

## Libertad de empresa vs. Urbanismo

A propósito de la STS de 31 de enero de 2023

Hace escasas fechas, el Tribunal Supremo, a través de su sentencia de 31 de enero de 2023 (rec. 8318/2021), ha resuelto una nueva situación de conflicto entre la libertad de empresa y el ordenamiento urbanístico, con ocasión de la prohibición de alojamientos turísticos acordada por el Consistorio de Palma de Mallorca.

Sabido es que el reconocimiento de la libertad de empresa, tanto en el ordenamiento comunitario como en el artículo 38 CE, está configurando a ésta en la práctica como un principio general que propugna, desde la garantía de la unidad de mercado, la libre prestación de servicios; y ello hasta el punto de exigirse que cualquier regulación que pudiera entenderse limita a la libertad de empresa se someta a un examen sobre su necesidad, adecuación y proporcionalidad.

Frente a ello, en nuestro sistema urbanístico la regulación de usos es una de sus funciones principales, no solo expresando aquellos permitidos sino también aquellos que presentan un grado inferior de permisibilidad: compatibles; permitidos con limitaciones y condiciones; y también usos prohibidos. En esta última situación regulatoria situó el Ayuntamiento de Palma a los alojamientos turísticos y, frente a ello se adujo que ello suponía una manifiesta restricción al derecho a la libre empresa y que la medida no era proporcionada frente a dicho derecho ni tampoco frente a la Directiva de servicios de 2006.

Ante ello hay que recordar que la regulación de usos en el Urbanismo constituye uno de sus elementos propios -cuando no definitorios-, el cual opera como uno de los principales instrumentos para ordenar el territorio y también los núcleos urbanos en los que habitamos la mayoría de nosotros. Esta labor puede -y debe- realizarse en el marco de una escala que iría desde la mayor y más libre permisividad (uso permitido: residencial en el barrio de Salamanca de Madrid) hasta la más contundente e indiscutida prohibición (uso prohibido: fábricas en el barrio de Salamanca). Todo ello en el marco de una tarea de planificación donde la motivación y la graduación en intensidad de toda regulación -y en su seno de cualquier prohibición- es una máxima igualmente indiscutible. En ello, el estudio de alternativas de ordenación (y de usos) en el seno de la planificación urbanística (bajo los parámetros aludidos de necesidad, adecuación y proporcionalidad) es una constante que tiene paralelismos en otras disciplinas cercanas como puede ser la de evaluación ambiental. Negar esta función esencial al ordenamiento urbanístico, siquiera sea aludiendo a principios o derechos que se entendieran en todo prevalentes a aquel, como la libertad de empresa del artículo 38 CE, sería tanto como practicar una auténtica liberalización de usos enmarcada en la más plena desregulación del derecho urbanístico.

Es claro que, aunque no falten defensores de lo anterior, se trata de una situación inadmisibles y contraria a nuestro Ordenamiento Jurídico. Los posibles conflictos en la aplicación de sus distintas ramas y regulaciones no deben solventarse mediante la primacía absoluta de una sobre otra, sino que es preciso, previa ponderación de los intereses y circunstancias concurrentes, proceder a una armonización entre dichas regulaciones confluyentes de manera que, de manera general, no puede una desplazar o invalidar a la otra, ni la otra a la una.

En su fallo, realiza el Tribunal Supremo una auténtica y necesaria (más en estos tiempos tan liberalizadores, y tan “dominados” por ciertas normativas sectoriales) reivindicación del Derecho Urbanístico y de los valores que éste ha de perseguir y alcanzar en pos de un fin último como es la mejor calidad de vida de la ciudadanía, para lo cual se exige la acción del conjunto de los Poderes Públicos.

En el caso concreto del fallo, el Tribunal declara justificada la limitación establecida en el ordenamiento urbanístico de Palma en base a otro precepto constitucional, el artículo 47 CE, y al derecho a la vivienda digna y adecuada que el mismo propugna. Se trata, señala el Supremo, no sólo de garantizar una oferta suficiente de viviendas al arrendamiento de larga duración con precios asequibles (STJUE asunto C 724/18 *Cali apartaments*), sino de evitar que la proliferación excesiva de alojamientos turísticos llegue a impedir ésta. Sin embargo, la sentencia no responde a la concreta cuestión casacional, relativa a si la medida era “proporcionada” o no, pues reprocha al TSJ el no planteamiento de un recurso de inconstitucionalidad o de una cuestión prejudicial, algo que no impide al TS no disponer la retroacción de actuaciones y confirmar la legalidad de la regulación impugnada.

Del pronunciamiento del Supremo quizás haya que deducir otra consecuencia, como es el reconocimiento, siquiera sea implícito, de la necesaria naturaleza casuística de la regulación urbanística, lo que justifica la prevalencia práctica de la figura del plan urbanístico. Esta naturaleza responde a la especialidad que se desprende en modo permanente de su propio objeto: el concreto territorio al cual se refiere; así como de la multiplicidad de situaciones que pueden darse en el mismo (por ejemplo, en relación a los usos permitidos en el mismo). Una casuística que fuerza a la revisión de los juicios contenidos en las regulaciones urbanísticas y que son notas predicables también de otras ramas del Derecho (v.gr. ambiental) que también tienen al territorio como elemento de referencia. En todos estos casos se concluye una necesidad de llevar a término un examen particularizado del caso y de sus especiales circunstancias de sujeto, objeto, tiempo y lugar; algo que es propio de las (motivadoras y vinculantes) Memorias de los planes.

La crítica que algunos formulan al Urbanismo como una materia (normativa) excesivamente invasiva pierde valor ante el fin que mueve a aquella y que no es otro que la protección del ciudadano en la consecución de valores y derechos como los contenidos en el citado artículo 47 CE. La defensa cierta y posiblemente necesaria ha de ser frente a una “supuesta” libertad de mercado, pues, reconocido es, que éste no está, ni mucho menos, exento de imperfecciones y desviaciones que motivan y justifican la intervención de los Poderes Públicos, también en forma de ordenación y regulación no solo normativa sino también planificadora. Es preciso tener esto claro, pues, como dice T. Kallifatides, “*pocas veces es la vida más fácil que cuando uno sabe lo que busca. Y pocas veces es la vida más anodina que cuando uno no lo sabe ni lo busca.*”