

SOLIDARIDAD, COHESIÓN SOCIAL Y DERECHO
PÚBLICO: A PROPÓSITO DE LAS RESERVAS
LEGALES DE VIVIENDA SOCIAL COMO
INSTRUMENTO DE DESARROLLO
URBANÍSTICO SOSTENIBLE

JULI PONCE SOLÉ
*Profesor titular de Derecho Administrativo
de la Universidad de Barcelona*⁴⁷

⁴⁷ El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación *Derecho urbanístico y exclusión social: la lucha jurídica contra los guetos urbanos* (BJU2003-09694-C02-02, Dirección General de Investigación, Ministerio de Ciencia y Tecnología).



I. INTRODUCCIÓN

1.1 Fractura social y territorio: barrios en dificultad y “urbanizaciones cerradas” (*gated communities*)

Diversos autores desde distintas perspectivas científicas han puesto de relieve el progresivo aumento de la *segregación urbana* como fenómeno que afecta de forma generalizada a las ciudades, en conexión con el movimiento de globalización del mundo.⁴⁸

En el caso específico español, factores como el *precio de la vivienda*, la *inmigración* o el *modelo urbano de crecimiento disperso*, entre sí, a su vez interconectados, están acentuando este proceso segregativo, poniendo en peligro la cohesión social y la convivencia, y generando riesgos de futura fractura social.

Esta fractura social, más visible en otras sociedades de nuestro entorno, se visualiza territorialmente a través de los fenómenos de los barrios en dificultad, que pueden llegar a ser guetos, y de las “urbanizaciones cerradas”:

- a) En cuanto a los *barrios desfavorecidos*, un estudio oficial publicado en el año 2000 cifra entre 4 y 5 millones las personas que viven en España en barrios en dificultad, es

⁴⁸ Sobre el incremento de la segregación urbana en España, puede consultarse, Ponce Solé, J., *Poder local y guetos urbanos. Las relaciones entre el Derecho urbanístico, la segregación espacial y la sostenibilidad social*, INAP-Fundació Carles Pi i Sunyer, Madrid, 2002, pp. 37 y ss. En relación con el fenómeno de la globalización y la creciente segregación urbana en el mundo, puede verse Marcuse, P. y Van Kampen, R., *Globalizing Cities. A new spatial order?*, 1997.

decir, un 12% de la población total.⁴⁹ Esta alarmante situación ha llegado tanto al Parlamento estatal como al Parlamento catalán. En el caso del Parlamento estatal, el Grupo parlamentario mixto presentó una interpelación urgente sobre “la situación de los núcleos de marginalidad y exclusión social en las grandes ciudades y sobre las políticas e instrumentos de corrección de los mismos”, la cual dio lugar en 2002 a una significativa discusión parlamentaria sobre los problemas específicos de ciertos barrios españoles, como Lavapiés en Madrid, La Mina en Barcelona, la Palmilla en Málaga o el barrio de Martínez Montañés en el Polígono Sur de Sevilla. En cuanto al Parlamento catalán, una proposición de ley, que finalmente no prosperó, fue objeto de discusión en 2001 en relación con el fomento de barrios y áreas urbanas que requieren atención especial.⁵⁰

- b) *Por lo que se refiere a las “urbanizaciones cerradas” o gated communities*, en la terminología inglesa, se trata de una expresión de la segregación espacial, aunque de signo exactamente opuesto al de los barrios en dificultad. Se trata de ámbitos urbanos cerrados por medios de vallas u otros elementos de delimitación, con controles de acceso y seguridad privada. Su existencia es una realidad tanto en

⁴⁹ Ministerio de Fomento, *Informe sobre la desigualdad urbana en España*, Madrid, 2000, 194 páginas.

⁵⁰ En el caso del Congreso de los Diputados, véase el Diario de Sesiones núm. 170 de 12 de junio de 2002, pp. 8558 y ss. El Pleno de la Cámara rechazó la moción consecuencia de la interpelación, la cual pretendía instar al gobierno estatal a la elaboración de un informe, de acuerdo con las CC. AA., que había que presentar en las Cortes, en el que se localizasen y describiesen los focos más graves de exclusión social en las ciudades españolas, así como se evaluase la eficacia de las políticas públicas desarrolladas entorno a esta cuestión.

Por lo que se refiere al Parlamento de Cataluña, consúltese el Boletín Oficial de 16 de mayo de 2001, Serie P, núm. 42, pp. 55 y ss. La proposición de ley, el texto de la cual puede consultarse en esas páginas, no superó el trámite de la toma en consideración, por 68 votos en contra y 67 a favor.

América (especialmente en los EE.UU., donde más de ocho millones de personas viven en 20.000 urbanizaciones de este tipo, que proliferan cada vez más –8 de cada diez nuevas urbanizaciones residenciales en las áreas urbanas son cerradas), como en Europa, existiendo ya indicios de esta organización urbana en España. En un estudio sobre Madrid, Canosa Zamora ha identificado 21 urbanizaciones privadas cerradas de alta calidad, que suman unas 8.000 viviendas con unos 30.000 residentes.⁵¹

No es éste el momento para profundizar en los problemas y retos que plantea este fenómeno, tanto respecto de los propios residentes (puesto que los Estatutos que rigen estas urbanizaciones pueden conculcar sus derechos),⁵² como de los no residentes (dado que la denegación de entrada en estas zonas, puede afectar, entre otros, a derechos como la libre circulación o la libertad de expresión). Simplemente hay que destacar ahora que motivaciones tales como el logro de mayor seguridad o la exhibición de un determinado status social genera una demanda creciente de este tipo de modo de vida, expresión de una *autosegregación* frente al resto de la comunidad.

⁵¹ Canosa Zamora, E., “Las *urbanizaciones cerradas* de lujo en Madrid: una nueva fórmula de propiedad y de organización territorial”, *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, XXXIV (133-134), 2002, pp. 545 y ss., trabajo incluido en este número de la revista dedicado a esa forma de organización urbana.

⁵² En el caso norteamericano, algunas anécdotas muestran que esta conculcación puede alcanzar límites grotescos. Así, por ejemplo, en Nueva Jersey el órgano de gobierno de una de estas urbanizaciones demandó a un propietario porque su esposa, de cuarenta y cinco años, tenía tres años menos de la edad mínima necesaria para ser admitida en la comunidad (el propietario perdió el caso en sede judicial, por cierto, donde se le obligó a que vendiera o alquilase su vivienda o viviera en ella sin su esposa). En Florida otro órgano de gobierno de una de estas urbanizaciones llevó a un residente a juicio porque su perro sobrepasaba el peso límite en quince kilos. Todos estos ejemplos se extraen de Rifkin, J., *La era del acceso. La revolución de la nueva economía*, Paidós, 2000, pág. 167.

Tanto la existencia de guetos como de urbanizaciones cerradas “para ricos” visualizan territorialmente una creciente segregación urbana, la cual está conectada con un menor intercambio personal: ciertas personas que quisieran tener tal intercambio no pueden, al ver su vida circunscrita en áreas urbanas homogéneas “por abajo”, mientras que otras personas no quieren mezclarse con otros que no sean semejantes, por lo que no quieren tal intercambio y se *autosegregan* en áreas urbanas homogéneas “por arriba”.

En definitiva, la separación, querida o no, da lugar a una paulatina degeneración de la convivencia, del contacto social (en espacios públicos, en escuelas ubicadas en espacios urbanos homogéneos, etc.) y, en definitiva, del contrato social, afectado por el “miedo al diferente”.⁵³

1.2 El papel del Derecho público: sostenibilidad urbana y existencia y localización de vivienda asequible

Todos estos fenómenos segregacionistas están asociados al uso del suelo en las ciudades, esto es al urbanismo. Y este uso del suelo está regulado por el derecho en general y, específicamente, por el derecho urbanístico.

¿Qué función ha de tener el derecho urbanístico en relación con la segregación urbana y la fractura social? Se suele señalar que algunas de las funciones más relevantes del derecho, como subsistema social, son la integración social, la prevención de conflictos y la gestión de éstos, una vez surgidos. Desde esta perspectiva funcionalista, el derecho urbanístico debería promover la cohesión social, evitando la fractura, prevenir conflictos generados por estos fenómenos segregativos (marginación, delincuencia, vulneración de derechos constitucionales...) y, en su caso, gestionar y resolver los que puedan surgir. En definitiva, el derecho es un instrumento para lograr todos estos fines, fines que se encuentran consagrados al más alto nivel por nuestra

⁵³ En referencia a este tipo de miedo, Frug, G., *City Making. Building communities without building walls*, New Jersey, 1999, pág. 154.

Constitución, cuando declara que estamos en un Estado de Derecho, social y democrático, cuya paz social está vinculada al respeto a la ley, los derechos inviolables y la dignidad de la persona, su libre desarrollo y su respeto a los derechos de los demás (arts. 1.1, 10.1).

Es preciso subrayar desde este momento que si el Derecho urbanístico no cumple sus funciones, por acción u omisión, será disconforme con la Constitución. Cuestión distinta a ésta, que veremos en su momento, son los cauces procesales existentes para poner de relieve esa disconformidad y obtener la invalidez del derecho urbanístico “disfuncional”.

Cuando hablamos de derecho urbanístico estamos hablando de *intervención pública en el mercado del suelo y de la vivienda*. Como ha señalado Jégouzo, el mercado gusta de la vivienda unifamiliar, de las concentraciones espaciales y de la homogeneidad social. Es precisamente el derecho urbanístico, estableciendo el marco imprescindible para el desarrollo de las pertinentes políticas públicas, el que debe garantizar que las externalidades negativas generadas por el mercado –esto es, los fallos de mercado relativos, respectivamente, a la dispersión urbana, los desequilibrios territoriales y la segregación– sean corregidas.⁵⁴ En otras palabras, es el derecho urbanístico el que debe posibilitar el desarrollo sostenible (por ejemplo, art. 3 Ley catalana 2/2002, de 14 de marzo), en sus tres vertientes: la económica, la ambiental y la *social*. Ésta última es, hasta el momento, la menos desarrollada jurídicamente. Un ejemplo en tal sentido lo constituye la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 31 de marzo de 2001 (RJCA 2001\1396), en la que, en relación con la impugnación de un instrumento de ordenación territorial, se señala que el art. 45 CE está conectado con «la teoría del “desarrollo sostenible” y su búsqueda de equilibrio entre el crecimiento económico y la preservación del medio», sin referencia alguna a

⁵⁴ Jégouzo, Y., «Les niveaux territoriaux de décision et de compétence pour l’habitat social et pour la ville», en AA.VV., *L’Europe et l’habitat social*, Les cahiers du Gridauh, núm. 5, 2001, pp. 119 y 120.

los aspectos sociales. Éstos son, pues, los que nos van a preocupar especialmente aquí.

Para que el derecho urbanístico pueda cumplir sus funciones constitucionales y posibilitar la sostenibilidad urbana social, el papel de la (1) existencia, (2) suficiencia, (3) adecuación y (4) localización de la vivienda asequible es básico. Vivienda asequible que en nuestro sistema se identifica con la vivienda sometida a algún régimen de protección pública.⁵⁵

Dado que es el punto de la *localización* de la vivienda asequible el menos considerado tradicionalmente y quizás uno de los más relevante a efectos del logro de la cohesión social, merece la pena dedicarle alguna atención adicional. Efectivamente, no sería suficiente con que el aspecto cuantitativo (existencia de suficientes viviendas asequibles) estuviera resuelto. Debe insistirse, además, en que la ubicación, la distribución equilibrada y mezclada de la vivienda barata sobre el territorio es clave en el logro de una sociedad cohesionada, dado que la vivienda asequible equilibradamente ubicada permitirá combatir el deterioro del contacto social entre grupos heterogéneos y reducir el riesgo de fractura social, como ha sido notado por diversos estudios referidos a la realidad inglesa, norteamericana y holandesa.⁵⁶

⁵⁵ Téngase en cuenta el Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, el Real Decreto 1/2002, de 11 de enero, sobre medidas de financiación de actuaciones protegidas en materia de vivienda y suelo del Plan 2002-2005, y la normativa autonómica aplicable (en Cataluña, por ejemplo, Decreto 157/2002, de 11 de junio).

⁵⁶ Sobre la utilidad de la mezcla de tipologías de viviendas (incluyendo especialmente vivienda social entre vivienda a precios de mercado) en el ámbito británico, Burton, E., "The Compact City: Just or Just Compact? A Preliminary Analysis", *Urban Studies*, vol. 37, núm. 11, 2000, pp. 1969 y ss. (con un estudio basado en 25 ciudades); en relación con la convivencia y el contacto en el ámbito del barrio ayuda a deshacer los prejuicios raciales entre negros y blancos, en el ámbito estadounidense, Ihlandfeldt, K. y Scafidi, B.P., "The Neighbourhood Contact Hipótesis: Evidence From the Multicity Study of Urban Inequality", *Urban Studies*, vol.39, núm. 4, 2002, pp. 619 y ss.; sobre la política holandesa de integración basada en la mezcla de propietarios con recursos y minorías pobres,

.../...

Solidaridad, cohesión social y derecho público: a propósito...

Esta enorme relevancia de la ubicación de la vivienda social no ha sido quizás suficientemente destacada todavía, sobre todo por los operadores jurídicos. En cambio, en relación con otros elementos urbanos relevantes, como el caso de las zonas verdes, el Tribunal Supremo sí ha destacado la importancia de su localización, con el argumento de que es de esperar que se generalice a la vivienda social:

“...en el ámbito de las zonas verdes, *en razón de la función que éstas cumplen*, no sólo tiene relevancia la extensión sino también la situación”.⁵⁷

Pues bien, en el caso de las viviendas sociales, en razón de la doble función que cumplen, también es importante que estén adecuadamente ubicadas. Estas viviendas ofrecen techo a sectores de la población con menor poder adquisitivo (jóvenes, desempleados...)⁵⁸ pero, además, cohesionan la ciudad, al permitir una integración entre éstos colectivos y otros distintos. La vivienda social es un instrumento de equilibrio territorial.

1.3 La ciudad como sistema. Hábitat y mezcla social como antídoto de la fractura social

Esta función de la vivienda social como equilibradora territorial se deriva de la consideración de las ciudades como sistemas. Tempranamente Jacobs puso de relieve, con un interesante paralelismo entre la ciencia física y el urbanismo, como la complejidad de las ciudades sólo era gestionable mediante la consideración de éstas como sistemas, con numerosos elementos

.../...

Uitermark, J., «“Social Mixing” and The Management of Disadvantaged Neighbourhoods: The Dutch Policy of Urban Restructuring Revisited», *Urban Studies*, vol. 40, núm. 3, 2003, pp. 531 y ss.

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1992 (Ar. 6976), ponente D. Pedro Esteban Alamo.

⁵⁸ Sobre las dificultades de los jóvenes españoles en relación con la vivienda asequible, véase el Informe del Consejo Económico y Social de 2002, “La emancipación de los jóvenes y la situación de la vivienda en España”.

interconectados.⁵⁹ Esta idea de la ciudad como sistema también está presente en alguna decisión del Tribunal Supremo. Así, la STS de 19 de julio de 1988 (Ar. 6084) señaló en relación con las licencias de farmacia y el principio de igualdad que:

“Y es que las normas (...), pretenden que la distribución de estas oficinas por el territorio nacional sea equilibrada, y evitar tanto la concentración excesiva de ellas en determinados puntos del territorio como la ausencia de ellas en otras partes del mismo. Porque ello implica un descoyuntamiento orgánico que redundará en detrimento de aquel principio de igualdad en las condiciones básicas.

(...) Porque concediendo la licencia de apertura, en este caso, el sistema ciudad –cuyo equilibrio se hallaba descompensado al existir establecimiento de farmacia únicamente en uno de los dos bloques poblacionales claramente diferenciados por la carretera nacional 304 que atraviesa aquélla– queda nuevamente equilibrado. Y recuperar el equilibrio significa aquí que se restablezca la igualdad entre los vecinos situados a uno y otro lado de la carretera nacional que actúa como divisoria”.

Mutatis mutandis hay que afirmar que la distribución equilibrada de la vivienda social en el sistema ciudad evita un “descoyuntamiento orgánico” que genera desequilibrios, segregación social y falta de contacto entre grupos sociales diversos. La vivienda social es un instrumento de mezcla social en espacios urbanos heterogéneos (no el único, pero sí uno importante)⁶⁰ que evita la constitución de guetos, ayuda a la

⁵⁹ Jacobs, J., *Muerte y vida de las grandes ciudades*, Península, Madrid, 1967 (edición original en inglés de 1961), pp. 449 y ss.

⁶⁰ Existen otras técnicas de procuramiento de la mezcla social urbana, que, de hecho, deben combinarse con la vivienda social. Por ejemplo, el logro de la diversidad de funciones urbanas, mezclando usos urbanísticos distintos y evitando el monofuncionalismo, o el mantenimiento de una densidad adecuada, evitando, cuando sea preciso, tipologías de viviendas uniformes en amplias áreas urbanas, ubicadas en parcelas mínimas edificables desproporcionadamente altas. Sobre todo ello, puede consultarse Ponce Solé, J., *Poder local...*, *op.cit.*, pp. 144 y ss.

Solidaridad, cohesión social y derecho público: a propósito...

integración de ciertos colectivos (jóvenes, inmigrantes...), facilita la *governabilidad* de los espacios urbanos y, en definitiva, preserva la cohesión y la paz social.

1.4 Objeto del presente estudio: la actividad de regulación pública

Pues bien, el objeto esencial del presente estudio es analizar hasta qué punto el derecho urbanístico actualmente vigente cumple las funciones de integración social y prevención y tratamiento de conflictos y es adecuado al marco constitucional vigente. Aunque el análisis se concentrará en la actividad pública reguladora, algunas breves referencias finales se efectuarán en relación con otros tipos de actividad pública como mecanismos de cohesión social.

II. VIVIENDA SOCIAL Y COHESIÓN SOCIAL Y TERRITORIAL

2.1 Algunas experiencias fuera del marco europeo

En el ámbito internacional, desde una perspectiva global, la Declaración de Berlín sobre el futuro urbano, de 6 de julio de 2000, resultado de la Conferencia Global sobre el Futuro Urbano –URBAN 21– que reunió a representantes de 100 países, subraya el “principio de solidaridad humana”, destacando que la aspiración de vivir en “comunidades estables e integradas” debe lograrse mediante “políticas sociales” desarrolladas con una “adecuada planificación del uso del suelo”, prestando especial atención a “las mujeres, los jóvenes y las minorías”.

En cuanto a la situación en diversos ordenamientos nacionales, pueden citarse, por ejemplo, los casos de *Estados Unidos* y *Singapur*. En el primer caso, las políticas de *inclusionary zoning* plasmadas en diversas normas de varios Estados y en ordenanzas locales suponen una lucha contra la segregación urbana, exigen de los promotores privados, en caso de promociones por encima de un tamaño determinado, que incluyan un

porcentaje mínimo de unidades para venta o alquiler de familias de ingresos bajos. Estas obligaciones son compensadas bien mediante ayudas para tal tipo de construcciones, bien mediante la concesión de la posibilidad de mayor construcción global (*density bonus*).⁶¹ En el supuesto de Singapur, desde 1989 existe una política de cuotas étnicas en la ocupación de vivienda pública (en la que vive un 86% de la población). En los barrios y bloques con un grupo étnico predominante, la venta o alquiler de un piso por parte de un miembro del grupo minoritario no puede efectuarse a favor de una persona integrante del grupo ya mayoritario.⁶²

2.2 La situación en Europa

2.2.1 El Derecho comunitario

Si bien la Comunidad Europea no tiene competencia directa sobre la ordenación del uso del suelo, el papel comunitario sobre el gobierno del territorio está en fase de expansión. Las razones que explican este fenómeno, puesto de relieve por Chiti, hay que buscarlas en diversas previsiones del Derecho Comunitario.⁶³ Se trata, esencialmente, del juego del *art. 175 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea* (que permite, con determinadas condiciones, que el Consejo, para la protección ambiental, adopte medidas de ordenación territorial y de utilización del suelo), del *art. 34 de la Carta Europea de Derechos*

⁶¹ En español puede consultarse Mandelker, D. R., "Derecho urbanístico y ordenación urbanística excluyente en los Estados Unidos de América", en Font Llovet, T. (Dir.), *Anuario del Gobierno Local 2002 (Los nuevos retos del urbanismo. Especial: elecciones locales)*, Fundación Democracia y Gobierno Local-IDP, 2003, pp. 169 y ss.

⁶² Chih Hoong Sin, "The Quest for a Balanced Ethnic Mix: Singapore's Ethnic Quota Policy Examined", *Urban Studies*, vol. 39, núm. 8, 2002, pp. 1347 y ss.

⁶³ Chiti, M.P., "Il ruolo della comunità europea nel governo del territorio", en Civitarese, S., Ferrari, E., y Urbani, P. (Eds.), *Il Governo del Territorio*, Giuffrè, 2003, pp. 159 y ss.

Solidaridad, cohesión social y derecho público: a propósito...

Fundamentales (que considera a la vivienda como un instrumento de lucha contra la exclusión social y la pobreza) y los *arts. 2 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea*, que se refieren al desarrollo sostenible, a la cohesión económica y social y a la solidaridad como misiones y objetivos.

Asimismo, el *soft law* comunitario también hace referencia a la cohesión social, conectándola con el urbanismo y la vivienda: es el caso del *Libro verde sobre el Medio Ambiente Urbano de 1990*, del *Dictamen del Comité Económico y Social sobre el tema "desarrollo sostenible en materia de construcción y vivienda en Europa"*, de 1997, o de la *Perspectiva de Desarrollo del territorio europeo*, aprobada por los ministros responsables de la ordenación del territorio de los Estados miembros de la Unión Europea en Postdam, en 1999. En todos estos documentos, de un modo u otro, se insiste en la necesidad de obtener la cohesión social mediante políticas urbanas que fomenten la mezcla de funciones urbanas y grupos sociales, en la que la vivienda en general, y la social en particular, tienen un papel destacado.

2.2.2. Algunos ejemplos de derechos nacionales que utilizan la regulación pública como instrumento para el logro de vivienda social suficiente, integrada y generadora de mezcla social

Con estas coordenadas, diversos ordenamientos jurídicos europeos están diseñando técnicas para lograr vivienda asequible suficiente e integrada, favorecen de este modo la mezcla social, la convivencia ciudadana y evitan los peligros de fractura social.

En el caso inglés, sistema jurídico urbanístico con unas coordenadas muy distintas al nuestro, donde predomina una amplia discrecionalidad administrativa, la *Planning Policy Guidance Note* número tres, dedicada a la vivienda, subraya la necesidad de tender hacia ciudades donde la vivienda asequible sea suficiente y adecuadamente localizada, a fin de crear comunidades mixtas e inclusivas, evitar el monofuncionalismo y la creación de áreas urbanas con viviendas de idénticas característi-

cas.⁶⁴ El desarrollo de este documento, la *Circular 06/98* especifica los criterios que deben seguir los entes locales al planificar respecto al logro de vivienda asequible suficiente e integrada. Los planes locales deben evaluar las necesidades de vivienda asequible y, allí donde se identifiquen, exigir que el promotor privado solicitante de una licencia las afronte. Las técnicas para lograrlo pasan por el establecimiento de condiciones u obligaciones de planeamiento (*planning obligations*) antes del otorgamiento de la licencia, que puede ser rechazada si no se asume ese elemento de vivienda asequible.

Las obligaciones de planeamiento aparecen formalmente como resultado de acuerdos entre la autoridad local y el solicitante de la licencia (*Town and Country Planning Act 1990, S106*), aunque la jurisprudencia, como expone Booth, ha aceptado el rechazo de las licencias en caso de que el privado no acepte el desarrollo de tales obligaciones.⁶⁵

En Francia, la existencia de vivienda digna y asequible ha sido considerada un “objetivo de valor constitucional” por el *Conseil Constitutionnel* (decisión de 19 de enero de 1995). La legislación francesa de la última década ha establecido como finalidad la *cohesión social* en el ámbito urbano, a fin de evitar la *segregación* y hacer efectivo el *derecho a la ciudad* (art. 1 de la *Loi d’orientation pour la ville*, nº 91-662, de 13 de julio), establece como instrumento de tal finalidad la *mezcla de funciones urbanas y la mezcla social* en el hábitat urbano (Art. L.121-1 *Code de l’urbanisme*). Con el objetivo de lograr tal mezcla, el artículo L-302 del *Code de la Construction et de l’habitation* (modificado, junto con otros preceptos, por la *Loi sur la solidarité*

⁶⁴ Las *Planning Policy Guidance Notes* son preparadas por el Gobierno, tras consulta pública, con el fin de explicar las previsiones legales y ofrecer directrices a las autoridades regionales y locales, que deben ser tomadas en consideración, y asimismo son relevantes en la toma de decisiones en relación con solicitudes urbanísticas y recursos de los privados.

⁶⁵ Booth, P., “Le partenariat public-privé en Grande-Bretagne”, en AA.VV., *Partenariat Public-Privé et Collectivités territoriales*, La Documentation Française, Paris, 2002, pp. 129 y ss.

et le renouvellement urbains, nº 2000-1208, de 13 de diciembre) exige que determinados municipios franceses (dependiendo de su población y su pertenencia a *aglomeraciones* con ciertas características) deban en el plazo de 20 años disponer de una oferta suficiente de viviendas sociales, cifrada en un 20% del total de residencias principales. A tal fin, el ordenamiento jurídico francés diseña una serie de figuras (aprobación de planes específicos de vivienda con el objeto de ponderar necesidades y modos de colmarlas, control prefectoral del cumplimiento municipal, penalización fiscal a los municipios incumplidores...).⁶⁶

En una importante decisión de 7 de diciembre de 2000, el *Conseil Constitutionnel* ha sostenido la constitucionalidad del objetivo de mezcla social definido por la *Loi sur la solidarité* y, en la mayor parte, del dispositivo establecido para hacerlo realidad mediante el establecimiento de cuotas obligatorias de vivienda social.⁶⁷

En una muestra del consenso político existente, al menos formalmente, al respecto, el cambio de gobierno francés y la promulgación de la *Loi Urbanisme et Habitat* de 2 de julio de 2003 ha dejado intocado el dispositivo existente para el logro de la cohesión social mediante la mezcla de tipos de vivienda, a través de la provisión pública de vivienda social en el porcentaje aludido del 20%.

El principio de cohesión social en el ámbito urbano enunciado por la legislación francesa aludida ha sido ya aplicado por el *Conseil d'Etat* francés para controlar la actividad de los entes locales. Efectivamente, en la decisión de 22 de noviembre de

⁶⁶ Sobre el particular puede consultarse, Ponce Solé, J., *Poder Local y...*, *op.cit.*, pp. 74 y ss.

⁶⁷ Declaró no conforme a la Constitución, sin embargo, la previsión legal que permitía al prefecto sancionar a los municipios incumplidores de sus obligaciones de provisión de vivienda social, puso de relieve diversos problemas que vulneraban la libre administración de las colectividades locales. Por ley de 11 de diciembre de 2001 se corrigieron dichos problemas y le fue devuelta la potestad sancionadora al prefecto. El *Conseil Constitutionnel* halló esta ley conforme con la Constitución.

2002, este órgano francés decide el conflicto entre dos entes locales, ante la compra por uno de ellos de un edificio en el término municipal del otro a fin de ubicar personas de origen extranjero inmigrantes. Ante la compra, se alegaba por el municipio afectado que tal decisión pública suponía una agravación de los desequilibrios urbanos y sociales que ya padecía, en razón del gran número de trabajadores inmigrantes ya instalados en su territorio. El *Conseil d'Etat* finalmente decidió que dadas las circunstancias específicas del caso (carácter puntual de la operación, reducido número de personas afectadas, etc.) la decisión municipal de compra no vulneraba «el principio de “cohesión social”».

2.3 El caso español

Como a continuación comprobaremos, también en el caso español tanto el texto constitucional como la legislación ya aprobada permiten trazar una conexión entre vivienda social, urbanismo y cohesión social.

2.3.1 El marco constitucional: el derecho a una vivienda digna en conexión con diversos derechos fundamentales y con el principio constitucional de solidaridad

Al más alto nivel, es sobradamente conocido el art. 47 de la CE, que señala: “Todos los españoles tienen derecho a una vivienda digna y adecuada”. Este derecho constitucional consideramos que debe ser analizado tanto desde su vertiente *material* como desde su vertiente *procedimental*:

a) *Desde la vertiente material*, el art. 47 de la Constitución exige tanto el establecimiento de “normas pertinentes” como la regulación de “la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para evitar la especulación”, lo que supone el establecimiento de un mandato regulador a los poderes públicos competentes. Pero además, este precepto demanda la promoción de “las condiciones necesarias”, lo que supone un plus más allá de la mera regulación y justifica el despliegamiento de medidas de fo-

mento y de prestaciones materiales, como tendremos ocasión de exponer más adelante.

Por otro lado, el derecho del art. 47 no es sólo el derecho al goce de un espacio habitable, a una morada, sino también el derecho a un medio urbano digno y adecuado en el que se inserta tal vivienda, como ha destacado acertadamente Bassols Coma.⁶⁸ Es decir, el art. 47 está estableciendo un derecho a un *hábitat* digno y adecuado, esto es, a un conjunto de condiciones físicas y sociales conectadas con el espacio urbano, con el medio ambiente urbano en el que se inserta la vivienda, como ha puesto de relieve la doctrina francesa.⁶⁹ En otras palabras: el art. 47 CE garantiza un derecho a la ciudad, como el reconocido ahora explícitamente por el art. 1 de la Carta Europea de Salvaguardia de los Derechos Humanos en la Ciudad de 2001.⁷⁰

Además, el derecho del art. 47 debe conectarse sistemáticamente con otros preceptos constitucionales, referidos a *derechos y principios*.

En cuanto a la conexión del art. 47 con otros derechos constitucionales, en otro lugar hemos insistido sobre la relación entre el derecho a la vivienda y derechos tales como el de igualdad (art. 14 CE), intimidad personal y familiar (art. 18 CE), libertad de residencia (art. 19) o educación (art. 27 CE). Efectivamente, es evidente que disponer de un espacio habitable digno insertado en un medio ambiente urbano adecuado permite el disfrute efectivo de éstos derechos: es difícil que la ausencia de techo permita gozar de una auténtica intimidad personal o familiar, por cuanto la misma requiere de un presupuesto: tener domicilio, esto es, una vivienda (al respecto STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 2);

⁶⁸ Bassols Coma, M., "Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la Constitución española de 1978", *RDU*, núm. 85, 1983.

⁶⁹ Sobre el concepto de *hábitat*, Deschamps, E., *Le Droit Public et la ségrégation urbaine (1943-1997)*, LGDJ, Paris, 1998, p.23.

⁷⁰ Este precepto señala que la ciudad es "espacio colectivo que pertenece a todos sus habitantes que tienen derecho a encontrar las condiciones para su realización política, social y ecológica, cosa que comporta asumir también deberes de solidaridad".

es también complicado que el vivir en infravivienda en áreas urbanas en dificultad donde los equipamientos escasean o son inadecuados permita gozar de una educación que posibilite la igualdad de oportunidades; de igual modo, la inexistencia de oferta variada de vivienda asequible en un municipio puede comprometer, seriamente, la real libertad de elección del domicilio, puesto que, como ha sido notado, la situación actual en España permite constatar la “expulsión” de personas de bajo poder adquisitivo hacia las periferias urbanas lejanas.⁷¹ En definitiva, cuando hablamos del derecho a la vivienda hay que tener en cuenta que “la garantía de este derecho condiciona el disfrute de otros derechos constitucionales y su desprotección sitúa a la persona y a la unidad familiar en una situación de exclusión respecto del grupo social mayoritario”.⁷²

Esta conexión puede tener importantes consecuencias en sede de *control judicial*. Ferrajoli ha puesto de relieve como para los derechos sociales “nuestra tradición jurídica no ha elaborado técnicas de garantía tan eficaces como las establecidas para los de libertad y propiedad. Pero esto depende sobre todo de un retraso de las ciencias jurídicas y políticas, que hasta la fecha no han teorizado ni diseñado un Estado social de derecho equiparable al viejo Estado de derecho liberal”.⁷³ Tal retraso parece que está siendo superado, de la mano, entre otras técnicas, de la conexión entre la violación de derechos sociales y la violación simultánea y asociada (en una especie de efecto “dominó”) de derechos civiles. De tal manera que la vulneración del derecho a la vivienda puede generar una vulneración simultánea de los derechos antes aludidos, lo que puede (y debe) llevar a tutelar tanto uno como otros, lo que es especialmente significativo en nuestro

⁷¹ López De Lucio, R., “Planeamiento urbanístico. Mercado del suelo y políticas de suelo. Bases para el debate sobre la reforma de la legislación urbanística en España”, *Urban*, 1, 1997, pág. 85.

⁷² *Informe de 2001 del Defensor del Pueblo Andaluz*.

⁷³ Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, 2002, 3ª ed., pág.30.

sistema, en el que el recurso de amparo se reserva sólo para ciertos derechos constitucionales.⁷⁴

En segundo lugar, la relación del derecho a la vivienda con ciertos principios constitucionales puede ayudar a entender el auténtico alcance de aquél, no ceñido, como decíamos, a la pura unidad habitacional. Es el caso de la relación entre el derecho a la vivienda y el principio constitucional de *solidaridad*. Desde una perspectiva general, la solidaridad puede considerarse un instrumento imprescindible para la cohesión social.⁷⁵ Desde una perspectiva económica, Muñoz de Bustillo Llorente aborda la cuestión de si es preocupante la existencia de un desequilibrio en la distribución de la renta espacialmente, es decir, si debe o no preocuparnos la cohesión territorial. Su respuesta es que sí, puesto que la ausencia de tal cohesión conduce a la concentración de la pobreza, lo que impide el crecimiento económico de la zona, da lugar a que las empresas no se instalen, genera emigración y, en última instancia, fractura social. Que la cohesión sea relevante, pues, para la sociedad no implica, sin embargo, como acertadamente subraya este autor, que haya de existir intervención pública, puesto que la misma es fruto de una decisión política, que, de igual modo, podría decidir dejar en manos del mercado el logro de la misma.⁷⁶

Si bien esto es así, hay que subrayar que nuestra Constitución de 1978 no sólo considera la cohesión social y territorial como un *objetivo relevante*, sino que además *exige la intervención pública* para su logro, del mismo modo que lo hacen otras constituciones como, por ejemplo, la italiana.⁷⁷ La idea de soli-

⁷⁴ Abramovich, V. y Curtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, 2002, pp. 200 y ss.

⁷⁵ Real Ferrer, G., "La solidaridad en el derecho administrativo", *RAP*, 161, 2003, pp. 123 y ss.

⁷⁶ Muñoz De Bustillo Llorente, R., "La cohesión territorial: unión europea y fondos estructurales", en Jiménez, J.C. (Ed.), *Economía y Territorio: una nueva relación*, Civitas, 2002, pp. 45 y ss.

⁷⁷ Véanse, por ejemplo, las sentencias de la *Corte Costituzionale* italiana números 217 y 404 de 1988, en las que se señala que el deber de solidaridad social, contemplado en la Constitución italiana, conecta con la forma de Estado

.../...

daridad está implícita en el texto constitucional: es el caso del art. 31 CE⁷⁸ o del art. 33 CE, con su referencia a la función social de la propiedad, la cual hay que conectar, además, con la prohibición contenida en el art. 7.2 del Código Civil de ejercicio abusivo o antisocial de todo derecho.⁷⁹ Pero también se explicita en diversos preceptos. Es el caso de la solidaridad entre poderes públicos (art. 2, art. 138, art. 156, art. 158),⁸⁰ y también de la solidaridad entre ciudadanos (art. 45 CE, refiriéndose a la indispensable solidaridad colectiva). Esta solidaridad ha de lograrse en parte mediante la intervención pública activa, lo que se plasma, por ejemplo, en el art. 40 CE, que establece un mandato a los poderes públicos para que promuevan las condiciones favorables para “una distribución de la renta regional y personal más equitativa”.

Por último, debe destacarse que, obviamente, el art. 47 no garantiza el derecho a una vivienda en propiedad para cada persona.⁸¹ Lo que garantiza el art. 47 es que los poderes públicos,

.../...

social y supone el reconocimiento de un derecho social a la vivienda, clasificable entre los derechos inviolables del hombre, que es un derecho social fundamental.

⁷⁸ En el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (art. 31 CE), del que la STC núm. 182 de 1997, de 28 de octubre, FJ 6, ha señalado que “existe el deber de pagar el impuesto de acuerdo con la capacidad económica, en el modo, condiciones y cuantía establecidos por la Ley; pero existe, correlativamente, un derecho a que esa *contribución de solidaridad* sea configurada en cada caso por el legislador según aquella capacidad”.

⁷⁹ Sobre la función social de la propiedad, recuérdese la STC 37/1987. Respecto a la conexión entre solidaridad y ejercicio abusivo o antisocial de un derecho, puede consultarse Vidal Gil, E. J., *Los derechos de solidaridad en el ordenamiento jurídico español*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 323 y ss.

⁸⁰ Principio del que el Tribunal Constitucional ha extraído la exigencia de lealtad institucional, ahora plasmada como principio de relación entre administraciones en el art. 4.1 LRJPAC.

⁸¹ Nótese que el art. 47 se refiere al derecho de “todos los españoles”. ¿Significa ésto que los no españoles no gozan de tal derecho? Creemos que una interpretación sistemática de este artículo con otros preceptos constitucionales (por ejemplo el art. 10 CE, que se refiere a la dignidad y libre desarrollo de las personas, el art. 9.2, referente a la igualdad de los “individuos”, “grupos” o

.../...

como veremos en seguida, tienen un deber de medios de adoptar todas las medidas precisas para conseguir una oferta adecuada de viviendas –entendidas como *bienes de consumo* (esto es, como *servicios de vivienda*, no tanto, como se entiende tradicionalmente en España, como bienes de inversión)– asequibles que permitan atender las necesidades de la demanda que no puede ser satisfecha mediante el mercado. Esta finalidad puede ser conseguida mediante diversos instrumentos jurídicos, entre los que el alquiler ocupa un lugar destacado.

b) *Desde la vertiente procedimental*, el derecho de la vivienda se da la mano con el urbanismo. Como es sabido, es, sobre todo, la doctrina alemana la que ha insistido sobre la vertiente procedimental de los derechos constitucionales, y ha destacado que tanto la *garantía* como el *efectivo despliegue* de tales derechos viene condicionado por el procedimiento administrativo que se sigue por parte de la autoridad competente, bien para restringir tal derecho bien para garantizar su efectividad (*status activus processualis*).⁸² De ahí que el legislador urbanístico, en

.../...

ciudadanos” o el art. 14, que consagra un derecho a la igualdad extensible a los extranjeros también según jurisprudencia del Tribunal Constitucional), así como su conexión con diversos convenios internacionales (que influyen en la interpretación de los derechos constitucionales, art. 10.2 CE), como por ejemplo la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (art. 25), permite sostener que el derecho a la ciudad del art. 47 es aplicable a todas las personas. Una interpretación de este tenor debería condicionar, a su vez, el entendimiento del art. 13 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, cuando reconoce a los extranjeros residentes el derecho al sistema público de ayudas en materia de vivienda en las mismas condiciones que los españoles. El derecho, entendemos, no puede circunscribirse a las ayudas, sino que debe comprender todas las facetas del derecho a la vivienda, incluyendo prestaciones materiales, en su caso.

⁸² Al respecto, Ponce Solé, J., *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 597 y ss, con cita de la interesante STS de 24 de marzo de 1997 (Ar. 2447), referida en concreto al derecho a la educación. Sobre la importancia de la regulación del procedimiento en conexión con los derechos fundamentales en Alemania, puede consultarse en español Schmidt-Assman, E., *La teoría ge-*
.../...

lo que ahora nos interesa, deba articular los adecuados mecanismos organizativos y procedimentales para que la regulación del uso del suelo garantice la efectividad del derecho a la vivienda, derecho, como vimos, íntimamente conectado al urbanismo. Esta vinculación positiva del legislador urbanístico es especialmente relevante *en el diseño de procedimientos de planificación que ponderen el elemento vivienda*, teniendo presente la necesidad de evaluar las necesidades y de adoptar las medidas pertinentes para atenderlas.⁸³ El control del cumplimiento de tales procedimientos es una labor esencial del Poder judicial, que tutelaré así, en definitiva, el derecho a la vivienda.

2.3.2 El papel del legislador: el art. 53.3 CE y la vulneración de derechos fundamentales por omisión

Esta última referencia al legislador y al poder judicial nos introduce en la naturaleza jurídica y el alcance del derecho a la vivienda. El punto de partida necesario es el propio art. 47.3 y el conocido art. 53.3 que exige que:

“El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

.../...

neral del derecho administrativo como sistema, Marcial Pons-INAP, 2003, pág. 363 y 364, con cita de diversas sentencias del Tribunal Constitucional alemán.

⁸³ Un ejemplo en tal sentido lo constituye la figura de los *Programas de Actuación Urbanística* de la Ley catalana de urbanismo 2/2002, de 14 de marzo. Estos Programas, según el art. 60 de la ley, son “la expresión de las políticas municipales de suelo y vivienda y contienen las previsiones y los compromisos asumidos para el desarrollo de los planes de ordenación urbanística municipal”, que tienen que “evaluar y atender las necesidades de suelo y vivienda de los municipios”.

Solidaridad, cohesión social y derecho público: a propósito...

En la STS de 16 de junio de 1998 (Ar. 6149) se señala que:

“Cualesquiera que sean las dificultades dogmáticas que implica la consideración como “derechos constitucionales” de todos los que derivan de actuaciones estatales acomodadas a los principios de política social y económica que enumera el Capítulo III del Título I, es evidente que el citado artículo 47 es un mandato o una directriz constitucional que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos.

En la STS de 18 de febrero de 2002 (Ar. 4826), por su parte, se destaca que el art. 47:

“...consagra un derecho social o de prestación que exige, consiguientemente, una intervención del Estado en la esfera social y económica y un hacer positivo de los poderes públicos para la consecución de la igualdad material que propugna el artículo 9.2 de la Constitución”.

Como ya hemos tenido ocasión de exponer en otro lugar, el derecho a la vivienda consagra un auténtico *deber jurídico de medios* de los poderes públicos. Éstos deben respetar, proteger, garantizar y promover el derecho a la vivienda, bien mediante una actividad de regulación, bien –concurrentemente, en su caso– mediante una actividad de fomento o una actividad de prestación, que puede ser ejercida directamente por los poderes públicos o encomendada a un tercero, como veremos más adelante. En este sentido, el derecho a la vivienda incorpora un conjunto de mandatos negativos y positivos, de no hacer (no vulnerar) y de hacer (proteger, garantizar, promover). Su naturaleza no difiere de otros derechos políticos o civiles. Tomemos, por ejemplo el derecho de propiedad; éste incorpora una serie de obligaciones negativas para los poderes públicos conectadas con el mismo (necesidad de respetarlo), aunque también un conjunto de obligaciones positivas asociadas a su protección, garantía y promoción (regulaciones, establecimiento y mantenimiento de servicios públicos: policía, tribunales, registros...).

El deber jurídico de medios respecto del derecho de la vivienda:

a) Supone, en la terminología de Alexy, un *mandato de optimización*.⁸⁴ Los poderes públicos deben tomar todas las medidas posibles para garantizar y promover que todas las personas dispongan de un espacio habitacional en un medio ambiente urbano digno y adecuado no segregado.

Este deber ha de desplegarse en el comportamiento cotidiano de los poderes públicos y, por lo que se refiere a la Administración Pública, debe articularse a través del seguimiento de *procedimientos administrativos planificadores adecuados* que permitan ponderar el elemento vivienda en la toma de decisiones sobre el uso del suelo. La vulneración del *derecho al procedimiento debido* y, consecuentemente, del derecho a la vivienda, entendido como ese mandato de actividad diligente para conocer y atender las necesidades en este ámbito, supone una vulneración del art. 47 CE en conexión con el art. 105.1 CE, así como una vulneración de la legislación urbanística y de procedimiento, perfectamente controlable por el juez administrativo, quien puede y debe hacerlo, en virtud del mandato que también le afecta del art. 53.3 CE.

b) No incorpora el art. 47 CE, naturalmente, la obligación jurídica de entregar una vivienda en propiedad a cada persona. Esta es, por supuesto, una visión caricaturesca y maximalista del texto constitucional, que pretende, en cierto modo, negar el derecho a la vivienda utilizando el argumento bien conocido de *reductio ad absurdum*. *El deber jurídico de medios expuesto que deriva de los arts. 47 y 53.3 CE obliga a adoptar todas las medidas para garantizar el servicio de vivienda (alojamientos temporales, alquileres asequibles...) y genera un derecho al procedimiento administrativo debido que muestre la debida diligencia en la articulación de medidas, derecho exigible judicialmente (arts. 35 y 78 LRJPAC)*.⁸⁵ Obviamente, lo que no se deriva del

⁸⁴ Alexy, R., *Teoría de los Derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1993, pp. 81 y ss.

⁸⁵ Con carácter general, sobre el deber constitucional de buena administración y el derecho legal al procedimiento debido puede consultarse, *Deber de buena administración y...*, *op.cit.* En cuanto a las medidas para garantizar el
.../...

Solidaridad, cohesión social y derecho público: a propósito...

art. 47 CE es la posibilidad de que un particular exija una medida concreta (por ejemplo, una vivienda en propiedad) basándose exclusivamente en este precepto. A esto se refiere la parte final del art. 53.3 CE: la tutela de concretos derechos prestacionales ante los tribunales sólo será posible cuando existan precisas obligaciones jurídicas públicas; y éstas sólo pueden derivar de las normas que desplieguen el art. 47 CE. Sólo entonces el juez contencioso podrá reconocer y tutelar situaciones jurídicas individualizadas, establecidas en tales normas, fijando las medidas necesarias para el restablecimiento de las mismas, incluida la exigencia judicial de una conducta jurídicamente obligatoria (art. 71.1, b y c LJCA).

Esto es evidente y en nada empece, repetimos, a que del mandato de los arts. 47 y 53.3. CE, en conexión con el art. 105.1 CE y la legislación urbanística y procedimental, se derive, directamente, por ejemplo, un derecho a una actividad diligente administrativa, es decir, un derecho a una buena administración demostrada a través de un procedimiento administrativo debido y de una adecuada justificación de las decisiones adoptadas que puedan afectar (vulnerando, no protegiendo, no garantizando o

.../...

servicio de vivienda, merece ser destacada aquí la escasa conexión entre los órganos judiciales civiles y las Administraciones públicas competentes para velar por la garantía de tal derecho. Así, en los casos de desahucio civil por impago (además de considerar la posibilidad de establecer mecanismos normativos de especial protección en ciertas épocas del año, como la invernal, o en relación con ciertos tipos de inquilinos, por ejemplo familias numerosas) llama la atención la inexistencia de canales jurídicos formalizados de conexión entre el juez civil y el administrador públicos (ambos, en definitiva, poderes públicos) para afrontar situaciones que en algunos casos pueden ser extremas para ciertos ciudadanos. Esta reflexión nos introduce en otra de carácter más general, sobre una laguna de nuestro sistema: si bien existen mecanismos de relación interadministrativos (cfr. art.s 4 y ss. LRJPAC) no están diseñados mecanismos de relación entre distintos poderes públicos, más allá de la pura resolución de conflictos puntuales, como por ejemplo de los conflictos entre el poder judicial y el poder ejecutivo (Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de conflictos jurisdiccionales).

impidiendo) el derecho a un hábitat adecuado. Esta obligación de medios es la que establecen, precisamente, las jurisprudencias norteamericana y francesa.

c) Por lo que se refiere, estrictamente al legislador, dejando de lado ahora el papel del poder judicial y del poder ejecutivo, es evidente que éste está obligado positivamente a adoptar las medidas precisas para respetar, proteger, garantizar y promover el disfrute de un hábitat adecuado. En este sentido no estamos de acuerdo con López Ramón cuando señala que, a su juicio, “bajo la óptica de las exigencias constitucionales parece claro que la vinculación del legislador a los principios u objetivos constitucionales únicamente tiene alcance negativo, conforme a la doctrina que rechaza el vicio de inconstitucionalidad por omisión”, referente, concretamente a la cohesión social como objetivo constitucional.⁸⁶

Como hemos señalado, el derecho del art. 47 lo es a un espacio habitacional y a un medio ambiente urbano digno y adecuado, no segregado, lo que se deriva de una interpretación sistemática del art. 47 con otros preceptos constitucionales, entre ellos, destacadamente, el art. 40 CE y el principio de solidaridad. Si el principio de solidaridad como mecanismo de cohesión social debe aplicarse al medio urbano –lo que parece difícil negar– y el derecho a la vivienda tiene conexión con otros derechos fundamentales ya aludidos (intimidad, igualdad...), entonces sucede que debería ser de perfecta aplicación el razonamiento establecido en la STC 45/1989, de 20 de febrero, ponente D. Francisco Rubio Llorente:

“En lo que toca a la segunda de las mencionadas conexiones hay que reconocer, en primer término, que la naturaleza de los principios rectores de la política social y económica que recoge el Capítulo III del Título I de nuestra Constitución hace improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión, esto es, por no atender, aisladamente considerada, el mandato a los poderes públicos y en especial al

⁸⁶ López Ramón, F. *Recensión al libro Poder Local y Guetos urbanos*, RAP, 161, 2003, pág. 583.

legislador, en el que cada uno de esos principios por lo general se concreta. *No hay que excluir que la relación entre alguno de estos principios y los derechos fundamentales (señaladamente el de igualdad) haga posible un examen de éste género –cf. por ejemplo nuestra STC 155/1987–...*”.

Todos los poderes públicos, también el legislador, están vinculados positivamente a los derechos constitucionales, pues no sólo no deben vulnerarlos sino que han de garantizar la efectividad de los mismos, entre ellos el de vivienda, teniendo en cuenta que existe una obligación positiva de realizar todo lo necesario en tal sentido, dado que los ciudadanos no resultan amenazados en numerosas ocasiones por el Estado, sino también por poderes sociales privados que, en el ámbito que ahora nos importa, *especulan* con el suelo y la vivienda, y hacen el acceso a ésta inasequible, lo que, por mandato del art. 47 CE, ha de ser impedido. Siempre que se detecte una pasividad de los poderes públicos, incluido el legislador, que dañe el derecho a la vivienda –así como otros derechos constitucionales ya vistos a él asociados– los órganos judiciales y el Tribunal Constitucional, en su caso, están obligados a reaccionar.

Un magnífico ejemplo de como un Tribunal Constitucional, concretamente, puede y debe controlar las omisiones de los poderes públicos en relación con el derecho constitucional a la vivienda lo podemos encontrar en la sentencia del Tribunal Constitucional de Sudáfrica de 4 de octubre de 2000.

El art. 26 de la Constitución sudafricana establece que “todos tienen el derecho a tener acceso a una vivienda adecuada”, y el Estado debe “tomar las medidas legislativas y de otro tipo razonables, dentro de sus recursos disponibles, para conseguir la progresiva realización de este derecho”. Tras ser desalojados de unos terrenos que ocupaban precariamente, los demandantes, 510 niños y 390 adultos, representados por la señora Irene Grootboom, solicitaron que se les diera alojamiento temporal adecuado, lo que obtuvieron del Tribunal competente. Apelada la decisión judicial ante el Tribunal Constitucional por las autoridades sudafricanas, la sentencia de 2000 analiza el alcance del derecho constitucional a la vivienda.

La sentencia empieza por poner de relieve que el problema social latente tras el caso planteado, esto es, la falta de suficiente vivienda, era una consecuencia de las políticas de segregación urbana del régimen anterior de *apartheid* que excluía la provisión de viviendas asequibles a negros en zonas urbanas, éstos quedaban relegados a zonas rurales, desde donde, sin embargo, continuaban emigrando en busca de oportunidades laborales, viviendo en asentamientos precarios en terrenos ocupados. Partiendo de este hecho, el Tribunal Constitucional analiza el alcance del derecho a la vivienda contenido en el art. 26 de la Constitución. Al respecto se señala que “los derechos socioeconómicos están expresamente incluidos en la declaración de derechos (*Bill of Rights*); no puede decirse que existan sólo en el papel. (...) los tribunales están constitucionalmente vinculados (*bound*) al aseguramiento de que los mismos son protegidos y efectivamente aplicados. La cuestión es por tanto no si los derechos socioeconómicos son justiciables bajo nuestra Constitución, sino cómo tutelarlos en un caso dado”.

Tras esta puntualización, la sentencia señala que la interpretación de un derecho en su contexto exige la consideración de dos tipos de contextos. Por un lado, el sistemático, en el propio texto de la Constitución. Por otro, el social e histórico. En cuanto al primer contexto, el Tribunal Constitucional sudafricano pone de relieve que todos los derechos constitucionales (civiles, políticos y sociales) están interconectados y se apoyan mutuamente. Según la sentencia, “no puede haber duda de que la dignidad humana, la libertad y la igualdad, los valores fundacionales de nuestra sociedad, son denegados a aquellos que no tienen comida, vestidos o techo. Hacer asequibles los derechos socioeconómicos a todo el mundo, por tanto, permite gozar de los otros derechos” contemplados en la Constitución. La realización de esos derechos “es también clave para el avance de la igualdad racial y de género y la evolución de una sociedad en la cual hombres y mujeres son igualmente capaces de alcanzar su potencial completo”. En consecuencia, “el derecho de acceso a una vivienda adecuada no puede ser visto aisladamente. Hay una relación estrecha entre el mismo y otros derechos socioeconómicos. Los

derechos socioeconómicos deber ser leídos todos conjuntamente” y el Estado “está obligado a tomar acciones positivas para satisfacer las necesidades de aquellos que viven en extremas condiciones de pobreza, ausencia de vivienda o vivienda intolerable. Sus interconexiones han de ser tomadas en consideración al interpretar los derechos socioeconómicos y, en particular, al determinar si el Estado ha cumplido sus obligaciones”.

Tras realizar estas afirmaciones, el Tribunal Constitucional analiza el caso concreto, y llega a la conclusión de que ni la legislación existente en la materia (*Housing Act* de 1997) ni las políticas públicas desarrolladas contemplaban expresamente el caso de la provisión de vivienda para los supuestos de los ciudadanos sin techo o que viven en condiciones indignas, con necesidades urgentes. En consecuencia, teniendo en cuenta que “la constitución obliga al Estado a actuar positivamente para mejorar” las condiciones de vida de las personas que viven en situaciones desesperadas, el Tribunal Constitucional, reconociendo que el derecho constitucional a la vivienda no otorgaba el poder a los recurrentes de obtener techo inmediatamente a consecuencia de la demanda, constata el incumplimiento del mandato constitucional y condena a los poderes públicos a actuar para satisfacer la obligación derivada del art. 26 de la Constitución, diseñando, financiando, aplicando y supervisando medidas para ayudar a quienes se encuentran en situación de necesidad desesperada.

Es decir, el Tribunal Constitucional no impone una decisión determinada, no diseña una política pública concreta, sino que respetando la esfera funcional y la *discrecionalidad* de los restantes poderes públicos sólo condena al cumplimiento de su deber jurídico de medios, esto es, a tener en cuenta y adoptar las medidas pertinentes para atender a los ciudadanos situados en condiciones de extrema necesidad. Pero además, da un paso más, de singular relevancia práctica: pone en manos de un ente distinto del obligado (la *Human Rights Commission*, encargado por la Constitución de la vigilancia y evaluación de la observancia de los derechos humanos en Sudáfrica) el control e informe al Tribunal Constitucional del efectivo cumplimiento de la sentencia.

Esta sentencia subraya cómo los supuestos problemas para la aplicación de los derechos sociales, como el de vivienda, pueden ser superados, en Sudáfrica y también en España, de la mano de una conciencia seria de su importancia y de la utilización de técnicas jurídicas perfectamente conocidas y aplicadas en otros casos.

2.3.3 El legislador urbanístico y la provisión de vivienda asequible mediante reservas en el planeamiento. El papel de la jurisprudencia

El legislador en España está vinculado positivamente en el respeto, protección, lagarantía y promoción del derecho a la vivienda, de acuerdo con los artículos 47 y 53.3 CE. Derecho a la vivienda que, recordémoslo, supone el derecho a un hábitat urbano digno y adecuado, y, por tanto, no segregado. Pues bien, una técnica legislativa interesante para el cumplimiento de este mandato constitucional puede ser el establecimiento de reservas de suelo donde se construyan viviendas asequibles, esto es, de acuerdo con nuestro sistema, viviendas sometidas a algún régimen de protección pública. Técnicas parecidas se han desarrollado ya en Estados Unidos (*inclusionary zoning*) o en Francia (cuotas del 20% de vivienda social en ciertos municipios) y han empezado a explorarse en España, sobre todo de la mano de la reciente legislación autonómica.

Como a continuación se expondrá, a una primera etapa de legislación estatal, que o bien no contemplaba las reservas para vivienda asequible o las preveía como voluntarias para los gobiernos locales, ha seguido una segunda etapa autonómica, en la que la moderna legislación no sólo se refiere a tales reservas sino que, además, las establece como obligatorias para los ayuntamientos, despojándoles, en este punto, de toda o parte de su discrecionalidad urbanística. El análisis de la legislación se complementa con el de las sentencias que se han ocupado de la misma, de notable importancia en la interpretación de la normativa sobre reservas.

2.3.3.1 El legislador estatal y la jurisprudencia del Tribunal Supremo

2.3.3.1.1 La legislación de 1956, 1975 y 1976

La Ley del suelo de 1956 no contenía ninguna previsión explícita sobre la posibilidad u obligación del planeamiento urbanístico de calificar terrenos para la construcción de viviendas asequibles.⁸⁷ Sin embargo, el art. 3 de esta Ley habilitaba al planeamiento urbanístico para establecer zonas según, entre otros parámetros, la “clase y destino de los edificios” (apartado 1, letra e), así como para “regular el mercado de terrenos como garantía de la subordinación natural de los mismos a los fines de la edificación y de la vivienda económica” (apartado 2, letra c). Asimismo, la Ley advertía que las facultades expresamente contempladas en la Ley tendrían “carácter enunciativo y no limitativo, y la competencia urbanística comprenderá cuantas otras fueren congruentes con la misma, para ser ejercidas con arreglo a la presente Ley” (apartado 5). Tras la Ley 19/1975, de 2 de mayo, que modificó la Ley de 1956, el Texto Refundido de 1976 (hoy con valor meramente supletorio, como es sabido) volvió a contemplar en su art. 3 las facultades urbanísticas antes señaladas, repitiendo de nuevo el carácter enunciativo, no limitativo de las mismas. Este texto legal tampoco aludía explícita y directamente a la cuestión de la reservas de suelos para vivienda asequible.

La importante STS de 1 de junio de 1987 (Ar. 5906), ponente Sr. Delgado Barrio, auténtico *leading case* seguido por numerosas sentencias posteriores, se enfrentó directamente, bajo la vigencia del Texto de 1976, a la cuestión de las reservas para viviendas sociales. Esta decisión del Tribunal Supremo traía causa de la sentencia apelada de la Audiencia Territorial de Madrid, que anuló la Directriz número 17 del Texto definitivo de las Di-

⁸⁷ Téngase en cuenta que desde la Ley de 19 de abril de 1939 se conocía en nuestro ordenamiento jurídico la categoría de “viviendas protegidas”. Apenas dos años antes de la promulgación de la Ley del suelo de 1956, se promulga la Ley de 15 de julio de 1954, de Viviendas de Renta Limitada.

rectrices de Planeamiento territorial y Urbanístico para la revisión del Plan General de Ordenación Urbana del Área Metropolitana de Madrid, aprobado en 1981. Esta Directriz número 17 señalaba que:

“Los Planes Generales introducirán las determinaciones necesarias para favorecer en el nuevo desarrollo residencial la mayor diversidad posible de tipologías edificatoria y de tamaños de vivienda y en especial las viviendas de protección oficial, a efectos de evitar la segregación social y acomodar las ofertas a los deseos de la población”.

Puede apreciarse como la Directriz anulada, dictada tras la Constitución de 1978, suponía un esfuerzo por hacer operativo el derecho del art. 47 CE y el principio de solidaridad, intentando el logro de la cohesión social. Sin embargo, nada de esto aparece en el razonamiento del Tribunal Supremo conducente a confirmar la anulación de la Directriz. Por el contrario, siguiendo el planteamiento ya establecido por la sentencia de instancia, la decisión del Tribunal Supremo acepta el enfoque de la Audiencia Territorial de Madrid, que básicamente argumentaba que: a) la ley no autorizaba al plan para imponer un régimen especial para la construcción; b) tal régimen carecía de mecanismos de compensación; y c) la construcción de vivienda protegida está asociada a un régimen de fomento, de elección voluntaria. El Tribunal Supremo acepta estos argumentos, añadiendo que: a) Los planes son puros reglamentos, que no están habilitados por la ley para calificar suelo destinado a vivienda protegida, por lo que tal operación vulnera la reserva de ley a que está sometido el derecho de propiedad; b) “el sentido de nuestro ordenamiento jurídico en esta materia discurre pues, por el cauce del fomento y no por el de la técnica urbanística de la vinculación del suelo”.⁸⁸ No existe en esta sentencia ni una sola mención al art. 47 CE.

⁸⁸ Curiosamente, la posterior STS de 28 de marzo de 1988 (Ar. 5831) aceptó, sin embargo, la legalidad de Directriz sobre la construcción de vivienda protegida, sobre la base de que no imponía nada sino que, meramente, “se refiere a su armónico favorecimiento”.

Solidaridad, cohesión social y derecho público: a propósito...

A partir de esta sentencia del Tribunal Supremo, se reiteran hasta la saciedad dichos argumentos en numerosas sentencias posteriores. Así, por ejemplo, STS de 23 de octubre de 1989 (Ar. 7470), que llega, incluso, a considerar como una desviación de poder el ejercicio de la potestad de planeamiento urbanístico para el logro de vivienda protegida.

2.3.3.1.2 La ley de 1990 y el Real Decreto-Legislativo de 1992

La reforma del Texto Refundido de 1976 por la Ley de 25 de julio de 1990 supuso la introducción explícita en la legislación urbanística estatal de la posibilidad del planeamiento de reservar suelo para viviendas protegidas. El Texto Refundido de 1992 previó en el art. 3.2, letra h, la facultad de “calificar terrenos para la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública”, mientras en el art. 98.3 consideraba tal calificación como un uso específico, al que debía asignarse el correspondiente coeficiente de ponderación para proceder a la equidistribución de cargas y beneficios en el área en que estuviere incluido.

Ni la aprobación de la ley de 1990 ni del Texto Refundido de 1992 hicieron variar la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Pocos meses después de la aprobación de la ley de 1990, se dictó la STS de 16 de octubre de 1990 (Ar. 8129), en la que vuelve a anularse un instrumento urbanístico por haber procedido a la reserva de suelo para la construcción de vivienda protegida, con idénticos argumentos a los empleados con anterioridad. Es cierto que, desde un punto de vista formal, la norma urbanística de aplicación al caso no es la Ley de 1990, pero llama la atención que siendo consciente el Tribunal Supremo, suponemos, de la aprobación de esta ley, su jurisprudencia sigue inalterada, sin ninguna consideración adicional.⁸⁹ Tras la aprobación del Texto Refundido de 1992, los argumentos judiciales siguen idénticos, como decimos sobre la base de que los asuntos juzgados se regían por

⁸⁹ En la misma línea, SSTs de 19 de enero de 1992 (Ar. 1239) y de 5 de febrero de 1992 (Ar. 2299).

Diversidad y convivencia en las ciudades

la legislación anterior, pero sin ninguna nueva reflexión sobre la cuestión. Y, de nuevo, sin ninguna referencia al art. 47 CE.⁹⁰

2.3.3.1.3 La Sentencia del Tribunal Constitucional de 1997

La Sentencia 61/1997, de 20 de marzo, anuló aproximadamente un 80% del Texto Refundido de 1992. Entre los preceptos anulados se encuentra tanto el art. 3.2, letra h como el art. 98.3. En cuanto al primero, la anulación trae causa de la inconstitucionalidad del apartado tercero de la Disposición Final Única, lo que provoca que este apartado, al que se atribuía por el Estado eficacia supletoria, quede invalidado. Idéntica razón competencial hay que buscar en la anulación del art. 98.3, al negar la STC que quede amparado por la competencia estatal derivada del artículo 149.1.13 (FJ 24, letra d).⁹¹

2.3.3.1.4 La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre reservas para viviendas de protección pública posterior a la Sentencia del Tribunal Constitucional

Tras la STC, la jurisprudencia del TS siguió inalterable, como lo había estado tras la aprobación de las reformas legislativas urbanísticas de principios de la década de los noventa.⁹²

⁹⁰ Así, SSTS de 8 de julio de 1992 (Ar. 5749) y de 3 de noviembre de 1992 (Ar. 8743). Véase sin embargo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 25 de septiembre de 2000 (JUR 277833), en la que, ante la alegación del letrado autonómico, se toma en consideración el art. 98.3 del Texto Refundido de 1992, si bien se acaba decidiendo la nulidad de la reserva porque el PGOU de Albacete no contemplaba como uso específico dicha reserva ni establecía la asignación del coeficiente de ponderación correspondiente.

⁹¹ En otro momento hemos puesto de relieve como tampoco el Tribunal Constitucional considera aquí la conexión de tales reservas con el art. 47 CE y, por tanto, ni siquiera se plantea el posible juego del art. 149.1.1. Véase, Ponce Solé, J., *Poder Local...*, *op.cit.*, pp. 137 y ss.

⁹² Así, STS de 29 de marzo de 1999 (Ar. 2645) o STS de 27 de enero de 2001 (Ar. 2624). Véase sin embargo la STS de 7 de diciembre de 2001 (Ar. 4913, de 2002), ponente Sr. Rodríguez-Zapata, en la que, sin entrar a fondo en la
.../...

2.3.3.1.5 Algunas conclusiones: arbitrio judicial y teoría de la argumentación

En definitiva, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la cuestión de las reservas en el planeamiento para viviendas de protección pública ha permanecido inalterada durante casi 20 años, pese a haberse desplegado en un período de tiempo en que se ha pasado de la falta de mención legal de las mismas hasta su regulación explícita.

La justificación ofrecida por las sentencias del Tribunal Supremo se centra básicamente en tres puntos y nos parece francamente endeble:

a) Por un lado, se sostiene que la *política pública* basada en la regulación del uso del suelo como instrumento de provisión de vivienda asequible es errónea, puesto que tal provisión debe hacerse mediante medidas de fomento. No encontramos ningún argumento de peso que permita sostener tal conclusión, que, desde un punto de vista jurídico, parece ser totalmente gratuita. La elaboración de políticas públicas, entendidas como “los distintos tipos de acción que puede adoptar un Gobierno para tratar con problemas sociales o públicos”,⁹³ corresponde a los órganos competentes del poder ejecutivo, en el caso que nos ocupa los gobiernos locales, y el tipo de política pública que hay que desplegar y del instrumento que hay que utilizar (regulación, fomento...) es, desde luego, un ejemplo típico de discrecionalidad no sustituible en sede judicial.⁹⁴ Parece existir, pues, un error conceptual que da paso a una sustitución judicial de esferas de decisión que le son constitucionalmente ajenas.

.../...

argumentación, parece aceptarse la reserva por el planeamiento de suelos para vivienda protegida, al aceptar el razonamiento de la sentencia recurrida.

⁹³ Ballart, X. y Ramió, C., *Ciencia de la Administración*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 481.

⁹⁴ Martínez Nieto, A., “El control de los actos políticos y discrecionales en el nuevo proceso contencioso-administrativo”, *Actualidad Administrativa*, núm. 47, 1998, pp. 1037 y ss.

b) En segundo lugar, las sentencias insisten en la falta de cobertura legal, pues todas se refieren a supuestos en que la ley aplicable no contemplaba la posibilidad explícita de tales reservas por el planeamiento. Sin embargo, la legislación urbanística tampoco las prohibía y, como hemos visto, más bien parece que, siquiera implícitamente las permitía, al estar tales reservas conectadas con el derecho a la vivienda y formar parte, con naturalidad, de la función urbanística.⁹⁵ La confusión del Tribunal Supremo parece derivarse del entendimiento de los planes urbanísticos locales como meros reglamentos, “ocurrencias de funcionarios”, que requieren del permiso explícito legal para establecer este tipo de *calificación urbanística*.

Sin embargo, los planes de urbanismo locales no son meras “ocurrencias de funcionarios” sino la expresión de la autonomía local en el ámbito urbano. En consecuencia, siguiendo en este punto alguna aportación doctrinal,⁹⁶ diversas sentencias del Tribunal Constitucional, que aunque recaídas en otros ámbitos sientan una muy interesante doctrina de las relaciones ley-normas locales,⁹⁷ los arts. 139 y ss. de la LBRL, en la nueva redacción introducida por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, referidos al establecimiento por ordenanzas locales de infracciones y sanciones, y la reciente STS de 29 de septiembre de 2003, ponente Baena Del Alcázar,⁹⁸ hay que entender que el plan no es un mero reglamen-

⁹⁵ Bajo la vigencia del Texto Refundido de 1976 insistía en esta idea, criticando la línea jurisprudencial expuesta, Jiménez Luna, P.A., “La afectación de suelo a la construcción de viviendas de protección oficial como determinación del planeamiento general en suelo urbanizable programado”, *RDU*, 92, 1985, pp. 19 y ss.

⁹⁶ Por ejemplo, Ponce Solé, J., *Discrecionalidad urbanística y autonomía municipal*, Civitas-EAP, 1996, pp. 80 y ss.

⁹⁷ STC 233/1999, de 16 de diciembre, STC 132/2001 de 8 de junio.

⁹⁸ En la misma se conocía de la impugnación de una ordenanza del Ayuntamiento de Zaragoza sobre ocupación de la vía pública con contenedores, en la cual se tipificaban infracciones y sanciones. Ante la alegación de la vulneración del principio de legalidad, el TS señala que la autonomía local (con cita del art. 140 CE y 3.1 de la Carta Europea de la Autonomía Local) justifica la posibilidad

.../...

to burocrático al que se remite la ley, sino una norma local que goza de la legitimidad democrática que le da el órgano que la aprueba y que es *encuadrada* por la ley, a la que no puede vulnerar, pero de la que no necesita una remisión explícita para reservar suelo para vivienda protegida. Nótese, por otro lado, que ninguna calificación urbanística, en general, exige tal remisión explícita legal, porque como ha señalado el Tribunal Supremo en su STS de 11 de febrero de 1991 (Ar. 784) “es la imaginación del planificador la que inventa los tipos, tanto en su denominación como en su contenido (...) dentro, naturalmente, de los límites de la racionalidad que impone el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”. Y parece muy difícil tachar de irracional una calificación urbanística que pretende asegurar la existencia de vivienda asequible no segregada espacialmente.

c) En tercer lugar, la jurisprudencia, en alguna ocasión parece referirse a que la calificación de suelo para vivienda protegida sería contrario al principio de equidistribución de los beneficios y las cargas, contemplado en la legislación urbanística (ahora, véase art. 5 de la ley 6/1998, de 13 de abril). Sin embargo, tal no parece que haya sido el caso, puesto que la legislación urbanística ha ofrecido siempre instrumentos para proceder a la necesaria distribución equitativa de las cargas generadas por la reserva, mediante las técnicas del aprovechamiento medio y tipo.⁹⁹

.../...

de tal tipificación, solución que difícilmente cabe tachar de antidemocrática “pues los miembros de la Corporación local que aprobaron la ordenanza han sido elegidos democráticamente. Esta consideración, no carece ni mucho menos de interés. Pues los destinatarios de la Ordenanza local tipificadora de infracciones y sanciones son las personas del municipio, y en su caso los entes establecidos en él y son aquellas personas las que han elegido a los miembros del pleno del Ayuntamiento que aprueba la Ordenanza. Se da por tanto una situación análoga a la aprobación de una ley por los parlamentarios elegidos por la población del Estado o de una Comunidad Autónoma. Por ello la solución que supone nuestra interpretación se atiene a los principios democráticos que inspiran nuestro ordenamiento”.

⁹⁹ Véanse los arts. 117.2.b, 117.3 del Texto Refundido de 1976, el art. 31 del Reglamento de Planeamiento de 1978, el art. 36 del Reglamento de Gestión urbanística de 1978 o el art. 98.3 del Texto Refundido de 1992. Sin embargo,

.../...

En cualquier caso, la imposibilidad de repartir las cargas producidas por tal calificación podría dar lugar a un supuesto de vinculación singular, para el que el ordenamiento prevé la correspondiente indemnización (ahora, véase art. 43 de la ley 6/1998, de 13 de abril), no a la anulación de la calificación en sí, aunque, como decimos, no parece que haya sido este nunca el problema creado por la calificación de vivienda protegida.

En definitiva, parece que ante el silencio legal, el Tribunal Supremo ha optado por realizar una interpretación creativa, basada en su arbitrio.¹⁰⁰ Estamos, pues, muy lejos de la visión formalista del papel judicial, entendido como *la boca que pronuncia las palabras de la ley*, por utilizar la expresión de Montesquieu, o como el hallador de la respuesta única, desde la visión de Dworkin. Sin embargo la discrecionalidad empleada por la jurisprudencia analizada parece estar escasamente argumentada y es, cuanto menos, discutible.¹⁰¹ En nuestra opinión, la postura del Tribunal Supremo ha obstaculizado las políticas públicas locales y ha supuesto una restricción del derecho a una vivienda adecuada que intentaban desarrollar los planes anulados. La jurisprudencia analizada ha complementado el ordenamiento jurídico (art. 1.6 Código Civil), pero no ha utilizado diversos argumentos fuertes que hubieran avalado las políticas públicas locales, especialmente una interpretación de la legislación urbanística en el contexto ofrecido por el art. 47 CE y atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de dicha legislación, favorable al logro de vivienda asequible (art. 3.1 Código Civil).

.../...

algunas decisiones judiciales, pese a aceptarse el cumplimiento del principio de equidistribución, anulan las reservas. Al respecto, Crespo Hidalgo, B., "La vinculación de suelo al uso de viviendas de protección oficial", *RVAP*, 25, 1989, pág. 192.

¹⁰⁰ Sobre el reconocimiento de ámbitos valorativos en manos de los jueces en la aplicación del ordenamiento jurídico, véase Nieto, A., *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona, 2000.

¹⁰¹ Sobre la justificación, el control y la racionalidad de las decisiones judiciales, puede consultarse, por ejemplo, Segura Ortega, M., *La racionalidad jurídica*, Tecnos, 1998, pp. 115 y ss.

En este sentido, una interpretación judicial como la criticada parece chocar con otras declaraciones más abstractas de este Tribunal, que entiende, por ejemplo, que el sistema de vivienda protegida ha sido instaurado “para subvenir a las dificultades que encuentran los más desvalidos para acceder a un hogar estable y a una vivienda digna, y que hoy tiene el respaldo constitucional que le da el artículo 47 de la Constitución española” (STS de 13 de octubre de 1988, Ar. 7639), intentando “conseguir lo que hoy incluso tiene consagración constitucional en el art. 47 de la Norma Fundamental, o sea, el acceso de los españoles a una vivienda digna” (STS de 19 de mayo de 1988, Ar. 4173). Es decir, el TS parece aceptar la conexión *in abstracto* de la vivienda asequible con el art. 47 CE, pero cuando se trata de controlar su concreta ubicación en el territorio, con su componente de lucha contra la segregación espacial, tal conexión parece ser olvidada, puesto que no existe ni una sola mención a tal derecho constitucional, centrándose la argumentación judicial en la defensa del derecho de propiedad del art. 33, en exclusiva.

En definitiva, no parece que el importante papel de los jueces como garantes de los derechos constitucionales, también de los sociales, claro está (art. 53.3 CE), puesto de relieve, entre otros, por Ferrajoli, haya sido desplegado de forma especialmente intensa en el caso que nos ocupa, referente al derecho a una vivienda digna, adecuada y no segregada.¹⁰²

2.3.3.2 El legislador autonómico y la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia

2.3.3.2.1 La moderna legislación urbanística autonómica y su conexión con la vivienda asequible: algunos ejemplos

La técnica de la reserva de suelo para viviendas protegidas está siendo impulsada por las modernas legislaciones autonómicas, que desde los años noventa del pasado siglo están contemplando en sus leyes urbanísticas bien la *facultad* de los planes de

¹⁰² Ferrajoli, L., *Derechos...*, *op.cit.*, pp. 25 y ss.

establecer tales reservas, siguiendo la línea estatal vista,¹⁰³ bien la *obligación* de hacerlo, en términos más o menos específicos.

Centrándonos en este segundo grupo de leyes autonómicas, podemos destacar a modo de ejemplo los casos vasco, castellano-leonés y catalán. Posteriormente cerraremos este apartado con algunas consideraciones globales, comparando como las distintas legislaciones han abordado diversos aspectos relativos a estas reservas.

2.3.3.2.1.1 La legislación vasca y su interpretación judicial

La Ley vasca 17/1994, de 30 de junio, desarrollada por el Decreto 142/1997, de 17 de junio, establece los llamados “estándares de viviendas de protección pública”, en su artículos 2-5. Se exige que los Planes Generales y las Normas Subsidiarias en los municipios de más de 7.000 habitantes califiquen como suelo destinado a la construcción de viviendas sujetas a protección pública la superficie de terreno precisa para materializar el aprovechamiento mínimo del 20% del total residencial previstos en operaciones integradas de reforma interior a ejecutar mediante unidades de ejecución y del 65% del total residencial en suelo urbanizable. En los municipios de menos de 7000 habitantes, el consejero competente en materia de urbanismo y vivienda, siguiendo un procedimiento especificado en la ley, podrá obligar a la aplicación de dicho régimen, “por aconsejarlo así la ordenación territorial y la situación del mercado de vivienda”. Excepcionalmente cabrá la rebaja de los porcentajes por el consejero, siguiendo el procedimiento descrito en el art. 5 de la ley, y siempre que “se acredite el cumplimiento global de los estándares mínimos”.

Precisamente, la aplicación de una excepción de las previstas en el art. 5 dio lugar a la interesante Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 16 de mayo de 2001 (RJCA 2001/1296), ponente Sr. Ruiz Ruiz. En la misma se conoció del recurso pre-

¹⁰³ Por ejemplo, art. 3.1 h de la Ley gallega 1/1997, de 24 de marzo.

sentado por diversas asociaciones de vecinos de San Sebastián contra la aprobación definitiva del Plan General de Ordenación Urbana de la Ciudad. A través de una Orden de 2 de noviembre de 1995, el consejero competente había autorizado el incumplimiento de los porcentajes de vivienda protegida en suelo urbanizable, considerando que se suplía tal omisión con la previsión excedentaria efectuada en suelo urbano. El Tribunal Superior de Justicia analiza las alegaciones de los recurrentes referidas al control de la discrecionalidad urbanística, rechazando entrar a controlar la Orden de 1995, en su día no recurrida, y afirmando que la resolución recurrida (acuerdo de la Diputación Foral de Gipuzkoa, publicado en el Boletín Oficial del País Vasco de de 3 de enero de 1996, núm. 1996002) contenía una suficiente motivación sobre el reparto de la vivienda protegida, al referirse a la mencionada Orden en su parte dispositiva.

Estamos pues ante una importante sentencia, fruto de la acción pública emprendida por diversas asociaciones de ciudadanos que se enfrentan a la discrecionalidad en el reparto territorial de la vivienda protegida. El Tribunal afirma reiteradamente que no le corresponde a él juzgar la oportunidad de la decisión, aunque, quizás, se echa en falta un control más incisivo de la fundamentación y justificación de la excepción en la aplicación de los estándares de vivienda protegida, sobre todo teniendo en cuenta que la sentencia acepta la conexión de éstos con el art. 47 CE.

2.3.3.3.1.2. La legislación de Castilla-León y su interpretación judicial

Al igual que en el País Vasco, la Ley de Castilla-León 5/1999 de 8 de abril (modificada en este punto por la Ley 10/2002, de 10 de julio) establece en el art. 38.2 la inclusión obligatoria de vivienda protegida en *suelo urbanizable*¹⁰⁴. El porcentaje establecido es del 10% del aprovechamiento lucrativo total del con-

¹⁰⁴ En el caso del suelo urbano, la inclusión de viviendas protegidas es meramente facultativa.

junto de sectores con uso predominante residencial, con un máximo del 50%, en el caso del suelo urbanizable delimitado. En el suelo urbanizable no delimitado, el porcentaje de aprovechamiento que debe destinarse a viviendas con algún régimen de protección no podrá ser inferior al 30% del aprovechamiento lucrativo de cada sector con uso predominante residencial.

Por sentencias de 24 de enero de 2002 (RJCA 2002/294) y de 3 de marzo de 2003 (RJCA 2003/209), el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León ha negado la posibilidad al Ayuntamiento de Burgos de establecer reservas del 30% para la construcción de viviendas protegidas en suelo urbanizable, debido a que en ambos casos, por distintas causas, se considera no aplicable ni la Ley de 1999 ni su modificación de 2002, con lo que, acogiéndose a la jurisprudencia antes criticada del Tribunal Supremo, el Tribunal Superior de Justicia ha considerado ausente la necesaria cobertura legal específica de la política pública municipal.¹⁰⁵ Vuelve a llamar la atención que, estando en juego el art. 47 CE, no se mencione ni una sola vez a éste ni se utilice como parámetro interpretador de las posibles dudas sobre la aplicación o no, por razones temporales, de la legislación autonómica que intenta promover la cohesión social, debiéndose repetir aquí, además, las consideraciones ya efectuadas a propósito de la cobertura legal ofrecida por la legislación estatal.

¹⁰⁵ La sentencia de 2002 recae a propósito del Plan General de Ordenación Urbana de Burgos, considerando no aplicable la Ley de 1999 por una interpretación discutible de las Disposiciones Transitorias primera, tercera y sexta. Creemos que la sentencia confunde, al aplicar dichas disposiciones transitorias, lo que es el régimen de tramitación procedimental y el régimen sustantivo legal de aplicación. En segundo lugar, parece entender que la Revisión del PGOU no es una adaptación. En tercer lugar, interpreta que a falta de adaptación no se aplica la ley de 1999 salvo las particularidades explicitadas en la Disposición Transitoria tercera, lo que parece que es contrario a dicha Disposición, que afirma justamente lo contrario (su aplicación salvo en las particularidades listadas).

La Sentencia de 2003, por su parte, conoce de la impugnación de un Plan Parcial que desarrolla el PGOU. Acogiéndose a la doctrina de la sentencia de 2002, se niega además en este caso a que sea aplicable la modificación de 2002, por ser posterior a la aprobación definitiva del Plan Parcial impugnado.

Solidaridad, cohesión social y derecho público: a propósito...

El Decreto 22/2004, de 29 de enero, por el que se aprueba el reglamento de urbanismo, ha concretado algunas de las previsiones legales en materia de reservas para viviendas de protección pública.

Así, en el caso del suelo urbano no consolidado y del suelo urbanizable delimitado, el Plan General de Ordenación urbana ha de fijar, como parámetro de ordenación general para cada sector, el “índice de variedad de uso”, que “expresa el porcentaje de aprovechamiento del sector que debe destinarse a usos compatibles con el predominante, entre los cuales puede incluirse la edificación de viviendas con protección pública” (art. 86.1,2º, letra d), índice que debe ser igual o superior al 10% en suelo urbano consolidado y al 20% en suelo urbanizable.

Asimismo, para cada sector de suelo urbano no consolidado o suelo urbanizable delimitado con uso predominante residencial este instrumento urbanístico debe establecer el “índice de variedad tipológica” el cual “expresa el porcentaje de aprovechamiento del sector que debe destinarse a tipologías edificatorias diferentes de la predominante: en suelo urbano no consolidado no es obligatorio; en suelo urbanizable, debe ser igual o superior al 20%” (art. 86.3, letra b). También en el mismo supuesto ha de establecer el “índice de integración social” que “expresa el porcentaje de aprovechamiento de cada sector con uso predominante residencial que debe destinarse a la construcción de viviendas con protección pública: en suelo urbano no consolidado no es obligatorio; en suelo urbanizable debe ser igual o superior al 10 por ciento”, de acuerdo con lo señalado por el art. 87 (art. 86.3, letra d).

Finalmente, en el caso del suelo urbanizable no delimitado, el Plan General de Ordenación Urbana debe establecer, para cada área de suelo urbanizable no delimitado que fije (por defecto, existirá una sola a falta de división expresa) un índice de variedad de uso igual o superior al 20%, un índice de variedad tipológica igual o superior al 20% y un índice de integración social igual o superior al 30%.

2.3.3.3.1.3 La Ley catalana 2/2002 y su Reglamento de Desarrollo Parcial

Un último ejemplo de legislación que obliga al establecimiento de reservas en el planeamiento para vivienda protegida lo encontramos en la Ley catalana 2/2002, de 14 de marzo (arts. 57.3 y 60.10, principalmente), y en el Reglamento que la desarrolla parcialmente, Decreto 287/2003, de 4 de noviembre (arts. 5, 14 y 30). En líneas generales, la ley catalana exige que los planes de ordenación urbanística municipal reserven, tanto en suelo urbano como en suelo urbanizable, como mínimo, el suelo correspondiente al 20% del techo que se califique para uso residencial de nueva implantación con el fin de construir viviendas de protección pública.¹⁰⁶

La Ley también prevé la posibilidad de disminuir esta reserva por parte de los órganos autonómicos competentes, en sectores con densidades inferiores a 25 habitantes por hectárea y

¹⁰⁶ El Reglamento especifica que se entiende por uso residencial de nueva implantación el uso destinado a viviendas que el plan de ordenación urbanística o el Programa de Actuación Urbanística municipal admitan como nuevo uso, o bien que confirmen como uso permitido por el plan anterior, aunque en este último caso sólo en el supuesto de suelo urbanizable de uso residencial, siempre que, siendo necesaria reparcelación, no se haya presentado el proyecto, o siempre que, no siendo necesaria reparcelación, no se haya solicitado licencia. En cualquier caso, nótese que para la definición de uso residencial de nueva implantación el reglamento adopta como referencia el plan anterior, por lo que no todo el suelo residencial previsto en el nuevo plan es, por sí, de nueva implantación: sólo lo será, según el reglamento, lo que “añada” respecto al instrumento anterior. Esto puede tener relevancia en las operaciones de transformación urbana en suelo urbano no consolidado, puesto que si la transformación reordena sin añadir nuevo uso residencial, parece que no sería aplicable la reserva obligatoria.

El Reglamento también especifica que el suelo con aprovechamiento urbanístico de uso residencial objeto de cesión obligatoria y gratuita que pase al patrimonio municipal de suelo y vivienda y que ha de ser destinado a vivienda protegida (de acuerdo con los arts. 43, 45 y 156.2 de la Ley) computa a los efectos de la reserva del 20%. Como no puede ser de otro modo, puesto que tal suelo ha de entrar en el proceso de cálculo del aprovechamiento medio, a partir del cual se producirá dicha cesión del 10% del aprovechamiento patrimonial.

que por su tipología no sean aptos para la construcción de vivienda protegida.¹⁰⁷

El Reglamento considera que el aumento o la disminución de la reserva en más de un 10% –en total o en referencia a uno o más sectores del planeamiento derivado sólo si además se altera en más del 10% en total también– supone una variación substancial de la ordenación, que requiere una nueva información pública antes de proceder a la aprobación definitiva o a la aprobación provisional de la modificación o revisión de un plan. Si la modificación de las reservas es inferior al 10% no es necesaria la nueva información pública, al tratarse de una modificación puntual o cambio aislado, aunque sí debe quedar constancia de tal variación en el acuerdo de aprobación siguiente al cambio introducido.

Finalmente, el art. 30 del Reglamento conecta las reservas de vivienda protegida con el Registro de la Propiedad, operación que puede carecer de la preceptiva cobertura legal, dado que en la Ley 2/2002 nada se dice al respecto y pudiera, además, tratarse de una competencia estatal derivada del art. 149.1.8 CE. En cualquier caso, de acuerdo con este precepto, en el supuesto de reparcelación ha de expresarse en la descripción de las fincas resultantes su condición de estar destinadas a la construcción de viviendas protegidas, para que conste en el Registro. Si no es necesaria la reparcelación, entonces debe existir una nota marginal en el Registro (para lo que se expedirá el correspondiente certificado administrativo y se notificará a los titulares inscritos), que será requisito para la entrega de licencias de edificación en el ámbito urbanístico de que se trate. Por último, será preciso que en la escritura de obra nueva se haga constar la calificación pro-

¹⁰⁷ El Reglamento se refiere a esta excepción (aunque sin aludir a la cuestión de la tipología, que debe entenderse en cualquier caso de necesaria concurrencia por mandato legal), señalando que el techo de estos sectores no computa a los efectos de la reserva. Lo que no se entiende muy bien, puesto que dichos sectores sí computan para la reserva, lo que ocurre es que, excepcionalmente, se decide disminuir la misma en estos casos.

visional como vivienda protegida para poder inscribir en el Registro la declaración de obra nueva.¹⁰⁸

2.3.3.2 Algunas cuestiones comunes a las legislaciones autonómicas. Autonomía local y respeto del art. 53.1 CE

Si algún rasgo caracteriza la legislación urbanística autonómica referida a reservas de vivienda protegida es la *identidad* de su finalidad (el logro del derecho del art. 47 CE y de la cohesión social) y la *heterogeneidad* de las regulaciones concretas y de las técnicas legales empleadas: previsión como facultad o como obligación municipal, y aún dentro de este supuesto, como potestad reglada o como potestad con ámbitos valorativos referidos, por ejemplo, a la cuantía de la reserva; exigencia de porcentajes distintos cuando éstos vienen detallados; inclusión o exclusión de clases de suelo, etc.

Debe advertirse que no coincidimos con López Ramón cuando señala que “optar de manera general e imperativa por concretas técnicas contra la segregación espacial no es decisión apropiada para la ley. En tal sentido, parecen criticables los porcentajes de reserva de suelo para vivienda asequible establecidos uniformemente en la legislación urbanística de algunas Comunidades Autónomas. Aunque resulta evidente la benéfica intención de estos legisladores, es fácil imaginar las variadas modalidades de perversión del objetivo perseguido”, pues para este autor, las cuestiones implicadas tendrían un “carácter materialmente ejecutivo”.¹⁰⁹

En nuestra opinión, no estamos ante cuestiones ajenas a la Ley, ni mucho menos *inapropiadas* (¿por qué?) para la misma. Es precisamente la Ley, desarrollando el mandato del art. 47 y concordantes CE, la que puede y debe articular el diseño de políticas públicas, aunque, como se argumentará, ciertamente los

¹⁰⁸ *Mutatis mutandis* esta previsión recuerda la del art. 20 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, referente a las garantías exigibles del art. 19.

¹⁰⁹ López Ramón, F., *Recensión...*, *op. cit.*, pág. 583.

gobiernos locales, de las manos de sus planes de urbanismo, tengan mucho que decir también al respecto. Por otro lado, las posibles *perversiones* (¿cuáles?) del objetivo perseguido (la cohesión social) no creemos que justifiquen la inacción, cuyas consecuencias, por cierto, sí que nos son bien conocidas, especialmente entre ciudadanos con bajo poder adquisitivo.¹¹⁰

En todo caso, desde una perspectiva más concreta, entendemos que las reservas autonómicas no vulneran ni el *principio de autonomía local* ni los requisitos que establece el art. 53.1CE para *regular el derecho de propiedad*, dos críticas que podrían ser formuladas contra tal técnica jurídica.¹¹¹ Desde la perspectiva de la *autonomía municipal* (art. 140 CE), incluso en aquellos casos más incisivos ya vistos, cuando el legislador obliga a efectuar la reserva y fija concretos porcentajes, se está intentando hacer efectivo el derecho constitucional a la vivienda en conexión con el principio de solidaridad, lo que supone un interés claramente supralocal. En cualquier caso, como veremos, queda en manos municipales la concreta ubicación de las viviendas, decisión muy importante en la práctica para el logro de los objetivos

¹¹⁰ Sobre la tesis de la perversidad puede consultarse Hirschman, A. O., *Retóricas de la intransigencia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1991, pp. 21 y ss.

¹¹¹ Sobre la posible vulneración del derecho de propiedad, véase González De Buitrago, V., "El problema social de acceso a la vivienda y sus posibles soluciones", *RDUyMA*, 199, 2003, pág. 105, aunque sin argumentar la razón. Este autor señala que la reserva de altos porcentajes de vivienda protegida supondría un encarecimiento del precio de la vivienda libre, a la que tendría que renunciar un porcentaje de la población. No compartimos la opinión, por otra parte no avalada por ningún tipo de estudio de este autor. Aún sin contar con datos concluyentes, parece razonable concluir que la efectiva producción de altos porcentajes de vivienda protegida aumentará la oferta global de vivienda, y, gracias a sus precios controlados, podría forzar a la baja los precios de la vivienda no protegida, con lo que la demanda podría optar entre uno u otro tipo de vivienda, pero con precios controlados (bien por regulación, bien por efecto de la competencia). Sobre los benéficos efectos de un alto grado de implicación pública en el mercado de vivienda, véase para el caso sueco Kenn, D., "One Nation's Dream, Another's Reality: Housing Justice in Sweden", *22 Brook.j.Int'l L.*, pp. 63 y ss.

aludidos. Desde la perspectiva *del derecho de propiedad (art. 33 CE)*, la función social del mismo, anclada como vimos en la idea de solidaridad, justifica tales reservas, que se efectúan en *norma con rango de ley*, respetan el *contenido esencial del derecho de propiedad* urbana (perfectamente reconocible en su dedicación a la construcción de viviendas protegidas) y no son *in abstracto desproporcionadas* (puesto que permiten alcanzar un fin de interés general, la cohesión social, utilizando un modo menos restrictivo que la expropiación y generando muchos más beneficios para la colectividad que perjuicios para el propietario, puesto que éste tiene derecho en todo caso a la equidistribución de las cargas que pueda padecer).¹¹²

Partiendo de estas notas comunes a todas las reservas legales autonómicas, puede ser interesante analizar brevemente los distintos enfoques y soluciones adoptados en cada caso.

2.3.3.2.1 Objeto de la reserva

Mientras en unos casos el legislador exige la reserva de suelo (caso de la Ley catalana 2/2002), en otros se decanta por plasmar las reservas en viviendas (caso de la Ley madrileña 9/2001, de 17 de julio, art. 38.2). En el caso vasco, el art. 4 del Decreto 142/1997, de 17 de junio, señala que el estándar de viviendas de protección oficial se aplicará, sobre la base del aprovechamiento materializable, a unidades de vivienda, aunque si el planeamiento no especificara el parámetro de número de viviendas, la aplicación del estándar se realizará sobre el techo edificable residencial. A efectos del logro de la cohesión social, mediante la mezcla de tipologías de viviendas, parece preferible la técnica de plasmar la reserva en techo edificable, de tal modo que una mis-

¹¹² Sobre la función social de la propiedad, véase la STC 37/1987. Respecto a las posibilidades del legislador de restringir el derecho de la propiedad para lograr vivienda asequible, son muy interesantes las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *James y otros*, de 21 de febrero de 1986, *Mellacher y otros*, de 19 de diciembre de 1989, y *Spadea y Scalabrino*, de 28 de septiembre de 1995.

ma promoción pueda incluir, en parte, pisos no protegidos y, en parte, pisos protegidos.

2.3.3.2.2.2 Porcentaje

En este punto, las legislaciones son muy divergentes. Por un lado, existen legislaciones que no imponen porcentajes concretos, sino que dejan en manos de la discrecionalidad local la decisión sobre la cuantía de la reserva, con algunas indicaciones, como por ejemplo la Ley de Castilla-La Mancha 2/1998, de 4 de junio, que en el art. 24 se refiere al “suelo suficiente para cubrir las necesidades previsibles en el primer decenio de vigencia del Plan”, obligando a justificar específicamente la decisión que se adopte.

En otros casos, la ley autonómica sí fija directamente porcentajes, desde el 65% previsto por la legislación vasca en suelo urbanizable, hasta el 20% catalán como *mínimo*, pasando por el 50% madrileño como mínimo o el 50% *como máximo* del Decreto Legislativo canario 1/2000, de 8 de mayo, los porcentajes varían notablemente, así como los métodos de cómputo (sobre el uso residencial de nueva implantación o nueva capacidad residencial prevista, casos catalán y riojano –Ley 10/1998, de 2 de julio; sobre el aprovechamiento del ámbito o sector, caso canario; sobre la superficie destinada a usos residenciales, caso de la Ley cántabra 2/2001, de 25 de junio, etc) .

En todo caso, no parece que exista una conciencia muy formada sobre el porcentaje ideal, pues faltan estudios sobre el impacto global de esta técnica en el mercado del suelo. Estamos ante un supuesto en el que futuros (y necesarios) estudios podrían contribuir notablemente a refinar la técnica y promover adecuadamente tanto el derecho a la vivienda como el derecho de propiedad privada. Es éste uno de los supuestos en que la interdisciplinariedad y el uso de la jurimetría puede contribuir a la protección de los derechos y a la mejora de la gestión pública.¹¹³

¹¹³ En general, sobre el análisis empírico y el uso de métodos cuantitativos en el Derecho, véase Pastor Prieto, S., “Sistema jurídico y ciencias sociales: .../...

A priori, es razonable pensar que una regulación legal uniforme, estableciendo un mínimo por ejemplo, puede pecar de rigidez, pues las circunstancias de cada municipio varían notablemente. Tal rigidez puede provocar el incremento en el número de excepciones a la regla. En cambio, una regulación flexible, estableciendo, por ejemplo, un máximo, tiene la ventaja de abrir ámbitos valorativos a los municipios para la ponderación de las circunstancias concretas, aunque, evidentemente, la existencia de tal discrecionalidad puede degenerar, en situaciones patológicas, en supuestos de arbitrariedad, especialmente en el caso de municipios “egoístas” que por diversos motivos no quieran tener en su territorio vivienda protegida y mezcla social, dando lugar a conocidos fenómenos de *NIMBY*.¹¹⁴

2.3.3.2.3 Distribución de la reserva

Es éste un aspecto importante, puesto que las reservas de viviendas protegidas, para dar lugar a un hábitat digno y adecuado, deben evitar concentraciones espaciales y ser repartidas equilibradamente por el territorio. En este sentido, lo mejor parece, en principio, una distribución uniforme por todos los sectores. Por ello no nos parece adecuado el art. 14 del Decreto catalán 287/2003, de 4 de noviembre, cuando establece que la reserva será genérica para todos los ámbitos de actuación a falta de que los instrumentos urbanísticos (Plan de ordenación urbanística municipal o Programa de Actuación Urbanística, art. 60.10 de la Ley 2/2002) digan otra cosa, pudiendo variar dicha uniformidad. Ni tampoco el art. 87 del Decreto de Castilla y León 22/2004, de

.../...

análisis económico del derecho y jurimetría”, en Añón, M. J., Bergalli, R., Calvo, M. y Casanovas, P., *Derecho y sociedad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 273 y ss. Concretamente, referente al derecho a la vivienda, Pisarello, G., *Vivienda para todos un derecho en (de) construcción*, Icaria, Barcelona, 2003, pp. 109 y ss.

¹¹⁴ Acrónimo en inglés de *Not in My Back Yard*. Sobre este fenómeno en el ámbito catalán, Nel-lo, O., (Ed.), *Aquí, no! Els conflictes territorials a Catalunya*, Empúries, 2003.

29 de enero, que indica que el Plan General puede distribuir la reserva para viviendas de protección pública en suelo urbanizable delimitado “entre los sectores”, sólo actuando en defecto de distribución el criterio reglamentaría que “el porcentaje de aprovechamiento lucrativo que debe destinarse a la construcción de viviendas con protección pública debe ser igual en todos los sectores de suelo urbanizable delimitado con uso predominante residencial”.

Hubiera sido preferible que ya en el ámbito legal se consagrara el criterio de la uniformidad en la repartición de la reserva, permitiendo, en su caso, la excepción del mismo por los instrumentos urbanísticos, siempre que fundamentaran y motivaran cuidadosamente tal excepción, puesto que está en juego, ni más ni menos, que la posible segregación de las viviendas protegidas respecto de las no protegidas, con lo que ello comporta de segregación social y ausencia de mezcla promovedora de la cohesión social.

A falta de tal declaración legal explícita, nada autoriza, sin embargo, a los reglamentos autonómicos vistos a establecer justamente el criterio contrario. En el caso catalán ello es así porque si bien la ley catalana no establece explícitamente el criterio de uniformidad en la distribución, la interpretación sistemática del art. 57.3 con el art. 3 de la ley, que exige la cohesión social como componente del desarrollo sostenible, y con los art. 5 y 30 del reglamento (que parecen dar por supuesta la inclusión de la reserva en todos los sectores) parecen contradecir al art. 14.2 del reglamento. Por tanto, ha de entenderse que la distribución de la reserva es uniforme en principio, y que los instrumentos urbanísticos sólo podrán variar la misma excepcionalmente y de forma motivada, exponiendo en qué modo tal distribución no uniforme sirve a la cohesión social necesaria para el desarrollo sostenible, de acuerdo con la exigencia del art. 59.3, letra b, de la Ley 2/2002, referido al contenido de la memoria de los planes. Un muy semejante razonamiento debe hacerse en el caso del reglamento de Castilla y León, partiendo de la interpretación sistemática del art. 87 con los arts. 4 y 38 de la Ley urbanística de la Comunidad Autónoma.

2.3.3.2.4 Técnicas de equidistribución para compensar la reserva

Todas las legislaciones diseñan técnicas para hacer realidad el principio de equidistribución, que se basan en el cálculo promediado del aprovechamiento urbanístico mediante la utilización por el planeamiento de *coeficientes* correctores, que permiten homogeneizar los valores de los usos, teniendo en cuenta en el caso que nos ocupa la calificación como vivienda protegida existente.¹¹⁵

2.3.3.2.5 Las excepciones a la obligación de reserva

También es habitual que las leyes autonómicas contemplen excepciones a las reservas, excepciones que deberán justificarse por los municipios caso por caso y cuya autorización, en ocasiones, está en manos de una autoridad distinta a la municipal.

Un caso paradigmático al respecto lo encontramos en la legislación vasca ya mencionada. El art. 5 de la Ley 17/1994, de 30 de junio, prevé la posibilidad de excepcionar las reservas por el Consejero autonómico competente, como vimos. Pues bien, de la investigación efectuada, se han podido contabilizar 16 excepciones aplicadas entre la aprobación de la ley y finales del año 2003.¹¹⁶ Las excepciones analizadas afectan tanto a suelo urbano como a urbanizable y, aspecto muy importante, las autorizaciones autonómicas se preocupan por aplicar los arts. 5.2 de la Ley y 6.1, letra c, del reglamento que la desarrolla, que prevén que se pueda disminuir el porcentaje de la reserva en un ámbito, siem-

¹¹⁵ Por ejemplo, art. 37 de la ley catalana 2/2002 y art. 2 del su reglamento parcial.

¹¹⁶ 15 de ellas detectadas mediante su publicación en el Boletín Oficial del País Vasco, mientras una no ha sido posible encontrarla en el Boletín pero se tiene conocimiento de ella mediante la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 16 de mayo de 2001, antes comentada. Se trata de la excepción aplicada al Plan General de Ordenación Urbana de San Sebastián, aprobado definitivamente en 1995.

pre que se justifique cómo se compensa esa disminución en otro ámbito distinto.

Esta exigencia de compensación debería entenderse siempre existente aún a falta de mención legal explícita, pues se encuentra inherente a la finalidad perseguida por las normas que establecen estas reservas.¹¹⁷

El adecuado control autonómico y/o judicial de las excepciones locales a las reservas deviene de la mayor importancia, desde un punto cuantitativo y cualitativo. Cuantitativamente, porque la excepción no debería suponer merma del estándar de reserva, y por tanto se debe ubicar en otra parte la vivienda protegida eliminada. Cualitativamente, porque la decisión en sí de eliminar la reserva en un ámbito comporta evidentes riesgos de segregación urbana, que han de ser ponderados por la decisión que se adopte, la cual debería motivar cuidadosamente este punto.

2.3.3.2.2.6 Problemas de relación entre las competencias urbanísticas locales y las competencias de vivienda autonómicas y problemas de articulación práctica de la técnica de reserva. La necesidad de colaboración interadministrativa y de contar con datos y con análisis del modo de distribución de la vivienda social sobre el territorio: los observatorios urbanos

Finalmente, debe notarse que la reserva urbanística de vivienda protegida, aún siendo útil, debe ponerse en conexión, precisamente, con el régimen legal que regula las viviendas de protección pública en España. Si la calificación urbanística local está desconectada de la calificación provisional y definitiva de la

¹¹⁷ Así, por ejemplo, en el caso catalán el art. 57.3 de la Ley de 2002 no dice nada sobre la necesidad de dicha compensación, mientras el art. 14 del Reglamento parcial de 2003, al señalar que cuando se excepcione la reserva en ciertos sectores el techo de éstos “no computa” a efectos de dicha reserva, parece sugerir exactamente lo contrario. Insistimos en que el silencio legal no descarta tal compensación, desde una interpretación teleológica de la norma, por lo que esa precisión del art. 14 del reglamento catalán debe entenderse contraria a la Ley.

vivienda como protegida, al estar éstas en manos autonómicas,¹¹⁸ algunos problemas de coordinación pueden llegar a surgir, y pueden existir situaciones en que la calificación del suelo no se corresponda con la posibilidad de acceder al régimen diseñado para este tipo de vivienda. Para remediar este tipo de problemas, sería recomendable intensificar las relaciones interadministrativas entre el nivel autonómico y el local, por un lado, y prever modos de solución específicos.¹¹⁹

Por otro lado, debe notarse que la construcción de vivienda protegida en nuestro país es una *actividad voluntaria* para el promotor privado. Por lo tanto, dependiendo de las circunstancias del mercado, cabría que la calificación urbanística no fuera acompañada por una ágil construcción de la vivienda protegida, puesto que los promotores podrían estar interesados en acudir al mercado libre, debido a las mayores ganancias que les reporta, frente a los beneficios más restringidos en la construcción de vivienda protegida en virtud de la aplicación de los precios máximos de

¹¹⁸ Véase por ejemplo los arts. 9 a 12 del Decreto catalán 157/2002, de 11 de junio.

¹¹⁹ En relación con las técnicas de colaboración interadministrativas, téngase en cuenta el art. 138 LBRL en la redacción dada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, referido a la Conferencia de ciudades en el seno de la Conferencia sectorial para asuntos locales, de la que formarán parte los tres niveles de poder, en el nivel local están los alcaldes de los municipios de gran población, tal y como se definen en el actual art. 121 LBRL.

En cuanto a soluciones para evitar disonancias en la actuación del nivel autonómico y del local, véase, por ejemplo, el art. 12 del Decreto catalán 157/2002, de 11 de junio, en el que se prevé que en caso de rechazarse la calificación definitiva de una vivienda como de protección oficial, por causa imputable al promotor, pueden optar por resolver el contrato o título de adjudicación o solicitar la rehabilitación del expediente a su favor, con el compromiso de acabar las obras o subsanar las deficiencias que han impedido la obtención de la calificación definitiva. Sin embargo, puede suceder que la calificación definitiva no se obtenga y no sea por culpa del promotor o que las deficiencias no sean subsanables, con lo que la solución de los problemas se puede complicar, al subsistir, en todo caso, la calificación urbanística como vivienda protegida.

venta y renta fijados normativamente.¹²⁰ En este punto, sería deseable una regulación flexible, que permitiera ajustes automáticos de los precios máximos en función de la situación económica, así como que se tuviera en cuenta no sólo la existencia de “municipios singulares”¹²¹ sino también áreas urbanas, en el interior de cada municipio singular, “especiales”, pues es evidente la heterogeneidad de algunos grandes centros urbanos.

En cualquier caso, nos parece evidente que la detección de problemas y propuesta de alternativas de actuación pública deberá descansar en la existencia de información suficiente sobre el modo de distribución de la vivienda social sobre el territorio y de análisis interdisciplinares (económicos, geográficos, sociales, jurídicos...) basados en tal información, a fin de detectar carencias y desequilibrios y afrontarlos. En este sentido, nos parece que una iniciativa inmediata que hay que adoptar, en el nivel organizativo público, sería la creación de *Observatorios Urbanos autónomos y locales* sobre la calidad de vida urbana, en general, y, en particular, la evolución de los fenómenos segregativos en las ciudades. En esta línea, aunque a nivel estatal, la ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, ha modificado la LBRL y ha previsto la creación de un *Observatorio Urbano* por parte del Gobierno estatal, adscrito al *Ministerio de las Administraciones Públicas* (artículo primero de la Ley, que añade una Disposición Adicional novena a la LBRL).

¹²⁰ Véanse los artículos 7 y 8 del Real Decreto 1/2002, de 11 de enero. Sobre el desinterés de los promotores privados en la entrada en el régimen de vivienda protegida y la posible frustración de las reservas de planeamiento véase “Estructura urbana y procesos de exclusión”, en AA.VV., *Informe España 2001*, Fundación encuentro, 2001, pág. 332.

¹²¹ Véase la Orden FOM/738/2002, de 27 de marzo.

III. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES: ACTIVIDAD REGULADORA, ACTIVIDAD DE FOMENTO Y ACTIVIDAD DE SERVICIO PÚBLICO. EGOÍSMO DE MERCADO Y SOLIDARIDAD DE DERECHO PÚBLICO

3.1 Regulación pública y actividad administrativa de limitación: derechos de tanteo y retracto, incorporación de cesiones obligatorias a los patrimonios públicos del suelo y proyectos de delimitación de reserva de terrenos

En definitiva, la imposición legislativa de reservas de vivienda protegida en el planeamiento urbanístico puede ser una técnica útil, cuya evaluación concreta todavía no se ha realizado, al carecerse de datos sobre su implementación real allí donde se ha previsto. De su correcto funcionamiento depende, desde una perspectiva “micro” los derechos a una vivienda digna y adecuada de muchos ciudadanos y, desde una perspectiva “macro”, el logro de una sociedad cohesionada socialmente. Nos jugamos, pues, mucho, por lo que parecen necesarios estudios que nos expliquen qué ocurre en la realidad y nos permitan *evaluar las políticas públicas de mezcla urbana*.¹²²

Ahora bien, esta delimitación legislativa del derecho de propiedad expuesta no es el único mecanismo existente en nuestro Derecho para el logro de vivienda asequible no segregada, como es sabido. Entre otros instrumentos normativos cabe señalar el papel de los derechos de tanteo y retracto (por ejemplo, arts. 164 a 166 de la Ley catalana 2/2002), a los que la STC de 207/1999, de 11 de noviembre, ha definido como “un mecanismo o técnica jurídica establecido con la plausible finalidad de combatir el fenómeno de la especulación del suelo, haciendo asimismo, viable la construcción de viviendas que, por su régimen de protección

¹²² En el caso francés, el art. L.302-3 y R. 302-13 del *Code de la Construction et de l'habitation* exigen que cada año se deba elaborar un balance de la aplicación de los planes dirigidos al logro de la mezcla social mediante la inyección del 20% de vivienda social en cada municipio, y deciden, en función de los datos obtenidos, posibles modificaciones en función de evoluciones económicas, demográficas o sociales.

pública, sean asequibles al sector más desfavorecido de la población, en acomodación a los mandatos constitucionales contenidos en los arts. 33.2 y 47 CE; los patrimonios públicos del suelo (por ejemplo, arts. 153 y ss. de la Ley catalana 2/2002¹²³) y, en conexión con éstos, los proyectos de delimitación para la adquisición por expropiación de reservas de suelo (por ejemplo, art. 154 Ley catalana 2/2002), instrumento éste al que se ha referido, por ejemplo, la STS de 21 de marzo de 2000 (Ar. 3689), conectándolo con el art. 47 CE.

En conexión con los patrimonios públicos del suelo, es necesario efectuar *una reflexión más global sobre la importancia de los bienes patrimoniales de las Administraciones públicas como instrumentos de cohesión social en conexión con la generación de vivienda asequible no segregada*. Así, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, apunta tímidamente esta importancia en diversos preceptos. Un ejemplo lo constituye el art. 8.2, según el cual en todo caso “la gestión de los bienes patrimoniales deberá coayudar al desarrollo y a la ejecución de las distintas políticas públicas en vigor y, en particular, al de la política de vivienda, en coordinación con las Administraciones competentes”.¹²⁴ El desarrollo de una política de vivienda (hay que entender, claro, que es asequible en el marco del art. 47 CE) justifica, según el art. 137.3 que la enajenación de inmuebles se realice como regla general mediante concurso, y sólo excepcionalmente, y en la medida en que no comprometa tal política pública, mediante subasta.¹²⁵ El art. 191 de esta Ley (de aplicación básica) se refiere a los posibles acuerdos entre Administraciones tras la desafectación de bienes inmuebles, y se pueden tener en cuenta en las contraprestaciones

¹²³ Una novedad destacable de esta ley es la exigencia de que el suelo correspondiente al porcentaje de aprovechamiento urbanístico de cesión obligatoria y gratuita se incorpore a los patrimonios municipales de suelo y vivienda, y se deben destinar los terrenos, si son de uso residencial, a vivienda protegida.

¹²⁴ De acuerdo con el art. 2.2 y la Disposición Final segunda de la Ley, este precepto no es ni de aplicación general ni de aplicación básica.

¹²⁵ De acuerdo con el art. 2.2 y la Disposición Final segunda de la Ley, este precepto tampoco es ni de aplicación general ni de aplicación básica.

que se pacten en los convenios la conexión que dichos bienes puedan tener con las políticas públicas de vivienda.

En cualquier caso, entendemos que cualquier operación que se realice con los bienes inmuebles patrimoniales (especialmente su enajenación) debería tener muy presente su impacto sobre la cohesión social, esto es, sus posibles efectos segregativos, que deben entenderse comprendidos en la referencia a la política pública de vivienda. En este sentido, disintimos de la opinión de Fernández Torres, cuando a propósito de la destinación de los patrimonios públicos del suelo a viviendas de protección oficial (de acuerdo con el art. 280.1 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de carácter básico) entiende que tal previsión legislativa es excesivamente rígida, al impedir otras dedicaciones relevantes para el interés general, pues considera que “a nadie se le escapa que la venta de terrenos municipales ubicados en el centro de una ciudad, habida cuenta de su elevado valor en el mercado inmobiliario, permitiría al Ayuntamiento construir muchas más viviendas de protección oficial en un suelo más barato (eso sí, más alejado del centro) que las que en su caso pudieran hacerse en aquéllos. Sin embargo, destinar tales terrenos a viviendas de protección oficial impediría semejantes operaciones, sin duda mejores para el interés público”.¹²⁶

En nuestra opinión, el art. 280.1 del Texto Refundido de 1992 flexibiliza el destino de los patrimonios públicos de suelo con su referencia a la posibilidad de destinarlos a “otros usos de interés social” que no deben ser, necesariamente, viviendas protegidas. Pero en cualquier caso, en segundo lugar, no nos parece adecuado aseverar que la venta de terrenos céntricos para destinar el dinero a construir viviendas en el extrarradio sea, “sin duda”, mejor para el interés público. Desde luego, parece positivo desde el aspecto de la eficiencia (art. 31.2 CE) en el comportamiento público (posibilidad de construir más viviendas). Sin embargo tales operaciones presentan evidentes peligros segregacionistas, por lo que el principio de objetividad (art. 103.1 CE) obliga tam-

¹²⁶ Fernández Torres, J. R., *Las expropiaciones urbanísticas*, Aranzadi, 2001, pág. 64, nota al pie de página 42.

bién a ponderar el derecho constitucional a una vivienda asequible no segregada (arts. 9.2, 14, 47 y conectados de la CE), más allá de enfoques puramente economicistas.¹²⁷

Ahora bien, debe notarse que tanto las reservas en el planeamiento para vivienda protegida como todas las técnicas antes aludidas se basan en la delimitación, limitación y expropiación, en última instancia, de la propiedad privada. Sin embargo, el logro de un hábitat digno y adecuado y, por tanto, no segregado, puede y debe lograrse conjugando éstas técnicas con otros tipos de políticas públicas.

3.2 Análisis del art. 47 CE: actividad de fomento y actividad de servicio público

Efectivamente, el art. 47 CE se refiere a la necesidad de que los poderes públicos establezcan “las normas pertinentes” pero también señala que “promoverán las condiciones necesarias”. En este segundo caso, estamos más allá de una mera actividad de regulación limitadora de derechos privados y nos situamos ante una actividad pública positiva, bien de orientación de la iniciativa privada, bien de prestación, directa o indirecta, de servicios de vivienda.

3.2.1 Actividad de fomento: la legislación de viviendas de protección pública; el papel de la potestad de planeamiento como instrumento de fomento

Como ya avanzamos, todo el régimen de la vivienda protegida en España se ha basado, y se basa, en políticas públicas destinadas a fomentar la actividad privada de construcción y rehabilitación, de tal modo que mediante ayudas (subvenciones y beneficios fiscales) ésta construya vivienda económica, asequible para los ciudadanos, quienes también reciben a su vez ayudas

¹²⁷ En conexión con esta reflexión y a propósito de los límites del denominado Análisis Económico del Derecho, puede verse Ponce Solé, J., *Deber de buena administración...*, *op. cit.*, pp. 479.

a tal fin. Sea la llamada “ayuda a la piedra”, predominante en los orígenes del sistema de vivienda protegida, sea la ayuda a la persona que quiere acceder a la vivienda, que ha ido ganando peso desde los años setenta en España, todo el sistema está basado, esencialmente, en el paradigma de la actividad de fomento.¹²⁸

Este tipo de actividad puede ser muy valioso, no sólo en conexión con el papel del régimen jurídico de las viviendas protegidas, *sino también en relación con el papel que puede desempeñar el plan en el fomento de la construcción privada de vivienda asequible*. En este sentido, los planes pueden jugar con la *densidad* permitida, aumentándola en su caso como medida de fomento para la construcción de determinadas viviendas. Esto es lo que hace la Ley de Cantabria 2/2001, de 25 de junio, en el art. 38, al permitir que el Plan supere la limitación de densidad máxima inicialmente establecida por la propia ley (70 ó 50 viviendas por hectárea, en función de los habitantes del municipio), cuando “prevea expresamente viviendas para jóvenes menores de treinta años o mayores de sesenta y se vinculen a ellas subvenciones, ayudas o beneficios fiscales”. El aumento no podrá exceder del 25% sobre la densidad inicial legal, sin que, en ningún caso, pueda alterarse la edificabilidad.¹²⁹

Algo semejante parece intentar el Decreto catalán 287/2003, de 4 de noviembre, en su art. 14.3, cuando señala que el planeamiento urbanístico general podrá “establecer de manera alternativa la densidad bruta máxima” siempre hasta el límite legal, en suelo urbanizable si el excedente es destinado a vivienda de protección pública, en régimen de alquiler, de pequeñas dimensiones, esto es hasta 70 m² de superficie útil, con la correspondiente previsión de mayor reserva de suelo para sistemas locales. A fal-

¹²⁸ Un resumen actualizado de toda la evolución histórica puede hallarse en Sánchez Martínez, M. T., *La política de vivienda en España. Análisis de sus efectos redistributivos*, Universidad de Granada, 2002.

¹²⁹ Esto es, el municipio sólo puede jugar dentro de esta horquilla (hasta 100 viviendas por hectárea) estableciendo, si lo cree oportuno, subescalas conectadas a la promoción o no de vivienda protegida con las características apuntadas.

ta de previsión en el planeamiento, será necesario instar su modificación para introducir esta posibilidad. Nótese como en el caso catalán en ningún caso, a diferencia de Cantabria, se permite exceder la densidad máxima fijada por la Ley 2/2002, que es de 100 viviendas por hectárea (art. 58.6).

3.2.2 ¿Es la vivienda un servicio público?

Como es conocido, la actividad de fomento se basa en la existencia de una actividad privada que se quiere promover, orientándola de este modo a la satisfacción del interés general.¹³⁰ Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1977 (Ar. 3229) esta actividad pública:

“extiende sus objetivos, poniendo en práctica técnicas encaminadas a que éstos se cumplan, sin necesidad de asumir directamente la gestión de los medios dirigidos a alcanzarlos, ni por tanto el montaje de servicios públicos; actividad en la que el dirigismo y el intervencionismo quedan sustituidos por otras medidas tendentes a que sean los propios administrados los que libremente colaboren en el cumplimiento de fines considerados convenientes y deseables, mediante orientaciones y persuasiones.”

Como ha sido dicho, la actividad de fomento se sitúa en una posición intermedia entre una actitud inhibicionista del Estado y aquella otra en la que actúa de forma directa.¹³¹

¿Es esto suficiente para garantizar la asequibilidad de la vivienda y la cohesión social, y evitar la fractura social? ¿O se requiere más, es decir, que la Administración asuma como *responsabilidad propia* la garantía de un servicio de vivienda (en propiedad, alquiler, otras fórmulas de uso...) que permita la accesibilidad y la cohesión social?

¹³⁰ Por todos, Martín-Retortillo, S., *Derecho Administrativo Económico*, vol I, La ley, 1988, pp. 437 y ss.

¹³¹ Martín-Retortillo, S., *Derecho Administrativo...*, *op.cit.*, pág. 440.

En España no existen declaraciones normativas específicas que configuren la actividad de vivienda como un servicio público,¹³² aunque sí existe alguna declaración judicial en tal sentido,¹³³ si bien la doctrina disiente sobre la naturaleza jurídica de la actividad prestacional administrativa en este ámbito, que se entiende, bien pura actividad económica, bien algo distinto.¹³⁴ Esta laguna normativa y el debate doctrinal se corresponden con la escasa conciencia social, de que la provisión de servicios de vivienda sea una auténtica responsabilidad pública, lo que ha permitido, como destaca Trilla, que el sistema de vivienda español haya sido liberal en toda su trayectoria, dejándose en manos del mercado la provisión de vivienda para la gran mayoría de la población.¹³⁵

Quizás un nuevo enfoque de la vivienda asequible y de la cohesión social haya de pasar, ante todo, por la consideración de que el mercado no es suficiente¹³⁶ y de que es preciso un mayor grado de implicación pública, que podría empezar por la declaración de la vivienda como un servicio público en garantía del de-

¹³² Es cierto en la LBRL prevé en el art. 25.1 que en el ámbito de sus competencias (y la vivienda lo es, de acuerdo con el art. 25.1 d, en los términos de la legislación sectorial) los municipios pueden prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal. Pero nótese que el art. 26 no incluye entre los servicios mínimos obligatorios ninguna alusión a la vivienda.

¹³³ Por ejemplo, STS de 2 de octubre de 2000 (Ar. 8853).

¹³⁴ Sobre el particular, véase Castillo Blanco, F. A., "La actividad de edificación, rehabilitación urbana y equipamiento comunitario como competencia de las sociedades urbanísticas" en *RDUyMA*, abril-mayo 1999, pp. 49 y ss.

¹³⁵ Trilla, C., "L'estat del benestar i la família. L'habitatge per als joves", en Navarro, V., (Coord.), *L'estat del benestar a Catalunya*, Diputació de Barcelona, 2003, pp. 263 y ss.

¹³⁶ Como destaca el Proyecto de Carta Europea de los Servicios Públicos de 14 de febrero de 1994, cuando señala en su Exposición de Motivos como el mercado no responde espontáneamente a exigencias de interés general y desarrollo sostenible en el ámbito de la ordenación territorial, destacando cómo la solidaridad social, la cohesión y la lucha contra la exclusión pueden determinar la necesidad de dirección pública.

recho previsto en el art. 47 CE,¹³⁷ lo que no ha de suponer, obviamente, la existencia de ningún monopolio público, sino, más sencillamente, la visible asunción de una responsabilidad de garantía pública en la efectiva existencia de la prestación.¹³⁸ La clarificación normativa permitiría además abordar con seguridad cuestiones importantes, como las excepciones necesarias a las *reglas de la competencia* en el desarrollo de dicha actividad de vivienda por sociedades en mano pública,¹³⁹ así como la aplicación de los mecanismos típicos de *gestión indirecta*, la cual, mediante la institución contractual –con uso, por ejemplo del contrato de concesión de obra pública o del derecho de superficie– puede dar lugar a supuestos interesantes de colaboración (*partenariat/partnership*, en la terminología francesa e inglesa, respectivamente) del sector privado en la gestión del servicio de vivienda asequible.

En este sentido, creemos que en ejercicio de sus competencias, todas las Comunidades Autónomas deberían promulgar leyes de vivienda, que cumplieran de este modo con la *reserva de ley* exigida por el art. 53.1 CE, como algunas ya han hecho, otorgando, por otro lado, *visibilidad* al derecho a la vivienda. Entre otros aspectos, y por lo que ahora interesa, estas leyes deberían establecer los *principios generales* de la actuación administrativa en la materia, estableciendo la cohesión social como objetivo que hay que alcanzar, mediante políticas públicas que busquen la mezcla social a través de la diversidad de tipologías de viviendas

¹³⁷ Sobre la conexión entre servicio público y derechos constitucionales, actuando el primero como garantía de los segundos, véase por todos Malaret, E., “Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto”, *RAP*, 145, 1998, pp. 49 y ss.

¹³⁸ En tal sentido, Fernández Farreres, G., “El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho administrativo de la Economía”, *Justicia Administrativa*, 18, 2003, pág. 13.

¹³⁹ Téngase en cuenta el art. 36 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y los arts. 16 y 86 del Tratado de la Comunidad Europea, en relación con los servicios de interés económico general y las excepciones a las reglas de la competencia.

sobre el territorio. Este objetivo ha de lograrse, al menos en parte, con la actuación administrativa prestacional, por lo que estas leyes deberían configurar a la actividad de construcción y rehabilitación como un *servicio público* responsabilidad de las Comunidades Autónomas y de los entes locales. Servicio público que debería incorporar la fijación de determinados *estándares prestacionales* (por ejemplo, acceso en alquiler a viviendas públicas o privadas), en función de los ingresos de los ciudadanos, lo que, incluso, podría (y debería) ser contemplado en estas leyes, y definir así auténticas obligaciones jurídicas y correlativos derechos subjetivos, sin perjuicio de las pertinentes remisiones reglamentarias para la concreción de los aspectos precisos.

3.3 Egoísmo de mercado y solidaridad de Derecho público. El desarrollo urbanístico sostenible

Quisiéramos terminar ya con algunas consideraciones finales de carácter más general.

El fenómeno creciente de segregación urbana puede llegar a generar una fractura social en España, como ha ocurrido en otros países. El mercado y la propiedad privada son creadores de segregación urbana. Estamos ante un fallo de mercado, generado por el egoísmo de los operadores privados, preocupados sólo, como es natural, de maximizar sus intereses privados.

Sin embargo, este fallo de mercado puede ser corregido por la intervención pública en servicio al interés general (art. 103 CE), que al egoísmo del mercado ha de contraponer la función social de la propiedad, la solidaridad y la cohesión social, como exigencias constitucionales ya vistas.

No estamos de acuerdo con López Ramón cuando señala que “las urbanizaciones privadas de lujo existen porque un sector de la población desea y puede permitirse vivir en ellas, incluso cabría afirmar que sus habitantes tienen derecho a no ser solidarios espacialmente”.¹⁴⁰ A lo que hay que contraponer que toda persona tiene derecho a ser egoísta... sólo hasta cierto punto: que

¹⁴⁰ López Ramón, F., *Recensión...*, *op. cit.*, pág. 583.

termina con la Constitución y las leyes que diseñan técnicas e imponen deberes de solidaridad, en el caso que nos ocupa, para evitar la fractura social. Asimismo, este autor señala que “No hay mecanismo jurídico en una democracia liberal, ni siquiera en un Estado Social de Derecho, que pueda impedir este tipo de segregación espacial. Sería ingenuo pretender combatirla estableciendo un porcentaje de vivienda asequible en toda nueva promoción”.¹⁴¹ Ante este argumento sobre la *futilidad* de la intervención pública, hay que objetar que diversos países avanzados de nuestro entorno, con sociedades pluriculturales de mayor tradición y Estados sociales más fuertes que el nuestro, lo están, precisamente, intentando. En cualquier caso, la inacción pública y la confianza ciega en las fuerzas del mercado nos conducen a un escenario sin duda bien conocido, mucho menos halagüeño que el que nos puede proporcionar una sociedad cohesionada socialmente. A lo que el derecho urbanístico, sin ser la panacea, puede contribuir, como instrumento de control y promoción.¹⁴²

En cualquier caso, nos sigue pareciendo muy sugerente la tesis de Duguit sobre la interdependencia social y la solidaridad,

¹⁴¹ López Ramón, F., *Recensión*, op. cit., pág. 583. Este autor continúa preguntándose “¿Qué familias desearían ser las “desfavorecidas” dentro de la urbanización de lujo? ¿Cómo se evitaría la adquisición final de las “viviendas asequibles” por las familias de mayor capacidad económica?” A la primera cuestión la respuesta parece fácil: cualquiera que no tenga techo (y, por ejemplo, en el caso de los jóvenes, no se pueda independizar) o habite en infravivienda; seguro que estarán encantados con la mudanza. A la segunda cuestión hay que responder que existen mecanismos para evitar con facilidad tal situación; entre ellos el mantenimiento de la propiedad pública de la vivienda y su alquiler al usuario del servicio de vivienda (lo que no ha de implicar también la gestión pública –conservación, etc.– de la misma, para ello se puede acudir al sector privado, como se expuso en el texto) o la prohibición de descalificar la vivienda protegida *sine die*, y así se mantiene siempre en la esfera pública y es ocupada por distintos adquirentes, que al marchar podrían recuperar la parte razonable de la inversión inicial efectuada, descontando lo que se considere que deben pagar por el uso de la vivienda. Soluciones, desde luego, no han de faltar, si existe voluntad de proveer con vivienda asequible no segregada.

¹⁴² Sobre la tesis de la futilidad, véase Hirschman, A. O., *Retóricas...*, op. cit., pp. 55 y ss.

como substratos de la idea de servicio público, a las que este autor añadía la idea del “sentimiento de piedad por el sufrimiento humano”, sentimiento que adquirido o innato “es una de las más hermosas cualidades del hombre civilizado del siglo XX”.¹⁴³ Dependencia recíproca y empatía, como diríamos hoy en día, son, pues, el *pegamento* social que une a los miembros de una comunidad y que justifica el desarrollo de las actividades públicas precisas para mantenerlo en buen estado.

El egoísmo tiene, naturalmente cabida en nuestras vidas y en el ejercicio de nuestros derechos, aunque con límites, como nos recuerda, por ejemplo, el art. 7.2 del Código Civil antes aludido. Sin embargo, por un lado, la conciencia, si existe, de los ciudadanos de su interdependencia debería atenuarlo. Interdependencia que en el ámbito urbano conecta con la idea ya expuesta de la ciudad como un sistema: lo que ocurre en una parte de la ciudad puede afectar al todo, de tal manera que una segregación urbana extrema, que conduzca a la fractura social, esto es, al fin del contrato social al no existir ya coexistencia entre grupos sociales, aislados espacialmente, con todos los problemas de inseguridad asociados a tal situación que ya se viven en otros países, también afectará a los egoístas no solidarios.

Por ello, parafraseando a BERLANGA, los egoístas deberán serlo tanto como para luchar por la felicidad de los demás, aunque sólo fuera para que no les molesten.¹⁴⁴

Si esta solidaridad egoísta falla, lo que la experiencia en otros casos demuestra que puede suceder, y la empatía tampoco funciona como *cola* social, entonces debe entrar en acción la actividad pública, como garante de la solidaridad social, que en el caso que nos ocupa se plasmará en la provisión de vivienda asequible, digna y adecuada, suficiente y no segregada. Y el Derecho público, el Derecho urbanístico, como garante, hoy y siempre, de la buena administración y de los derechos de todos los

¹⁴³ Duguit, L., *La Transformación del Estado*, Francisco Beltrán, Madrid, pág. 121.

¹⁴⁴ Gómez Rufo, A. *Berlanga. Contra el poder y la gloria*, Ediciones B, 1997, pág. 17, donde Berlanga dice que esto es lo que él hace.

Solidaridad, cohesión social y derecho público: a propósito...

ciudadanos debe estar a la altura de los retos que le esperan en este siglo XXI, entre los que se encuentra el no menor de la lucha contra la segregación urbana y la exclusión social.

Naturalmente, ésta es una tarea ante todo política, pero si nos tomamos en serio el Derecho y los derechos, como recomienda Dworkin, es también una responsabilidad de la ciencia jurídica, esto es, de los juristas, que han de estar dispuestos a afrontar el reto de la complejidad, poniendo de relieve aquellas garantías jurídicas inoperantes o ineficaces, actuando entonces como garantía de las garantías o metagarantía.¹⁴⁵

En este sentido, la ciencia jurídica ha de ser un elemento de promoción del desarrollo urbano sostenible, en sus tres facetas ya aludidas: económica, ambiental y social. Esto es lo que hoy en día ya exigen normas como la Ley catalana 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo, en el art. 3 (con mención expresa de la cohesión social) o la Ley de Castilla y León 5/1999, de 8 de abril, en el art. 4 (también con cita expresa de la cohesión social). En la mano de todos está lograr que esta exigencia de sostenibilidad social cale en la conciencia colectiva, a favor de una sociedad mejor.

¹⁴⁵ En este sentido, Ferrajoli, L., *Derechos y...*, *op. cit.*, pp. 28 y ss.