversoras sean tenidas en cuenta antes de la adopción y durante la preparación de los planes y programas en un proceso continuo, desde la fase preliminar de borrador, antes de las consultas, a la última fase de propuesta de plan o programa. Este proceso no ha de ser una mera justificación de los planes, sino un instrumento de integración del medio ambiente en las políticas sectoriales para garantizar un desarrollo sostenible más duradero, justo y saludable que permita afrontar los grandes retos de la sostenibilidad como son el uso racional de los recursos naturales, la prevención y reducción de la contaminación, la innovación tecnológica y la cohesión social».*

— *Sentencia de 17 de junio de 2010 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) Caso Terre wallonne ASBL y otros contra Région wallonne. TJCE 2010/179:*

«32. Con carácter previo, debe subrayarse que *el objetivo esencial de la Directiva 2001/42, como se desprende de su artículo 1, consiste en someter a evaluación medioambiental los planes y programas que puedan tener efectos significativos en el medio ambiente, durante su preparación y antes de su adopción».*

— *Sentencia de 28 de febrero de 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) Caso Inter-Environnement Wallonie ASBL, Terre wallonne ASBL y Région wallonne contra Région wallone:*

«39. Mediante su cuestión y habida cuenta del desarrollo del litigio principal, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si, en cir-

cunstancias como las del asunto principal, en el que conoce de un recurso dirigido a obtener la anulación de un acto nacional que constituye un “plan” o “programa” en el sentido de la Directiva 2001/42 y en el que estima que dicho plan o programa se adoptó sin cumplir la obligación establecida por dicha Directiva de llevar a cabo una evaluación de impacto medioambiental previa, ese órgano jurisdiccional, que estima no obstante que el acto impugnado constituye una ejecución adecuada de la Directiva 91/676, puede aplicar una disposición de su ordenamiento nacional que le permite mantener determinados efectos pasados de dicho acto hasta la fecha en que entren en vigor medidas que subsanen la irregularidad declarada.

40. Con carácter previo, procede recordar que el objetivo esencial de la Directiva 2001/42, como se desprende de su artículo 1, consiste en someter los planes y programas que puedan tener efectos significativos en el medio ambiente, durante su elaboración y antes de su adopción, a una evaluación de impacto medioambiental (sentencias *Terre wallonne e Inter-Environnement Wallonie*, antes citadas, apartado 32, y de 22 de septiembre de 2011, *Valčiukienė* y otros, C-295/10, Rec. p. I-8819, apartado 37).

41. Esa Directiva establece normas mínimas respecto a la preparación del informe medioambiental, el desarrollo del procedimiento de consulta, la toma en consideración de los resultados de la evaluación de impacto medioambiental y la comunicación de información sobre la decisión adoptada al término de la evaluación (sentencias *Terre wallonne e Inter-Environnement Wallonie*, antes citadas, apartado 33).

42. Dado que la Directiva no contiene normas relativas a las consecuencias que se derivan de la infracción de las disposiciones de procedimiento que establece, *incumbe a los Estados miembros, en el marco de sus competencias, adoptar todas las medidas, generales o particulares, necesarias para que todos los “planes” o “programas” que puedan tener “efectos significativos en el medio ambiente” en el sentido de la Directiva 2001/42 sean objeto, antes de su adopción, de una evaluación de impacto medioambiental, con arreglo a los procedimientos y criterios que establece dicha Directiva* (véanse, por analogía, las sentencias de 24 de octubre de 1996, *Kraaijeveld* y otros, C-72/95, Rec. p. I-5403, apartado 61; de 16 de septiembre de 1999, *WWF* y otros, C-435/97, Rec. p. I-5613, apartado 70, y de 7 de enero de 2004, *Wells*, C-201/02, Rec. p. I-723, apartado 65).

43. En efecto, según reiterada jurisprudencia, en virtud del principio de cooperación leal previsto en el artículo 4 TUE, apartado 3, los Estados miembros están obligados a eliminar las consecuencias ilícitas de una violación del Derecho de la Unión (véanse, en particular, las sentencias de 16 de diciembre de 1960, *Humblet/État belge*, 6/60, Rec. pp. 1125 y siguientes, especialmente p. 1146, y de 19 de noviembre de 1991, *Francovich* y otros, C-6/90 y C-9/90 Rec. p. I-5357, apartado 36). Dicha obligación incumbe a cada órgano del Estado miembro de que se trate en el marco de sus competencias (sentencias de 12 de junio de 1990, *Alemania/Comisión*, C-8/88, Rec. p. I-2321, apartado 13, y *Wells*, antes citada, apartado 64 y jurisprudencia citada).

44. *De ello se desprende que, puesto que la Directiva 2001/42 exige que los “planes” o “programas” deben someterse a una evaluación previa de sus efectos en el medio ambiente, las autoridades competentes están obligadas a adoptar todas las medidas generales o particulares destinadas a subsanar la omisión de dicha evaluación* (véase, por analogía, la sentencia *Wells*, antes citada, apartado 68)».

Por tanto la correcta evaluación estratégica de Plan y programa, con su obligada participación ciudadana antes de optar por la aprobación de una opción concreta de carácter planificador, se configura como una justificación y expresión del interés general para limitar una concreta actividad económica, bien sea de carácter edificador, comercial o industrial, que el Plan pueda acabar imponiendo por razones ambientales.

D. CONCLUSIÓN

Las citas legales y el cuerpo de doctrina jurisprudencial transcrito permite concluir que, independientemente de la vinculación del planificador a la realidad fáctica que pueda llevar a la clasificación del suelo como urbano, en cualquier caso, y para la determinación de la clasificación o calificación de cualquier tipo de suelo, no basta con invocar de forma apodíctica la satisfacción del interés general, sino que hay que proceder a una motivación puntual donde se concrete ese interés general en el estatuto de la propiedad inmobiliaria de un concreto ciudadano, en concreto apelando a la viabilidad económica, al retorno de la inversión y a las demás circunstancias contempladas en los arts. 3 y 22 del Texto Refundido vigente de la Ley de Suelo, el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, ya comentado en este epígrafe .

O dicho de otra forma, si se imponen esenciales limitaciones al derecho de la propiedad fruto de la clasificación y calificación urbanística, la norma que es todo Plan de ordenación urbanística tiene que motivar de forma singular para el propietario la justificación de esas limitaciones.

Esta falta de lógica del Plan no puede salvarse, sin que medie una motivación *ad hoc*, insistimos, incluso de carácter económico y apelando a la sostenibilidad económica de la opción escogida, pues solo invocando genéricamente la satisfacción del interés general y la potestad discrecional en la planificación no se puede entender el interés general plasmado en un punto concreto del territorio y que obliga, en su caso, a una desclasificación de lo existente o a la limitación de una actividad en principio autorizada . Pues si no existe esa motivación la única conclusión que puede obtenerse es que el planificador ha actuado de manera arbitraria.

V. HERRAMIENTA ADICIONAL PARA EL CONTROL DE LA BUENA GESTIÓN URBANÍSTICA

Como es sabido el urbanismo no es solo planificación y clasificación / calificación del suelo. Una parte importante de las disfunciones en el mercado de suelo se deben imputar a la gestión urbanística, y no solo a la planificación. Es más, una buena clasificación y calificación del suelo, en sentido regulatorio, puede desvirtuarse con una mala aplicación de las reglas urbanísticas contenidas en el plan. Igual sucede en otros sectores de la economía, una buena regulación puede dar lugar a prácticas contrarias a la

buena competencia, y por eso existe la actividad de supervisor de competencia como actividad independiente a la propia del regulador.

En estas líneas no podemos extendernos sobre todas y cada una de las patologías que pueden darse en la gestión urbanística para favorecer al operador económico ya establecido, para cerrar el mercado, para establecer trabas al inicio de actividad, etcétera.

Lo que interesa destacar ahora es la existencia de una reciente herramienta para traer al urbanismo de gestión el debate sobre la idoneidad y cobertura legal de trabas innecesarias desde el punto de vista de la actividad económica, aunque justificables formalmente en normas sectoriales. Para ello nada mejor que utilizar las propias palabras de la Comisión Nacional de los Mercados y Competencia en su informe de 16 de octubre de 2015 sobre la reclamación presentada, al amparo del art. 26 de la ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM), relativa a la denegación de una autorización para la instalación de una gasolinera en un centro comercial (UM/064/15).

Ante una denegación de autorización de instalación de una gasolinera, la CNMC considera que los motivos para denegarla no son ajustados a derecho y lo hace partiendo los principios de necesidad y de proporcionalidad previstos en el art. 5 de la LGUM en los siguientes términos:

«1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

2. Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica».

Así pues, de acuerdo con el artículo anterior, la imposición de requisitos a una actividad económica debe fundarse en alguna o algunas de las razones imperiosas de interés general de las incluidas en el art. 3.11 de la Ley 17/2009, que literalmente dice:

«3.11. “Razón imperiosa de interés general”: razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural».

En el presente caso, la CNMC consideró que la denegación de la licencia debido a que estén pendientes obras de urbanización resultaba innecesaria y desproporcionada en este caso, en vista de los siguientes motivos:

- A tenor del RD-ley 6/2000 no cabe oponer la ausencia de suelo cualificado para la instalación de una estación de servicio en un centro comercial.
- La instalación se pretende efectuar en una parcela en la que opera un centro comercial que dispone de la oportuna licencia desde 1994.
- El interesado ha aportado indicios de que la parcela en cuestión ya está urbanizada.
- El interesado ha aportado indicios de que la urbanización pendiente de ejecutar afectaría a ámbitos distintos de la Unidad de Actuación en la que se integra la parcela en la que se ubica el centro comercial.

En vista de lo anterior, se consideró por la CNMC que no cabía oponer impedimentos de orden urbanístico para denegar la autorización de instalación de una estación de servicio en el Centro Comercial objeto de reclamación por la falta de obras de urbanización en la unidad de ejecución.

También se denegó la autorización con base en que faltaría recabar informes de ciertas autoridades supraautonómicas, pero la CNMC consideró, en esencia, que corresponde a la autoridad competente, en la oportuna resolución, explicitar los motivos por los que los informes indicados se consideran necesarios. Y ello en vista de las alegaciones del operador según las cuales no sería preciso obtener dichos informes, en este momento, para obtener la correspondiente autorización. A ello hay que añadir que la carga de solicitar los informes que resulten oportunos para resolver recae sobre la propia Administración encargada de tramitar el expediente.

En vista de ello se consideró que tal actuación de la Administración municipal actuante, además de ser contraria a los principios de necesidad y de proporcionalidad, podría afectar al principio de simplificación de cargas, pues parecía imponer al operador una carga que no le corresponde. Dicho principio figura en el art. 7 de la LGUM, en los siguientes términos:

«La intervención de las distintas autoridades competentes garantizará que no genera un exceso de regulación o duplicidades y que la concurrencia de varias autoridades en un procedimiento no implica mayores cargas administrativas para el operador que las que se generarían con la intervención de una única autoridad».

Por eso la CNMC concluyó que la actuación del Ayuntamiento al denegar una autorización para la instalación de una estación de servicio en la parcela que ocupa un centro comercial, al estar pendientes obras de urbanización en la unidad de ejecución en que se integra esa parcela, es contraria a los principios de necesidad y de proporcionalidad previstos en la LGUM.

Lo que interesa resaltar de este informe, que solicitaba la aplicación de la legitimación activa para impugnar la denegación, es que introduce un nuevo elemento de control de la legalidad urbanística en la gestión y uso del suelo, cual es el establecimiento de los principios de proporcionalidad

y de simplificación de cargas para el desarrollo de una actividad económica contemplados en la LGUM, que de esta forma también forma parte de la legalidad que debe respetar cualquier acto autorizador del uso del suelo para actividades económicas.

VI. CONCLUSIÓN

La idea que se pretende transmitir por esta reflexión es que es conveniente para la mejora de la regulación existente en materia de urbanismo, y para la mejora en la actividad autorizatoria del uso y gestión del suelo, que cada vez más se introduzcan reflexiones propias de la buena competencia tanto en el control de la opción clasificatoria y calificadora del suelo plasmada en un Plan urbanístico, territorial o ambiental, y que también se apliquen a los actos singulares de autorización de uso del suelo las normas que deban permitir el pleno ejercicio de la actividad económica en régimen de competencia. Para ello puede invocarse tanto el Texto Refundido de la Ley de Suelo en su redacción vigente, como la LGUM, a través, al menos, de la interpretación que se ha hecho de los preceptos de dichas normas citados en estas líneas.

Todo ello mientras se produce una adecuada regulación del régimen jurídico del suelo que propugne una menor dispersión del mismo, más flexibilidad, mayor capacidad de reacción ante cambios de la oferta y la demanda, pero sobre todo, menor intervención artificial y más transparencia de cara al operador económico en garantía de la seguridad jurídica de la inversión, frenando cualquier arbitrariedad administrativa que, en muchas ocasiones, bajo la formal y ampulosa defensa del interés general, puede estar beneficiando a un operador económico establecido que obtiene rentas oligopólicas. Porque no olvidemos que también se puede producir la «captura del regulador» urbanístico o medioambiental por algún titular de derechos o actividades económicas que prefiere no abrir el mercado ya existente, prefiriendo una rigidez regulatoria que le beneficia.