

Estudios sobre urbanismo

(Análisis de cuestiones clave no afectadas por la Ley de suelo de 2007)

Coordinador: ANTONIO ARROYO GIL

Serie claves del gobierno local, 5



Fundación
Democracia
y Gobierno Local

Estudios sobre urbanismo

(Análisis de cuestiones clave no afectadas por la Ley de suelo de 2007)

Estudios sobre urbanismo (Análisis de cuestiones clave no afectadas por la Ley de suelo de 2007)

Coordinador: ANTONIO ARROYO GIL

Serie claves del gobierno local, 5



Fundación
Democracia
y Gobierno Local

Serie Claves del Gobierno Local, 5
ISBN: 978-84-612-1516-4

Fundación Democracia y Gobierno Local

© FUNDACIÓN DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL
Rambla de Catalunya, 126
08008 Barcelona
General Castaños, 4, 2.º derecha
28004 Madrid

Producción y asesoramiento lingüístico: Francesc Gil Lluch. Tel. 932 095 705
Preimpresión y maquetación: Sisdigraf, SL. Tel. 933 052 450

Depósito legal: B-57366-2007
ISBN: 978-84-612-1516-4

Queda rigurosamente prohibida, sin la autorización escrita del titular del copyright, bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares mediante alquiler o préstamo públicos.

SUMARIO

Presentación

Antonio ARROYO GIL, letrado de la Fundación Democracia
y Gobierno Local 9

Martín BASSOLS COMA: Panorama del Derecho Urbanístico
Comparado 11

Javier BARNES: El reparto de competencias en materia de urbanismo.
El vicio de incompetencia 27

Rafael FERNÁNDEZ MONTALVO: Legislación urbanística estatal y autonómica.
Principios e instituciones comunes 77

Joaquín GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS: La interacción entre planificación
territorial y planificación urbanística 105

Dimitry BERBEROFF AYUDA: Las implicaciones ambientales del urbanismo:
la evaluación ambiental de los planes urbanísticos 149

Diego CÓRDOBA CASTROVERDE: Influencia de la jurisprudencia
comunitaria en materia de contratación pública sobre el urbanismo 193

Domènec SIBINA TOMÀS: Régimen jurídico del suelo urbano consolidado.
En especial, el deber de conservación y rehabilitación 223

Jesús María CHAMORRO GONZÁLEZ: Los principios del Derecho
Administrativo Sancionador y su incidencia en el ámbito de la
disciplina urbanística 275

José Antonio SANTANDREU MONTERO: Las medidas cautelares
jurisdiccionales en materia de urbanismo 307

Los estudios que conforman esta obra colectiva tienen su origen en el Curso sobre Urbanismo que se celebró en Granada los días 18, 19 y 20 de octubre de 2006, organizado por la Fundación Democracia y Gobierno Local, en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP) y la Diputación de Granada. En él participaron, fundamentalmente, miembros de la carrera judicial (jueces y magistrados de lo contencioso-administrativo) y profesores universitarios.

Coincidiendo con la celebración del Curso, se estaba tramitando parlamentariamente la vigente Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo. Sin ignorar esta circunstancia, la voluntad de la organización fue evitar que tales modificaciones normativas –constantes en la legislación urbanística aprobada por las comunidades autónomas y periódicas en el ámbito estatal– imposibilitaran ofrecer la visión de algunos aspectos estructurales de la disciplina “urbanismo”, en especial de aquellos que se dirimen en la jurisdicción contenciosa y son materia de casación.

Tal como sugiere la lectura del sumario, no resulta difícil apreciar una vocación de abordar, en los cuatro estudios que abren el libro, cuestiones de carácter estructural. Los dos primeros, relativos al “Panorama del Derecho Urbanístico Comparado” y “El reparto de competencias en materia de urbanismo. El vicio de incompetencia”, realizados por los catedráticos de Derecho Administrativo Martín Bassols y Javier Barnés, respectivamente, examinan la materia desde la perspectiva de la legislación europea y del reparto constitucional de competencias, así como de los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional que han declarado nulos preceptos de leyes estatales y autonómicas sobre urbanismo y suelo. Los dos siguientes, referidos a la “Legislación urbanística estatal y autonómica. Principios e instituciones comunes” y “La interacción entre planificación territorial y planificación urbanística”, obra de los magistrados Rafael Fernández Montalvo y Joaquín García Bernaldo de Quirós, respectivamente, también desbordan el análisis de los aspectos más coyunturales de la materia, para dedicarse al estudio de cuestiones de alcance más general.

Resulta preciso advertir, sin embargo, que, en relación con el trabajo señalado de Rafael Fernández Montalvo, algunos de los principios del ordenamiento urbanístico han sido alterados por la Ley de suelo de 2007. Así sucede en materia de valoraciones, en donde se produce un vuelco normativo, sin que ello quede reflejado en el estudio mencionado. No obstante, la lectura de este interesante trabajo permite comprobar cuán de importante es lo sedimentado en materia urbanística y cómo, salvo en el punto citado, la nueva legislación no altera los aspectos sustanciales de una estructura de principios muy consolidada: el carácter estatutario del derecho de uso y edificación del

suelo; el principio general de no-indemnización por causa de la ordenación urbanística; la atribución del aprovechamiento urbanístico patrimonializable según la clase del suelo y las técnicas de intervención en la edificación y de protección de la legalidad urbanística, que no son otras que las generales proyectadas sobre una concreta materia, etc. Al mismo tiempo, se puede apreciar, a este respecto, el protagonismo indiscutible de la legislación de las comunidades autónomas en materia de planificación y ejecución urbanística. Por su parte, del estudio de Joaquín García Bernaldo de Quirós merece ser destacado el examen que realiza de la planificación, tanto desde la perspectiva constitucional como comunitaria, con especial referencia a la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en materia de ordenación del territorio.

Asimismo, en esta obra colectiva se recogen también dos estudios dedicados al análisis de sendas cuestiones destinadas a marcar significativamente la dirección futura del urbanismo: medio ambiente y contratación pública. Se trata de los trabajos “Las implicaciones ambientales del urbanismo: la evaluación ambiental de los planes urbanísticos” e “Influencia de la jurisprudencia comunitaria en materia de contratación pública sobre el urbanismo”, responsabilidad de los magistrados Dimitry Berberoff Ayuda y Diego Córdoba Castroverde. A este respecto, los bloques normativos de referencia son, en el primer caso, las directivas comunitarias sobre evaluación de impacto ambiental y evaluación estratégica de planes y programas, así como las normas de transposición, y, en el segundo, las directivas y principios del Derecho Comunitario sobre contratación pública y la jurisprudencia del TJCE.

Por último, en los tres estudios con que se cierra esta obra colectiva se tratan, desde diferentes perspectivas, tres temas ya clásicos del urbanismo: a) “Régimen jurídico del suelo urbano consolidado. En especial, el deber de conservación y rehabilitación”; b) “Los principios del Derecho Administrativo Sancionador y su incidencia en el ámbito de la disciplina urbanística”, y c) “Las medidas cautelares jurisdiccionales en materia de urbanismo”. El primer trabajo ha sido realizado por Domènec Sibina Tomàs, profesor de Derecho Administrativo, y los dos últimos por los magistrados Jesús María Chamorro González y José Antonio Santandreu Montero, quienes además del análisis dogmático aportan un exhaustivo estudio de las posiciones jurisprudenciales más relevantes en la materia.

Como se puede apreciar, pues, son muchas y muy variadas las cuestiones objeto de estudio y análisis en los diversos trabajos que componen esta obra colectiva sobre el régimen urbanístico español, que, pese a haber experimentado cambios importantes a partir de la nueva Ley de suelo de 2007, se asientan en unos pilares firmes y consolidados, algunos de cuyos caracteres esenciales tendremos ocasión de ver a continuación.

Antonio Arroyo Gil

Letrado de la Fundación

Democracia y Gobierno Local

Fundación Democracia y Gobierno Local

Panorama del Derecho Urbanístico Comparado

Martín Bassols Coma
*Catedrático de Derecho Administrativo.
Presidente de la Asociación Española
de Derecho Urbanístico*

1. Dimensión constitucional del Derecho Urbanístico.
 2. Hacia una simplificación y flexibilización de los instrumentos de planeamiento y gestión urbanísticos.
 3. La coordinación y las relaciones entre la planificación territorial y urbanismo; la problemática del desarrollo sostenible.
 4. Recuperación del urbanismo metropolitano.
 5. Urbanismo al servicio del derecho a la vivienda: prioridad por la renovación y rehabilitación urbana.
 6. La concertación y a la participación ciudadana en la planificación y gestión urbanística.
 7. Hacia unos principios de Derecho Urbanístico a nivel europeo.
- Notas.

1. Dimensión constitucional del Derecho Urbanístico

La adaptación de las instituciones urbanísticas a los nuevos retos del siglo XXI se está llevando a cabo en la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos. No se asiste a reformas radicales e innovadoras pero sí a una revisión paulatina del instrumental del pasado que ha quedado desfasado o que presenta síntomas de agotamiento. Por otra parte, hay que tener en cuenta que toda reforma, y especialmente la de los instrumentos urbanísticos por su incidencia en el régimen de la propiedad, exige un régimen transitorio prolongado y complejo que pugna con la creciente demanda de seguridad jurídica por parte de los ciudadanos. Uno de los posibles frenos al avance reformador puede residir en la paradoja que se da entre la asunción de nuevos y

ambiciosos cometidos por el planeamiento urbanístico (cohesión social, desarrollo sostenible, renovación urbana política de la ciudad, satisfacción del derecho a la vivienda, protección al paisaje, etc.) y los límites estructurales y ambientales que presenta siempre la utilización y disponibilidad del suelo, así como la penuria inmobiliaria y escasez de viviendas disponibles. Estos límites han acompañado siempre al Derecho Urbanístico en su trayectoria histórica, pero en la actual coyuntura tanto a nivel nacional como internacional presentan una especial gravedad. El presente estudio simplemente quiere presentar un panorama muy selectivo de los temas objeto de debate en la actualidad y algunas de las reformas que se están proyectando en el Derecho Comparado, especialmente en Inglaterra, Francia e Italia, así como algunos perfiles que se apuntan de un posible Derecho Urbanístico a nivel europeo con vistas fundamentalmente al proceso que se ha iniciado en nuestra país con la remisión a las Cortes del Proyecto de ley del suelo.

Aun cuando no es nuestro propósito en la presente ocasión analizar la rica problemática de la vertiente constitucional del urbanismo y su incidencia en la estructuración territorial de los poderes públicos, sí merece hacer una referencia en forma de mero apunte sobre recientes reformas constitucionales que inciden directa o indirectamente en este orden de consideraciones y que, sin duda, van a incidir en el panorama hasta ahora existente. Por una parte, en la reforma constitucional en Italia de 2001 (modificación del título V, especialmente el artículo 117 de la Constitución), la materia urbanística ha pasado de ser una competencia exclusiva de las regiones a ser una materia compartida entre el Estado y las regiones bajo la nueva denominación de gobierno del territorio. Como contraste, el Proyecto de ley de reforma de la Constitución alemana, que va a incidir profundamente en la estructura federal del Estado apuntando a un sistema más competitivo y de autofinanciación de las competencias de los *Länder*, transforma el régimen hasta ahora vigente de competencias concurrentes en materia de urbanismo, tráfico inmobiliario y vivienda en un nuevo sistema que configura dichas materias en gran medida como de competencia exclusiva de los *Länder* (artículo 74, párrafos 18 y 19). *Vid.* Arroyo Gil (2006).

2. Hacia una simplificación y flexibilización de los instrumentos de planeamiento y gestión urbanísticos

A pesar de las modificaciones introducidas en la década de los noventa en los instrumentos y documentos urbanísticos heredados de etapas ante-

riores, tales modificaciones se evidenciaron como insuficientes para afrontar los nuevos retos sociales y económicos, así como los nuevos modelos de desarrollo urbano difuso. De esta suerte, se aprecia como denominador común una necesidad de alterar y flexibilizar el instrumental del planeamiento urbanístico y, en especial, su régimen jurídico, material y procedimental.

A) En Francia, tras el impacto originado por la Ley de solidaridad y de renovación urbana, de 12 de diciembre de 2000, que introdujo los nuevos instrumentos de “los esquemas de coherencia territorial, los planes locales de urbanismo y las cartas municipales”, el cambio electoral da lugar a una nueva mayoría parlamentaria que promulga en sustitución de la anterior la Ley 2003-590, de 2 de julio, “urbanisme et habitat”, que manteniendo dichos documentos los simplifica y revisa eliminando muchas de sus rigideces y facilitando la transición de la anterior normativa a los nuevos esquemas. Los planes locales de urbanismo experimentan en cuanto a su contenido y previsiones una gran reducción, pasando de un contenido reglamentista a uno meramente estratégico al punto que desaparece la regla de la parcela mínima para la edificación, se aligera la parcelación y los cambios de uso en las zonas rurales. El régimen de contribución financiera a la creación de nuevas vías urbanas y redes de servicios creados por la Ley de solidaridad y renovación urbana (a modo, de las cesiones de suelo como en el Derecho español) son objeto de una mayor concreción y limitación en cuanto a su alcance superficial y contenido. En el orden procedimental, los PADD (Projet d'aménagement et de devoleppement durable), que constituían un documento normativo del Plan Local, pasa ahora a ser una simple memoria del mismo. El régimen de revisión del planeamiento, que constituía uno de los motivos de presentación de recursos judiciales, se simplifica extraordinariamente en cuanto al planeamiento existente si se promueve antes de 1 de enero de 2006 y respecto al planeamiento futuro la revisión y modificación de presupuestos extraordinarios se convierten en ordinarios, con una duración limitada del procedimiento entre tres y seis meses. Se distingue entre revisión de urgencia y revisión simplificada, así como se contempla la posibilidad de remisión a iniciativa del Estado para salvaguardar los intereses supramunicipales. Los programas de “zones d'aménagement concerté” (ZAC) preparadas por el municipio no tienen necesariamente que adaptarse al Plan Local siendo suficiente su compatibilidad con los Schemas de Cohérence Territorial. El régimen de licencias y certificado de urbanismo experimenta algunas modificaciones

en orden a exigencia de implantación de los servicios y se establecen algunas excepciones a su otorgamiento (establecimientos penitenciarios.)

B) Por lo que respecta a Gran Bretaña (Inglaterra), la revisión de la legislación no ha sido menos intensa. Con la llegada al poder de los laboristas en 1997, no adviene en la materia un cambio significativo, manteniéndose la vigencia de la Town and Country Planning Act de 1990 de la etapa conservadora que ya había introducido importantes rectificaciones al urbanismo de etapas anteriores. Será en el año 2001 cuando se afronta la reforma, publicándose en diciembre de dicho año el Planning Green Paper, que anuncia una reforma en profundidad que supere la práctica casuística de las sucesivas Planning Policy Guidance Notes en aras a una simplificación de la jerarquía de los documentos urbanísticos en su elaboración y contenido, una mayor eficacia en los procedimientos, especialmente en la concesión de las licencias urbanísticas y una mejora en la participación de los ciudadanos. El anuncio de esta reforma suscitó una viva controversia en el proceso de información pública (más de 16.000 sugerencias) y en el proceso parlamentario, que a lo largo de tres años de debate ha culminado con la aprobación con fecha 13 de mayo de 2004 de la Planning and Compulsory Purchase Act.

En materia de planeamiento, se adopta la filosofía del planeamiento estratégico, sustituyéndose a los Structure Plans por los Regional Spatial Strategy a nivel de cada región, aprobados por unas comisiones *ad hoc* no directamente representativas. La función de estos documentos es la de definir la estrategia del desarrollo de una región o parte de la misma; todo ello con un carácter muy flexible y con una posibilidad de revisión. A nivel local se articula una nueva figura de planeamiento denominada Local Development Documents (también configurados como Local Development Framework), integrada por una memoria del área afectada un Local Development Écheme y, en su caso, un Development Plan. Estos documentos son elaborados a través de un procedimiento muy participativo y con gran flexibilidad para su revisión tanto para las autoridades locales como por la intervención de la Administración central representada por el Secretario de Estado. Estos documentos locales se complementan por una serie de Local Development Orders que inciden sobre los Planning Permission. Y sobre el proceso de urbanización y edificación, acelerando su tramitación y al propio tiempo permitiendo modificaciones y revisiones. En los desarrollos urbanísticos se establece paralelamente un régimen especial para la implantación de las grandes infraestructuras.

Se amplían y modifican las llamadas “Simplified Planning Zones” –instrumento que se creó en 1986, y desde esta fecha sólo se han desarrollado trece por no haber alcanzado la aceleración suficiente de proceso de su tramitación y ejecución.

C) En Italia, todavía no se ha producido una reforma legislativa global sobre la primera Ley urbanística de 1942, a pesar de que se han sucedido a partir del año 2000 tres proyectos de ley sobre una nueva Ley general de urbanismo. Es significativo, sin embargo, que la reforma constitucional del año 2001 ha modificado el artículo 117 de la Constitución, configurando al urbanismo como una materia objeto de competencia concurrente entre el Estado y las regiones. Ello permite albergar que la más amplia reforma de los instrumentos urbanísticos se generarán en el seno de la legislación regional, cuyos primeros frutos ya se hacen evidentes (las regiones de Véneto –3 de abril de 2004– y de Lombardía –16 de febrero de 2005– han aprobado leyes de gobierno del territorio con innovaciones significativas en los instrumentos de planificación), y ello permitirá probablemente una más fácil aprobación de una Ley estatal de principios que haga posible abordar temas impuestos por la reforma constitucional como los de subsidiaridad, co-planificación o cooperación entre las distintas administraciones, participación en el proceso de planificación de las grandes infraestructuras y arbitrar un sistema de concertación urbanística que propicie acuerdos entre Administración y urbanizadores. Estos temas han sido abordados en los proyectos de ley que hasta el momento no han superado los trámites parlamentarios.

Un proyecto de ley de 2004 sobre principios del gobierno del territorio logró la aprobación de la Cámara de Diputados, pero no alcanzó su aprobación definitiva del Senado después de amplias discusiones. Es de interés subrayar que la sustitución terminológica y conceptual de urbanismo o urbanística por gobierno del territorio tiene relevancia en orden a la distribución de competencias entre los distintos entes territoriales (en el nuevo contexto de las competencias exclusivas, concurrentes y residuales) y en el ámbito material de esta nueva denominación (en el texto del proyecto de 2005 aprobado por la Cámara de Diputados, en su artículo 2 se definía el gobierno del territorio como “el conjunto de actividades informativas, reguladoras de programación, localización, y de actuaciones de intervención de vigilancia y control con el fin de conseguir la tutela y valorización del territorio, de los usos y transformación del territorio, y de la movilidad. Además, el urbanismo, la vivienda, el paisaje, defensa del suelo y las bellezas naturales se acomodarán a los fines y principios”). En el marco de la nueva legisla-

tura (XVI), a raíz del cambio electoral de 2006, se espera de nuevo afrontar la aprobación de la nueva ley estatal, habiéndose presentado en la propia sede de la Cámara de Diputados ya en junio de 2006 una propuesta de iniciativa social sobre "Principios en materia de planificación del territorio", que contiene aspectos del máximo interés por cuanto sistematizan distintas materias contenidas en anteriores documentos legislativos y propuestas de sectores profesionales y universitarios que serán útiles para la elaboración definitiva del proyecto de ley por parte del Gobierno.

–Especial mención merece la aprobación por tercera vez de la condonación o indulto inmobiliario (Condono Edilizio) de los ilícitos urbanísticos (1985, 1984) y ahora con el decreto-ley en ejecución de la Ley de presupuestos del año 2004 por la realización de obras sin licencia antes de 31 de marzo de 2003 o por construcciones abusivas. La legalización comporta la imposición de una fuerte multa que percibe el Estado y posteriormente redistribuye a los municipios como forma de financiación de los presupuestos de urbanismo, si bien para muchos municipios ha supuesto una carga por haber tenido que proceder a la realización de obras de urbanización en las zonas de construcciones ilegales.

3. La coordinación y las relaciones entre la planificación territorial y urbanismo; la problemática del desarrollo sostenible

Las relaciones entre la planificación regional o territorial y la ordenación urbanística a nivel municipal o supramunicipal sigue constituyendo uno de los puntos clave del Derecho Urbanístico, agravado por la presencia de una planificación sectorial exigida por el incremento de las infraestructuras territoriales generadas por el modelo de desarrollo urbano difuso (Gridauh núm. 15 2006). Ahora bien, este régimen de coordinación ya no pretende articularse a base de modelos de planificación rígida y jerárquica entre ambas instancias, por cuanto tienen una incidencia negativa por su rigidez y complejidad de revisión en los desarrollos urbanos en materia de suelo y vivienda. El examen de la nueva legislación inglesa de 2004 y francesa de 2003 anteriormente analizada sustituyen los clásicos planes territoriales por simples esquemas flexibles respecto a los cuales a los instrumentos urbanísticos se les exige simplemente un determinado grado de coherencia y no de vinculación total. Este mismo proceso de simplificación se observa en la mayoría de leyes de planificación territorial en Italia, que en sustitución del planeamiento pretenden articular un gobierno o gobernanza del terri-

torio (expresión esta última incorporada a la legislación urbanística autonómica española por la Ley de la Comunidad Valenciana 4/2004, de 30 de junio, de ordenación del territorio y protección del paisaje. Título V, artículo 89-100. Gobernanza del territorio y del paisaje).

La vinculación del planeamiento territorial con el medio ambiente se apoya en el concepto de desarrollo sostenible, que informa todo el contenido de la planificación territorial y urbanística. La complejidad de la filosofía del desarrollo sostenible es especialmente visible en la remodelación y desarrollo de los ámbitos urbanos. En el ámbito de la naturaleza y el paisaje, dicho concepto parece ofrecer un tratamiento técnico más avanzado y una experiencia más sólida. El desarrollo rural y la ordenación rural demandan también nuevos instrumentos en comparación con las áreas rurales y periurbanas. En Francia, en 2004 se ha aprobado la Ley de *developement des territoires ruraux*, que contiene innovaciones interesantes. A este respecto tiene que tenerse muy en cuenta el Reglamento CE núm. 1698/2005 del Consejo, de 20 de septiembre de 2005 (DOUE de 21 de octubre de 2005), por el que se aprueba la ayuda rural a través del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural para el período 2007-2013, que exige a los distintos países la elaboración de planes estratégicos nacionales y programas de desarrollo rural sobre las bases de unas directrices estratégicas comunitarias. La mayoría de estas directrices afectan a cuestiones medioambientales, paisajísticas y de urbanismo rural. En nuestro país, el Ministerio de Agricultura ha anunciado ya que se está elaborando un proyecto de ley sobre orientación agrícola y de desarrollo rural en la que se contemplan cuestiones relacionadas con la ordenación del territorio, el espacio rural y urbanismo rural (Bassols Coma, 2006).

4. Recuperación del urbanismo metropolitano

En directa relación con la anterior cuestión, tras un prolongado período de eclipse del planeamiento y la gestión metropolitana se asiste en el panorama actual a un renacimiento del urbanismo metropolitano. A este respecto destaca la Greater London Authority Act de 1999, que atribuye al Alcalde de Londres importantes funciones en el impulso del desarrollo urbano sobre la base de “special development estrategics”. Asimismo, el “Schema directeur de la region d’île-de-France”, adoptado en 1994, ofrece también un ejemplo a tener en cuenta. En Italia, las áreas metropolitanas han tenido su reconocimiento en la legislación de régimen local.

5. Urbanismo al servicio del derecho a la vivienda: prioridad por la renovación y rehabilitación urbana

A) Inglaterra ha sido uno de los primeros países en afrontar la problemática de las consecuencias de la crisis urbana, tanto en el orden económico como en el de la vivienda y su rehabilitación. La etapa Thatcher aportó la Inner Urban Areas Act de 1978, complementada con una serie de medidas como las “Enterprise Zones”, “Simplified Planning Zones” o las “Urban Development Corporations”, que han señalado una determinada orientación en el tratamiento de la renovación urbana. Dichos instrumentos siguen permaneciendo incluso en la etapa laborista con algunos retoques y complementos en la legislación de vivienda e incluso en la ya referida ley de 2004. La preocupación por la vivienda digna y la rehabilitación de los centros urbanos a fin de evitar la exclusión social (Ponce Solé, 2006), la marginación y la segregación y atender al objetivo de la cohesión social (“mixité social”) ha tenido en Francia una amplia repercusión desde el principio de la década de los noventa, culminando con la interesante Ley de 13 de diciembre de 2003 sobre solidaridad y renovación urbana (SRU). El cambio en la composición política del Gobierno ha impuesto una revisión de dicha norma, intentando paliar alguna de las incertidumbres que la misma había generado por las innovaciones tan radicales que la misma había suscitado. Con estos propósitos se ha dictado la Ley 2003-710, de 1 de agosto de 2003, de la Loi d’Orientation et de Programation pour la Ville et la Renovation Urbaine, acompañada de un interesante anexo sobre los objetivos e indicadores de la política de la ciudad en el ámbito nacional. Como primera medida se prevé la determinación en todo el territorio nacional de unas zonas sensibles cuya delimitación corre a cargo de las autoridades locales, a las que por un período de cinco años se les aplicarán unos programas de acción para atender a los siguientes objetivos: reducción del paro; desarrollo económico; diversificación y mejora de la vivienda; reestructuración y rehabilitación de espacios y equipamientos colectivos, reestructuración de espacios comerciales; mejora de los servicios públicos y de acceso al sistema educativo y sanitario, formación profesional, acompañamiento social y reestablecimiento de la tranquilidad y de la seguridad pública. La ejecución de estos programas se someterá a evaluación periódica, constituyéndose a tal efecto un observatorio nacional de zonas urbanas sensibles. Como pieza complementaria de gran calado se articula un programa nacional de renovación urbana que pretende

reestructurar sobre la base de los objetivos de la mezcla o diversificación social (“mixité social”) y el desarrollo sostenible los barrios de las zonas urbanas sensibles sobre la base de operaciones de ejecución urbanística, rehabilitación, residencialización, demolición y producción de nuevas viviendas, creación y reestructuración de los equipamientos colectivos, reorganización del espacio para actividades económicas y comerciales y demás acciones concurrentes sobre la renovación urbana.

Para el período 2004-2008, se prevé la oferta nueva de 200.000 alojamientos sociales mediante el fomento de la puesta en el mercado de las viviendas vacías, bien con la producción de nuevas viviendas sociales en las zonas urbanas sensibles. Análogamente, se prevé en dicho período la rehabilitación de 200.000 viviendas y la demolición del mismo número de alojamientos. Para el cumplimiento de este ambicioso programa, se crea la Agencia Nacional para la Renovación Urbana, como organismo público de carácter industrial y comercial, en cuyo consejo de administración participan representantes del Estado, de los municipios, Unión Nacional de la Federación de Organismos HLM (Habitations à loyer modéré), cajas de ahorros y personas cualificadas en el sector. Paralelamente, se adoptan medidas de reforzamiento de las Zonas Francas Urbanas (ZFU), de desarrollo económico de los barrios prioritarios y reforzamiento de los organismos HLM.

El proceso de una reforma urbanística vinculada a la satisfacción del derecho a la vivienda ha tenido su última y máxima expresión en la Ley 2006-872, de 13 de julio, “Portant Engagement National pour le Logement”, rúbrica que, como ha señalado Y. Jegouzo, 2006, p. 1534, revela un espíritu marcial y combativo a efectos de provocar una auténtica movilización de la Nación a favor de la vivienda o más exactamente de quienes carecen de vivienda o viven en viviendas inadecuadas o insalubres. De la importancia de esta ley y del debate parlamentario que suscitó nos da idea el hecho de que el proyecto aprobado por el Gobierno tan sólo contenía 11 artículos, mientras que el texto final alcanzaría 112 artículos. La Ley presenta un autentico tratamiento integral de medidas que afectan a una pluralidad de cuestiones que se agrupan en tres bloques: el título I, relativo a los aspectos urbanísticos y de política del suelo; el título II, sobre el acceso a la vivienda, en el que se afrontan importantes medidas en materia de arrendamientos sociales, reforzamiento de la “mixité social”, pero también un impulso a favor del acceso a la propiedad de la vivienda, tanto libre como social (por cierto, que en el debate parlamentario sobre vivienda en propiedad reiteradamente se aludió al modelo español como modelo a imitar); por último, el título III

(artículos 79 a 113) contiene una batería muy interesante de materias, bajo la rúbrica de vivienda y cohesión social (financiación de la construcción; prevención de riesgos naturales; seguridad de las instalaciones eléctricas interiores, renovación de inmuebles, venta de inmuebles con fines de renovación; relaciones entre arrendadores y arrendatarios; lucha contra la vivienda indigna, etc.), así como un nuevo régimen jurídico de protección de la legalidad urbanística de las licencias urbanísticas y su control judicial.

Entre las medidas de carácter urbanístico o de política del suelo en relación con la referida Ley de 2006, merecen destacarse: señalamiento de perímetros para la construcción de viviendas en los suelos públicos de las distintas administraciones públicas, previa la correspondiente calificación estatal de interés público para su ejecución (medida que ha recibido algunas críticas por implicar una reaparición del Estado en la gestión urbanística después de un largo período de descentralización. Lebreton, 2006, p. 1540 y ss.); obligación de todas las comunidades de municipios de más de 50.000 habitantes (de las que forme parte al menos un municipio de 15.000 habitantes), comunidades de aglomeraciones y urbanas, de elaborar un programa de vivienda que deberá ser evaluado cada tres años en un debate público ante cada corporación municipal; un derecho de prioridad a favor de los municipios para la adquisición de inmuebles o parte de los mismos propiedad del Estado y de sus organismos públicos; y en especial la nueva técnica derivada de la delimitación en los planes de efectuar reservas de terrenos para la construcción de viviendas sociales, en propiedad o arrendamiento, para asegurar la "mixité social", ofreciendo al propietario de los terrenos la opción entre solicitar su expropiación en el plazo de dos años o bien asumir esta carga u obligación con un incremento o mejora del aprovechamiento urbanístico hasta el límite del cincuenta por ciento respecto al previsto en el planeamiento (esta opción sólo podrá efectuarse hasta el año 2010).

B) En un ámbito más modesto, el Texto refundido de la legislación italiana de la vivienda ha adoptado una serie de medidas de flexibilización en la concesión de las licencias de obras para favorecer la rehabilitación de las viviendas y modificación interior de alturas y volúmenes de las viviendas en los centros urbanos. Como concreción de la nueva política de vivienda, debe citarse la Ley de 2 de agosto de 2004, de delegación al Gobierno para la tutela de los derechos patrimoniales de los adquirentes de viviendas en construcción, por la que se crea un fondo de solidaridad por los posibles fallos en la percepción de cantidades a cuenta.

C) En Gran Bretaña (Inglaterra), a partir de los años noventa se impone a los promotores la obligación de realizar una proporción (como máximo un veinticinco por ciento) de viviendas a precio asequible en todo proyecto de más de diez viviendas, correspondiendo a los ayuntamientos la determinación de cómo se lleva a cabo este objetivo. La materialización de este objetivo se lleva a cabo por un acuerdo o convenio (Section 106 planning obligation) entre promotor y municipio que define el número y modalidades de su disponibilidad. Estos “planning obligation”, base del urbanismo negociado, han sido objeto de críticas por sus efectos perversos junto con la negociación de la implantación de las infraestructuras. Los promotores lo conciben como un impuesto sobre la promoción inmobiliaria. La nueva Ley de 2004, Planning and Compulsory Purchase Act, prevé la transformación de estas “planning contributions” en un sistema de tasas en virtud de un reglamento que hasta la fecha todavía no ha sido dictado.

6. La concertación y a la participación ciudadana en la planificación y gestión urbanística

Constituye un rasgo común a los ordenamientos jurídicos examinados la apelación a las técnicas concertadas o convencionales en la formulación y en especial en la ejecución y gestión de los instrumentos de planeamiento urbanístico. Los llamados convenios o convenciones urbanísticas se generalizan como medida para agilizar la ejecución ante la urgencia de los desarrollos urbanísticos a cargo de los promotores privados. En compensación a la flexibilidad anteriormente destacada y a la apelación a las técnicas convencionales, se hace preciso un incremento de la participación en la elaboración de los documentos de urbanismo sobre la base no tanto de una participación reivindicativa sino de matriz eminentemente de colaboración entre los actores públicos y privados. Este nuevo sentido de la participación ha sido formulado por P. Healey (*Collaborative planning. Shaping places in fragmented societies*, Londres, 1997), y sus conclusiones se han intentado incorporar a la reforma inglesa de 2004 anteriormente comentada.

En efecto, en la Planning and Compulsory Purchase Act de 2004 se ha articulado un procedimiento de elaboración del planeamiento sobre las siguientes etapas: el municipio elabora su “Local development scheme”, es decir, a modo de un avance de planeamiento. A continuación, elaborará un “statements of community involvements” para exponer las fórmulas

de colaboración y participación de los privados, y las asociaciones participarán en la elaboración de los documentos definitivos. En el proyecto de planeamiento urbanístico –debe recordarse que el sistema es meramente indicativo– deberán hacer una referencia a las condiciones sociales, económicas, ambientales y demográficas de su territorio. Una vez elaborados, los documentos previos se someten a una “*examination in public*”, presidida por un inspector que dirige el proceso deliberativo, que abarca desde el examen de documentos hasta mesas redondas para debatir y contrastar aspectos de los documentos o encuestas, y reuniones con los redactores de los documentos de planeamiento. El inspector finalmente redacta un informe cuyas conclusiones son obligatorias para el municipio en el momento de aprobarse el plan. Así mismo, el municipio debe elaborar anualmente un informe para verificar en qué medida los objetivos del planeamiento han sido cumplidos (P. Booth, 2006, p. 257).

La participación de los ciudadanos en los procedimientos de elaboración de los documentos de planificación son una de las manifestaciones más relevantes de la democracia local. Este derecho de participación se ha visto reforzado con ocasión de la implantación de las evaluaciones estratégicas ambientales de los documentos de planificación urbanística, al punto que la Conferencia de Aarhus de 1998 ha afirmado como uno de los puntos capitales que “no existe una participación efectiva y eficaz sin una buena información previa”. La Directiva europea 2003/4, de 28 de enero de 2003, ha regulado el acceso al público de la información en materia ambiental que ha sido desarrollada en los diversos países europeos y que en España ha sido finalmente transpuesta en 2006.

7. Hacia unos principios de Derecho Urbanístico a nivel europeo

Pese a que el territorio de la Unión Europea es un espacio de la más alta urbanización y con un sistema de ciudades estructurado y con una inmemorial tradición urbanizadora, no existe propiamente una política urbana europea propiamente dicha en contraposición, como ocurre con la agricultura (PAC). Y ello porque en los Tratados de la Unión no se contemplan las competencias en materia de urbanismo. La articulación de esta política urbana europea si adquiriera un grado de formalización importante podría constituir la base para un Derecho común urbanístico europeo a nivel de principios y de armonización de algunos aspectos o ámbitos de la legislación urbanística, tales como el derecho de propiedad del suelo o las

valoraciones en materia de expropiación urbanística. No obstante, cabe constatar la existencia de algunos indicios o aproximaciones que permiten vislumbrar a medio plazo la emergencia de un ordenamiento urbanístico europeo. A tal efecto, en términos puramente informativos podemos destacar selectivamente algunos de ellos en el orden estrictamente jurídico y en el de la política urbanística que pueden cristalizar en su día en instituciones urbanísticas.

(i) La nueva Carta de Atenas de 2003, formulada por el Consejo Europeo de Urbanistas, aprobada en Lisboa el 20 de noviembre de 2003. Se trata de un documento redactado por técnicos urbanistas que aspira a recordar la famosa Carta de Atenas de 1933, documento que, como es sabido, codificó los principios del urbanismo funcionalista que tanta importancia ha tenido en transposición a las legislaciones urbanísticas europeas de los años cuarenta a sesenta del siglo xx. Pues bien, la nueva Carta pretende ofrecer una visión de futuro del urbanismo del siglo xxi sobre la base de la ciudad coherente en el orden temporal, social, económico y ambiental, todo ello sobre la base de un modelo policéntrico y de aprovechamiento de las ventajas competitivas de las ciudades que permita afrontar los cambios urbanos y los desafíos tecnológicos.

(ii) El Foro Europeo de la Vivienda, integrado por los ministros europeos sobre la Vivienda, Urbanismo y Arquitectura. La misión principal de este Foro con reuniones periódicas es estructurar una política interactiva entre los distintos países para coordinar sus políticas y reglamentaciones en materia de vivienda social y de erradicación de la segregación. Además, debe recordarse que en la Cumbre de Niza de diciembre de 2003 se prevé por la Unión Europea la implantación de un programa de acción pública destinado a erradicar “la vivienda indigna”.

(iii) Estrategia Territorial Europea (ETE). Este documento pretende sentar las bases de un desarrollo equilibrado y sostenible del territorio europeo, como documento marco orientativo para las políticas sectoriales europeas y su influencia en el modelo de desarrollo urbano. Esta estrategia ha sido elaborada por los ministros europeos de Ordenación del Territorio, que vienen celebrando distintas reuniones desde 1993.

(iv) Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Precisamente en base al protocolo adicional núm. 1 de 1952, el artículo 6 del mismo relativo derecho de propiedad, la regulación de la expropiación forzosa y reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general se ha formado una auténtica jurisprudencia urbanística a

nivel europeo sobre temas claves como indemnizaciones por limitaciones urbanísticas, justiprecios expropiatorios, derecho de reversión, expropiación y derechos de tanteo y retracto, al punto que la doctrina francesa (Dossier AJDA, 2003) se ha planteado la cuestión sobre si dicha jurisprudencia no cuestiona los principios informadores del Derecho Urbanístico clásico.

(v) Proyecto de Constitución para Europa (2003). En el texto constitucional se contienen una serie de preceptos relevantes al respecto: reconocimiento de la autonomía local y regional (artículo 5), desarrollo sostenible (artículo 5), cohesión social y territorial (artículo 3 y 13) como competencia compartida, medio ambiente como competencia compartida entre la Unión y los estados. En la parte 11, sobre la Carta de los Derechos Fundamentales, se contienen dos preceptos claves para esta construcción de un Derecho Urbanístico europeo: el artículo 11.17, sobre el reconocimiento de la propiedad de los bienes; la expropiación por utilidad pública y “a cambio en un tiempo razonable de una justa indemnización por su pérdida”. Al mismo tiempo, “el uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida que resulte necesario para el interés general”, aportación substancialista al derecho de propiedad. El artículo 11.34 proclama con el fin de combatir la exclusión social reconocer el derecho a unas ayudas sociales y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el derecho de la Unión y la legislación y prácticas nacionales (Bassols Coma, 2005).

(vi) Finalmente, no debe olvidarse la vinculación de la legislación de contratos de las administraciones públicas (cuyos procesos de preparación y selección de contratistas están armonizados a nivel europeo) con la realización de las obras de urbanización. La investigación que ha llevado a cabo la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo en relación con la figura del urbanizador de la legislación valenciana ha incidido de tal manera que la nueva Ley urbanística de esta comunidad autónoma (Ley 16/2005) ha introducido importantes innovaciones y ha declarado para la mayoría de los supuestos la incompatibilidad entre la figura del urbanizador y el contratista de las obras de urbanización. *Vid.* B.-F. Malera (2006) y O. Bouazza (2006).

Notas

ARROYO GIL, A. *El federalismo alemán en la encrucijada*. CEC, Madrid, 2006.

AJDA (*L'Actualite Juridique-Droit Aministratif*). "Les incidences de la CEDH sur le droit administratif des biens", núm. 40/2003, p. 2130-2145.

BASSOLS COMA, M. "Derecho a la propiedad", en *Comentarios a la Constitución europea*, libro II (dir. Álvarez Conde, E. y Garrido Mayol, V.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 575-598.

BASSOLS COMA, M. "Ordenación del territorio y desarrollo rural", *Cuadernos de Derecho Local*, 10, febrero de 2006, p. 10 y ss.

BOOTH P. "Grande-Bretagne", en *Le contenu des plans d'urbanisme et d'aménagement dans les pays d'Europe de l'Ouest, Les Cahiers du Gridaum*, 15, París, 2006, p. 253 y ss. Vid. también MUÑOZ GUIJOSA M. A. "La reforma urbanística en Gran Bretaña. Planeamiento, control de la ejecución y expropiaciones urbanísticas. The Planning and Compusory Purchase Act 2004", en *Urbanismo y Edificación Aranzadi*, 19, 2006, p. 73-87.

BOUAZZA ARIÑO, O. "¿Vale todo el urbanismo?: el Informe del Parlamento Europeo de 5 de diciembre de 2005 sobre alegaciones de aplicación abusiva de la Ley valenciana reguladora de la actividad urbanística y sus repercusiones para los ciudadanos europeos", en *Ecosistema*, mayo de 2006, p. 23-31.

JEGOUZO Y., "Une loi pour le logement", *AJDA Droit Administratif*, septiembre de 2006 p. 1534-1539.

LEBRETON, J.-P. "La mobilisation du droit de l'urbanisme pour le logement", *AJDA Droit Administratif*, septiembre de 2006, p. 1540-1548.

MALERA, B.-F. "El Parlamento Europeo y la moratoria urbanística en el litoral valenciano. Comentario a la Resolución de 15 de diciembre de 2005 sobre alegaciones de aplicación abusiva de la Ley valenciana de urbanismo", en *Noticias Unión Europea*, 2006, p. 71 y ss.

PONCE SOLÉ, J. (coord.) *Derecho Urbanístico, vivienda y cohesión social y territorial*. Marcial Pons, Madrid, 2006 (esta obra reúne diversos estudios de Derecho comparado en la materia).

El reparto de competencias en materia de urbanismo. El vicio de incompetencia

Javier Barnes

Catedrático de Derecho Administrativo

1. El urbanismo, tema-testigo de la problemática competencial en el Estado autonómico.
2. Distribución de competencias legislativas entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de urbanismo, vivienda y ordenación del territorio. STC 61/1997, 164/2001.
 - 2.1. El urbanismo no es una competencia compartida entre el Estado y las comunidades autónomas. A las comunidades autónomas les corresponde el modelo de ciudad y de territorio; al Estado, la determinación de un marco común a través de elementos puntuales.
 - 2.2. El artículo 47 de la CE, como referente material obligado para el legislador del urbanismo.
 - 2.3. Las competencias estatales para incidir o condicionar el urbanismo: propiedad, expropiación y responsabilidad.
3. La autonomía local y el urbanismo.
4. El vicio de incompetencia.

1. El urbanismo, tema-testigo de la problemática competencial en el Estado autonómico

La conflictividad que ha experimentado la “cuestión urbanística” no hay que buscarla exclusivamente en causas intrínsecas. Los sucesivos recursos de inconstitucionalidad no han hecho sino aflorar algunos de los problemas inherentes al Estado autonómico, que, por de pronto, exceden en mucho del urbanismo, para reproducirse en la sede de tantas otras políticas sectoriales. El juego de las competencias estatales a que se refieren las reglas 1 y 18 del artículo 149.1 de la CE sobre sectores especiales de la competencia exclusiva de las comunidades autónomas; el Derecho supletorio del Estado; los efectos de las declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes viciadas

de incompetencia; el fenómeno de la sucesión de leyes estatales y autonómicas en el tiempo, etc., son algunos de ellos. La ausencia de una verdadera cámara de representación territorial; la actuación del Tribunal Constitucional como única instancia de arreglo de controversias competenciales; las insuficiencias y silencios del título VIII de la Constitución; el esquematismo o simplicidad de la LOTC en lo que hace a los efectos de la inconstitucionalidad, entre otros factores, parecen guardar relación con esa problemática.¹ La arquitectura constitucional de nuestro Estado compuesto y el sistema de justicia constitucional polarizan y encarnan, a nuestro juicio y por justa convención, algunas de las claves fundamentales.²

2. Distribución de competencias legislativas entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de urbanismo, vivienda y ordenación del territorio. STC 61/1997, 164/2001

2.1. El urbanismo no es una competencia compartida entre el Estado y las comunidades autónomas. A las comunidades autónomas les corresponde el modelo de ciudad y de territorio; al Estado, la determinación de un marco común a través de elementos puntuales

La competencia legislativa sobre urbanismo ha sido atribuida a las comunidades autónomas, como se desprende de la Constitución (artículos 148.1.3 y 149.1 de la CE) y de todos los estatutos de autonomía. El Estado ostenta algunos títulos que le permiten condicionar e influenciar la política urbanística, sin que ello signifique, sin embargo, que se transforme en una materia compartida, al modo propio de la secuencia "bases-desarrollo".³ Al Estado no le incumbe, en efecto, la *regulación básica del urbanismo* y a las comunidades autónomas su *desarrollo*, como consecuencia de la suma de todos sus títulos en juego. No es ese el reparto que

1. Con carácter general, sobre el tema me remito a Javier BARNES, *La distribución de competencias en materia de urbanismo. Estado, comunidades autónomas, entes locales*. Bosch, Barcelona, 2002.

2. *Ibidem*, "Presentación".

3. La STC 61/1997 afirma que los títulos estatales pueden afectar "puntualmente" sobre la materia urbanística. *Vid.* fundamento jurídico 6.b). Es más, la propia STC parece considerar acertado cuanto afirma el propio preámbulo de la Ley 8/1990:

"Esta misma visión sistemática, unitaria y coherente, del bloque de la constitucionalidad fue recogida en el preámbulo de la Ley 8/1990, sobre reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo, refundida en el TRLS: 'La delimitación constitucional de competencias parece impedir que el Estado

se desprende del orden constitucional de distribución de competencias. Sobre el esquema “bases-desarrollo” se ha articulado la distribución en muchos casos, como en el medio ambiente, la sanidad, la Seguridad Social, contratos, función pública, régimen minero y energético, etc. Pero no en todos. De la misma manera que al Estado le han quedado reservadas ciertas materias (y no sólo las bases), con una técnica similar se ha operado respecto de las comunidades autónomas en ciertos supuestos, aunque ello no se traduzca tampoco en una exclusividad en sentido absoluto. El hecho de que el Estado tenga atribuida la regulación exclusiva de ciertos elementos o fragmentos con evidente proyección urbanística (en esencia, el diseño mínimo de la propiedad urbana y su valoración) determina que la competencia autonómica deba coonestarse con aquélla.

Así lo expresa la STC 61/1997:

“la competencia autonómica exclusiva sobre urbanismo ha de integrarse sistemáticamente con aquellas otras estatales que, si bien en modo alguno podrían legitimar una regulación general del entero régimen jurídico del suelo, pueden propiciar, sin embargo, que se afecte puntualmente a la materia urbanística (establecimiento de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad urbana, determinados aspectos de la expropiación forzosa o de la responsabilidad administrativa). Pero ha de añadirse, a renglón seguido, que no debe perderse de vista que en el reparto competencial efectuado por la CE es a las comunidades autónomas a las que se ha atribuido la competencia exclusiva sobre el urbanismo, y por ende es a tales entes públicos a los que compete emanar normas que afecten a la ordenación urbanística, en el sentido más arriba expuesto.”⁴

Tres son las competencias estatales más importantes mediante las cuales puede el Estado incidir legítima y puntualmente sobre el urbanismo: la propie-

apruebe una nueva Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana con el mismo o similar contenido al del texto refundido actualmente vigente [...], ya que su regulación supondría una manifiesta invasión de las competencias autonómicas en materia de ordenación del territorio y urbanismo. Pero tampoco las comunidades autónomas están facultadas para establecer una normativa urbanística de alcance y contenido tan amplio como el de la Ley vigente (preconstitucional), porque ello chocaría con las competencias que al Estado atribuye el propio texto constitucional.” (cfr. núm. II).” Esta cita, leída en el contexto del fundamento jurídico 6.b) de la STC 61/1997, no es más que una ejemplificación de la doctrina sentada (recogida en el texto al final del presente epígrafe).

Por otra parte, la STC rechaza expresamente que el Estado ostente una pretendida competencia sobre el “régimen jurídico-administrativo básico del urbanismo” (cfr. fundamento jurídico 36).

4. Cfr. fundamento jurídico 6.b), segundo párrafo.

Téngase en cuenta que los recurrentes habían negado que el urbanismo pudiera ser una competencia de desarrollo legislativo de bases (v. gr., antecedente núm. 7.D), alegación avalada ahora por la sentencia.

dad urbana, tanto en su vertiente jurídico-pública de delimitación de su contenido y su protección frente al poder público,⁵ cuanto en su dimensión civil o de relaciones entre particulares;⁶ la expropiación forzosa y los respectivos criterios de valoración,⁷ así como la responsabilidad administrativa.⁸ Todas ellas giran en torno al urbanismo en sentido subjetivo, a los derechos y deberes básicos de los ciudadanos, en esencia, en derredor de la propiedad en sentido amplio y su sistema de garantías (indemnizatoria y de procedimiento).⁹

Hay otras competencias que también podrán enmarcar, de algún modo, al urbanismo (y, por extensión, a la vivienda y ordenación del territorio), aunque, aquí y ahora, en menor medida. Entre éstas cabría destacar:

a) La competencia exclusiva del Estado sobre el procedimiento administrativo común,¹⁰ sin perjuicio de las reglas de procedimiento especial cuya regulación compete a las comunidades autónomas (como punto de partida, la sentencia destaca que es ésta una competencia adjetiva que sigue a la sustantiva, aquí el urbanismo, por lo que las normas de procedimiento especial, como las relativas al planeamiento, corresponde fijarlas a las comunidades autónomas).¹¹ Al fin y al cabo, procedimiento “común” no ha de ser entendido en un sentido codificador, esto es, como un procedimiento único o como un conjunto de trámites de obligado cumplimiento, cualquiera que sea la materia sobre la que verse.¹²

b) Las competencias sectoriales con dimensión espacial o física,¹³ para cuyo ejercicio el Estado podrá recurrir a la planificación territorial y a fór-

5. Artículos 33 y 149.1.1 de la CE.

6. Artículo 149.1.8 de la CE.

7. Artículo 149.1.18 de la CE.

8. Artículos 149.1.18, 33 y 106.2 de la CE.

9. Si hubiera que jerarquizar las reglas del artículo 149.1 de la CE por su peso específico, acaso habría que comenzar por la regla 18 del artículo 149.1 de la CE, de la que afirma la STC 61/1997 que “contiene en conjunto un bloque de materias de mayor espectro que el que representa el artículo 149.1.1 de la CE, que sólo es susceptible de afectar a la intervención pública sobre los derechos en juego en el ámbito del urbanismo, señaladamente del derecho de propiedad”. (Cfr. fundamento jurídico 11.)

10. Cfr. fundamento jurídico 25.c), 34.a) y, sobre todo, 35; 40.

11. Cfr. fundamento jurídico 26.a). Tal es la razón por la que se anula el artículo 135.2 del TRLS. Véase asimismo el fundamento jurídico núm. 35.

El artículo 135.2 del TRLS (relativo al deber de información en el marco de los efectos de la aprobación de los planes) disponía lo siguiente: “Se notificará a la Administración del Estado la iniciación del procedimiento de modificación y revisión del planeamiento en el plazo de un mes desde la adopción del correspondiente acuerdo por el Ayuntamiento.”

12. Al Estado le incumbe por este concepto, ante todo, fijar aquellas garantías comunes del administrado (derechos procedimentales del interesado, etc.), así como los elementos fundamentales del acto administrativo que deban ser de aplicación general (la “teoría general” del acto administrativo).

13. Cfr. fundamentos jurídicos 22, antepenúltimo párrafo; 25.c), último párrafo; 26.a); 27.a).

mulas de coordinación; lo cual, por otra parte, supondrá un lógico condicionamiento de la estrategia territorial que las comunidades autónomas pretendan llevar a cabo a través de su competencia en materia de ordenación del territorio y urbanismo.¹⁴ Esos títulos sectoriales podrán atribuirle también competencias de ejecución.¹⁵

Ha de notarse, en este contexto, que la sentencia rechaza cualquier interpretación que entienda que el Estado carece de competencias sobre el territorio y, dentro de éste, sobre la ciudad. Una cosa es que no tenga competencias sobre el urbanismo (es decir, sobre el modelo de ordenación de la ciudad y de los instrumentos a su servicio), ni sobre la ordenación territorial *stricto sensu* (esto es, para prefigurar el modelo o estrategia territorial de la Comunidad, su diseño general), y otra, muy distinta, que no pueda condicionarlas a través de las políticas sectoriales que expresamente cita o, igualmente, que no pueda tampoco decidir, en ejercicio de tales competencias, sobre las asignaciones de usos al suelo.¹⁶ En este ámbito, la STC 40/1998 (Puertos) ha tenido ocasión de concretar algunos aspectos, a partir de la doctrina, por lo demás, recordada por la STC 61/1997.¹⁷

c) Las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas,¹⁸ que podrían autorizar la fijación de bases relativas a un sector específico como es el que ahora se considera.¹⁹

d) La competencia sobre las bases y coordinación general de la actividad económica, aunque respecto del urbanismo, entre otras consideraciones, su invocación sólo podrá legitimarse si la norma de que se trate responde efectiva y estrictamente a la dirección general de la economía,²⁰ no a la regulación, v. gr., del derecho de propiedad.²¹

e) La competencia sobre las bases del régimen estatutario funcional (artículo 149.1.18 de la CE), en particular en lo que hace a los notarios y registradores de la propiedad.²²

14. Cfr. fundamento jurídico 22.

15. Cfr. fundamento jurídico 27.a).

16. Véanse las referencias contenidas en las notas a pie de página del párrafo anterior.

17. Sobre la STC 40/1998 se vuelve más adelante en el capítulo cuarto.

18. Cfr. fundamento jurídico 26.a) en relación con el artículo 135 del TRLS y el deber de información y notificación que consagra. Asimismo, véanse núms. 28.c) y 34.a).

19. Cfr. fundamento jurídico 26.a).

20. Cfr. fundamento jurídico 36.

21. Cfr. fundamento jurídico 24.d). Extremo éste del que parece separarse la nueva Ley estatal 6/1998.

22. Cfr. STC 207/1999, señaladamente, fundamentos jurídicos 4, 8 y 9.

Que las comunidades autónomas tienen competencia legislativa exclusiva en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, significa, por de pronto, dos cosas: que ellas son las protagonistas tanto en el diseño de la estrategia territorial y urbanística de sus respectivos territorios, cuanto en la configuración del modelo de creación de ciudad, del proceso de transformación del suelo y adquisición de facultades urbanísticas. Dicho de otro modo: el Estado, en uso de sus competencias (condiciones básicas de ejercicio del derecho de propiedad urbana y cumplimiento de la función social; valoraciones; expropiación; sistema de responsabilidad, etc.), susceptibles de incidir sobre el urbanismo, no puede cerrar, siquiera sea mediatamente, el entero proceso urbanizador y edificatorio, desplazando la competencia en materia de urbanismo (artículo 148.1.3 de la CE) a aspectos puramente instrumentales y de desarrollo (exceso en el que incurrió el TRLS).

Ahora bien, el legislador estatal condiciona e influye, establece un marco, y, en definitiva, resta libertad a la opción política de la comunidad autónoma y a su Derecho urbanístico propio. La pluralidad inherente al principio de autonomía no será, pues, tan radical, ni tampoco tan divergente, por obra de ese marco estatal, que, sin embargo, no llega a transformarla en una competencia compartida al modo “bases-desarrollo”, ni, en consecuencia, a imponer o legislar para un modelo único y uniforme de urbanismo. Baste considerar, a título de ejemplo y por vía de síntesis, que el título estatal residenciado en la regla 1 del artículo 149.1 de la CE, susceptible de configurar los trazos generales de la propiedad urbana y su valoración en unión con la regla 18 del mismo precepto, *al tiempo que supone un evidente recorte de la libertad autonómica, impide imponer un concreto y unívoco modelo de urbanismo, sin pluralismo*. Equilibrio éste que, en ocasiones y por lo que atañe al Estado, puede simbolizarse en una simple expresión: principios, sí; técnicas (urbanísticas), no.²³

23. Sirvan de síntesis las siguientes palabras de la STC 61/1997 que, aunque obviamente circunscritas al supuesto que allí se considera [vid. fundamento jurídico 24.a)], pueden ser ilustrativas de lo que se expresa en el texto:

“Medios o instrumentos que pertenecen a la libre opción del legislador autonómico en materia urbanística, por más que, en determinados supuestos, puedan considerarse como una consecuencia casi necesaria de la concepción del derecho de propiedad subyacente a aquellas condiciones básicas, como el establecimiento de zonas o áreas de reparto en las que hacer realidad la equidistribución y los deberes básicos. Pero la definición del régimen jurídico de tales técnicas e instrumentos que, desde luego admite configuraciones diversas, forma parte, pues, de la competencia autonómica en materia urbanística.”

Dentro de ese marco ha de moverse el libre juego del legislador estatal y autonómico, sin perjuicio, claro está, de las eventuales fórmulas cooperativas, o de acuerdos de aproximación o armonización legislativas.

Como podrán abundarse seguidamente, por vía de síntesis, cabe afirmar, pues, que a las comunidades autónomas les corresponde la creación legal del modelo de urbanismo y la estrategia territorial en sus respectivos ámbitos.²⁴ Al Estado le incumbe la fijación de un amplio marco,²⁵ que condiciona, pero no suplanta, el ordenamiento propiamente urbanístico, así como la producción de ciertas normas o decisiones sectoriales con incidencia territorial o espacial.²⁶

Las líneas o trazos que al Estado le cumple dibujar no equivalen, ni se asemejan, a una suerte de legislación básica en la materia, a una especie de Derecho urbanístico básico. Eso sí, el marco limita las opciones políticas de las comunidades autónomas, aunque el Estado haya de legislar para una pluralidad de modelos. El legislador autonómico, en consecuencia, no posee una libertad absoluta en la construcción de su modelo.

En lo que hace su *contenido*, el marco legislativo del Estado se integra, eventualmente, por piezas generales y abstractas (procedimiento administrativo común, expropiación, propiedad, responsabilidad), susceptibles, en ciertos casos y con las condiciones establecidas, de alguna especialidad sectorial, o en razón del urbanismo (propiedad urbana, garantías expropiatorias específicas, supuestos indemnizatorios especiales). En su conjunto, sin embargo, las competencias estatales no pueden imponer, ni pensar en un único modelo de urbanismo posible. El marco estatal, pues, se nutre necesariamente de las normas *generales*, aplicables a cualquier sector²⁷ y, en su caso, de determinadas piezas *especiales* en razón del urbanismo,²⁸ señaladamente en concepto de condiciones básicas del derecho de propiedad. En tal sentido, el marco es a un tiempo general y urbanístico.

La *forma de ejercicio* de las competencias estatales (singularmente ex artículo 149.1.1 y 18 de la CE), ante una competencia legislativa autonómica, podrá encontrar su mejor expresión, si el Estado ha de “legislar para todos” (marco plural y amplio), a través de una regulación provista del suficiente grado de abstracción (criterios, principios, directivas o reglas

24. Artículo 148.1.3 de la CE.

25. Reglas 1, 8 y 18 del artículo 149.1 de la CE.

26. V. gr.: reglas 4, 13, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25 y 28 del artículo 149.1 de la CE. Cfr. STC 61/1997, fundamento jurídico 22.

27. Así, legislación sobre expropiación forzosa, procedimiento administrativo común, sistema de responsabilidad, legislación civil, legislación básica de protección del medio ambiente, etc., en el sentido y a los efectos a que se refiere el artículo 149.1 de la CE.

28. Alguna modulación de esa legislación sobre expropiación forzosa, procedimiento administrativo común, o responsabilidad administrativa.

polivalentes) y, lo que es aún más importante, alejada de la sistematicidad, universalidad e intensidad propias de la legislación básica.²⁹ Se trata, más bien, de regular algunas piezas de la institución –señaladamente, en el plano de las condiciones básicas del artículo 149.1.1 de la CE– con incidencia o relevancia para el Derecho urbanístico autonómico. Dicho de otro modo y por lo que atañe al derecho de propiedad, la garantía de la igualdad básica,³⁰ mediante la regulación estatal de las condiciones básicas, a los efectos y en el sentido del artículo 149.1.1 de la CE y con respecto de la competencia autonómica,³¹ se halla más próxima a las normaciones de principio que encarnan o sintetizan la concepción o filosofía de la propiedad urbana, que a un conjunto de reglas concretas.³²

La forma responde a una sustancia; esconde una concepción. No ha de olvidarse que el artículo 149.1.1 de la CE no es un precepto destinado a establecer una carta de derechos y libertades directamente invocables ante los poderes públicos. Lo que al artículo 149.1.1 de la CE, como al resto de las reglas del artículo 149.1 de la CE, le preocupa es el *reparto de competencias*. Tal es su objeto inmediato, no el ciudadano y sus derechos. Tampoco la visión microscópica de la igualdad de cada individuo, sino la perspectiva “macroeconómica”. De ahí que la misión de la igualdad a la que propende el artículo 149.1.1 de la CE no sea la de garantizar la efectiva y real igualdad básica de cada uno de los propietarios del suelo urbano, forestal o agrícola, o la del empresario del sector de servicios, esto es, la identidad de las situaciones jurídicas,³³ sino *aquella igualdad básica que se alcanza mediante una normación que posee unos rasgos uniformes en sus principios*. No es, pues, que resulte aconsejable fijar principios, criterios o directivas, entre otras expresiones posibles de la competencia estatal ex artículo 149.1.1 de la CE, para evitar una colisión o invasión de la esfera competencial autonómica. Es, más precisamente, que el establecimiento de unos rasgos fundamentales sobre el sistema en su conjunto –he ahí el *telos* del precepto constitucional– se traduce con la expresión de una filosofía de fondo, con algunos principios o directivas, antes que un conjun-

29. *Vid.*, por ejemplo, STC 61/1997, fundamento jurídico 10 *in fine*.

30. Cfr. fundamentos jurídicos 8, 10, 24.c), 28.e) de la STC 61/1997.

31. Por todos, fundamento jurídico 10 *in fine* de la STC 61/1997.

32. *Vid.* capítulo quinto, núm. XII.5; capítulo sexto, IX.2, de la obra *La distribución de competencias en materia de urbanismo* (*cit.* nota 1).

33. Cfr. capítulo quinto, XII.5-7; capítulo sexto, IX.2 de la obra *La distribución de competencias en materia de urbanismo* (*cit.* nota 1). *Vid.* STC 61/1997, fundamento jurídico 9.

to de normas atadas a presupuestos de hecho cerrados o muy ceñidos, o a circunstancias por completo eventuales.

De las anteriores premisas se infiere asimismo, en lo que hace a la forma de expresión de esas competencias, que el marco que al Estado incumbe regular tiene por destinatario directo y originario antes al legislador autonómico, que a la Administración actuante y a los particulares.³⁴ Y ello porque ese marco, que no un Derecho urbanístico *básico*, no representa más que unos principios fundamentales que no impiden, antes al contrario, el ejercicio de la competencia *legislativa* autonómica. Sin perjuicio del grado de aplicabilidad directa que puedan adquirir las normas estatales, o de su valor informativo de la práctica judicial y administrativa, es lo cierto que la “intermediación legislativa” de las comunidades autónomas, que desborda el ámbito de lo “ejecutivo” o del “mero desarrollo” de unas bases, constituye un dato indeclinable y un termómetro para medir la observancia del orden constitucional de distribución de competencias o, cuando menos, el entendimiento que de sus competencias ha llevado a cabo el legislador estatal.³⁵

Cuanto se ha dicho, acaso se vea también fortalecido desde una consideración práctica. Si en lugar de concentrarse en dictar normas de directa aplicación para los ciudadanos o la Administración actuante (con presupuesto de hecho urbanístico y consecuencia jurídica), dispusiera principios y reglas generales que todo lo informan e impregnan y, sobre todo, mandatos o directivas de resultado al legislador autonómico, daría mayor sentido y eficacia a esta competencia (artículo 149.1.1 de la CE) al tiempo que equilibrio y ponderación con los demás títulos en juego. Lo cual no obsta, claro está, para que el legislador estatal pueda tomar prestadas las categorías urbanísticas al uso, con la debida prudencia, a fin de predicar de ellas ciertas consecuencias jurídicas.³⁶ La cuestión radica, y es ello lo que pretende aquí subrayarse, en que no instituya presupuestos de hecho

34. Capítulo quinto, II.2.3.a); VI.8, entre otros, de la obra *La distribución de competencias en materia de urbanismo* (cit. nota 1). Ello no empece, como es obvio, a que la regulación de las condiciones básicas tenga por objeto y destinatario directo al ciudadano, esto es, que no dé cobertura al establecimiento de reglas o deberes respecto de los poderes públicos, como tiene afirmada la jurisprudencia (vid. *supra* capítulo segundo, IV de la misma obra). La afirmación del texto, pues, se circunscribe a la forma de ejercicio y el sistema de fuentes del Estado autonómico.

35. Cfr. capítulo sexto, IX.2.1.a); IX.3 y 4 de la obra *La distribución de competencias en materia de urbanismo* (cit. nota 1).

36. *Supra* capítulo quinto, I.3 de la obra *La distribución de competencias en materia de urbanismo* (cit. nota 1).

inútiles, por lo que tienen de libre disposición autonómica y, por ende, de fácil evasión, puesto que ello generaría una indeseable carrera de “caza” y “huida” entre la legislación estatal y autonómica, que no se compadece con la racionalidad que ha de extraerse del entero título VIII.³⁷ Todo ello sin perjuicio de si la pretendida “condición básica” carece o no de capacidad igualadora; quede sin justificación o cobijo bajo el techo del artículo 149.1.1 de la CE.³⁸

Al margen y con independencia de esas piezas, el Estado ostenta asimismo competencias sectoriales que le autorizan, bien a dictar normas, bien a adoptar decisiones, con dimensión territorial y urbanística, con carácter vinculante, que suponen un recorte puntual tanto de la política territorial y urbanística de las comunidades autónomas, cuanto de la discrecionalidad administrativa municipal.³⁹

2.2. El artículo 47 de la CE, como referente material obligado para el legislador del urbanismo

“Si bien la Constitución no define lo que haya de entenderse por urbanismo, sí proporciona, junto al derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (artículo 47 de la CE, párrafo primero), una serie de importantes principios rectores de la política, en este caso, urbanística, a los que han de atenerse, en el ejercicio de sus respectivas competencias, los entes públicos, a saber: la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación (artículo 47 de la CE, párrafo primero), y la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística de los entes públicos (artículo 47 de la CE, párrafo segundo). Con arreglo a lo establecido en el artículo 53.3, inciso primero, de la CE, el reconocimiento, el respeto y la protección de tales contenidos del artículo 47 de la CE ‘informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos’ (STC 19/1982, fundamento jurídico 6, y 45/1989, fundamento jurídico 4).”⁴⁰

37. *Supra*, por ejemplo, capítulo séptimo, III, de la obra *La distribución de competencias en materia de urbanismo* (cit. nota 1).

38. Cfr. capítulo sexto, IX.2 y 2.1.a) de la obra *La distribución de competencias en materia de urbanismo* (cit. nota 1).

39. Cfr. capítulo segundo, III.b) de la obra *La distribución de competencias en materia de urbanismo* (cit. nota 1).

40. Cfr. fundamento jurídico 6.a).

El artículo 47 de la CE no es, desde luego, un título atributivo de competencias, como reitera la STC 61/1997, pero obliga a todos los poderes públicos, señaladamente al legislador, estatal y autonómico, y a la Administración urbanística.

Hasta aquí la doctrina de la STC. A nuestro juicio, se trata de un precepto fundamental, del que podrían extraerse algunas consecuencias en punto a los fines que quedan excluidos de la acción de los poderes públicos en la materia, tanto del legislador, como, con mayor razón, de la Administración urbanística. Con independencia del carácter de principio rector del que en todo caso participa el artículo 47 de la CE a los efectos del artículo 53.3 de la CE, cabría notar, a la vista de su estructura y tenor literal, que enumera unos fines determinables, los cuales, aunque abstractos y generales, no pueden ser contradichos (cuestión diversa, como es obvio, es el distinto grado o margen en que puedan ser atendidos, tema éste de la competencia del legislador, en primer término). Así, el derecho a una vivienda digna representaría el fin último que todo lo trasciende e inspira. A su servicio, dos instrumentos: la lucha contra la especulación y la participación de la comunidad en las plusvalías. Dicho de otra forma: una cosa es que, en términos positivos, sea el artículo 47 de la CE un principio rector en el sentido del artículo 53.3 de la CE, y otra, muy distinta, que en clave negativa o de prohibición carezca de todo contenido de directa aplicación, si bien circunscrito a su condición de límite o muro externo que no puede ser desbordado por la ley o la Administración.

En nuestra opinión, pues, resultaría incompatible con este precepto que, v.gr., la participación de los entes públicos en la plusvalía –consecuencia de la acción urbanística, de la ordenación de la ciudad– no contribuyera en nada a la consecución de una vivienda digna y adecuada, o que se transformara en una mera fuente de ingresos totalmente desconectada del urbanismo mismo (y, en su caso, además, de los principios del artículo 31 de la CE).⁴¹

41. Recuérdese, a título de ejemplo, lo que afirma el Tribunal Constitucional en la STC 233/1999, referido, entre otros extremos, a la reserva general de ley:

“En fin, lo que el legislador no puede hacer es renunciar ‘al establecimiento de toda limitación en el ejercicio de la potestad tributaria de las corporaciones locales’, abandonando ‘la función que en este campo corresponde sólo a la Ley de conformidad con unas determinaciones constitucionales que no son, obviamente, disponibles para el legislador. La renuncia plena por la ley a todo encuadramiento normativo de la potestad tributaria local no se acomoda, en definitiva, con lo dispuesto en el artículo 133.2 de la Constitución ni con la general reserva de ley establecida en este ámbito por el artículo 31.3 de la norma fundamental’, pues esta reserva ‘está también al servicio de la procuración del sistema tributario al que se refiere el apartado primero del precepto constitucional citado y de la

La ubicación sistemática del urbanismo en el artículo 47 de la CE y el entrelazamiento de las finalidades que ha de perseguir no puede ser ignorada. Es más, si se provocara artificial e intencionadamente la generación de plusvalías con tal exclusivo propósito –la simple financiación local– y los ingresos estuvieran por completo desvinculados del urbanismo, se infringiría otro de los fines que el artículo 47 de la CE señala: que la regulación de la utilización del suelo impida la especulación. Y ello porque, al menos potencialmente, el ejercicio de la potestades públicas de ordenación de la ciudad tendría efectos especulativos, si bien no al servicio de intereses privados, sino públicos –la hacienda local–, pero en todo caso desviadas del fin constitucional que las legitima, lo que, en su caso, si es la Administración urbanística la que actúa, sería controlable por los tribunales (artículo 106.1 de la CE) y, si el vicio anida en la norma, serán los tribunales contencioso-administrativos o el propio Tribunal Constitucional, según los casos, los competentes para su conocimiento. En suma: el artículo 47 de la CE habrá de ser colmado en términos positivos, tal como prescribe el artículo 53.3 de la CE; al tiempo que respetado en lo que tiene de mandato o prohibición, vertiente ésta de interés en un esquema en el que el municipio se nutre de la actividad urbanística.

–Por otro lado, son muchas las consecuencias que cabrá extraer del artículo 47 de la CE, en el plano de la información de la legislación positiva (artículo 53.3 de la CE), para garantizar real y efectivamente que las actuaciones de los poderes públicos sepan establecer las condiciones necesarias en pro del fin último que preside el urbanismo, el derecho a una vivienda digna. Habrá que podar aquellas actuaciones públicas que,

igualdad de los ciudadanos dentro de él y no se compecede, por ello, con habilitaciones indeterminadas para la configuración de los elementos esenciales de los tributos’ (fundamento jurídico 5).” [cfr. fundamento jurídico 10.c)].

Se trata, obviamente, de instituciones y mecanismos (reserva de ley tributaria y devolución de plusvalías generadas o inducidas) en nada asimilables, ni reconducibles a una común categoría, por más que la suficiencia financiera sea presupuesto mismo de la autonomía local, según jurisprudencia reiterada (por todas, STC 233/99), o con independencia de que, en la práctica municipal, los ingresos en concepto de urbanismo sean cuantiosos, o de que, por ejemplo, la reducción del quince por ciento de aprovechamiento (legislación 1990-1992) al diez por ciento (legislación 1997-1998) lleve aparejada, públicamente, el incremento de la recaudación municipal por el impuesto de bienes inmuebles. Lo que pretende subrayarse no es sino que la recaudación por el IBI estará sujeta a todo un complejo conjunto de garantías y requisitos, mientras que la que se produce en el marco del proceso urbanizador y edificatorio está huérfana de referentes sólidos, pese a que el desarrollo del artículo 142 de la CE llame a la ley formal. La reserva de ley en materia de propiedad (artículos 33.2 y 53.1 de la CE), sin embargo, sí que es capaz de ofrecer mayores reparos a estas prácticas.

por su estructura, posición o potestades, resulten poco coherentes, cuando no opuestas, a ese desiderátum del artículo 47 de la CE.

En ese sentido, una de las disfunciones que muestra el urbanismo tradicional consiste en el, en ocasiones, relativo silencio de las leyes del suelo en punto a estándares de calidad, zonas verdes, paisaje urbano, densidades de población y tráfico, etc., y la consiguiente libertad, casi omnimoda, con que cuenta la Administración local, por la renuncia del legislador a establecer *ex ante* o, nótese bien, *ex post*, determinaciones sustantivas. A ello se añade que la Administración local, por definición, se ocupa sólo de los intereses locales, y, lo que es más importante ahora, que, además, puede actuar, en cierto modo, como “parte interesada” en el sentido, aquí negativo, de que su financiación depende en alta medida de las actividades constructivas y edificatorias que, en su término municipal, promueva o autorice.

2.3. Las competencias estatales para incidir o condicionar el urbanismo: propiedad, expropiación y responsabilidad

–Sobre la propiedad urbana.

El Tribunal Constitucional recuerda que tanto el título estatal ex artículo 149.1.1 de la CE, como el que luce en el artículo 149.1.8 de la CE, son susceptibles de afectar al derecho de propiedad privada, aunque con alcance y contenido diversos. El espacio propio de cada competencia descansa en la dimensión jurídico-pública o civil, respectivamente, en la que se mueva el dominio en cada caso, perspectiva por otra parte evidente en la jurisprudencia contencioso-administrativa y civil. El Tribunal, pues, a efectos competenciales, distingue entre la legislación civil de la propiedad y la intervención pública sobre el derecho. Así, sostiene, el derecho de propiedad se contempla en el artículo 149.1.1 de la CE “desde la perspectiva de la intervención pública para garantizar las condiciones de igualdad [...] y sólo sus condiciones básicas, óptica distinta, sin duda, de la que proporciona la competencia exclusiva del Estado sobre la legislación civil a que se refiere la regla 8 del mismo precepto [...]”.⁴²

Ello es lo que le permite deslindar en el análisis de las concretas impugnaciones el título estatal en juego y determinar en cada caso si es la vertiente de la intervención pública sobre el dominio para asegurar la igualdad la que impera (artículo 149.1.1 de la CE) o la dimensión horizontal, esto es,

42. Cfr. fundamento jurídico 9.b), 2º párrafo.

de las relaciones jurídico-privadas (artículo 149.1.8 de la CE).⁴³ Así, por ejemplo, podrá entender que la protección registral o las normas registrales inmobiliarias tienen su acomodo en el artículo 149.1.8 de la CE, no en el artículo 149.1.1 de la CE;⁴⁴ o que una norma que se inserta en el régimen de la relación arrendaticia urbana (un derecho del arrendatario frente al propietario) encuentra su cobertura en el artículo 149.1.8 de la CE (“legislación civil”);⁴⁵ o que el Estado puede en virtud de su título competencial ex artículo 149.1.8 de la CE regular los efectos civiles (transmisión, subrogación y afectación real) que se anudan a los proyectos de reparcelación⁴⁶; etcétera.

Por lo demás, el artículo 149.1.1 de la CE no polariza ni es capaz de absorber toda la intervención pública sobre el dominio (lo cual le otorgaría una notable expansividad), sino tan sólo una de sus especies, la que tiene por objeto garantizar la igualdad, en los términos que seguidamente se apuntan.⁴⁷

La regulación de las condiciones básicas (regla 1) y la legislación civil (regla 8) constituyen, pues, los títulos con una incidencia más amplia sobre la propiedad urbana, los dos “brazos” a través de los cuales el Estado, siempre en sentido estricto, deja su impronta sobre el dominio. No cabe la invocación de otras, como la que descansa en el núm. 13 del artículo 149.1 de la CE, que la STC 61/1997 ha rechazado⁴⁸ o, menos aún, la regla 18 (tratamiento común de los administrados).⁴⁹

Por lo que se refiere a la competencia del artículo 149.1.1 de la CE,⁵⁰ baste decir que, según la jurisprudencia, se trata de una competencia que se circunscribe al ámbito de lo *normativo* (el precepto habla de “regula-

43. Cfr. fundamento jurídico 9.b), 2º párrafo; 16.b).

44. Cfr. fundamento jurídico 17.k) y m).

45. Cfr. fundamento jurídico 26.b).

46. Cfr. fundamento jurídico 28.f).

47. Sobre ello insiste el Tribunal. V.gr.: fundamentos jurídicos 9.b), 2º párrafo; 10, 2º párrafo.

48. Cfr. fundamento jurídico 24.d).

49. Cfr. fundamento jurídico 24.c).

50. Sobre este título competencial remito a la monografía, Javier BARNES, *Problemas y perspectivas del artículo 149.1.1 de la CE*, Institut d’Estudis Autònoms, Barcelona, 2004.

51. Cfr. fundamento jurídico 7.b).

Aunque la STC 61/1997 no lo exprese, parece lógico concluir, a tenor de la reserva general que sobre todos los derechos y libertades constitucionales pesa conforme al artículo 53.1 de la CE, que esa regulación habrá de tener rango de ley formal. Si las bases estatales (artículo 149.1 de la CE), que tienen una extensión e intensidad superior a las condiciones básicas del artículo 149.1.1 de la CE, están reservadas a la ley formal, sin perjuicio del complemento reglamentario (STC 69/1988, fundamento jurídico 5; 188/2001, fundamento jurídico 8), con mayor razón las normas jurídicas del Estado emanadas con la cobertura del artículo 149.1.1 de la CE.

ción”), lo que excluye la posibilidad de su invocación en el plano ejecutivo;⁵¹ constituye un título competencial *positivo* o *habilitante*; no es, pues, un mero principio, o un título residual o complementario, ni tampoco una mera prohibición de divergencia desproporcionada o irrazonable respecto de la norma estatal que pese sobre la legislación autonómica;⁵² tiene contenido propio y específico; “la igualdad de todos” representa el *elemento teleológico* o finalista del título competencial, su razón de ser;⁵³ y el “objeto” o “materia” sobre el que recae son los *derechos y libertades en sentido estricto* (esto es, sólo los derechos de la Sección 1ª y 2ª), no así los “derechos” del capítulo III.⁵⁴ Estas condiciones básicas, tan crecientemente invocadas por el legislador estatal, comprenden, según la STC 61/1997, en el ámbito del urbanismo, y en línea de máxima:

En primer lugar, las *facultades más elementales* del Derecho constitucional, en línea con una reiterada doctrina, de acuerdo con la cual el artículo 149.1.1 de la CE autoriza el dictado de normas que afecten al contenido primario del derecho o a las “posiciones jurídicas fundamentales” en la medida en que sean estrictamente “imprescindibles o necesarias”⁵⁵ para garantizar esa igualdad primaria.⁵⁶ Las condiciones básicas, pues, no abarcan o comprenden en ningún caso la regulación acabada del derecho constitucional de que se trate, el régimen jurídico completo, sino tan sólo, y en su caso, su arquitectura fun-

52. Cfr. fundamento jurídico 7.b). Aunque excede del objeto de estas líneas –puramente informativas–, debe destacarse que esta afirmación supone un decidido abandono de la posición mantenida en algunas sentencias que veían en el 149.1.1 de la CE un límite a la acción del legislador autonómico, señaladamente en materia sancionatoria, y según el cual, el artículo 149.1.1 de la CE prohíbe una divergencia desproporcionada o irrazonable respecto de la legislación estatal. Con todo, desde el artículo 139.2 de la CE, en su caso, cabría proscribir medidas que supusieran una quiebra de la unidad de mercado o de la libertad de circulación.

Por lo demás, me remito a las breves reflexiones que, sobre este extremo, se hacen en *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en procesos competenciales* (1995-1996), realizado con A. Gómez Montoro, en la obra colectiva *La sentencia sobre la constitucionalidad de la Ley*. Cuadernos y debates (66), Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 289-295. Y, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, puede verse mi trabajo “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, en el número monográfico de *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5 (1998), p. 39-40.

53. Cfr. fundamento jurídico 7.b).

54. Así se infiere de los fundamentos jurídicos 7.b) y 8.

55. Cfr. fundamento jurídico 8, párrafo 1. En sentido análogo, insistirá en que la regulación del contenido básico o primario (entiéndase que sobre algunos de sus elementos o piezas) se justifica “en la medida en que afecte a las condiciones básicas de su ejercicio” [cfr. fundamento jurídico 9.a), párrafo 1].

56. *Vid.* fundamento jurídico 8, párrafo 1.

57. Cfr. fundamentos jurídicos 7.a), 7.b) y 8.

damental.⁵⁷ El Tribunal Constitucional cita expresamente, por lo que a esta vertiente *ad intra* del derecho concierne, “facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas”.⁵⁸

En segundo término, las condiciones básicas pueden comprender “*ciertas premisas o presupuestos previos*”,⁵⁹ en rigor externos al derecho mismo, siempre y cuando guarden “una relación necesaria e inmediata” con esas condiciones,⁶⁰ “tales como el objeto o ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el derecho (así, respecto de la propiedad privada, la demanialización de toda una categoría de bienes definidos por sus características naturales: STC 227/1988, fundamento jurídico 14); los deberes, requisitos mínimos o condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho (STC 5/1981, fundamento jurídico 26; 37/1981, fundamento jurídico 2); los requisitos indispensables o el marco organizativo que posibilitan el ejercicio mismo del derecho (como la inscripción censal para el derecho de sufragio; STC 154/1988, fundamento jurídico 3); etc.”.⁶¹ Ahora bien, y al igual que la incidencia sobre el interior del derecho, ésta ha de ser aquí también limitada: “Como hemos insistido, si por ‘condiciones básicas’ hubiera de entenderse cualquier condición ‘material’, obligado sería concluir que esa interpretación tan amplia habría de conducir a un solapamiento con otras competencias estatales explicitadas en el artículo 149.1 de la CE o, lo que es peor, a una invasión de las competencias autonómicas. Si nos referimos al ámbito urbanístico y de la ordenación del territorio, bastaría con que el Estado invocara la regulación de las condiciones básicas de igualdad –sociales, económicas, políticas y jurídicas– para el ejercicio de la propiedad urbana y la libertad de empresa, por ejemplo, para que pudiera dictar una norma de una amplitud tal que poco les restaría a las comunidades autónomas de esta competencia exclusiva en materia de urbanismo.”⁶²

En otras palabras, las condiciones básicas pueden regular “algo de contenido interno” y “algo de sus presupuestos o premisas previas o exter-

58. Cfr. fundamento jurídico 8, párrafo 1.

59. *Ibidem*. La cursiva no es original.

60. Cfr. fundamento jurídico 8, párrafo 2.

61. Cfr. fundamento jurídico 8, párrafo 2.

62. Cfr. fundamento jurídico 8, párrafo 1.

63. La normación limitada, su justificación en su carácter necesario e imprescindible, la interdicción de equivalencia a las bases, o el impacto sobre la política sectorial, son límites y presupuestos de toda forma de ejercicio de la competencia estatal, como se deduce de una interpretación literal (fundamento jurídico 8, párrafo 1), sistemática [fundamento jurídico 7.a)] y teleológica [fundamento jurídico 9.b)], entre otros.

nas". En cualesquiera de sus modalidades,⁶³ estamos ante una regulación limitada, *per se*, que no equivale tampoco a "bases", "legislación básica" o "norma básica",⁶⁴ ni en su extensión, ni, y ello es aún más importante, en lo que ésta tiene de normación sistemática y coherente, completa, de una porción de la materia.⁶⁵

En particular, reiteramos, regular algún elemento del contenido no es regular un "contenido básico" en el sentido y a los efectos de "legislación básica". El común denominador que sí representa la regla 1 del artículo 149.1 de la CE,⁶⁶ no supone –como el que pudieran encarnar otros títulos estatales– un contenido *necesario* a medio rellenar. Entre las condiciones básicas, nótese bien, podrán encontrarse elementos o piezas intrínsecas al derecho, no un sistema, una *normación universal*, inmediatamente aplicable y, en realidad, completa, aunque susceptible de desarrollo, como es característico de la legislación básica. De lo contrario, de admitirse una legislación básica en punto al régimen jurídico de la propiedad urbana, la competencia autonómica quedaría fuertemente comprometida, máxime si a ello se uniera una indiscriminada modulación urbanística de las competencias estatales ex artículo 149.1.18 de la CE (valoración e indemnización).⁶⁷ En tal hipótesis, aunque a través de un complejo argumental indirecto, el artículo 149.1.1 de la CE, en su resultado, terminaría por asemejarse a la lógica competencial que anima a la secuencia bases-desarrollo, en contra de la doctrina constitucional.⁶⁸

Cualquiera que sea la dirección que adopte la norma estatal (*ad intra* o externa al derecho), además de limitada y circunscrita a la *finalidad* a la que obedece el título competencial, y en la justa medida en que esa igualdad básica sea estrictamente *necesaria*,⁶⁹ la legislación habrá de observar dos límites más: uno, absoluto, en el sentido de que no podrá utilizarse

64. Cfr. fundamento jurídico 7.a).

65. Es ésta una conclusión que se infiere con naturalidad, en primer término, del fundamento jurídico 7.a), segundo párrafo, de la STC 61/1997, así como del examen puntual de algunos preceptos del TRLS de 1992 (fundamentos jurídicos 15.a), 16, 17, etc.). Sobre ello pueden verse más el capítulo quinto (v. gr., núm. XII.5) y capítulo sexto, IX.3) de la obra *La distribución de competencias en materia de urbanismo* (*cit.* nota 1).

66. Cfr. fundamento jurídico 9.a).

67. Sobre ello abundaremos más adelante: capítulo quinto, núms. IV y XII, entre otros, de la obra *La distribución de competencias en materia de urbanismo* (*cit.* nota 1).

68. Cfr. STC 61/1997, fundamento jurídico 7.a).

69. Cfr. fundamento jurídico 8, párrafo 1.

para regular la política sectorial correspondiente (la materia habrá de quedar intacta, aunque constreñida desde fuera);⁷⁰ y, el otro, atinente a su *ámbito material*, en cuya virtud tan sólo podrá proyectarse sobre el derecho o deber constitucional en cuestión, no, en cambio, sobre los distintos aspectos que puedan integrar el sector y que no guardan esa relación inmediata y directa, necesaria, con el derecho o deber.⁷¹

La incidencia, en fin, podrá ser externa y no interna. La jurisprudencia no ha sostenido que la competencia estatal haya de expresarse, en todo caso y *sin justificación*, en un porción del contenido interno del derecho.

En resumen, y en términos de delimitación negativa, cabe concluir –en este contexto– que a través de las condiciones básicas (artículo 149.1.1 de la CE) no le está permitido al Estado la regulación de aquellas hipótesis o presupuestos de hecho de contenido estrictamente urbanístico que contenía el TRLS 1992 con el propósito añadido de anudarles las correspondientes consecuencias jurídicas (también urbanísticas), puesto que, a la postre, no sólo se excedería de lo que autoriza el citado título competencial, sino que, además, quedaría prefigurado un concreto modelo de urbanismo⁷² (cálculo del aprovechamiento tipo o medio; unidades de ejecución; reparcelación;⁷³ expropiación y ocupación directa en los programas de actuación;⁷⁴ reglas para la aprobación de la delimitación del suelo urbano;⁷⁵ etc.). De ahí la observación del Tribunal en punto a que las com-

70. “A través de esas condiciones básicas, por tanto, no se puede configurar el modelo de urbanismo que la comunidad autónoma y la Administración local, en el ejercicio de sus respectivas competencias, pretendan diseñar, ni definir o predeterminar las técnicas o instrumentos urbanísticos al servicio de esas estrategias territoriales, aunque, como se verá, puedan condicionar indirectamente ambos extremos.” (cfr. fundamento jurídico 10).

O también, entre otros ejemplos:

“A ello debe añadirse que, desde la competencia *ex* artículo 149.1.1 de la CE, no es posible definir o predeterminar las técnicas urbanísticas que al legislador autonómico corresponde libremente arbitrar en el marco de las condiciones básicas. El Estado, en lo que a este punto concierne, puede establecer las condiciones básicas del cumplimiento de los deberes que garanticen la igualdad (artículo 149.1.1 de la CE), sin que a su través le sea permitido configurar el modelo urbanístico y territorial” [cfr. fundamento jurídico 17.b)].

71. Cfr. fundamento jurídico 9.b), segundo párrafo.

72. Para calibrar esta afirmación es necesaria la remisión, entre otros, a los siguientes fundamentos jurídicos: 17.b), último párrafo; 17.e), penúltimo párrafo (artículo 29.1 del TRLS); 17.g) (artículo 31 del TRLS); 17.j) (artículo 35 del TRLS); 17.k) (artículo 39 del TRLS); 20.b), penúltimo párrafo; 21 (expropiación forzosa); 24.c), antepenúltimo párrafo; 28.a) (sistema de actuación); 28.e) (reparcelación), etcétera.

73. *Vid.* un resumen en el fundamento jurídico 28.e).

74. Cfr. fundamento jurídico 30, argumento 2.

75. Cfr. fundamento jurídico 42 *in fine*.

petencias estatales, para coonestarse con la autonómica en materia de urbanismo, encuentran su mejor acomodo mediante el establecimiento de criterios o principios generales que no responden a la típica estructura de las normas jurídicas articuladas en torno a un *presupuesto de hecho* y una *consecuencia jurídica*.⁷⁶ O, igualmente, que la referencia a ciertos supuestos (clases de suelo; zonas o áreas; licencia, etc.) sea puramente instrumental.⁷⁷ En suma, pues, principios, sí; técnicas, no, podría decirse a modo de eslogan simplificador. Por otra parte, a nuestro juicio, ha de notarse que las condiciones básicas del ejercicio de la propiedad urbana y del cumplimiento de la función social que le es inherente constituyen el cimiento o base sustantiva de la legislación estatal en la materia urbanística. Por un lado, porque, a su través, el legislador estatal podría, en su caso, fijar algunos elementos o piezas del contenido interno de la propiedad urbana; y, de otra, porque sobre ella se calcan o proyectan, como competencias coextensas, las reglas especiales de valoración e indemnización (artículo 149.1.18 de la CE); y las relativas a las posibles reacciones ante el incumplimiento de aquellos deberes en que consista la función social (sanciones;⁷⁸ determinación de la causa de expropiar, etc.). Por decirlo en forma gráfica, la ley estatal bien podría calificarse, más que de “Ley del suelo”, de “Ley de la propiedad urbana”, o, mejor, de principios o directrices de la propiedad urbana y su valoración.

–Sobre la expropiación y el sistema de responsabilidad. El procedimiento administrativo

El artículo 149.1.18 de la CE reserva al Estado la legislación sobre expropiación forzosa, precepto del que se infiere, entre otros extremos, que al legislador estatal le compete la “regulación uniforme de la institución como garantía de los particulares afectados”.⁷⁹ Entre las garantías comunes, se encuentran los criterios generales para la determinación del justiprecio para impedir que los bienes puedan ser evaluados con criterios

76. Cfr. expresamente, fundamento jurídico 10. No obstante, la referencia a criterios mínimos y generales es constante en la STC (v. gr.: fundamentos jurídicos 17.c); 17.k); 19; 20.b); 25.a), penúltimo párrafo; 28.c); 28.d); 34.b); 34.c) *in fine*; etc.).

77. Véanse, en particular, los fundamentos jurídicos 15, 24.a); 26.a); 27.b), dos últimos párrafos; 27.c); 34.a), de forma implícita, etcétera.

78. Véase fundamento jurídico 34.d), penúltimo párrafo.

79. Cfr. fundamento jurídico 17.f), con cita de las STC 37/1987, fundamento jurídico 6; 17/1990, fundamento jurídico 10.

80. Cfr. STC 37/1987, fundamento jurídico 6; reiterada por la STC 61/1997, fundamento jurídico 19, en relación con los artículos 46 y ss. del TRLS.

diferentes en unas y otras partes del territorio nacional.⁸⁰ Sin embargo, el Tribunal excluye que la competencia exclusiva del Estado en materia de expropiación forzosa –que no se limita o reduce a lo básico–⁸¹ pueda concebirse en sentido tan absoluto que incluya la competencia “para regular cualquier especie expropiatoria, esto es, para regular por completo, más allá de la legislación general de expropiación forzosa, toda expropiación especial por razón de la materia, al margen de que ostente o no competencias sobre el sector material de que se trate”.⁸² Concretamente, en materia urbanística, el Tribunal Constitucional reitera que “la legislación del Estado no puede predeterminar el modelo urbanístico por la vía de introducir especies o supuestos –estrictamente urbanísticos– a los que anudar determinadas consecuencias jurídicas, incluyendo las técnicas de calificación y clasificación, los instrumentos de planeamiento, etc., porque tal interpretación de la competencia estatal vaciaría de contenido, al menos potencialmente, la competencia urbanística autonómica (artículo 148.1.3 de la CE)”.⁸³ Por otra parte, la competencia estatal para fijar las valoraciones expropiatorias en *sede urbanística* (más allá de las reglas generales que le corresponden al Estado en función del artículo 149.1.18 de la CE) se calca o superpone sobre las condiciones básicas, pues son dos competencias que corren paralelas. Ello supone que si la regulación estatal no es completa (sólo sus condiciones básicas), tampoco podrá serlo la de su correspondiente valoración.⁸⁴

Por lo que hace al sistema de responsabilidad administrativa, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, el artículo 149.1.18 de la CE no puede excluir que, además de esa normativa común que representa el sistema de responsabilidad para todo el territorio, las comunidades autónomas puedan establecer otros supuestos indemnizatorios en concepto de responsabilidad administrativa, siempre que, naturalmente, respeten aquellas normas estatales con las que en todo caso habrán de cohonestarse y sirvan al desarrollo de una política sectorial determinada. En ese sentido,

81. Cfr. STC 37/1987, fundamento jurídico 6, citada por la STC 61/1997, fundamento jurídico 21.

82. Cfr. fundamento jurídico 21. Esta premisa parece haber sido obviada, sin embargo, por la STC 164/2001 (*vid.* capítulo sexto, núm. VI.4.1 de la obra *La distribución de competencias en materia de urbanismo*).

83. Cfr. fundamento jurídico 21, en relación con la expropiación forzosa. Y ello es lo que sucede, a juicio de la STC, con los artículos 60 y 61 del TRLS. Para la STC 61/1997 tal hipótesis representa una indebida predeterminación. Para la STC 164/2001, si deja espacio, resulta legítima.

84. La obra *La distribución de competencias en materia de urbanismo* (*cit.* nota 1), en particular capítulos segundo y quinto.

la eventual regulación de nuevos supuestos indemnizatorios en el ámbito de las competencias exclusivas autonómicas constituye una garantía –indemnizatoria– que se superpone a la garantía indemnizatoria general que al Estado compete establecer.⁸⁵

En otras palabras, al Estado le compete el procedimiento administrativo común, el sistema de responsabilidad de todas las administraciones públicas y la legislación de expropiación forzosa (artículo 149.1.18 de la CE),⁸⁶ no sólo la legislación básica o las condiciones básicas del derecho, sino la institución en sí misma considerada.⁸⁷ Aquí no hay reparto o distribución. Al Estado le pertenece en exclusiva toda la materia (legislación sobre expropiación forzosa y sistema de responsabilidad de las administraciones públicas). Lo mismo cabe decir del procedimiento administrativo, aunque aquí la exclusividad se predica del procedimiento administrativo “común” y “sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las comunidades autónomas” (artículo 148.1.18 de la CE).

Ello no quiere decir, sin embargo, que al Estado incumba toda norma sobre expropiación y el *entero* sistema de responsabilidad o la regulación de *cualquier clase* de procedimiento administrativo. La cuestión fundamental reside, en efecto, en determinar cuáles sean las materias que ingresan en esos conceptos competenciales del artículo 149.1.18 de la CE (“procedimiento administrativo común”; “sistema de responsabilidad” o “legislación de expropiación forzosa”) o, lo que es lo mismo, las instituciones, o elementos de éstas, que corresponde exclusivamente regular al Estado. Porque la propia jurisprudencia constitucional ha advertido que esta competencia exclusiva *stricto sensu* y, por ende, no compartida, no se extiende a toda clase de procedimientos administrativos, especie de expropiación forzosa o especialidad de responsabilidad administrativa.⁸⁸ Naturalmente, es al legislador estatal al que compete en primer término ensayar y “definir” lo que, en su entendimiento y en el ejercicio de su

85. Cfr. fundamento jurídico 33.

86. Véase el capítulo segundo, núms. V y VI, de la obra *La distribución de competencias en materia de urbanismo* (cit. nota 1).

87. Por ejemplo, STC 37/1987, fundamento jurídico 6; 61/1997, fundamentos jurídicos 21 y 31, entre otros.

88. Véase el análisis de las STC 37/1987 y 61/1997 que se lleva a cabo seguidamente.

Ya desde el pórtico de la STC 61/1997, el Tribunal Constitucional puso de manifiesto esta perspectiva (cfr. fundamento jurídico 11). Asimismo, y en relación con la expropiación, véase, por ejemplo STC 61/1997, fundamento jurídico 21 ó 31; respecto del procedimiento administrativo, fundamento jurídico 35, 25.c); 25.d); 40. Y, en cuanto a la responsabilidad administrativa, fundamento jurídico 33.

libre opción política, integra esas categorías. Y es en esta sede donde entra en escena la óptica de la institución general y sus aspectos adjetivos o especiales.

La tesis que aquí se sostiene consiste, en términos muy simples, en que la institución general y abstracta, común para cualquier sector, pertenece al Estado, mientras que las “especialidades”, en función de las exigencias del sector de que se trate, a quien ostente la competencia material subyacente, de ordinario las comunidades autónomas. La definición de las expropiaciones y procedimientos administrativos especiales, así como de los supuestos indemnizatorios específicos no son, en principio, magnitudes dissociables o diseccionables de la regulación de la actividad administrativa sectorial. En ese sentido, tales especialidades constituyen el “terreno natural” de las comunidades autónomas cuando ostenten competencias legislativas sobre tales sectores materiales (urbanismo, agricultura, montes, etc.), aunque el Estado puede entrar en ese espacio, aun desplazando la legislación autonómica preexistente, si concurren las condiciones o presupuestos requeridos, a los que luego se aludirá. Aquí no se entiende por regulación especial, nótese bien, aquella que hace cualquier género de referencia a un sector concreto y singular, esto es, la que no se limita a una regulación absolutamente abstracta y general. “Especial” entraña en este contexto, además, un impacto en el sector porque regula o condiciona directamente algunos elementos de éste. Así, y a título de ejemplo, una cosa es que la legislación general del Estado distinga entre bienes muebles e inmuebles, o establezca algunas reglas de la expropiación por zonas o grupos de bienes o ciertas particularidades cuando la expropiación dé lugar al traslado de poblaciones, como hace la LEF, y otra, muy distinta, que regule las especialidades expropiatorias en razón de urbanismo condicionando los instrumentos o la política urbanística. Los primeros supuestos no constituirían necesariamente reglas “especiales” a nuestro limitado propósito, mientras que las segundas, por el contrario, lo serían indudablemente.

En realidad, la articulación entre la esfera estatal y autonómica no responde en estos casos tanto a una idea de reparto o distribución de unos “espacios fijos” entre ambas partes, cuando menos al modo convencional (basado en un “común denominador estatal” y en el ulterior “desarrollo autonómico”). Representa más bien un instrumento para modular o condicionar la “ocupación” de ese espacio, sea por la comunidad autónoma, la destinataria natural, caso de que ostente la competencia sectorial y, por

tanto, no sujeta a especiales condiciones, o sea, en particular, a cargo del Estado. La normación especial de la comunidad autónoma supondrá una conexión o complemento específico, en función y al servicio de sectores o materias de competencia autonómica, y a partir de una legislación estatal que contiene la regulación íntegra de la institución general. La normativa estatal especial, en su caso, habría de legitimarse en el cumplimiento de los requisitos de forma y fondo necesarios, pues la introducción de normas especiales, más allá de las comunes y generales, en materia de procedimiento administrativo, expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial de la Administración, entraña, al menos potencialmente, un claro condicionamiento de la política sectorial correspondiente.⁸⁹

En suma, pues, a nuestro juicio, el binomio “general-especial” –en el ámbito de las citadas materias– no constituye una técnica de reparto o distribución, sin más. Sintetiza, ante todo, un conjunto de criterios legitimantes de la intervención u ocupación estatal o autonómica de un mismo espacio.

Repasemos y reconduzcamos a sistema las afirmaciones fundamentales de la jurisprudencia en este ámbito:

a) Al Estado le estaría atribuida toda la legislación sobre las garantías generales y comunes de la expropiación forzosa (valoración de la indemnización y procedimiento, en esencia), no así, sin embargo, todos los supuestos expropiatorios⁹⁰ o “todas las garantías que rodean la institución [...], de cualquier especie expropiatoria y en todos los sectores del ordenamiento”,⁹¹ cuando no ostenta competencias sobre el sector de que se trate, puesto que “más allá de su competencia para regular la expropiación con carácter general, el legislador estatal ha de considerar los títulos competenciales sectoriales en juego, con los que deberá articularse”.⁹² Dicho de otro modo, de la competencia exclusiva del artículo 149.1.18 de la CE no

89. Si se traza un arco en el tiempo que comprenda la jurisprudencia constitucional sobre esta problemática, el primer pilar habría que situarlo en la STC 37/1987 y el más reciente en la STC 61/1997. En términos muy simples, a la 37/1987 se le debe una primera disección dentro de ese binomio “general-especial”, consistente en extraer, del espacio propio de la legislación general de expropiación forzosa en manos del Estado, las causas de expropiar especiales, que siguen a las competencias sectoriales sustantivas de las comunidades autónomas, y en aglutinar a un tiempo el núcleo de la competencia estatal en torno a las garantías generales y comunes de la expropiación forzosa, en particular de valoración o justiprecio y de procedimiento. La 61/1997 refrenda esa reiterada doctrina y la extiende coherentemente a otros extremos en relación con las tres competencias del artículo 149.1.18 de la CE.

90. Jurisprudencia reiterada desde la STC 37/1987.

91. Cfr. STC 61/1997, fundamento jurídico 31, tercer párrafo.

92. *Ibidem*.

se desprende que el Estado pueda “regular por completo, más allá de la legislación general de expropiación forzosa, toda expropiación especial por razón de la materia, al margen de que ostente o no competencias sobre el sector material de que se trate”.⁹³

b) Por la misma razón, “más allá de las normas de procedimiento administrativo ‘común’, la regulación de los procedimientos administrativos ‘especiales’ ha de seguir a la competencia principal”.⁹⁴ La expresión “procedimiento administrativo común”, por lo demás, no parece reivindicar la vieja pretensión de reducir a unidad el heterogéneo conjunto de procedimientos, ni resulta atributiva, por ello, de una suerte de universal competencia en punto al procedimiento en favor del Estado. Por el contrario, la referencia a lo “común” que, en clave competencial, hace el artículo 149.1.18 de la CE, bien puede dar cobijo, no ya sólo a las garantías y derechos procedimentales mínimos y comunes de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración, cualquiera que sea el procedimiento, sino en primer término y ante todo a la estructura fundamental –o teoría general– de ese átomo que es el acto administrativo; y, desde luego, albergar “aquellas garantías o derechos procedimentales que hayan de respetarse para la formulación de las disposiciones administrativas que afecten a los ciudadanos”;⁹⁵ las reglas sobre la publicidad y eficacia de las normas reglamentarias;⁹⁶ o las relativas a la Administración demandada en subrogación a los efectos de los recursos administrativos.⁹⁷

c) E, igualmente, como consecuencia de ese esquema de articulación “general-especial”, el “artículo 149.1.18 de la CE no puede excluir que, además de esa normativa común que representa el sistema de responsabilidad para todo el territorio, las comunidades autónomas puedan establecer otros supuestos indemnizatorios en concepto de responsabilidad administrativa, siempre que, naturalmente, respeten aquellas normas estatales con las que en todo caso habrán de cohererse y sirvan al desarrollo de una política sectorial determinada”.⁹⁸

93. Cfr. STC 61/1997, fundamento jurídico 21.

94. Cfr. STC 61/1997, fundamento jurídico 35.

95. Cfr. STC 61/1997, fundamento jurídico 25.c).

96. Cfr. STC 61/1997, fundamento jurídico 25.d).

97. Cfr. STC 61/1997, fundamento jurídico 40, respecto del artículo 300 del TRLS 1992.

98. Cfr. STC 61/1997, fundamento jurídico 33. Seguidamente, añade el Tribunal: “En ese sentido, la eventual regulación de nuevos supuestos indemnizatorios en el ámbito de las competencias exclusivas autonómicas constituye una garantía –indemnizatoria– que se superpone a la garantía indemnizatoria general que al Estado compete establecer.”

La doctrina de que al Estado le corresponde con plenitud la institución en general y a quien ostente la competencia sectorial, eventualmente, el complemento específico y adjetivo constituye, a nuestro juicio, una de las claves interpretativas para introducirnos en el sentido y alcance que ha de otorgársele a la plenitud de la competencia estatal y comprender sus límites, así como su engarce con el Derecho autonómico.

Es cierto, como ya notábamos, que la incidencia de los títulos estatales sobre materias atribuidas a las comunidades autónomas no puede hacerse recurriendo al expediente de convertir el título competencial estatal en una suerte de competencia sobre las bases de la materia, aquí el urbanismo.⁹⁹ Acaso también lo sea que el tema relativo a cómo armonizar o coexistir esa incidencia constituya un problema todavía irresuelto, si se enjuicia en términos de globalidad. Y he ahí la cuestión: no cabe hacer teoría general. Habrá que estar a la naturaleza de cada *materia* atribuida a las comunidades autónomas, y al *título* estatal de que se trate en cada caso.¹⁰⁰ Si se miran así las cosas, no es exacto afirmar que la doctrina y la jurisprudencia no han dado respuesta o solución al problema de la convergencia de los títulos estatales sobre materias centrales de competencia autonómica, ni, menos aún, que sea un problema político, antes que jurídico.

La idea de lo “general” y “especial” sirve, en primer término, para explicar o describir la competencia estatal, que se caracteriza por las siguientes notas:

a) No es una competencia compartida. Al Estado le corresponde, como se ha dicho, la materia en su *integridad*, con carácter *exclusivo*. Y no ha de dejar espacio alguno a las comunidades autónomas, pues su regulación no está llamada a un ulterior desarrollo, como en el caso de las bases estatales.

b) La *exclusividad* o plenitud de la competencia, sin embargo, se extiende y circunscribe a la *materia central* (o “general”) de cada institución, en virtud de su respectiva fisiología propia, pero no necesariamente a las conexas o colaterales (“especiales”). Le incumbe así el procedimiento administrativo común; las garantías generales y comunes de la expropiación forzosa; y el sistema general de la responsabilidad patrimonial de todas las administraciones públicas.

99. Cfr. STC 61/1997, entre otros, fundamento jurídico 12.a); así como el voto particular del magistrado Jiménez de Parga, núm. 3.1.

100. En este empeño se inscribe igualmente el distingo realizado por la STC 61/1997 entre la dimensión objetiva y subjetiva que, a efectos competenciales y de deslinde de los diversos títulos estatales, es dable hacer. *Vid. supra* núm. 11.3.b).

c) “General”, pues, no es aquí sinónimo de *principio general* o de *criterio mínimo*. “General” o “común”, en el ámbito de las citadas materias del artículo 149.1.18 de la CE, remite más bien a una *regulación abstracta* de la institución en sí misma considerada, con *pretensiones de general aplicación* y en términos globales o de conjunto, susceptible de aplicación en todos los sectores.

d) Ello no significa tampoco que la regulación general de la institución haya de ser siempre y en todo caso *unitaria* y *uniforme*, sin matiz o diferenciación alguna en función de la materia o sector. “General” o “común” no es, por tanto, equivalente a *régimen único* o *unitario*. La competencia estatal no es radicalmente incompatible con la eventualidad de determinaciones especiales en función de la materia o sector, aunque sólo sea por el dato de que, por hipótesis, podría carecer de sentido la regulación uniforme y abstracta de una garantía. Si no existe “la” propiedad como institución abstracta, sino “las” propiedades, tampoco cabrá hablar de “la” expropiación, o de “la” responsabilidad patrimonial, pues bien cabría establecer un sistema objetivo y otro subjetivo o culpabilístico, por ejemplo, en función de las materias o sectores. Desde esa perspectiva, podría argüirse, arrinconar al Estado en esa posición abstracta sería tanto como confinarlo a las estrellas, pues ninguna eficacia práctica habrían de tener sus disposiciones generales y comunes a toda forma de expropiación o responsabilidad, si no le estuviera permitido introducir normas específicas en razón del sector de que se trate; se le prohibiría apartarse de una regla común, para fijar, por ejemplo, un sistema de responsabilidad culposa en un determinado sector. Y todo ello sin perjuicio de que por regulación especial no quepa entender cualquier referencia a un sector, sino la regulación de elementos de éste, de la política sectorial.

Ahora bien, cuando el Estado se introduce en la “especialidad” y abandona la “generalidad” o, lo que es lo mismo, la regulación abstracta y común, ha de tener forzosamente en cuenta el juego de las *competencias sectoriales* (artículo 148.1 de la CE, EE.AA.) y, a tal propósito, según dispone la jurisprudencia constitucional,¹⁰¹ habrá de limitar su incidencia en el sector al mínimo absolutamente indispensable para regular debidamente el régimen de la institución. La vara de medir de ese carácter mínimo vendrá a su vez flanqueada por un límite absoluto, a saber, la prohibición de predeterminar la política sectorial de competencia autonómica, con oca-

101. *Supra* núm. 1 anterior y jurisprudencia citada a pie de página.

sión y a través de las “especialidades” sectoriales que tenga a bien instituir, al margen del procedimiento administrativo común, de las garantías generales y comunes de la expropiación forzosa y del sistema general de responsabilidad administrativa.

A ello debe añadirse que la multiplicidad de regímenes legales sobre la propiedad, la expropiación o la responsabilidad¹⁰² *no es tampoco incompatible con unas garantías comunes*, sean éstas de rango constitucional o legal-estatal, cualesquiera que sean las expresiones o manifestaciones de aquéllas. Quiérese decir que la reserva al Estado de la regulación abstracta y general de la institución no es intrínsecamente inconsistente. Antes al contrario, y como sucede con la misma Constitución, la diversidad de regímenes o sistemas especiales no impide la fijación de reglas comunes, abstracción hecha del sector de que se trate (así, las que figuran en el artículo 33.3 de la CE). Cuestión distinta es qué entendamos por regulación “general” y “abstracta” de cada institución, tema éste sobre el que volveremos.

e) ¿Cuándo el legislador general-estatal puede abandonar legítimamente esa “generalidad”, abstracción y complitud que le autoriza el artículo 149.1.18 de la CE, para adentrarse en un sector determinado del artículo 148.1 de la CE? De entrada, se trata de una hipótesis que parece haber sido formulada en términos de *excepcionalidad* y, como habrá ocasión de abundar,¹⁰³ habrá de justificarse por su conexión con el tronco común de la institución y la necesidad de modular o matizar la norma general.¹⁰⁴

f) A las comunidades autónomas con competencias sectoriales les estaría permitido, en su caso, y en coherencia con la regulación estatal de la institución general, establecer ciertas *especialidades* (procedimientos administrativos especiales; supuestos indemnizatorios específicos; causas de expropiar y garantías que les sean inherentes).

102. Permítaseme la remisión a la obra colectiva, por mí coordinada, sobre la *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho Europeo y Comparado*, Tecnos, Madrid, 1995.

103. *Vid. infra* núms. VI y VII; capítulo sexto, núms. V-VII de la obra *La distribución de competencias en materia de urbanismo* (*cit. nota 1*).

104. Recuérdese que la STC 61/1997 (fundamento jurídico 31 *in fine*) señala en un particular contexto que tampoco se le puede negar de raíz al Estado la posibilidad de fijar alguna norma especial en cuanto expresión o modulación de las normas procedimentales generales.

Aquí se alude, nótese bien, al juego “garantía expropiatoria común y general” en materia de procedimiento por su relación con los afectados, por un lado, y las “garantías especiales”, también de procedimiento, que, en función del sector, corresponda a las comunidades autónomas.

Identificar dónde termina la regulación general y comienza la especial no parece, en principio, una cuestión compleja. De entrada, es regulación general la que se abstrae de las peculiaridades de cada sector específico, esto es, la que nace con pretensiones de aplicación para toda clase de procedimiento,¹⁰⁵ expropiación¹⁰⁶ o supuesto indemnizatorio en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración;¹⁰⁷ la segunda, en cambio, se dicta para derogar o matizar el régimen general, en razón de las singularidades de la materia.¹⁰⁸ No quiere decirse con ello, sin embargo, que sea éste un problema simple, pues “general” aquí no es tampoco sinónimo de absoluta abstracción, uniformidad o ausencia de toda referencia a particularismos. Pero mayor calado que su reconocibilidad (*dónde* hay una regulación especial o sectorial), presenta el tema de su legitimidad, esto es, *cuándo* la regulación especial, estatal o autonómica, se muestra respetuosa con el orden constitucional de distribución de competencias.

Al Estado le es lícito ejercer su competencia sobre la institución abstracta, tanto a través de la ley general (de procedimiento administrativo común, de responsabilidad patrimonial o de expropiación forzosa), o mediante leyes sectoriales o parciales. Además, como ya nos consta, tampoco se le puede impedir que establezca especialidades en razón del sector, aun cuando éste sea de competencia autonómica, bien en la misma ley general, bien en una ley sectorial. Todo ello significa que la cuestión acerca de *cuándo* resulta lícita la regulación *especial* no se resuelve con criterios simples o la remisión a expedientes de carácter meramente formal. Si una regulación “especial” excede manifiestamente de lo que el artículo 149.1.18 de la CE autoriza, es algo que vendrá determinado, en cada caso, por un conjunto de criterios de carácter *sustantivo*, entre los que habrá de sobresalir el concerniente al respeto a la competencia autonómica de que se trate. Así, por ejemplo, y de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, esos supuestos atados o referidos a un sector concreto, no podrían servir de pretexto en ningún caso para predeterminar la política sectorial de competencia autonómica, para lo que habrán de expresarse a través de

105. Por ejemplo, la Ley 30/1992, respecto del procedimiento común.

106. V. gr.: el título I y II de la Ley de expropiación forzosa de 1954.

107. Por ejemplo, la regulación que de la responsabilidad hace la Ley 30/1992, en sus artículos 139 y ss.

108. Piénsese, por ejemplo, en un procedimiento administrativo especial, referido a un sector determinado de la acción administrativa, como los montes o las subvenciones en materia de comercio exterior; en un supuesto indemnizatorio específico, vinculado a una política sectorial, como el urbanismo; o a unas garantías expropiatorias propias de una clase de expropiación, como la agraria.

normas principales y de contenido mínimo. Pero, aun antes, deberán concurrir los presupuestos habilitantes de la acción estatal para justificar la incursión del Estado en terreno, en principio, ajeno, propio de la esfera autonómica cuando ésta ostenta competencias sustantivas sobre el sector de que se trate: el carácter excepcional habrá de justificarse en la necesidad de modular, matizar o complementar el tronco común de las garantías generales. Las “especialidades”, pues, no son “tierra de nadie”.

El binomio “general-especial”, por tanto, adolece de una cierta *indeterminación previa*. No cabe delimitar a priori y de una vez por todas cuáles sean esos contenidos que, en todo caso, forman parte de la institución en sí misma considerada. Por otra parte, y más allá de la referencia o no a un sector específico, tampoco es una doctrina que encierre criterios internos, menos aún automáticos o de fácil reconocibilidad, para descartar lo que pueda o no formar parte de esos conceptos que la Constitución (artículos 148 y 149 de la CE) ha forjado en clave competencial. Es al legislador estatal al que, en primer término, corresponderá definir ese sistema e integrarlo con los elementos que estime conveniente en cada caso. Dicho en términos positivos: la acción del Estado, a través de leyes generales o sectoriales, goza de un margen de maniobra nada desdeñable para regular las instituciones del procedimiento administrativo común, la expropiación y la responsabilidad, dentro del marco que le proporciona el orden constitucional de distribución de competencias, uno de cuyos límites está representado por el respeto de las competencias sectoriales en juego, como afirma la jurisprudencia. Y, a la inversa, habría de reconocerles a las comunidades autónomas la presunción de legitimidad de las normas especiales dictadas con ocasión de la regulación de la actividad administrativa de que se trate. La doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, en la resolución de los sucesivos conflictos o recursos de contenido conflictual, contribuirá a delimitar con mayor precisión ese amplio marco, como ha hecho desde la STC 37/1987, aunque no por ello dejará de existir un cierto margen de apreciación.

De cuanto antecede, cabe inferir que el paralelismo del artículo 149.1.18 de la CE con las competencias compartidas al modo “bases-desarrollo” es muy limitado. No es que unas, las citadas materias del artículo 149.1.18 de la CE, se repartan “horizontalmente” (materias centrales y conexas) y, las otras, “verticalmente” (común denominador y desarrollo ulterior). La norma autonómica especial (de procedimiento; de expropiación o de responsabilidad) es siempre de “inferior cuantía” y expresión de una menor libertad que la norma de desarrollo autonómico de una base estatal. Norma autonómica

especial y norma autonómica de desarrollo de unas bases no son categorías equivalentes u homologables, ni en su dinámica y extensión, ni en su función o finalidad, aunque ambas sean manifestación de la acción legislativa de las comunidades autónomas a partir de una competencia estatal.

Y no lo son porque, cuando menos por hipótesis, el espacio que le resta a las comunidades autónomas para establecer una norma especial no puede ser análogo al que les corresponde cuando les está atribuido el desarrollo de una base, y ello tanto desde un punto de vista cuantitativo como cualitativo, puesto que aquí la materia central –la institución de que se trate– es regulada en su integridad por el Estado (artículo 149.1.18 de la CE). Son sólo aquellas materias *colaterales* o *conexas*, en realidad adjetivas, las que pueden ser objeto de regulación autonómica y en virtud y al servicio de sus respectivas competencias sectoriales. Además, su grado de conexión con el tronco general instituido por el Estado no se detiene en su lógico y obligado respeto, sino que va más allá, pues, al fin y al cabo, la acción legislativa autonómica se limita a elementos menores o “de ornato” de un edificio acabado y completo. Por mantener el símil: mientras la base estatal estaría representada por los cimientos y la estructura del edificio, urgidos por definición a su complitud o terminación a manos de cada comunidad autónoma; en este otro caso (expropiación, responsabilidad, procedimiento administrativo común), el edificio está ya concluido y lo “especial”, eventualmente, consiste en elementos menores en cualidad y cuantía, obligados a observar una particular sintonía con el entero edificio. El Estado puede derogar o matizar el sistema general. Las comunidades autónomas, no, sólo complementarlo. Es de esta especialidad (o complemento especial) de la que aquí nos ocupamos. Todo ello lo veremos más detenidamente en las páginas que siguen.

3. La autonomía local y el urbanismo

La jurisprudencia no ha tenido ocasión de hacer especiales pronunciamientos en relación con el grado o margen de intervención en materia urbanística que al ente local ha de corresponderle en términos constitucionales, si bien es posible derivar de la doctrina sobre la autonomía local un marco que el legislador competencial del urbanismo no podrá desbordar en ningún caso.¹⁰⁹

109. Puede verse la síntesis de la jurisprudencia constitucional sobre la autonomía local en general en la STC 159/2001, fundamento jurídico 4.

Interesa registrar, en lo que hace al carácter bifronte del régimen local y al canon de constitucionalidad de la autonomía local que ha de tenerse en cuenta en el enjuiciamiento de la legislación, en particular, autonómica, la doctrina de la STC 159/2001, que supone, cuando menos, una cierta clarificación o matización de alguna jurisprudencia anterior:

“El cauce y el soporte normativo de la articulación de esta garantía institucional [de la autonomía local] es la Ley estatal de régimen local (la LRBRL de 1985). Esta ley puede *a priori* contener, por un lado, tanto los rasgos definitorios de la autonomía local, concreción directa de los artículos 137, 140 y 141 de la CE, como, por otro, la regulación legal del funcionamiento, la articulación o la planta orgánica (entre otras cosas) de los entes locales. Sólo aquellos extremos de la LRBRL que puedan ser cabalmente enraizados de forma directa en los artículos 137, 140 y 141 de la CE, de cuyo contenido no representen más que exteriorizaciones o manifestaciones, forman parte del contenido de la autonomía local constitucionalmente garantizada, mientras que los que se refieran a aspectos secundarios o no expresivos de ese núcleo esencial en el que consiste la garantía institucional, que son mayoría en el seno de la LRBRL y que se incardinan, desde el punto de vista competencial, en el artículo 149.1.18 de la CE, tienen una distinta naturaleza desde el punto de vista constitucional y ordinamental.

“Una manifestación significativa de ello es la de que el legislador al que corresponda concretar las competencias de los entes locales no puede desconocer los criterios que a este propósito establezca la LRBRL: ‘En el sistema arbitrado por el artículo 2.1 de la LRBRL [...] se mantiene y conjuga, en efecto, un adecuado equilibrio en el ejercicio de la función constitucional encomendada al legislador estatal de garantizar los mínimos competenciales que dotan de contenido y efectividad a la garantía de la autonomía local, ya que no se desciende a la fijación detallada de tales competencias, pues el propio Estado no dispone de todas ellas. De ahí que esa ulterior operación quede deferida al legislador competente por razón de la materia. Legislador, no obstante, que en el caso de las comunidades autónomas, no puede, con ocasión de esa concreción competencial, desconocer los criterios generales que los artículos 2.1, 25.2, 26 y 36 de la misma LRBRL han establecido’ (STC 214/1989 de 21 de diciembre FJ 3). Así que, como tuvimos ocasión de señalar en la STC 27/1987, de 27 de febrero, FJ 5, los preceptos estatutarios y legales configuradores de la autonomía local (o sea, aquellos artículos de la LRBRL que sean reflejo inequívoco de los principios contenidos en los artículos 137, 140 y 141 de

la CE) 'interpretados conjunta y sistemáticamente y de conformidad con la Constitución, son los que deben tomarse en consideración como parámetros de la legitimidad constitucional de los preceptos impugnados [...], de tal manera que su infracción por estos últimos determinaría su nulidad por vulneración del bloque de constitucionalidad aplicable a la materia de que se trata'.

"Por ello, únicamente teniendo en cuenta esta doble función y este doble contenido de la LRBRL alcanza su pleno sentido lo que hemos dicho en otras ocasiones: que se trata de una ley que, por definir o delimitar las competencias estatales y autonómicas, y por actuar los valores superiores consagrados en el artículo 137 CE, 'tiene una singular y específica naturaleza y posición en el ordenamiento jurídico' (STC 259/1988, de 22 de diciembre, FJ 2), integrándose sin dificultad, en aquella parte que sea concreción de principios constitucionales, dentro del llamado 'bloque de la constitucionalidad' (artículo 28.1 de la LOTC), según dijimos, entre otras, en las STC 27/1987, de 27 de febrero, FJ 5, y 109/1998, de 26 de mayo, fundamentos jurídicos 5 y 12. Por consiguiente, sólo en estos términos, y partiendo de la dualidad de contenidos de la LRBRL (por un lado, aspectos que se refieren a la autonomía local constitucionalmente garantizada y, por otro, aspectos de simple regulación legal de los entes locales), puede afirmarse que el encaje constitucional esencial de la LRBRL se encuentra en los artículos 137, 140 y 141 de la CE,¹¹⁰ aunque por razones competenciales (que ahora, hemos de notar, no vienen al caso) también halle fundamento en el título competencial estatal del artículo 149.1.18 de la CE, pues 'en el esquema constitucional de la distribución territorial de competencias, una de las adjudicadas al Estado con carácter exclusivo tiene por objeto las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas y, entre ellas, por tanto, de la local' (STC 385/1993 de 23 de diciembre, FJ 3, con referencia a la STC 214/1989 de 21 de diciembre)."¹¹¹

En lo que hace a la autonomía local constitucionalmente garantizada y a la atribución de competencias locales sobre el urbanismo, la STC 40/1998 contiene una afirmación de principio que sirve de cabecera, a nuestro limitado propósito:

"el Tribunal Constitucional ha declarado que la autonomía local prevista en los artículos 137 y 140 de la CE se configura como una garantía insti-

110. Este último inciso resulta, a nuestro juicio, equívoco.

111. Cfr. fundamento jurídico 4.

tucional con un contenido mínimo que el legislador debe respetar y que se concreta, básicamente, en el 'derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias. Para el ejercicio de esa participación en el gobierno y administración en cuanto les atañe, los órganos representativos de la comunidad local han de estar dotados de las potestades sin las que ninguna actuación autonómica es posible' (STC 32/1981, fundamento jurídico 4). A esta misma concepción responde el artículo 2.1 de la Ley reguladora de las bases de régimen local, según el cual 'para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las entidades locales, la legislación del Estado y de las comunidades autónomas [...] deberá asegurar a los municipios, provincias y las islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y la capacidad de gestión de la entidad local, de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos'.

"Este derecho de intervención en los asuntos de competencia forma, por tanto, el núcleo primigenio de la autonomía local. No obstante, este Tribunal ha señalado igualmente que la Constitución no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y que no cabe hablar de 'intereses naturales de los entes locales' (STC 31/1981), sino que, 'más allá de este límite de contenido mínimo que protege la garantía institucional, la autonomía local es un concepto jurídico de contenido legal, que permite, por tanto, configuraciones legales diversas, válidas en cuanto respeten aquella garantía institucional' (STC 170/1989), fundamento jurídico 9), de manera que corresponde al legislador la determinación concreta del contenido de la autonomía local, respetando el núcleo esencial de la garantía institucional de dicha autonomía (STC 159/1988, 214/1989 y 46/1992) y sin romper con la 'imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que, en cada momento, la regulan y la aplicación que de las mismas se hace' (STC 32/1981, fundamento jurídico 3).

"No es necesario argumentar particularmente que, entre otros asuntos de interés de los municipios y a los que por tanto se extienden sus competencias, será el urbanismo. Así lo ha precisado el legislador estatal al dis-

poner en el artículo 25.2.d) de la Ley de bases de régimen local que el municipio ejercerá sus competencias en materia de ‘ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística’ y al prever en el artículo 84.1,b) de la misma Ley el sometimiento de la actividad de los ciudadanos ‘a previa licencia y a otros actos de control preventivo’.”¹¹²

El “quantum” de urbanismo que haya de quedar en la esfera municipal, las concretas potestades, no es algo que pueda desprenderse sin más de la Constitución, que sólo opone unos límites externos y absolutos, si bien es cierto que el grado de intensidad de la “participación” del ente local en la *creación de ciudad* habrá de ser notablemente alto, en función de los intereses locales imbricados en la materia, como se infiere de la doctrina transcrita. En lo que ahora interesa, cabe notar, pues, que, en línea de principio y mientras se garantice la intervención del ente local, esto es, un cierto margen de decisión en el proceso urbanizador y edificatorio (aunque no necesariamente respecto de todos y cada uno de los elementos que lo integran), no podrá apreciarse un menoscabo ilegítimo de la garantía institucional de la autonomía municipal.¹¹³ Son, en efecto, diversas las alternativas políticas –modelos urbanísticos– que el legislador competente (el autonómico) puede ensayar, sin que ello suponga en principio quiebra de la autonomía local. La Constitución no ha garantizado un concreto y cerrado acervo competencial determinado en materia urbanística en favor de los entes locales.

Las comunidades autónomas, afirma el Tribunal Constitucional, están legitimadas “para regular de diversas maneras la actividad urbanística, y para otorgar en ella a los entes locales, y singularmente a los municipios, una mayor o menor presencia y participación en los distintos ámbitos en los cuales tradicionalmente se divide el urbanismo (planeamiento, gestión de los planes y disciplina), siempre que respete ese núcleo mínimo identificable de facultades, competencias y atribuciones (al menos en el

112. Cfr. STC 40/1998, fundamento jurídico 39 (la cursiva no es original); reiterada por la STC 159/2001, fundamento jurídico 4. En igual sentido, en lo que hace a este último párrafo, STC 46/1992, fundamento jurídico 2, *in fine*; 36/94, fundamento jurídico 3.

La STC 61/1997 [fundamento jurídico 25.c)], por su parte, insiste, con ocasión del enjuiciamiento del artículo 113.2 del TRLS 1992 (audiencia a las entidades locales afectadas), en la misma doctrina: “No se puede olvidar que el artículo 2.1 de la Ley de bases de régimen local reconoce el derecho del municipio a la intervención en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, como manifestación de la autonomía garantizada por el artículo 137 de la CE, como, por lo demás, ya ha tenido ocasión de expresar nuestra jurisprudencia en otros supuestos análogos (STC 149/1991, fundamento jurídico 7.D).”

113. *Ibidem*.

plano de la ejecución o gestión urbanística) que hará que dichos entes locales sean reconocibles por los ciudadanos como una instancia de toma de decisiones autónoma e individualizada [...]. So pena de incurrir en inconstitucionalidad por vulneración de la garantía institucional de la autonomía local, el legislador tiene vedada toda regulación de la capacidad decisoria de los entes locales respecto de las materias de su interés que se sitúe por debajo de ese umbral mínimo que les garantiza su participación efectiva en los asuntos que les atañen y, por consiguiente, su existencia como reales instituciones de autogobierno”.¹¹⁴

La legislación urbanística tradicional en España ha sido en esencia una legislación de procedimiento (de creación de ciudad y de adquisición de facultades urbanísticas). Si el legislador competente no se limitara a una ley del suelo estrictamente procedimental, de formas jurídicas al modo convencional en nuestra tradición (procedimientos administrativos, planes, actos administrativos, sanciones, etc.) y apostara por una ley con múltiples parámetros sustantivos, con contenidos materiales indisponibles para la Administración municipal y los agentes urbanísticos (estándares mínimos de calidad; prohibiciones o limitaciones de edificación en función del medio ambiente, del paisaje o de la protección del dominio público; porcentajes máximos de densidad de población; reservas de terrenos destinados a zonas verdes, parques y jardines por vivienda, etc.), no se vería por ello lesionada, en modo alguno, la autonomía local. La financiación parcial de la hacienda local a través del urbanismo y la consiguiente condición de “parte interesada” de la Administración local, por un lado, y la escasa intervención del legislador urbanístico, por otro, bien para establecer estándares materiales de obligado cumplimiento, bien para aprobar o controlar determinadas ordenaciones, constituyen dos elementos para una reflexión más detenida, de cara a hacer realidad los principios que el artículo 47 de la CE consagra. Sin una reforma de la Hacienda local no será fácil la reforma del suelo, como afirmara el Tribunal de Defensa de la Competencia en su Informe de 1993.¹¹⁵

Más recientemente, la STC 240/2006, que resuelve el primer conflicto en defensa de la autonomía local, se ha ocupado de nuevo del urbanismo y los entes locales, si bien, en lo que aquí interesa, no ofrece novedades en materia de distribución de competencias.

114. Cfr. STC 159/2001, fundamento jurídico 4.

115. En sentido crítico, *vid.* J. M. BAÑO LEÓN, “La actividad urbanística en la financiación de las haciendas locales”, *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, núm. 2 (2001), p. 33-50.

4. El vicio de incompetencia

El alto grado de litigiosidad que la “cuestión urbanística” (en su perspectiva competencial) ha adquirido, y el largo período de tiempo que su resolución entraña, entre otros factores, hacen que la honda temática de los *efectos de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes* se sitúe en la primera línea de batalla para todos los sujetos del urbanismo, máxime si se tiene en cuenta que en este ámbito, más que en ningún otro, todo se traduce en un conjunto de secuencias anudadas o de largos procedimientos que traen causa de la Ley (de creación de ciudad, de adquisición de facultades, de transferencias, etc.) que, como un castillo de naipes, podrían saltar por los aires muchos años después si no se contemplaran los efectos de la nulidad que la declaración de inconstitucionalidad de la Ley lleva aparejado con fuertes matices. Pese a la simplificación que del tema hace la LOTC, aquí se sugiere que la retroacción de los efectos de la nulidad no es una imposición del Estado de derecho (artículo 1.1 de la CE), cuando menos en el terreno competencial; antes al contrario, es la propia Constitución la que puede oponer severos reparos a tales consecuencias. Lo que la declaración de inconstitucionalidad parece exigir en todo caso es la expulsión de la norma. Cuándo ésta se produzca o pueda entenderse producida es otra cuestión. La respuesta ofrecida por la STC 195/1998 puede constituir, en el plano de las declaraciones expresas del Tribunal, una solución equilibrada en este terreno, digna de ser tenida en cuenta en el futuro.

La STC 61/1997, por la que se declara la nulidad de la mayor parte del Texto refundido sobre la Ley del suelo de 1992 (TRLR), incluida una disposición derogatoria que origina la reviviscencia de normas ya derogadas, nada indica acerca de los efectos que su declaración de inconstitucionalidad y nulidad comporta. Constituye por ello una excelente ocasión, a nuestro juicio, no ya para apuntar algunas posibles interpretaciones a los problemas allí suscitados, sino para hacer una reflexión de más largo alcance que, trascendiendo del caso concreto, sea capaz de proyectar alguna sombra de duda o de dar relieve a lo que, desde una perspectiva práctica, quizás sea un dogma plano e indiferenciado: la nulidad es, se supone, un vicio en origen y, por consecuencia, los efectos de su declaración deben retrotraerse al momento en que aquél se produjo. Y aunque se admita –siquiera sea porque así lo ha dispuesto la jurisprudencia constitucional– la estabilidad de las situaciones consolidadas, la inercia hacia la retroacción parece una premisa indiscutida. Veámoslo más despacio.

Conviene destacar de entrada una consideración: la Ley orgánica del Tribunal Constitucional establece, en esta materia, un régimen poco matizado, de cierta simplicidad al menos. La Ley se limita a prever, en lo que aquí interesa, que “cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados [...]” (artículo 39.1 de la LOTC). Por su parte, el artículo 40.1 de la LOTC apuesta por la retroacción *in bonus* en el mundo de lo punitivo (penas y sanciones), en los términos que más adelante se recordarán. Ello es todo. Es evidente que, por sí misma, la LOTC no ha creado un complejo y aquilatado sistema o una escala que se ajuste a la diversa naturaleza de los vicios de inconstitucionalidad, a las circunstancias que los rodean y a las necesidades de su reparación.

Nada dice acerca de cuáles sean los efectos de esa nulidad que lleva aparejada la inconstitucionalidad de la ley. Contrasta, pues, la falta de toda graduación en la LOTC no ya sólo con la rica doctrina de los vicios de nulidad elaborada en el seno del Derecho Administrativo occidental, sino con otros sistemas de justicia constitucional y europea. La LOTC no parece haber ponderado los efectos de inconstitucionalidad de leyes en función, en primer término, de la gravedad del vicio; de su previsibilidad o carácter manifiesto; de las consecuencias que depara sobre los afectados por la infracción y por la declaración de inconstitucionalidad; o de la seguridad jurídica; o a la luz del principio de proporcionalidad; de la incidencia sobre otros bienes o valores constitucionalmente protegidos; de su impacto sobre el sistema de fuentes, la tabla de derechos o el orden constitucional de competencias, por ejemplo; etc. Tampoco distingue, en segundo lugar, si el vicio se produce en “unidad de acto”, sin contaminación ulterior, o si éste se ha perpetuado o reproducido, por las entretelas del ordenamiento, a través de múltiples actos de aplicación; si la lesión constitucional de que se trate anida en la norma o también en el acto que la aplica; etcétera.

Pero la LOTC no sólo ha omitido toda referencia a este conjunto de *criterios constitucionales a ponderar*, dejando irresuelta la cuestión relativa a si la eficacia *ex tunc* de la nulidad constituye el supuesto típico, normal o automático o, por el contrario, la excepción o, cuando menos, un supuesto que habrá de imponerse en cada caso por su mayor peso específico frente a aquellos criterios en pro de la estabilidad. Más importante aún es, a nuestro parecer, el silencio acerca de la *ratio o fundamento último* de la declaración de nulidad, pues ella nos habría de servir de guía para desen-

trañar su alcance temporal y extensión. Si es sólo la expulsión del ordenamiento de la norma inconstitucional lo que se persigue o es, más bien y al mismo tiempo, la reparación del daño causado por la inconstitucionalidad, o concurren otros factores (también de protección de bienes, intereses y derechos constitucionalmente reconocidos), es algo que habrá de ser desentrañado de la mano de una interpretación finalista y axiológica. Al fin y al cabo, “la categoría de la nulidad no tiene el mismo contenido en los distintos sectores del ordenamiento”,¹¹⁶ ni es siempre necesaria la vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad en la justicia constitucional.¹¹⁷

El vicio de incompetencia acarrea la inconstitucionalidad de la norma. La cuestión a determinar es con qué efectos. En esta sede, el precepto central que hay que tomar en consideración es el artículo 161.1.a) de la LOTC, según el cual “la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien (y esto es lo que importa subrayar) la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada”. Es evidente, pues, que la Constitución no hace excepción al valor de la cosa juzgada como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad. Es, sin embargo, el artículo 40.1 de la LOTC el que introduce la retroactividad *in bonus* de los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad respecto de las penas y sanciones, en los términos que allí se indican.¹¹⁸

Pues bien, si la regla descansa en la Constitución [artículo 161.1.a)] y la excepción en la LOTC (artículo 40.1), ésta habrá de ser interpretada en sentido estricto y de acuerdo con su finalidad. Desde ese ángulo, podría decirse que el artículo 161.1.a) de la CE encarna la seguridad jurídica (artículo 9.3 de la CE) al postular la no-remoción de las situaciones consolidadas en el sentido más amplio del término, mientras que el artículo 40.1 de la CE salvaguarda la libertad del individuo, demandando por contra la retroacción de los efectos en su beneficio. En cierto modo, el artículo 40.1 de la CE supone una quiebra o excepción del principio constitucional de seguridad jurídica en defensa de la libertad. Sólo si ésta ha sido violentada podrá excepcionarse la regla de que “la

116. Por ejemplo, STC 45/1989 y 146/1994.

117. Cfr. STC 45/1989.

118. *Vid.* el trabajo de J. JIMÉNEZ CAMPO, “¿Qué hacer con la ley inconstitucional?”, en *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 41-42,

sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada” [artículo 161.1.a) de la CE].

A nuestro limitado propósito, conviene desentrañar el alcance de la retroacción dispuesta por el artículo 40.1 de la LOTC. En tal sentido, puede entenderse que la retroactividad *in bonus* se circunscribe al mundo de lo punitivo, esto es, se produce exclusivamente cuando la pena o sanción ha violentado cualesquiera de las garantías constitucionales (artículos 24 y 25 de la CE) pero no, en cambio, cuando el vicio de inconstitucionalidad es de incompetencia. Si es cierto que las sanciones firmes impuestas al amparo de norma declarada inconstitucional por vicio de incompetencia no han vulnerado ninguna de las garantías constitucionales, cabría concluir que no son susceptibles de revisión a la luz del artículo 161.1.a) de la CE. El artículo 40.1 de la CE no sería de aplicación, de acuerdo con la interpretación estricta que aquí se mantiene. En los procesos judiciales pendientes, en nuestra opinión, tampoco podría hacerse valer el vicio de incompetencia en que ha incurrido el TRLS de 1992, cuando menos de forma automática e indiferenciada.

A nuestro juicio, el planteamiento de fondo se basa en tres pilares:

Primero, una cosa es la *expulsión* de la norma –exigencia inherente a la declaración de inconstitucionalidad y nulidad– y otra, distinta aunque inseparable, *cuándo* ésta efectivamente se produzca y *con qué efectos*. La expulsión, por tanto, puede, por hipótesis, tener carácter retroactivo, eficacia *ex nunc* o un aplazamiento en el tiempo (*antes, en o después* de publicada la declaración de inconstitucionalidad que contenga la sentencia). En lo que hace al destierro del ordenamiento de la norma contraria a la Constitución no caben matices. Sí, en cambio, en el *cuándo*, en la eficacia temporal de esa declaración. La decisión del Tribunal Constitucional de expulsar la norma produce efectos generales desde el momento en que se publica la sentencia en el *Boletín Oficial del Estado* (artículo 38.1 de la LOTC). Cuándo haya de entenderse efectivamente expulsada y cuáles sean esos efectos en el tiempo no es algo que venga resuelto automáticamente por su publicación, aunque cabrá presumir, en principio y como consecuencia más natural, que, a falta de otra determinación expresa, la expulsión produce efectos desde ese momento y que la declaración de inconstitucionalidad posee eficacia *ex nunc* ante las situaciones consolidadas en virtud de la seguridad jurídica (artículo 9.3 de la CE), salvo afirmación en contrario. A nuestro juicio, la inconstitucionalidad declarada impone en todo caso la expulsión de la norma. La inconstitucionalidad

no exige, en cambio, la retroacción de esa expulsión. Si esos efectos se despliegan hacia delante o hacia atrás, es una cuestión que no se resuelve circularmente en función de la primera, de la que trae causa, esto es, por su inconstitucionalidad, sino en razón de otros factores o criterios constitucionales que han de ponderarse.

Segundo, cuál haya de ser, pues, la concreta eficacia temporal de la declaración de nulidad (*antes, en o a partir de, o diferida en el tiempo después de la publicación*) es algo que deberá responderse, en primer término y ante todo, a la luz de lo que exija la *restauración del orden constitucional*. La nulidad de las leyes, por hipótesis, parece hallarse al servicio y en función de la reparación del vicio, de acuerdo con una interpretación finalista: si la reparación del “daño” o lesión constitucional requiere retrotraer su expulsión hacia atrás, tenerla por no puesta o, por el contrario, ésta habrá de producirse en unidad de acto con la declaración de inconstitucionalidad en el momento de la publicación de la sentencia.

Tercero, aun cuando haya quedado resuelta la cuestión principal de conformidad con tal criterio, y cualquiera que sea la solución alcanzada en punto a la eficacia temporal de la declaración de inconstitucionalidad –retroacción o no de sus efectos–, ésta podrá ser *corregida* o *matizada* hacia delante o hacia atrás, en virtud de los *criterios constitucionales de ponderación*, a los que ya se ha hecho referencia. Se trata, por tanto, de un *juicio doble*, o en *escalera*. Así, por ejemplo, la eficacia de la declaración de inconstitucionalidad de un precepto cuya retroacción no resulte necesaria podría diferirse o aplazarse en el tiempo, por exigencias de la seguridad jurídica. Del mismo modo que una inconstitucionalidad que, en principio, parezca llamada a la retroacción, podría ser, sin embargo, matizada a la vista de los perjuicios desproporcionados que la eficacia *ex tunc* pudiera deparar sobre el ordenamiento y los bienes, derechos y valores afectados, para terminar por adquirir eficacia *ex nunc*.

La falta de automatismo y el pronunciamiento expreso del Tribunal para corregir o matizar la “solución natural” que el caso demande.

De esos tres pilares, cabe ahora derivar dos consecuencias:

La *fuerza de algunos principios constitucionales*, en particular la seguridad jurídica o la proporcionalidad, parece impedir que la retroacción o nulidad *ex tunc* de las leyes declaradas inconstitucionales pueda convertirse en la regla general o en un criterio automático. Y es que aunque la reparación del vicio pueda llamar en principio a la retroacción de los efectos de la expulsión (típicamente, en los supuestos de leyes atentatorias de

los derechos fundamentales) no será fácil superar el obstáculo que aquellos representan frente a la remoción de las situaciones preexistentes. La eficacia *ex nunc* se halla más próxima a la regla general en términos estadísticos, aunque, como ya notábamos e inmediatamente pondremos de manifiesto, habrá que estar a cada caso, en primer término y en lo que aquí interesa, a la naturaleza del vicio o infracción constitucional y a lo que, por consecuencia, demande su reparabilidad.

Cuando menos por hipótesis, y a resultas de cuanto antecede, ha de admitirse que cuando el Tribunal Constitucional ha hecho algún pronunciamiento expreso a fin de contener o matizar la retroacción de los efectos anulatorios ha sido precisamente en supuestos en los que, en razón del criterio de fondo (la restauración del orden constitucional o la reparación de la lesión), la eficacia *ex tunc* parecía obligada, si se querían reparar determinadas consecuencias o situaciones afectadas por la norma inconstitucional, y no, como podría pensarse, porque la eficacia *ex tunc* sea en todo caso la regla. Serían, sin embargo, los criterios a ponderar los que habrían corregido esa inercia. Y de ahí la necesidad de que el Tribunal explicitara el resultado de su ponderación, a la luz de los bienes, valores y derechos en presencia. En otras palabras y de acuerdo con esta interpretación, la intervención del Tribunal no supone salir al paso, para sentar una *excepción* de la *regla general*. No es eso lo que en realidad hace. Habla para expresar el resultado de la ponderación, para hacer saber que la natural solución del caso, sea ésta *ex nunc* o *ex tunc*, ha de ser corregida. Significa, pues, *una excepción a la respuesta que ese caso merece, pero no una excepción a una supuesta regla general*. El Tribunal habría hablado para frenar la retroacción cuando ésta es la solución natural del caso, y también para aplazar o diferir en el tiempo sus efectos, cuando la solución natural pudiera ser la eficacia *ex nunc*. Se pronuncia expresamente, en efecto, porque la *ponderación* rompe la *solución natural*, no la regla general, que acaso no exista, si bien, como ya hemos notado y luego insistiremos, en materia de inconstitucionalidad de normas (no así en el amparo) inercial o estadísticamente la eficacia *ex nunc* parece llamada a constituirse en la solución normal, máxime si la inconstitucionalidad de la norma lo es por vicio de incompetencia, ámbito al que circunscribimos nuestra reflexión.

Cuando el vicio en que incurre el legislador sea de incompetencia *stricto sensu* (violación del orden constitucional de distribución de competencias) con mayor razón cabrá concluir en los efectos *ex nunc* de la

declaración de nulidad, si el Tribunal no establece otra solución en virtud de las circunstancias concurrentes (v. gr. situaciones subjetivas afectadas; previsibilidad o gravedad del vicio; etc.) y de los principios constitucionales que resultaren de aplicación. Y ello, en esencia, porque la restauración del orden constitucional de distribución de competencias no requiere, en principio, que la norma invasora sea expulsada con efectos *retroactivos*. La reparación del vicio competencial no parece demandar la retroacción o, cuando menos, no tendrá de ordinario la fuerza suficiente para romper la barrera que levantan, entre otros, los principios de seguridad jurídica y proporcionalidad.

Desde esa óptica, habrá que interpretar el silencio del Tribunal en el sentido de que la solución natural, la eficacia *ex nunc* de la declaración de nulidad de *leyes viciadas de incompetencia*, no está urgida a mayores puntualizaciones. Y la eventual intervención, para retrotraer o diferir, no supone más que una excepción a la solución natural en cada caso singular y concreto.

Por otro lado, y yendo aún más lejos, podría sugerirse, cuando así pudieran demandarlo determinados principios o valores constitucionales protegidos, bien la posibilidad de que el propio Tribunal Constitucional difiriese en el tiempo los efectos de la declaración de nulidad respecto de determinados preceptos inconstitucionales, o bien, por excepción, una limitada “ultraactividad” de la norma cuya expulsión del ordenamiento ha sido decretada, de modo semejante a como la derogación de una norma no impide por parte de la nueva la adopción de disposiciones transitorias que permitan la conclusión, por ejemplo, de ciertos procedimientos conforme a la normativa que se deroga. La ponderación de los bienes en presencia y el juicio de proporcionalidad podrían, en su caso y entre otros factores, condicionar la viabilidad de esta opción.¹¹⁹

La reparabilidad, en suma, no llama aquí de ordinario a la retroacción. A ello coadyuva, qué duda cabe, el conjunto de criterios a ponderar a los que antes se ha aludido. En nuestra opinión, la concepción teórica, según la cual la nulidad supone la absoluta e indeclinable retroacción hacia el pasado, además de producir en este y otros casos efectos devastadores y desproporcionados que poco se compadecen con la Constitución, no se

119. Sobre el principio de proporcionalidad, *vid.* el número monográfico de *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5 (1998), en particular la jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos fundamentales, p. 357 (núm. XII).

impone con rotundidad a partir de la LOTC. Antes al contrario, la propia Constitución (artículos 1.1, 9.3, 33.3, entre otros) parece propiciar una solución más moderada y coherente con la gravedad del vicio, la seguridad jurídica, los afectados, los bienes y derechos en juego, la garantía patrimonial del administrado, la autonomía local y, desde luego, el principio de proporcionalidad.

En definitiva, partiendo de que inconstitucionalidad y nulidad no se hallan necesariamente vinculados y de que la teoría de la nulidad no es la misma en los diversos sectores, en particular en el ámbito de la justicia constitucional, el criterio sustantivo y determinante para identificar los efectos de la nulidad parece descansar en última instancia en la reparabilidad de la lesión, en la restauración del orden constitucional.

Bajo este perfil, la restauración del *orden constitucional de distribución de competencias* no requerirá de ordinario más que una eficacia *ex nunc* de la nulidad que lleva aparejada la declaración de inconstitucionalidad de la norma legal viciada de incompetencia, habida cuenta, primero, de que de suyo no es obligada la retroacción para su reparación, al margen de que poco repararía el exceso cometido, y, segundo, y no menos relevante, porque a esa inercia hacia el pasado se opondrían principios, valores y bienes de rango constitucional, como la seguridad jurídica y el principio de proporcionalidad, entre otros. Tal sería la “solución natural” de esta clase de supuestos. El silencio del Tribunal, en su caso, y con independencia de que un pronunciamiento expreso sortee ulteriores dificultades interpretativas, cabría ser entendido sencillamente en el sentido de que tal solución natural no está urgida a especiales correcciones o matizaciones.

La nulidad de la norma viciada de incompetencia puede ser diferida en el tiempo cuando los elementos constitucionales de la ponderación en el caso concreto así lo demanden (seguridad jurídica y vacío normativo; desproporción de las consecuencias de la nulidad *ex nunc*; etcétera).

Por lo demás, y a mero título de ejemplo, conviene reseñar que un elevado número de sentencias no contienen pronunciamiento alguno en punto a los efectos que su declaración comporta (así, la propia STC 61/1997). Pues bien, dejando al margen algunas singularidades previas a la referida sentencia (v. gr. STC 96/96), interesa registrar la evolución de la jurisprudencia recaída en recursos de inconstitucionalidad conflictuales en la línea ya apuntada.

La primera en el tiempo es la STC 195/1998, de 1 de octubre (Santoña), seguida más tarde por la 208/1999, de 11 de noviembre (defensa de la com-

petencia). La STC 195/1998 declara inconstitucional, con los efectos que se indican en su fundamento jurídico 5 en lo que a la nulidad se refiere, de los artículos 2 y 3 y el anexo de la Ley estatal 6/1992 impugnada, por la que se declara Reserva Natural a las Marismas de Santoña y Noja. El citado fundamento jurídico 5 advierte de entrada que anudar a la declaración de inconstitucionalidad la nulidad inmediata de la Ley 6/1992 podría producir graves perjuicios a los recursos naturales de la zona objeto de controversia. Con clara inspiración en los procesos de conflictos de competencia (artículo 66 de la LOTC), la STC 195/1998 hace suya la distinción entre recursos de inconstitucionalidad conflictuales y de otro carácter: “En los procesos constitucionales como el presente en los que se dirimen conflictos competenciales entre el Estado y una comunidad autónoma el objeto primordial de la sentencia radica en la determinación de la titularidad de la competencia controvertida. Por ello, una vez alcanzada esta conclusión fundamental, deben evitarse al máximo los posibles perjuicios que esta declaración pueda producir en el entramado de bienes, intereses y derechos afectados por la legislación que ha resultado objeto de la controversia [...]. Desde la perspectiva constitucional, no pueden resultar indiferentes los efectos perjudiciales que, de forma transitoria pero no menos irreparable, pudiera tener su decisión sobre esta zona protegida. Se trata, además, de unos perjuicios ajenos, e incluso abiertamente contrarios, a las pretensiones deducidas en este proceso por quien ha planteado el presente recurso de inconstitucionalidad [...]. Por ello, en tanto la comunidad autónoma no ejerza la competencia que en esta sentencia le reconocemos, la inmediata nulidad de la Ley 6/1992 podría provocar una desprotección medioambiental de la zona con graves perjuicios y perturbaciones a los intereses generales en juego y con afectación de situaciones y actuaciones jurídicas consolidadas.”¹²⁰

Esta doctrina resulta, a nuestro juicio, plenamente trasladable a la declaración de inconstitucionalidad de la STC 61/1997, si bien, obvio es decirlo, la ausencia de una modulación expresa para diferir en el tiempo los efectos de la nulidad, impide llegar a igual conclusión, pero sí, al menos, a la eficacia *ex nunc*. Téngase en cuenta, a mayor abundamiento, que la *ratio decidendi* última, con independencia de las circunstancias singulares del

120. Cfr. fundamento jurídico 5. Sobre esta STC, *vid.* el comentario de R. ALONSO GARCÍA, B. LOZANO, C. PLAZA MARTÍN, “El medio ambiente ante el Tribunal Constitucional: Problemas competenciales y ultraeficacia protectora”, RAP, 148, 1999, p. 110 y ss.

caso, parece descansar en la misma Constitución, a la que, en palabras del Tribunal, no le pueden resultar indiferentes los perjuicios sobre otros bienes, intereses y derechos constitucionalmente relevantes. Una cosa es que el Tribunal en la STC 61/1997 no decidiera diferir los efectos de la nulidad inmediata, tras la publicación de la misma, hasta que el Estado y las comunidades autónomas aprobaran sus respectivas leyes, y otra, muy distinta, que esos bienes, derechos e intereses en juego permitan la retroacción de los efectos.

Un supuesto distinto, aunque con igual conclusión, lo representa la STC 208/1999 (defensa de la competencia). Dados los peculiares términos en que es declarada la inconstitucionalidad de determinados preceptos de la Ley estatal 16/1989, de defensa de la competencia,¹²¹ el Tribunal Constitucional aplaza los efectos de la nulidad hasta el momento en que el propio Estado establezca los criterios de conexión pertinentes que permitan a las comunidades autónomas ejercer sus competencias. El problema radica en que la inconstitucionalidad deriva de la pretensión de universalidad en punto a las competencias ejecutivas que subyacen a los preceptos controvertidos, pero no en lo restante. De ahí que no quepa amputar una parte de tales preceptos legales sin producir un vacío, también de la competencia estatal, “no conforme con la Constitución, pues los intereses constitucionalmente relevantes que con ella (la defensa de la competencia) se tutelan podrían verse desprotegidos”.¹²² El aplazamiento de la nulidad de esos preceptos, pues, no depende entonces de la voluntad de la comunidad autónoma (como en el caso de la STC 195/1998), sino del propio Estado. De ello es consciente el Tribunal cuando apela a la lealtad constitucional, que obliga a todos, a fin de que esa situación provisional acabe cuanto antes.¹²³

La STC 235/1999, por su parte, conecta con la STC 96/1996, tanto en lo que hace a la materia enjuiciada, cuanto en lo que a sus efectos se refiere. Advertida la inconstitucionalidad de la norma en cuestión por lo que entraña *ex silentio* de indebida asunción de competencias en favor del Estado, el Tribunal Constitucional hace la siguiente consideración:

“En relación con lo expuesto en el anterior fundamento jurídico, interesa precisar, al igual que hiciéramos en la STC 96/1996, el contenido y

121. *Vid.* fundamento jurídico 7.

122. *Cfr.* fundamento jurídico 8.

123. *Ibidem.*

alcance del fallo que sobre la cuestión ahora dilucidada hemos de pronunciar. Como ya indicamos en el fundamento jurídico 22 de esta última resolución citada, al recaer la declaración de inconstitucionalidad sobre un precepto que excluye a las comunidades autónomas de un ámbito competencial estatutariamente reconocido este Tribunal no debe proceder a examinar cuál haya de ser la regulación básica de las potestades de disciplina respecto de los establecimientos financieros de crédito, puesto que ese juicio implicaría la reconstrucción de una norma no explicitada debidamente en el texto legal y, por ende, la creación de una norma nueva, con la consiguiente asunción por el Tribunal Constitucional de una función de legislador positivo que institucionalmente no le corresponde.

“Sin embargo, la inconstitucionalidad advertida, por razón de la expresada vulneración de competencias de la comunidad autónoma, no puede ser reparada mediante la anulación, simple e inmediata, de la disposición enjuiciada, pues también aquí, como dijimos al examinar el artículo 42 de la LDIEC (STC 96/1996, fundamentos jurídicos 22 y 23), le corresponde al legislador una inicial labor configuradora de lo que pueda estimarse básico en la materia y de la intervención que deba reconocerse, correlativamente, a las comunidades autónomas con arreglo a sus respectivos estatutos de autonomía. De la nulidad inmediata que, como regla, se asocia a nuestros pronunciamientos de inconstitucionalidad (artículo 39.1 de la LOTC) no cabe esperar, obviamente, la reconstrucción de unas previsiones legales cuya ausencia es causa de esa misma inconstitucionalidad y tampoco puede este Tribunal, que no ha de hacer las veces de legislador (STC 19/1988, fundamento jurídico 8), impartir pautas o instrucciones positivas sobre lo que sólo puede ser determinado a partir del ejercicio de la libertad de configuración, sujeta a la Constitución, de las Cortes Generales. Por otra parte, la declaración de nulidad de esta disposición, consecuente a la declaración de inconstitucionalidad, generaría un vacío normativo, sin duda no deseable en materia tan importante como es el régimen sancionador de los establecimientos financieros de crédito. Ahora bien, como ya dijimos en la STC 45/1989, fundamento jurídico 11, no siempre es necesaria la vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad, así, cuando ‘la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de éste, sino en su omisión’. Tal era el caso de las precitadas STC 45/1989 (pronunciamiento segundo y tercero) y 96/1996 [pronunciamiento primero, letra A)]. Tal es también el caso sometido ahora a nuestro enjuiciamiento.

“Todo ello fue ya expuesto en la mencionada STC 96/1996, que advirtió, inequívocamente, de la necesidad constitucional de que el legislador (‘dentro de un plazo de tiempo razonable’, apostillamos) modificara el artículo 42 de la LDIEC, al que remite la regla ahora enjuiciada, en términos respetuosos con el bloque de la constitucionalidad y sin perjuicio, claro es, del control que corresponde a este Tribunal Constitucional sobre las definiciones legislativas de lo que, en cada ámbito material, se estime básico. El transcurso de más de tres años desde aquel pronunciamiento desborda, como es notorio, el criterio de un ‘tiempo razonable’ para acomodar la norma a la Constitución, lo que ha deparado la anómala pervivencia de una situación contraria al reparto constitucional y estatutario de competencias.

“Así las cosas, este Tribunal debe reiterar el inexcusable imperativo constitucional que sobre el legislador pesa en orden a la reparación con presteza de semejante situación contraria al bloque de la constitucionalidad, intervención legislativa reparadora que tras otras sentencias y para otros ámbitos –vale recordar– no ha incurrido en demora desproporcionada (STC 45/1989). La declaración de inconstitucionalidad del precepto y la reiteración, que queda hecha, de la necesaria intervención legislativa bastan, cabe esperar en virtud del principio de lealtad constitucional, para propiciar una pronta sanación de la situación inconstitucional, no estimando este Tribunal llegado el momento de expresar un pronunciamiento de nulidad cuya eficacia quede diferida a un determinado plazo (STC 195/1998, fundamento jurídico 5 y 208/1999, fundamento jurídico 8).

“En consecuencia, la declaración de inconstitucionalidad, por vulneración de competencias de la comunidad autónoma, del apartado 5 de la disposición adicional primera de la Ley 3/1994, en cuanto remite al título I de la LDJEC para determinar el régimen sancionador de los establecimientos financieros de crédito, no ha de llevar acarreada la declaración de su nulidad.”

Se trata, pues, de un supuesto diferente al que contempla la STC 195/1998 o a la problemática que despierta la STC 61/1997. Aquí, por el contrario, y como ya ocurriera con la STC 96/1996, la nulidad inmediata del precepto no podría reparar el vicio de incompetencia, habida cuenta de que éste se ha generado, en rigor, por una deficiente o inexistente regulación legal, esto es, por la omisión textual, como recuerda el Tribunal. La reparación pasa por la intervención legislativa del Estado. Con todo, es de notar que la decisión de no anular un texto legal incompleto y, por ende,

inconstitucional obedece, de nuevo y en última instancia, al indeseable vacío normativo que ello implicaría, con padecimiento o afectación de otros bienes o intereses constitucionales.

Resulta, en fin, ilustrativa de cuanto ha quedado dicho la STC 54/2002. En sus últimos fundamentos 8 y 9 afirma el Tribunal, recogiendo la doctrina antes indicada, lo siguiente:

“8. También es necesario, en segundo lugar, delimitar el alcance de la declaración de nulidad del artículo único, apartado 1, de la Ley del Parlamento Vasco 11/1998, en la medida en que impone deberes de cesión de aprovechamiento urbanístico en suelo urbano ‘consolidado’. La declaración de nulidad de una norma legal –a lo que se refiere el artículo 39.1 de la LOTC– ha de tenerse por una forma adecuada de reparación o superación de la situación de inconstitucionalidad constatada y declarada por este Tribunal, cuyo efecto inmediato es que el precepto inconstitucional y nulo quede definitivamente expulsado del ordenamiento jurídico (STC 19/1987, de 17 de febrero, FJ 6) y que, por lo mismo, resulte inaplicable desde que la declaración de nulidad se publica en el *Boletín Oficial del Estado* (STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11).

“Ahora bien, la declaración de nulidad no ha de presentar siempre y necesariamente el mismo alcance. En efecto, la vigencia simultánea de los diversos preceptos constitucionales nos exige que, al determinar el alcance de la declaración de nulidad de una Ley, prestemos también atención a las consecuencias que esa misma declaración de nulidad puede proyectar sobre los diversos bienes constitucionales. Así, en el caso que nos ocupa, la declaración de invalidez de un precepto legal, por vulneración del orden constitucional de competencias, no puede ser a costa de un sacrificio desproporcionado en la efectividad de otras normas constitucionales. Por ello, más allá de la consecuencia inmediata de la declaración de nulidad, esto es, la inaplicación a nuevos supuestos, el Tribunal Constitucional debe ponderar qué consecuencias adicionales puede contener la declaración de nulidad para evitar que resulten injustificadamente perjudicados otros bienes constitucionales.

“9. En el asunto que nos ocupa debemos traer a colación, a la hora de precisar el alcance en el tiempo de nuestra declaración de nulidad, el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la CE), al que responde la previsión contenida en el artículo 40.1 de la LOTC, según el cual las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes ‘no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzga-

da' en los que se haya hecho aplicación de las leyes inconstitucionales. Ahora bien, la modulación del alcance de nuestra declaración de inconstitucionalidad no se limita a preservar la cosa juzgada. Más allá de ese mínimo impuesto por el artículo 40.1 de la LOTC debemos declarar que el principio constitucional de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la CE) también reclama que –en el asunto que nos ocupa– esta declaración de inconstitucionalidad sólo sea eficaz *pro futuro*, esto es, en relación con nuevos supuestos o con los procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no haya recaído una resolución firme. En efecto, al igual que dijimos en las STC 45/1989, de 20 de febrero (FJ 11), 180/2000, de 29 de junio (FJ 7), sobre la Ley riojana 2/1993, de presupuestos, y 289/2000, de 30 de noviembre (FJ 7), sobre la Ley balear reguladora del impuesto sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente, entre otras, el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la CE) reclama la intangibilidad de las situaciones jurídicas consolidadas; no sólo las decididas con fuerza de cosa juzgada, sino también las situaciones administrativas firmes.

“Esta conclusión se refuerza si se tiene en cuenta, además, que dotar de eficacia *ex tunc* a nuestra declaración de nulidad distorsionaría gravemente la actividad de gestión urbanística desarrollada al amparo de la norma que se declara inconstitucional, tanto por los municipios vascos como por los particulares, trascendiendo, incluso, las previsibles consecuencias económicas adversas que la revisión de las cesiones obligatorias ya firmes supondrían para los municipios, con el consiguiente riesgo de quiebra del principio de suficiencia financiera de las haciendas locales a que se refiere el artículo 142 de la CE.”

Legislación urbanística estatal y autonómica.

Principios e instituciones comunes

Rafael Fernández Montalvo
Magistrado del Tribunal Supremo

1. Legislación urbanística estatal y autonómica.

1.1. Antecedentes. 1.1.1. Las primeras leyes urbanísticas (el ensanche). 1.1.2. Reforma interior de poblaciones. 1.1.3. "El urbanismo funcionalista". 1.2. El urbanismo en la etapa constitucional. 1.2.1. La Constitución y los estatutos de autonomía. 1.2.2. El Texto refundido de 1992, la STC 61/1997, de 20 de marzo, y la STS de 25 de junio de 1997. 1.2.3. La Ley 7/1997, de 14 de abril, y legislaciones autonómicas de urgencia. 1.2.4. Ley de régimen del suelo y valoraciones, Ley 6/1998, de 13 de abril.

2. Sistema de fuentes, normativa estatal y autonómica, en materia urbanística.

2.1. Normativa urbanística. 2.2. Marco normativo estatal. 2.3. Derecho supletorio.

3. Principios e instituciones comunes.

3.1. Planteamiento. 3.2. El planeamiento urbanístico. Sus clases. 3.3. El derecho de propiedad del suelo. 3.3.1. Función social, carácter estatutario, límites y limitaciones. 3.3.2. El aprovechamiento urbanístico depende de la clase de suelo. 3.3.3. El principio general de la no-indemnización por causa de la ordenación urbanística. 3.4. Ejecución del planeamiento urbanístico. 3.5. Intervención en la edificación y uso del suelo: licencias, órdenes de ejecución y declaración de ruina. 3.6. Protección de la legalidad urbanística. Infracciones y sanciones. 3.7. Régimen jurídico: expropiaciones, valoraciones, responsabilidad de las administraciones públicas, acciones y recursos.

1. Legislación urbanística estatal y autonómica

1.1. Antecedentes

El Derecho urbanístico tiene una corta historia porque el fenómeno que su específica normativa trata de regular –el urbanismo, la urbanización– es relativamente reciente. Hasta el siglo XIX y, sobre todo, el siglo XX no se acelera el proceso de urbanización de una sociedad eminentemente

rural, como consecuencia de la industrialización y las consecuentes migraciones que potencia el crecimiento de las ciudades.

1.1.1. Las primeras leyes urbanísticas (el ensanche)

A impulso de estas nuevas necesidades surgen las primeras leyes urbanísticas que tienen como objetivo esencial “el ensanche” (la primera de ellas de 29 de junio de 1864),¹ cuya filosofía es favorecer la nueva edificación extramuros de la ciudad por los particulares al mismo tiempo que los ayuntamientos realizan la urbanización de los terrenos, previa las expropiaciones necesarias para viales y usos públicos. La financiación de esta actividad se realiza mediante la cesión que el Estado hace a los municipios por veinticinco años de la contribución territorial correspondiente a la zona del ensanche y con la percepción de un recargo extraordinario del sesenta por ciento que les autoriza a percibir.

1.1.2. Reforma interior de poblaciones

La Ley de expropiación forzosa de 10 de enero de 1879 aporta una nueva perspectiva complementaria: la reforma interior de poblaciones, estableciendo la primera técnica de confiscación parcial de las plusvalías generadas por la obra urbanizadora al autorizar la expropiación de las zonas laterales de las nuevas vías públicas con un fondo de veinte metros.

La Ley de 18 de marzo de 1895, de saneamiento y reforma interior, intensifica la referida técnica extendiendo a cincuenta metros el fondo de las zonas laterales expropiables e introduce un sistema de estímulos fiscales a las obras de urbanización.

1.1.3. “El urbanismo funcionalista”

El llamado *urbanismo funcionalista*² se consolida con la Ley del suelo y ordenación urbana de 1956, de 12 de mayo (LS/1956). Se trata de una ley muy técnica que pretende codificar todo este sector del ordenamiento jurídico. Con ella nace el Derecho Urbanístico, asentado en dos ideas básicas: 1º) El urbanismo es una función pública, lo que supone alterar las facultades dominicales del artículo 350 del Código civil –el derecho a

1. La primera de las leyes es la 29 de junio de 1864, a cuyo amparo se realizan los Planes de Ensanche de Madrid (Plan Castro) y de Barcelona (Plan Cerdà).

2. F. LÓPEZ RAMÓN, *Introducción al Derecho Urbanístico*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

urbanizar es algo que no se tiene antes del Plan, es un derecho que otorga el Plan a partir de un contenido mínimo garantizado a toda propiedad, y por tanto el Plan no limita o reduce un derecho preexistente, sino que adiciona algo, un valor añadido, una plusvalía-, y 2º) El Plan es el elemento esencial del sistema, es él el que define el contenido concreto del derecho de propiedad, pero como de su decisión derivan desigualdades, establece el derecho de todos los propietarios a la distribución equitativa de beneficios y cargas derivados de la urbanización.

La Ley 19/1975, de 2 de mayo, reformó la Ley de 1956, y su disposición final autorizaba al Gobierno a dictar un texto refundido, dando lugar al Texto refundido de la Ley del suelo, aprobado por el Real decreto legislativo 1346/1976, de 9 de abril (TR/1976), cuyas características más destacadas son:³ 1º) Modificación y flexibilización de los instrumentos de planeamiento, incorporando nuevos tipos de planes y estableciendo los llamados *estándares urbanísticos*; 2º) Profundiza en las cesiones obligatorias y en el sistema de distribución de beneficios y cargas a través del aprovechamiento medio en el suelo urbanizable; 3º) Simplifica los sistemas de ejecución de los planes, reduciéndolos a tres; 4º) Refuerza el sistema de disciplina y aumenta las sanciones, y 5º) Introduce normas de directa aplicación en los supuestos de ausencia de planeamiento.

El desarrollo reglamentario del TR/1976 se lleva a cabo por tres normas: el Reglamento de planeamiento urbanístico (Real decreto 2159/1978, de 23 de junio); el Reglamento de disciplina urbanística (Real decreto 2187/1978, de 23 de junio), y el Reglamento de gestión urbanística (Real decreto 3288/1978).

1.2. El urbanismo en la etapa constitucional

1.2.1. La Constitución y los estatutos de autonomía

La Constitución (CE) y los estatutos de autonomía atribuyen la competencia legislativa en materia urbanística a las comunidades autónomas, manteniendo los ayuntamientos sus competencias gestoras. Pero dicha atribución competencial no excluye que el Estado mantenga títulos competenciales de intervención con incidencia en el urbanismo, entre los que destaca el régimen de la propiedad (artículo 149.1.8 de la CE).

3. L. MARTÍN REBOLLO, *Leyes administrativas*, 11ª edición, Thomson-Aranzadi, 2005.

El Estado mantiene títulos competenciales con incidencia en el urbanismo, entre los que destaca el régimen de la propiedad.

a) La Constitución considera la ordenación del territorio y el urbanismo como competencias que pueden asumir las comunidades autónomas, sin reservar para el Estado ninguna competencia directa en esta materia (artículo 148.1.3 de la CE).

Consecuentemente, todos los estatutos de autonomía incorporan a la lista de competencias exclusivas de la correspondiente comunidad autónoma las referidas a la ordenación del territorio y el urbanismo.

b) El Estado sólo puede incidir indirectamente en el urbanismo.

1º) A través de competencias horizontales:

–Regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad.

–El establecimiento de las bases y coordinación de la actividad económica.

–Bases del régimen jurídico de las administraciones públicas: expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial de dichas administraciones.

2º) Competencias sectoriales del Estado: ferrocarriles y medios de transporte que discurran por más de una comunidad; recursos y aprovechamientos hidráulicos, cuando las aguas discurran por más de una comunidad, y obras de interés general o cuya realización afecte a más de una comunidad autónoma.

1.2.2. El Texto refundido de 1992, la STC 61/1997, de 20 de marzo, y la STS de 25 de junio de 1997

a) El Texto refundido de 1992. La atribución competencial de la Constitución española y de los estatutos de autonomía no tuvo consecuencias inmediatas. El TR/1976, en vigor hasta 1990, fue asumido por las comunidades autónomas sin perjuicio de algunas normas complementarias.

La Ley de reforma del régimen urbanístico de 1990 y el Texto refundido de 1992 sí suscitaron la reacción de varias comunidades autónomas.

La Ley estatal 8/1990, de 25 de julio, sobre reforma del régimen urbanístico y valoración del suelo, supuso una importante modificación del TR/1976 y un nuevo Texto refundido autorizado por su disposición final 2. Se trata del Texto refundido aprobado por Real decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio (TR/1992).

Las características básicas son: 1º) Modifica el régimen de los derechos de los propietarios del suelo, vinculando la adquisición de aquéllos al cumplimiento en plazo de deberes;⁴ 2º) Se incorpora unos mecanismos

de distribución de beneficios y cargas mediante el instrumento del aprovechamiento medio; 3º) Se cambia el contenido económico y el régimen de valoraciones a efectos expropiatorios en conexión con normas fiscales, y 4º) Se da cobertura a un conjunto de mecanismos de intervención en el mercado inmobiliario (derecho de tanteo y retracto, constitución de patrimonios públicos del suelo...).

Teniendo en cuenta las competencias legislativas autonómicas, la disposición final única del TR/1992 dividió su articulado en tres tipos de preceptos: 1º) Artículos de aplicación plena, aquellos que en virtud del artículo 149.1.8 y 18 de la CE no permitían un desarrollo por parte de las comunidades autónomas; 2º) Preceptos de carácter básico, al amparo del artículo 149.1.8, 13, 18 y 23 de la CE, en los que cabía una normativa autonómica de desarrollo con el límite del respeto a lo básico, y 3º) Preceptos de aplicación supletoria, sólo aplicables en defecto de normas específicas de las comunidades autónomas.

Al resultar afectados por la reforma los reglamentos del TR/1976, la disposición final del TR/1992 dispuso que el Gobierno aprobara por real decreto la tabla de vigencias de dichos reglamentos. Dicha tabla de vigencias fue aprobada por el Real decreto 304/1993, de 26 de febrero.

b) STC 61/1997, de 20 de marzo. La Ley de reforma del régimen urbanístico de 1990 fue impugnada ante el Tribunal Constitucional, por los parlamentos o Gobierno de las comunidades autónomas de Aragón, Canarias, Cantabria, Castilla y León, Cataluña y Navarra; y el Real decreto legislativo que aprueba el TR/1992 lo fue también por los gobiernos de Aragón, Cataluña y las Islas Baleares.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia 61/1997, de 20 de marzo, fija las bases del actual sistema urbanístico e incorpora una doctrina esencial, incluso, para el modelo de Estado. En síntesis:

1º) Anula todos aquellos artículos que el TR/1992 calificaba como de aplicación plena o básica (artículo 149.1.1, 8, 13, 18 y 23 de la CE) cuando el Tribunal Constitucional considera que se ha producido una extralimitación y que la Ley estatal ha invadido el título competencial autonómico "urbanismo" (artículo 148.1.3 de la CE).

2º) El Tribunal Constitucional niega la posibilidad de que el Estado cree derecho propio –ni siquiera con carácter supletorio– si no tiene un título

4. La adquisición de facultades y derechos se articula de acuerdo con las fases del proceso urbanizador. Se escalonan los derechos a urbanizar, al aprovechamiento y a edificar.

competencial específico. De manera que ni en las materias en que las comunidades autónomas tienen competencias exclusivas ni en aquellas en las que lo que existen son competencias compartidas entre aquéllas y el Estado puede éste producir normas a título meramente supletorio, porque la cláusula del artículo 149.3 de la CE no es un título competencial.

Consecuentemente, declara la inconstitucionalidad de todos los preceptos del TR/1992 calificados como de aplicación supletoria.

3º) El Tribunal Constitucional declara, asimismo, la inconstitucionalidad de la disposición derogatoria del TR/1992 en todo aquello que se refiera a la normativa vigente con anterioridad a la constitución de las comunidades autónomas con competencias en materia urbanística.

La STC 61/1997 tiene, en lo que se refiere al urbanismo, dos trascendentales consecuencias.

En primer lugar, admite una compleja competencia del Estado sobre el estatuto fundamental del derecho de propiedad urbana, con apoyo en el artículo 149.1.1 de la CE. El Tribunal Constitucional rechaza la identificación del urbanismo con la disciplina de la propiedad urbana.

El urbanismo, competencia exclusiva de las comunidades autónomas, se concibe como “la disciplina jurídica del hecho social o colectivo de los asentamientos de población en el espacio físico”, y comprende las potestades públicas de planeamiento, gestión, intervención sobre el uso del suelo, urbanización y edificación. Esto es, se refiere a las políticas de organización de la ciudad, a los problemas relativos al cómo, cuándo y dónde deben surgir o desarrollarse los asentamientos humanos.

El urbanismo de competencia autonómica no comprende las condiciones básicas del ejercicio del derecho de propiedad, debiendo, sin embargo, el Estado limitarse a garantizar la igualdad en las condiciones de ejercicio del derecho de propiedad urbana y en el cumplimiento de los deberes inherentes a la función de tal derecho. En todo caso, las competencias del Estado sobre las condiciones básicas de la propiedad urbana no alcanzan al establecimiento de una regulación detallada de ésta. El Estado puede utilizar los instrumentos urbanísticos para trazar las líneas fundamentales de la propiedad urbana, pero no puede imponer dichos instrumentos a las comunidades autónomas. Como advierte López Ramón,⁵ se formula así una especie de criterio que excluye la excesiva densidad de las referencias normativas estatales a las instituciones urbanísticas, criterio

5. J. M. LÓPEZ RAMÓN, *op. cit.*

determinante de complejas soluciones en relación con los variados contenidos del TR/1992.

En relación con el artículo 149.1.1 de la CE (regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales), en una argumentación que, como señala L. Martín Rebollo,⁶ no es demasiado clara, el Tribunal Constitucional afirma que no es propiamente un título competencial, sino que sólo habilita para regular las posiciones jurídicas básicas de los ciudadanos relativas a los derechos fundamentales. No para regular materialmente el sector de que se trate. Podría decirse que es el mínimo común denominador en relación con las posiciones fundamentales para el ejercicio de los derechos. Y, aunque conceptualmente sería algo diferente de la normativa básica a que aluden los apartados del artículo 149.1 de la CE, en la práctica no hay grandes diferencias por cuanto del artículo 149.1.1 de la CE no se deduce la uniformidad de regímenes sustantivos, ni conduce a la anulación de competencias autonómicas sectoriales.

En segundo término, la sentencia 61/1997 tiene una incidencia inmediata en el sistema de fuentes. Conforme a la doctrina expuesta de que el Estado carece de competencia para incidir de cualquier manera en su propia normativa anterior a la asunción competencial por las comunidades autónomas, anula la derogación que el TR/1992 hacía del TR/1976 que renace. Ahora bien, no toda su normativa reaparece a título de derecho supletorio, sino sólo aquellas disposiciones que regulen aspectos en que no haya título competencial válido del Estado, ya que en lo demás ha de entenderse que han sido derogadas por aquellos preceptos subsistentes del TR/1992 que el Tribunal Constitucional mantiene por haber sido dictados válidamente en el marco de competencias estatales conforme al artículo 149.1 de la CE.

c) La STS de 25 de junio de 1997 anula, además, seis preceptos de aplicación plena o básica del TR/1992 que habían pasado el control de constitucionalidad efectuado por la STC 61/1997. La razón de la anulación, de conformidad con el artículo 82.6 de la CE, fue el exceso por el Gobierno en el uso de la delegación (*ultra vires*) efectuada por la Ley de 1990. Tales preceptos, referidos a valoraciones, expropiaciones o indemnizaciones fueron luego derogados, como otros de los que permanecían vigentes del TR/1992 por la Ley 6/1998, de 13 de abril.

6. L. MARTÍN REBOLLO, *op. cit.*

1.2.3. La Ley 7/1997, de 14 de abril, y legislaciones autonómicas de urgencia

La STC61/1997 fue objeto de críticas doctrinales que pusieron de relieve los inconvenientes de la interpretación que incorporaba sobre la cláusula de supletoriedad, desde la perspectiva de la unidad del ordenamiento jurídico, la falta de claridad en la construcción del título competencial del Estado sobre la propiedad urbana, las contradicciones y lagunas de su criterio en materia de supletoriedad del Derecho estatal y el olvido de la legitimidad de la aprobación por el Estado de legislación urbanística directamente aplicable para Ceuta y Melilla y de aplicación supletoria para el resto del Estado.

En todo caso, la situación creada por la sentencia resultaba confusa e insegura. Por una parte, la anulación de gran parte del TR/1992 producía un vacío normativo porque, en ausencia de una norma autonómica, era preciso acudir a la normativa estatal preconstitucional. Por otra, respecto de los preceptos básicos de competencia estatal no anulados, algunos de ellos resultaban incompletos o incomprensibles como consecuencia de la anulación de otros que eran su necesario complemento o desarrollo.

Las comunidades autónomas se vieron impelidas a aprobar una legislación de urgencia, que, en general, vino a restablecer en los respectivos territorios el TR/1992, aunque ahora con el carácter de derecho propio de las mismas. Así lo hicieron la Ley cántabra de 25 de abril de 1997, la vasca de la misma fecha, la andaluza de 18 de junio, la castellano-manchega de 10 de julio, la madrileña de 15 de julio, la castellano-leonesa de 13 de octubre y la extremeña de 23 de diciembre del mismo año.

En el ámbito estatal, se aprobaría, primero el Real decreto ley 5/1996, de 7 de junio, y, luego, la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadas en materia de suelo y colegios profesionales (LMLS), que modificaba el TR/1992 diez días antes de que se publicara la STC 61/1997 y sobre la que ésta no se pronuncia.⁷ Además, al menos, los artículos 1 y 3 de dicha Ley, dictados con carácter supletorio, resultaban de dudosa constitucionalidad. También podía cuestionarse la constitucionalidad del artículo 2, que reducía el porcentaje de cesiones de aprovechamiento a que estaban

7. El cambio responde a una nueva cultura urbanística a la que dio forma y consistencia un informe elaborado por el Tribunal de Defensa de la Competencia en 1993 sobre las medidas necesarias para introducir e incrementar la competencia en la economía española. Informe que hizo oír una voz crítica en contra de un sistema que, sin perjuicio de sus indudables valores, había degenerado hacia un excesivo intervencionismo administrativo cada vez más agobiante, que prolongaba en exceso los procesos de gestión y de puesta en el mercado del nuevo suelo con la inevitable secuela de su encajecimiento (T. R. FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Urbanístico*, 19ª ed., La Ley, El Consultor, 2006).

obligados los propietarios, y que, efectivamente, sería declarado inconstitucional por la STC 178/2004, de 21 de octubre.

La LMLS tenía una intención liberalizadora con el objetivo de “incrementar la oferta de suelo con la finalidad de abaratar el suelo disponible”. Preveía que los planes generales de ordenación urbanística, cuya tramitación comenzara a partir de la aprobación de la Ley, tenían que contener una sola clasificación de suelo urbanizable. Desaparecía la tradicional distinción entre suelo urbanizable programado y suelo urbanizable no programado. Reducía los plazos de aprobación del planeamiento y reformaba la Ley reguladora de las bases del régimen local (LRBRL) para facilitar la aprobación de los instrumentos de planeamiento y de gestión urbanística.

1.2.4. Ley de régimen del suelo y valoraciones, Ley 6/1998, de 13 de abril

El Gobierno, con carácter de urgencia, presentó, en junio de 1997, un proyecto de ley sobre el régimen del suelo y valoraciones, que daría lugar a la Ley 6/1998, de 13 de abril. Esta norma, que pretendió plasmar las competencias estatales en la materia, sería objeto de control constitucional en la STC 164/2001, de 11 de julio, y modificada por el Real decreto ley 4/2000, de 23 de junio, más tarde transformado en la Ley 10/2003, de 20 de mayo.

Las características de la LRSV pueden resumirse en los siguientes términos:

a) Adaptación a las competencias estatales. Pretende adaptarse a los títulos competenciales del Estado; esto es, trata de regular “las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad del suelo en todo el territorio nacional, así como regular las materias que inciden en el urbanismo, como son la expropiación forzosa, la responsabilidad de las administraciones públicas o el procedimiento administrativo común”.

b) Intención liberalizadora. El legislador estatal afirma que “la reforma del mercado del suelo en el sentido de una mayor liberalización que incremente la oferta forma parte de la necesaria reforma estructural de la economía española, para lo que el legislador tiene las competencias que le atribuye el artículo 14.1.13 de la CE”.

La liberalización no implica la renuncia a la función directiva y orientadora que es consustancial a la idea de plan. Más bien aquélla tiene ciertas repercusiones sobre el planeamiento urbanístico y, por tanto, sobre la legislación de planeamiento de las comunidades autónomas.

Considera susceptible de ser urbanizado “todo el suelo que todavía no ha sido incorporado al proceso urbano, en el que no concurren razones

para su preservación”, de acuerdo con lo dispuesto en el planeamiento y en la legislación territorial y sectorial.

Así, pues, incorpora potenciales contenidos urbanísticos a todo el suelo no expresamente protegido y formalmente excluido de la urbanización. El suelo residual no es suelo rústico o no urbanizable, sino urbanizable que se define negativamente como aquel que no tenga la condición de urbano o no urbanizable.

c) Clases de suelo. A cada clase de suelo se anuda un régimen de derechos y deberes. En el suelo urbanizable se puede promover la actuación urbanística “previa aprobación del correspondiente planeamiento de desarrollo en los términos que precise la legislación urbanística en cada caso aplicable”; planeamiento que ha de precisar en cada caso la utilización del suelo que se pretenda y la intensidad de dicha utilización.

Sin embargo, del articulado de la Ley puede deducirse la posibilidad de dos tipos de suelo urbanizable: urbanizable con ámbitos delimitados (o con condiciones establecidas para su desarrollo) por el planeamiento y el resto del suelo urbanizable aún no incluido en un concreto ámbito para su desarrollo, haciendo derivar de este tipo de diferenciación reglas jurídicas particulares en materia de valoraciones (artículos 23 y ss.) o consecuencias jurídicas diferentes a efectos de que los propietarios puedan instar la transformación del suelo (artículos 16 y 17). No obstante, el Real decreto ley 4/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de liberalización del sector inmobiliario y transportes, precisa que dicha delimitación dependerá no sólo de que la Administración delimite en el plan general sus ámbitos o haya establecido las condiciones para su desarrollo, ya que dispone que el derecho a promover la transformación del suelo urbanizable también se ejercita cuando se proceda a su delimitación en virtud de proyecto de delimitación o planeamiento formulado por iniciativa privada.

Los propietarios pueden promover dicha transformación presentando ante el ayuntamiento, para su aprobación, el correspondiente planeamiento de desarrollo. La legislación autonómica regulará la tramitación, determinaciones y contenidos de la documentación necesaria para proceder a la citada transformación, así como el derecho de consulta sobre los criterios y previsiones de ordenación y las obras a realizar a costa del promotor para asegurar la conexión con los sistemas generales exteriores a la actuación que se pretenda. El régimen de consulta vinculante pretende dar seguridad jurídica a las iniciativas privadas.

d) Régimen de valoraciones. Se pretende utilizar el valor de mercado, eliminando la dualidad de valor inicial y valor urbanístico. La Ley se limita a fijar un criterio de valoración aplicable a los supuestos en que hay que traducir en dinero ciertas determinaciones legales (fijar justiprecio, permutar terrenos, ceder obligatoriamente superficies o aprovechamientos, asignar a los propietarios contenidos patrimoniales, etcétera).

e) La LRSV deroga el TR/1992, pero no totalmente. Deja expresamente en vigor, de manera total o parcial, 46 artículos.

2. Sistema de fuentes, normativa estatal y autonómica, en materia urbanística

2.1. Normativa urbanística

La normativa propiamente urbanística es la legislación de las comunidades autónomas,⁸ lo que supone también la dispersión jurisprudencial en la materia, constituida por la doctrina de los respectivos tribunales superiores de justicia. El Derecho urbanístico como Derecho exclusivo de las comunidades autónomas queda excluido del recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

8. La diferentes comunidades autónomas han aprobado su propia normativa urbanística. Así:

a) País Vasco: Ley 4/1990, de 31 de mayo, de ordenación del territorio (afectada por la STC 149/1998, de 7 de julio), y Ley 2/2006, de 30 de junio, de suelo y urbanismo.

b) Cataluña: Ley 23/1983, de 21 de noviembre, de política territorial, modificada por las leyes 1/1995, de 16 de marzo, 15/2000, de 29 de diciembre, y 31/2002, de 30 de diciembre; Ley 1/1995, de 16 de marzo, por la que se aprueba el Plan Territorial General de Cataluña, modificada por la Ley 24/2001, de 31 de diciembre; Ley 8/2005, de 8 de junio, de ordenación, gestión y protección del paisaje, y Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo (deroga las anteriores leyes 2/2002, de 14 de marzo, y 10/2004, modificadora de la anterior).

c) Galicia: Ley 10/1995, de 23 de noviembre, de ordenación del territorio, modificada por la Ley 9/2002, y Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia, modificada por la Ley 14/2002, de 29 de diciembre.

d) Andalucía: Ley 1/1994, de 11 de enero, de ordenación del territorio de Andalucía, modificada por las leyes 12/1999, de 15 de diciembre, y 3/2004, de 28 de diciembre; Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de ordenación urbanística, modificada por las leyes 18/2003, de 29 de diciembre, 13/2005, de 11 de noviembre, y Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de medidas para la vivienda protegida y el suelo, modificada por la Ley 1/2006, de 13 de mayo.

e) Asturias: Decreto legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de disposición legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo, modificado por las leyes 2/2004, de 29 de octubre y 6/2004, de 28 de diciembre.

f) Cantabria: Ley 2/2001, de 25 de junio, de ordenación territorial y régimen urbanístico del suelo de Cantabria, parcialmente afectada por las leyes 9/2001, de 27 de diciembre, 10/2002, de 23 de

2.2. Marco normativo estatal

La referida normativa queda enmarcada y condicionada por la legislación estatal integrada por: la LRSV (Ley 6/1998, de 13 de abril, retocada por el Real decreto 4/2000, de 23 de junio, convertido en la Ley 10/2003, de 20 de mayo); los preceptos del TR/1992 que subsisten; la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación, cuyo objeto es la “configuración legal de la construcción de los edificios”; y el Reglamento de inscripciones urbanísticas, aprobado por el Real decreto 1093/1997, de 4 de julio.

También debe tenerse en cuenta la normativa con incidencia urbanística contenida en la legislación estatal de carácter sectorial, como es la

diciembre, 2/2003, de 23 de julio, 2/2004, de 27 de septiembre, y 7/2004, de 27 de diciembre; Ley 57/2002, de 24 de julio, de medidas cautelares en el ámbito del litoral, de sometimiento de los instrumentos de planificación territorial y urbanística a evaluación ambiental y de régimen urbanístico de los cementerios, modificada por la Ley 10/2002, de 23 de diciembre; Ley 2/2003, de 23 de julio, de medidas cautelares urbanísticas en el ámbito del litoral y creación de la Comisión Regional de Ordenación del Territorio y Urbanismo, y Ley 2/2004, de 27 de septiembre, del Plan de Ordenación del Litoral.

g) La Rioja: Ley 3/2000, de 19 de junio, de desarrollo agrario, y Ley 5/2006, de 2 de mayo, de ordenación del territorio y urbanismo.

h) Murcia: Ley 4/1992, de 30 de julio, de ordenación y protección del territorio, parcialmente modificada por las leyes 1 y 6/1995, de 30 de marzo y 21 de abril, y Ley 1/2001, de 24 de abril; Ley 1/2001, de 24 de abril, de normas reguladoras del suelo, modificada por la Ley 2/2002, de 10 de diciembre; Ley 8/2005, de 14 de diciembre, para la calidad de la edificación, y Decreto legislativo 1/2005, de 10 de junio, que aprueba el Texto refundido de la Ley del suelo.

i) Comunidad Valenciana: Ley 4/2004, de 24 de junio, de ordenación del territorio y del paisaje; Ley 4/1992, de 5 de junio, sobre suelo no edificable, modificada por las leyes 11/1994, de 27 de diciembre, 2/1997, de 13 de junio, 16/2003, de 17 de diciembre, y 10/2004, de 9 de diciembre; Ley 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la actividad urbanística, modificada por las leyes 14/1997, de 26 de diciembre, 16/2003 y 4/2004, de 24 de junio, y Ley 16/2005, de 30 de diciembre, urbanística valenciana.

j) Aragón: Ley 11/1992, de 24 de diciembre, de ordenación del territorio, parcialmente afectada y modificada por las leyes 5/1999, de 25 de marzo, y 1/2001, de 8 de febrero; Ley 7/1998, de 16 de julio, de directrices generales de ordenación del territorio, afectada por la STC 14/2004, de 12 de febrero, que anula una parte de su anexo; Ley 5/1999, de 25 de marzo, urbanística, modificada por las leyes 15/1999, de 29 de diciembre, y 24/2003, de 26 de diciembre; Ley 1/2004, de 18 de febrero, de régimen transitorio de la ordenación, gestión y autorización de usos del suelo en centros de esquí y montaña.

k) Castilla-La Mancha: Decreto legislativo 1/2000, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de ordenación del territorio y de la actividad urbanística.

l) Canarias: Decreto legislativo 1/2000, de mayo, por el que se aprueba el Texto refundido de las leyes de ordenación del territorio y de espacios naturales protegidos, modificado por las leyes 6/2000, de 17 de julio, 4/2001, de 16 de julio, 6/2001, de 23 de julio, 2/2002, de 27 de marzo, 2/2003, de 3 de enero, 6/2003, de 6 de marzo, y 2/2004, de 28 de mayo, y Ley 2/2003, de 30 de enero, de vivienda.

m) Navarra: Ley foral 35/2003, de 20 de diciembre, de ordenación del territorio y urbanismo, modificada por las leyes forales 2 y 8/2004, de 29 de marzo y 24 de junio, respectivamente, y por la Ley foral 4/2005, de 22 de marzo, y Ley foral 6/1987, de 10 de abril, de normas urbanísticas regionales para

constituida por las leyes relativas a bienes estatales –patrimonio de las administraciones públicas, costas, aguas, puertos, carreteras o montes– medio ambiente –leyes de conservación de espacios naturales o de ruido– patrimonio cultural –Ley del patrimonio histórico español.

2.3. Derecho supletorio

Conforme al artículo 149.3 de la CE es supletorio el Derecho estatal constituido por el TR/1976 (Real decreto legislativo 1346/1976, de 9 de abril), aunque, como señala L. Martín Rebollo, no todo él, puesto que han de excluirse aquellos de sus preceptos afectados o modificados por la legis-

la protección y uso del territorio, sustancialmente afectada por las leyes forales 10/1994, de 4 de junio, 8/1996, de 28 de mayo, y 33/2003, de 10 de diciembre.

ñ) Extremadura: Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del suelo y ordenación territorial, modificada por las leyes 6/2002, de 27 de junio, de medidas de apoyo en materia de autopromoción de viviendas, accesibilidad y suelo, 2/2002, de 14 de noviembre, y 12/2002, de 19 de diciembre.

ñ) Islas Baleares: Ley 8/1988, de 1 de julio, sobre edificios e instalaciones fuera de ordenación, parcialmente modificada por la Ley 6/1997, de 8 de julio; Ley 10/1989, de 2 de noviembre, sobre sustitución de planeamiento urbanístico municipal; Ley 9/1998, de 20 de junio, de atribución de competencias a los consejos insulares en materia de urbanismo y habitabilidad, modificada por las leyes 15/1990, de 29 de noviembre, y 8/2000, de 27 de octubre; Ley 10/1990, de 23 de octubre, de disciplina urbanística, modificada por las leyes 2/1992, de 6 de mayo, 6/1997, de 8 de julio, y 6/1999, de 3 de abril; Ley 1/1991, de 30 de enero, de espacios naturales y régimen urbanístico de la áreas de especial protección de las Islas Baleares, modificada por las leyes 7/1992, de 8 de julio, 6/1997, de 8 de julio, 6/1999, de 3 de abril, 1/2000, de 9 de marzo, y 8/2003; Ley 6/1993, de 29 de noviembre, sobre adecuación de las redes de instalaciones a las condiciones histórico-ambientales de los núcleos de población; Ley 1/1994, de 23 de marzo, sobre condiciones para la reconstrucción en suelo no urbanizable de edificios e instalaciones afectadas por obras declaradas de utilidad pública y ejecutadas por el sistema de expropiación forzosa; Ley 6/1997, de 8 de julio, de regulación del suelo rústico, modificada parcialmente por las leyes 9/1997, de 22 de diciembre, 6/1999, de 3 de abril y 9/1999, de 6 de octubre; Ley 6/1999, de 3 de abril, de directrices de ordenación territorial, modificada por las leyes 9/1999, de 6 de octubre, 20/2001, de 21 de diciembre, 11/2002, de 23 de diciembre, 8/2003, de 25 de noviembre, y 10/2003, de 22 de diciembre; Ley 14/2000, de 21 de diciembre, de ordenación territorial, modificada por la Ley 10/2003, de 22 de diciembre; Ley 2/2001, de atribución de competencias a los consejos insulares en materia de ordenación del territorio; Ley 8/2003, de 25 de noviembre, de medidas urgentes en materia de ordenación territorial y urbanismo, y Ley 11/2005, de 7 de diciembre, de medidas específicas y tributarias para las Islas de Ibiza, y Formentera en materia de ordenación del territorio, urbanismo y turismo.

o) Madrid: Ley 9/1995, de 28 de marzo, de medidas de política territorial, suelo y urbanismo, afectada por la Ley 9/2001, que la deroga, salvo los títulos II, III y IV, y Ley 9/2001, de 17 de julio, de normas reguladoras del suelo, modificada por la Ley 14/2001, de 26 de diciembre.

p) Castilla y León: Ley 10/1998, de 5 de diciembre, de ordenación del territorio, modificada por las leyes 13/2003, de 23 de diciembre, y 9/2004, de 28 de diciembre; Ley 5/1999, de 8 de abril, de urbanismo, modificada por las leyes 10/2002, de 10 de julio, 21/2002, de 27 de diciembre, y 13/2003, de 23 de diciembre, y su reglamento general, aprobado por el Decreto 22/2004, de 29 de enero.

lación estatal contenida válidamente en la LRSV y en la parte subsistente del TR/1992, así como aquellos otros preceptos implícitamente derogados por resultar incompatibles con la mencionada normativa estatal. También es Derecho supletorio, con las mismas salvedades, la normativa estatal dictada después de 1976 y antes de la asunción competencial autonómica.

En cuanto a los reglamentos de desarrollo del TR/1976 y actualizados por el Real decreto 304/1993, de 26 de febrero, es necesaria una labor depuradora, en sede interpretativa, ya que serán de aplicación directa o supletoria según desarrollen o no preceptos legales de competencia estatal.

En todo caso, el Derecho supletorio estatal ha de ser inferido por el interprete en cada caso concreto. Y corresponde a las comunidades autónomas remediar esta situación de dificultades e incertidumbres mediante la aprobación de leyes y normas reglamentarias propias.

Respecto a Ceuta y Melilla, al carecer de potestades legislativas, la disposición adicional 3 de la LRSV establece que dichas ciudades ejercerán las potestades normativas reglamentarias “dentro del marco de la presente Ley y de las [leyes] que el Estado promulgue al efecto”. Disposición que ha sido modificada por la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, añadiendo los dos siguientes párrafos:

“En todo caso, la aprobación definitiva del Plan General de Ordenación Urbana de estas ciudades y de sus modificaciones o revisiones, competirá al Ministerio de Fomento.

“La aprobación definitiva de los planes parciales, y de sus modificaciones, corresponderá a los órganos competentes de las ciudades de Ceuta y Melilla, previo informe preceptivo y vinculante del Ministerio de Fomento, el cual deberá emitirse en el plazo de tres meses.”

3. Principios e instituciones comunes

3.1. Planteamiento

La elaboración de los principios del Derecho urbanístico es en la actualidad tan compleja como necesaria, dada la dispersión normativa existente. Así, S. González-Varas pone de relieve la necesidad de que el urbanismo sea considerado, hoy más que nunca, como un Derecho de principios

obtenidos del análisis de la legislación estatal (especialmente de la LRSV) y de la legislación autonómica.⁹

La LRSV, Ley 6/1998, fue objeto de consideración por la STC 164/2001, de 11 de junio, que resuelve varios recursos de inconstitucionalidad, dándola el plázet del Tribunal salvo en dos puntos. Declara inconstitucionales el apartado 1 del artículo 16, el artículo 38 y la disposición final única en cuanto se refiera a dichos artículos; e impone una interpretación conforme en los artículos 9, 11, 14.2.a) y b), 17.1, 18.1, 2 y 3 en los términos que indica.

Sin embargo, la referida sentencia no contiene una doctrina nueva. Recuerda que “las comunidades autónomas son titulares, en exclusiva, de las competencias sobre urbanismo”, pero que “la competencia autonómica en materia de urbanismo ha de coexistir con las que el Estado ostenta en virtud del artículo 149.1 de la CE, cuyo ejercicio puede condicionar lícitamente la competencia de las comunidades autónomas sobre el mencionado sector material”.

Desde luego, resultaría extraordinariamente útil para la seguridad jurídica y para la comprensión general del sistema una codificación del Derecho Urbanístico estatal, recogiéndolo, debidamente sistematizado, en un nuevo texto refundido que evite las dificultades a que puede dar lugar el manejo simultáneo de la LRSV, de los preceptos del TR/1992 declarados vigentes como Derecho estatal de general aplicación y de los correspondientes del TR/1976 que tienen el valor de Derecho supletorio.

Sin embargo, puede intentarse la formulación de dichos principios teniendo en cuenta:

a) Las condiciones básicas para el ejercicio del derecho de la propiedad del suelo constituyen elementos esenciales del Derecho Urbanístico y son competencia del Estado, desplazando, en este punto, la normativa autonómica.

b) Los preceptos de la LRSV sobre el estatuto jurídico de la propiedad del suelo, valoraciones de suelo (artículos 23 a 32), expropiaciones, reversión y responsabilidad patrimonial son de aplicación general.

c) El TR/1976 es norma de aplicación directa a las ciudades de Ceuta y Melilla y es Derecho supletorio en el resto del territorio, cumpliendo, como dice T. R. Fernández,¹⁰ una importante función a modo de *ius commune*.

9. S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Derecho Urbanístico estatal y autonómico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

10. T. R. FERNÁNDEZ, *op. cit.*

d) Los reglamentos estatales que desarrollaron el Texto refundido, en tanto no tengan la adecuada réplica en las comunidades autónomas, serán de aplicación ordinaria.

e) Las líneas conceptuales de las nuevas leyes autonómicas responden, en lo esencial, a la tradicional configuración del Derecho Urbanístico, por lo que cabe hablar de un contenido básico. En el bien entendido de que, salvo en lo que constituyen las competencias condicionantes del Estado a que se ha hecho reiterada referencia, se trata de un ordenamiento disponible para las comunidades autónomas, pudiendo conservar, total o parcialmente, los planteamientos básicos o innovar instituciones o instrumentos urbanísticos de nueva planta.

En todo caso la cultura urbanística, consolidada por muchos años de vigencia de las normas estatales (desde la LS/1956), de que habla L. M. Rebollo,¹¹ puede servir para la formulación de unos principios e instituciones comunes.

3.2. El planeamiento urbanístico. Sus clases

La concepción del urbanismo como función social hace de los planes el eje de todo el sistema. Son ellos los que diseñan el modelo territorial: clasifican el suelo, lo zonifican, le atribuyen usos y destinos, fija emplazamientos, viales, zonas verdes, equipamientos y servicios y concretan las características estéticas. Son también los que prevén el modo de ejecución, es decir, contemplan cómo ha de pasarse de la situación existente a la que se pretende mediante la urbanización y, en su caso, la edificación.

Los planes de urbanismo tienen naturaleza normativa: se integran en el ordenamiento jurídico, tienen vigencia indefinida, son públicos y obligatorios, incluso para la Administración que los aprueba, y rige el principio de inderogabilidad singular propio de los reglamentos.

Los sistemas de planeamiento aplicables en las comunidades autónomas siguen los criterios tradicionales, diferenciando entre planeamiento originario, derivado y complementario.

El planeamiento originario por excelencia es el Plan General de Ordenación Urbana o Plan Municipal, que tiene como versión simplificada las normas subsidiarias municipales reguladas en la legislación supletoria estatal.

11. L. M. REBOLLO, *op. cit.*

El planeamiento derivado se concreta en los planes parciales, que regulan la urbanización del suelo urbanizable y los planes especiales, que cumplen variadas funciones, incluso en ocasiones con carácter independiente, no derivado del Plan General.

El planeamiento complementario incluye estudios de detalle o las normas subsidiarias y complementarias provinciales de la legislación supletoria estatal, acogidas con diferentes denominaciones por las legislaciones autonómicas.

3.3. El derecho de propiedad del suelo

3.3.1. Función social, carácter estatutario, límites y limitaciones

“La definición del contenido básico del derecho de propiedad del suelo de acuerdo con la función social, regulando las condiciones que aseguren la igualdad esencial de su ejercicio en todo el territorio nacional” es una competencia del Estado y el objeto específico de la LRSV (artículo 1).

La propiedad, en la codificación civil, aparece como un derecho subjetivo del titular integrado por facultades genéricas de disposición, goce y exclusión, sólo ocasionalmente objeto de limitaciones externas, como refleja el artículo 348 del Código civil.

Sin embargo, la legislación administrativa alumbró diferentes tipos de propiedad inmobiliaria en los que está presente la función social que proclama el artículo 33 de la CE.

Así, en su concepción tradicional, ya desde la LS/1956, el urbanismo es una función social y es el Plan el que añade la posibilidad de transformación y construcción de los terrenos. Mientras en el artículo 350 del CC el *ius edificandi* forma parte del contenido genérico del derecho de propiedad, sujeto a limitaciones de seguridad, salubridad e higiene, la legislación urbanística parte de que las “facultades del derecho de propiedad se ejercen dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en esta ley [LS] o, en virtud de la misma por los planes de ordenación”, formulación que continúa en gran medida vigente en la LRSV, cuyo artículo 2 establece que “Las facultades urbanísticas del derecho de propiedad se ejercen siempre dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en las leyes o, en virtud de ellas, por el planeamiento con arreglo a la calificación urbanística de los predios”.

El régimen jurídico de la propiedad del suelo, esto es, los derechos y deberes que la integran, depende del tipo del suelo, mejor dicho, de su clasificación, que constituye una de las primeras determinaciones del Plan.

Para explicar dicha configuración se utilizan dos categorías conceptuales. Una es el carácter estatutario de la propiedad urbanística utilizado con insistencia por nuestra jurisprudencia para explicar el condicionamiento que las leyes y los planes imponen al derecho de propiedad: “el carácter estatutario de la propiedad inmobiliaria significa que su contenido será en cada momento el que derive del ordenamiento urbanístico” (STS de 15 de febrero de 1994, 5 de febrero de 1996, 16 de julio de 1997, 6 de marzo y 24 de diciembre de 1998, entre otras muchas).

Otra es la apelación a la diferencia entre límites y limitaciones del derecho de propiedad. Los primeros hacen referencia a los contornos propios del derecho considerado como propiedad estatutaria o delimitada; los segundos se refieren a concretas incidencias externas en el derecho, que precisan de indemnización, habida cuenta de su carácter singular.

3.3.2. El aprovechamiento urbanístico depende de la clase de suelo

Los derechos y deberes de la propiedad urbanística dependen de la clasificación del suelo.

La LRSV mantiene la clasificación tradicional de suelo urbano, urbanizable y no urbanizable “o clases equivalentes reguladas por la legislación urbanística” (artículos 7 a 11). Esto es, no se excluyen otras clasificaciones por las leyes autonómicas. Pero el suelo no urbanizable que antes era el suelo residual (era no urbanizable todo el suelo no clasificado como urbano o urbanizable) pasa a ser suelo de positiva consideración. Y el urbanizable (que antes había que identificar como tal) es ahora suelo residual, el que no es expresa y positivamente definido como urbano o no urbanizable.

Conforme a los artículos 12 a 20 de la LRSV, el propietario de suelo urbano tiene el derecho a completar la urbanización de los terrenos y a edificar; el propietario de suelo urbanizable tiene legalmente reconocido el derecho a promover la aprobación del planeamiento y, una vez producida ésta, ha de permitir primero la urbanización de los terrenos y después la edificación; en cambio, el dueño de suelo no urbanizable no tiene derecho de contenido urbanístico, salvo el que pueda derivar de las llamadas “actuaciones específicas de interés general”.

Los derechos reconocidos a los propietarios de suelo urbano y urbanizable son de ejercicio obligatorio y están ligados al cumplimiento de importantes deberes, como las cesiones de suelo y de una parte del aprovechamiento a la Administración o costear e incluso ejecutar la urbanización.

Además, no son derechos cuyo ejercicio haya de producirse necesariamente en el suelo que los ha originado, puesto que la ordenación establecida en el planeamiento es desigual, tanto por razón de las infraestructuras y dotaciones públicas como por la zonificación, en sus diversos usos, intensidades y condiciones de aprovechamiento de los terrenos. Por ello, uno de los deberes es llevar a cabo la distribución equitativa de los beneficios y cargas derivados del planeamiento entre todos los propietarios de los ámbitos determinados por la legislación urbanística.

3.3.3. El principio general de la no-indemnización por causa de la ordenación urbanística.

El principio general se plasma en el artículo 2.2 de la LRSV: “La ordenación del uso de los terrenos y construcciones establecida en el planeamiento no conferirá derecho a los propietarios a exigir indemnización, salvo en los casos expresamente establecidos en las leyes.”

La jurisprudencia se ha pronunciado, con reiteración, en el mismo sentido: “no procede indemnización por la ordenación del uso de los terrenos, por implicar ello meros límites y deberes que definen y configuran el contenido normal del derecho de propiedad” (STS de 15 de febrero de 1994). Aunque “toda regulación urbanística incide de modo directo e inmediato sobre el derecho de propiedad, la mera ordenación del suelo no representa expropiación alguna susceptible de indemnización conforme al carácter estatutario del contenido del derecho de propiedad (STS de 27 de febrero de 1996 y 29 de diciembre de 1998).

No obstante, el principio general de no-indemnizabilidad debe matizarse advirtiendo de la existencia de ciertos supuestos en los que la propiedad es indemnizada o compensada. El propio artículo 2.2, *in fine*, de la LRSV se refiere a la salvedad de “los casos expresamente establecidos en las leyes”.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, como se ha adelantado, en el ámbito urbanístico los límites y perjuicios que ocasiona la ordenación urbanística es objeto de compensación, aplicándose mecanismos de equidistribución de beneficios y cargas. El régimen de indemnización sólo se aplica en cuanto persista un determinado perjuicio que no ha sido objeto de las correspondientes técnicas de compensación. En este sentido el Tribunal Supremo reconoce la procedencia del derecho a ser indemnizado cuando no es posible la reparcelación, ni se ha llevado a cabo sistema alguno de compensación, quedando la finca sin posibilidad de edi-

ficación, por venir destinada en el planeamiento a viales y zonas verdes. En estos casos procede la indemnización “puesto que si una determinación del Plan implica una limitación singular o una vinculación de tal carácter para un propietario que no puede ser objeto de distribución equitativa, entre los demás propietarios de la zona o polígono, se está privando a aquel propietario de una parte del contenido normal del derecho de propiedad que incluye ese derecho de reparto, cuya privación resulta por consiguiente indemnizable” (STS de 6 de julio de 1995 y 5 de noviembre de 1997, entre otras).

3.4. Ejecución del planeamiento urbanístico

En la gestión urbanística sistemática cabe distinguir entre modalidades de actuación directa de la Administración –expropiación y cooperación– y de actuación indirecta –compensación, ejecución forzosa y concesión de obra urbanizadora–. Difieren en el grado de presencia de la Administración, en la forma de personificación del ente que actúa y en la participación de la iniciativa privada.

El sistema de compensación es un sistema privado de ejecución. Son los propios propietarios los que se encargan de urbanizar, cumplir los deberes que la Ley impone y entregar al ayuntamiento el terreno correspondiente a las cesiones gratuitas que compensen los beneficios derivados de la urbanización. Para ejecutar el Plan, los propietarios de la unidad de actuación se constituyen en una Junta de Compensación, que tiene naturaleza administrativa y ciertas potestades públicas y, bajo el control de la Administración, contrata y lleva a cabo las obras de ejecución del Plan.

El sistema de cooperación es un sistema público de ejecución del plan en el que los propietarios colaboran con la Administración, que es la que ejecuta el Plan a cuenta de los propietarios. Éstos pagan las obras y ceden los terrenos, aunque sin ocuparse personalmente de la gestión. Los propietarios pueden constituir una asociación administrativa.

En el sistema de expropiación, el Ayuntamiento expropia, urbaniza y vende a empresas constructoras los terrenos edificables incorporando en el precio la plusvalía generada.

Debe tenerse en cuenta que los criterios a que responden los referidos sistemas a veces aparecen mezclados. Así, junto a los supuestos de expropiación cabe la actuación administrativa directa por cuenta de los propie-

tarios (sistema de cooperación). Cuando los propietarios no cumplen sus obligaciones pueden ser expropiados; y en el régimen de la concesión de obra urbanizadora el criterio de mercado se combina con ciertas prioridades del propietario.

Los legisladores urbanísticos, en vez de establecer un marco normativo en el que puedan desarrollarse las diferentes políticas urbanísticas de los municipios, con frecuencia optan por imponer determinados sistemas de actuación con carácter excluyente. Y, en muchas ocasiones, mezclan los referidos criterios.

Debe tenerse en cuenta el debate doctrinal generado en torno a los sistemas de actuación indirecta por las exigencias del Derecho comunitario europeo en materia de contratación pública, conforme a la doctrina establecida en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 12 de julio de 2001 (asunto Proyecto Scala 2001). El Tribunal consideró contrarias a los principios de libre concurrencia las normas italianas que permitían la realización directa de obras de urbanización a los propietarios con cargo al tributo devengado al autorizarse la urbanización. En relación con nuestro sistema, parece que la realización de las obras de urbanización por los propietarios en el caso de la Junta de Compensación no coincide con el supuesto contemplado en dicha sentencia, puesto que, como señala F. López Ramón,¹² se trata de una directa encomienda legal y no de una modalidad contractual con la Administración.

En España, los propietarios de suelo urbanizable están obligados a costear o, en su caso, ejecutar la urbanización. Esto diferencia el caso español del caso Scala italiano en dos aspectos: en cuanto a la naturaleza y el contenido de la prestación.

Por lo que se refiere a la naturaleza, la prestación no está legalmente configurada como una contribución tributaria, sino como un deber o como una carga que pertenece al estatuto de la propiedad urbana. No constituyen un tributo ni integran una relación jurídico-administrativa onerosa, sino un derecho o instituto de carácter estatutario.

En cuanto al contenido de la prestación, los propietarios no están legalmente sujetos en España a una contribución proporcional a la urbanización, que pueda eventual y voluntariamente compensarse, en su integridad o parcialmente, con la ejecución de obras de urbanización, sino a que

12. F. LÓPEZ RAMÓN, *op. cit.*

la urbanización del ámbito o sector en que queda integrada su propiedad se haga por su cuenta.

De la suma de ambos aspectos se sigue que, en España, las prestaciones patrimoniales urbanizadoras de los propietarios no nacen de fuente negocial, sino imperativa: es la propia Ley la que configura su alcance coextenso con la urbanización entera de un ámbito y, todo lo más, remite a una decisión administrativa, normalmente de planeamiento, la delimitación de dicho ámbito y la opción sobre su forma de cumplimiento (costeamiento o ejecución).

3.5. Intervención en la edificación y uso del suelo: licencias, órdenes de ejecución y declaración de ruina

El control del uso del suelo se concreta en el sometimiento a la previa autorización municipal (la licencia) tanto de la edificación como de otras actividades.

Además de la licencia de obras, destaca la de derribo y la de parcelación, esta última para controlar el destino rústico del suelo no urbanizable.

La licencia debe otorgarse de acuerdo con las previsiones de la legislación y el planeamiento urbanístico vigente. Es un acto que se limita a constatar la adecuación del proyecto al Plan. Es, por tanto, un acto reglado, cuya denegación ha de ser motivada.

Junto al control de edificación y uso del suelo, debe tenerse en cuenta el deber de conservación de lo edificado. Los ayuntamientos pueden dictar órdenes de ejecución de obras de conservación, seguridad, salubridad u ornato.

El límite al deber de conservación es la ruina que constata y declara el ayuntamiento cuando se den las circunstancias técnicas o económicas previstas en la normativa urbanística.

3.6. Protección de la legalidad urbanística. Infracciones y sanciones

La normativa urbanística distingue entre obras realizadas sin licencia, en contra de la licencia otorgada y al amparo de licencias ilegales.

En el caso de obras realizadas sin licencias o sin ajustarse a los términos de la licencia otorgada, la legislación prevé la suspensión de dichas obras y su posterior demolición a costa del interesado, si no fuera posible su

legalización. Si la obra estuviera terminada procedería también el derribo en el supuesto de no poder obtener la oportuna licencia.¹³

En el caso de obras amparadas en licencias ilegales, ha de destruirse el referido título. Si se trata de obras en ejecución, procede la suspensión de la licencia con paralización de la obra y la remisión al órgano jurisdiccional del orden contencioso-administrativo competente para que se pronuncie sobre la legalidad de la licencia controvertida. Si se trata de obra terminada, el ayuntamiento puede revisar de oficio la licencia en los términos de la legislación general estatal de procedimiento administrativo (artículos 102 y ss. de la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común, LRJ y PAC).

Asimismo, la legislación urbanística tipifica infracciones, establece sanciones y señala las personas responsables.

3.7. Régimen jurídico: expropiaciones, valoraciones, responsabilidad de las administraciones públicas, acciones y recursos

El régimen de expropiaciones, valoraciones y responsabilidad administrativa se rige por la LRSV.

A. El ejercicio de la potestad expropiatoria se ajusta a lo dispuesto en dicha Ley (artículos 33 a 38), en la legislación urbanística y, en lo no previsto en dicha normativa, a la legislación general de expropiación.

La expropiación por razón de urbanismo puede aplicarse de acuerdo con las finalidades previstas en la legislación urbanística y por incumplimiento de la función social de la propiedad.

La aprobación de los planes de ordenación urbana y de delimitaciones de ámbitos de gestión a desarrollar por expropiación implica la declaración de utilidad pública de las obras y la necesidad de ocupación de los terrenos y edificios correspondientes, a los fines de expropiación o imposición de servidumbre.

La determinación del justiprecio se realiza conforme a lo establecido en el título III de la LRSV, mediante expediente individualizado o por el procedimiento de tasación conjunta. Y la Administración podrá satisfacer dicho justiprecio, por acuerdo con el expropiado, mediante la adjudicación de terrenos de valor equivalente.

13. Puede darse esta reacción hasta cuatro años después de terminada, salvo que se trate de obras realizadas en zonas verdes en las que no existe plazo máximo.

B. Las valoraciones que establece la LRSV son aplicables a todo tipo de expropiaciones y a otros ámbitos de la actividad urbanística como los procedimientos de equidistribución o las indemnizaciones procedentes en caso de responsabilidad patrimonial.

La Ley pretende establecer un sistema que refleje el valor real del suelo a través de métodos de valoración en función de las distintas clases de suelo (artículos 23 a 32).¹⁴

a) La valoración del suelo no urbanizable se realiza mediante el método de comparación con los valores en venta de fincas análogas, y cuando por la inexistencia de valores comparables no sea posible la aplicación de dicho método, el valor se determina mediante la capitalización de las rentas reales o potenciales del terreno conforme a su naturaleza y estado.

b) La metodología de valoración del suelo urbanizable es diversa en función de la concreta situación en la que se hallen los terrenos dentro de dicha categoría. Si se trata de suelo urbanizable no sectorializado o no delimitado para su desarrollo, los métodos de valoración son los mismos que para el suelo no urbanizable; esto es, por el método de la comparación o, de modo subsidiario, por el de capitalización de rentas.

La situación varía en cuanto a la valoración del suelo urbanizable que ya dispone de ámbitos delimitados para su desarrollo en planes parciales, o de condiciones para ello. En tal caso se evalúa mediante la aplicación al aprovechamiento correspondiente “del valor de repercusión en polígono, que será el deducido de las ponencias de los valores catastrales”. De esta forma, el valor del suelo urbanizable sectorizado o condiciones para su desarrollo urbano se calcula multiplicando sus dos componentes básicos: el aprovechamiento asignado al suelo por el planeamiento general de conformidad con la legislación urbanística aplicable (ya sea autonómica,

14. Dichos métodos son: a) comparación con los valores en venta de fincas análogas, que se aplica en el suelo no urbanizable y en el urbanizable no delimitado; b) capitalización de las rentas reales o potenciales del terreno, conforme a su naturaleza y estado, aplicable alternativamente al anterior en los mismos suelos; c) método residual, que se utiliza por las ponencias de valores catastrales, partiendo del valor en venta del producto inmobiliario final, del que se deducen el importe de la construcción, los costes de producción, para terminar hallando el “valor básico de repercusión de suelo” en polígono (para el suelo urbanizable delimitado), en el ámbito de gestión más específico (para el suelo urbano no consolidado) o en la parcela (para el suelo urbano consolidado), aplicando ese valor de repercusión al aprovechamiento correspondiente al suelo (o al edificio existente, si es superior al del plan, en las operaciones de reforma interior), y d) el método de coste de reposición, corregido en función de la antigüedad y estado de conservación, que se emplea también por las ponencias catastrales para valorar las edificaciones.

ya, supletoriamente, del Estado) por el valor básico de repercusión en polígono que “será el deducido de las ponencias de valores catastrales”.

c) La valoración del suelo urbano se realiza conforme a la metodología aplicable al suelo urbanizable sectorializado.

Conforme al artículo 28 de la LRSV, el valor del suelo urbano sin urbanización consolidada se obtiene multiplicando el aprovechamiento resultante del ámbito de gestión correspondiente en el que se halle incluido por el valor básico de repercusión más específico recogido en las ponencias de valores catastrales (valor de repercusión en parcela o valor de repercusión en calle).

En el suelo urbano consolidado por la urbanización, su valor se obtiene multiplicando el cien por cien del aprovechamiento fijado directamente por el planeamiento urbanístico por el valor de repercusión en parcela recogido en la ponencia catastral y, de forma eventual, del valor de repercusión en calle o tramo de calle, corregido mediante la aplicación de determinados correctores.

En la aplicación de los sistemas de valoración establecidos en la legislación urbanística, ha tenido gran relevancia una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo que considera que el suelo destinado a los sistemas generales (infraestructuras y equipamientos que sirven a toda la población y no sólo a una parte de ella) ha de valorarse como suelo urbanizable, con independencia de que estuviera formalmente clasificado como no urbanizable (STS de 29 de enero de 1994, 30 de abril de 1996, 20 y 22 de junio y 16 de julio de 1997, 11 de julio de 1998 y 3 de diciembre de 2002).

Dicho criterio sólo es aplicable a las expropiaciones urbanísticas que cabría identificar como referidas a “sistemas generales que sirvan para crear ciudad”, en expresión de la STS de 29 de abril de 2004. De manera que el criterio de valoración como suelo urbanizable no puede ser aplicado a las vías de comunicación interurbanas, sino a las que integran el entramado urbano. Acogiendo este criterio, el legislador estatal reformó en 2002 la LRSV para que las valoraciones de suelo para algunos sistemas generales (los supramunicipales) se realicen generalmente “según la clase de suelo en que se sitúen o por los que discurran” (artículo 25.2).

C. Los artículos 41 a 44 se refieren a la responsabilidad patrimonial de la Administración en materia de urbanismo, aunque no puede considerarse como una regulación exhaustiva, ya que ha de tenerse en cuenta el principio de responsabilidad establecido en el artículo 106.2 de la CE y los artículos 139 a 146 de la LRJ y PAC.

a) Responsabilidad por alteración del planeamiento. La LRSV reconoce dicha responsabilidad en tres supuestos:

1º) Cuando la alteración del plan incide en el aprovechamiento urbanístico antes de la obtención de la licencia de construcción, al no respetarse los plazos de ejecución previstos en el plan objeto de reforma (artículo 41).

2º) Cuando la alteración del plan implique la reducción del aprovechamiento urbanístico u otros perjuicios tras la obtención de la licencia, siempre que previamente la licencia se declare extinguida o se modifique (artículo 42).

3º) Cuando la alteración del plan (o la expropiación) determine la inutilidad de los gastos realizados para cumplir los deberes urbanísticos.

La jurisprudencia de Tribunal Supremo ha señalado que el criterio determinante para aplicar la responsabilidad patrimonial por alteración del planeamiento urbanístico es la existencia real de derechos patrimonializados, adquiridos, consolidados, no bastando con las meras expectativas o los intereses legítimos. La consolidación de un derecho a un determinado aprovechamiento urbanístico sólo se produce cuando el propietario, cumpliendo sus deberes, ha contribuido a hacer físicamente posible su ejercicio.

b) Responsabilidad por vinculación singular. Está prevista en dos casos:

1º) Cuando se impongan ordenaciones para la conservación de edificios que excedan de los deberes legales establecidos.

2º) Cuando se produzca una restricción del aprovechamiento urbanístico que no pueda ser objeto de distribución equitativa entre los interesados (artículo 43).

c) Responsabilidad en relación con las licencias. Se recoge como supuesto de indemnización la anulación de una licencia, demora injustificada en su otorgamiento o su denegación improcedente (artículo 44.2).

D. Otros instrumentos de contenido urbanístico subsisten en la normativa estatal. Así, algunos preceptos relativos al patrimonio municipal del suelo (artículos 276 y 280.1, y disposición adicional 6 del TR/1992) o a la regulación de las cesiones y derechos de superficie, contemplada con carácter de aplicación directa (artículos 287.2 y 3, 288.2 y 289 del TR/1992, y supletoriamente, en los artículos 165 a 174 del TR/1976).

E. Subsiste la regulación estatal de casi todo el título IX del TR/1992 (régimen jurídico): artículos 299 a 302 (capítulo I, peticiones, actos y acuerdos); artículos 303 a 306 (capítulo II, acciones y recursos) y los artículos 307 a 310

(capítulo III, Registro de la Propiedad, a lo que ha de añadirse el Real decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban normas complementarias al Reglamento de ejecución de la Ley hipotecaria sobre inscripción en el Registro de actos de naturaleza urbana).

De esta regulación destacamos:

a) La acción pública en materia urbanística, que permite a cualquier persona física o jurídica exigir ante los órganos administrativos y tribunales del orden contencioso-administrativo la observancia de la legislación urbanística y de los planes, normas y ordenanzas.

b) Tienen carácter jurídico-administrativo todas las cuestiones que se susciten con ocasión o como consecuencia de los actos y convenios regulados en la legislación urbanística aplicable entre los órganos competentes de las administraciones públicas y los propietarios, individuales o asociados o empresas urbanizadoras, incluso las relativas a cesiones de terrenos para urbanizar o edificar (artículo 303 del TR/1992).

Sin embargo, los propietarios y titulares de derechos reales, además de lo señalado, pueden exigir a los tribunales ordinarios la demolición de las obras o instalaciones que vulneren lo estatuido respecto a la distancia entre construcciones, pozos, cisternas o fosas, comunidad de elementos constructivo u otros urbanos, así como las disposiciones relativas a usos incómodos, insalubres o peligrosos, que estuvieren directamente encaminados a tutelar el uso de las demás fincas.

La interacción entre planificación territorial y planificación urbanística

Joaquín García Bernaldo de Quirós
*Magistrado especialista en lo contencioso-administrativo.
 Presidente de la Sala en Málaga del Tribunal Superior
 de Justicia de Andalucía*

1. La Ordenación del Territorio. Concepto, antecedentes y evolución.
2. La regulación constitucional de la Ordenación del Territorio.
3. La competencia sobre el territorio.
4. La planificación como nexo común entre el Derecho Urbanístico, el Derecho Ambiental y el Derecho de la Ordenación del Territorio.
5. La actividad de planificación y su regulación constitucional.
6. Consecuencias de la diversidad de potestades de planificación.
7. El Derecho comunitario europeo y su influencia en las actividades de planificación.
 - 7.1. El Derecho ambiental europeo. 7.1.1. Los tratados constitutivos. 7.1.2. El Derecho comunitario derivado.
 - 7.2. La normativa europea y la legislación urbanística reguladora del suelo no urbanizable. 7.2.1. La evaluación estratégica de planes y programas. 7.2.2. Aspectos competenciales en materia de aprobación del planeamiento urbanístico que pueden verse alterados como consecuencia de la evaluación estratégica de planes y programas. 7.2.3. La posibilidad de dotar de contenido material a la evaluación estratégica de los planes urbanísticos por parte de la legislación autonómica amparada en los títulos competenciales “Ordenación del Territorio” y “medio ambiente en el marco de la legislación básica estatal y medidas adicionales de protección”.
8. Doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

1. La Ordenación del Territorio. Concepto, antecedentes y evolución

Lo primero que debemos advertir es que por Ordenación del Territorio podemos encontrar tantas definiciones como disciplinas estudian el territorio como realidad física. En efecto, las implicaciones económicas, sociales y políticas que se generan en torno al elemento físico base de lo que se llama “Ordenación del Territorio” hacen que sea difícil dar un concep-

to o definición única del mismo. Esta realidad poliédrica justifica la variedad de posicionamientos doctrinales sobre la materia.

Junto a las distintas disciplinas de estudio que pretenden realizar su labor sobre el territorio, la geografía, la economía, la ecología y, lógicamente también el Derecho, tenemos otro elemento que estimula la diversidad conceptual. En efecto, detrás de la ordenación territorial como actividad sometida a derecho está el reflejo de una determinada concepción o filosofía económica y política. Y este hecho hace que nos encontremos ante una regulación jurídica que puede pasar de la tranquilidad normativa a la motorización legislativa, pues dependerá de los impulsos socioeconómicos y políticos que en cada momento se generen.

Desde el punto de vista jurídico nacional y comparado, la ordenación territorial es una función pública surgida tras la Segunda Guerra Mundial. La destrucción del territorio europeo como consecuencia de haber sido el escenario físico de una parte importante de la contienda, más la llegada de fuerte inversión exterior a través del denominado "Plan Marshall", pudo ser el origen del nacimiento de una necesidad de controlar el crecimiento de los diversos usos y actividades que se desarrollaron a partir de ese momento. Sin menospreciar la influencia que pudo tener la concepción keynesiana de la economía. La función pública "Ordenación del Territorio" era simplemente una opción de política económica planificada.

Para paliar los problemas que aquel sistema económico preponderante deparaba surgió la Ordenación del Territorio, al principio más como una técnica de descentralización industrial que como una auténtica teoría espacial. Fue en Francia donde más acusadamente se hizo uso de esta incipiente técnica ordenadora para solucionar los problemas económicos que las disparidades territoriales estaban provocando. Podemos considerar que la vertiente económica del concepto inicial de ordenación territorial es una total aportación francesa, así lo destacaron entre la doctrina francesa Lajugie, Delfaud o Lacour.¹

Posteriormente, la Ordenación del Territorio se convirtió en una teoría espacial con base en el crecimiento económico equilibrado, y siempre en busca de la mejora de la economía nacional.

En estos momentos la teoría de la ordenación territorial necesitó de los mimbres jurídicos del Derecho Urbanístico. El que la ordenación urbanística ya existiera con anterioridad y tuviera como elemento configura-

1. LAJUGIE, Joseph; DEFAULD, Pierre; LACOUR, Claude, *Espace regional et aménagement du territoire*, París, Dalloz, 1979.

por el territorio físico determinó que la Ordenación del Territorio apareciera como el género donde la especie es el urbanismo.

Doctrinalmente, existen diversas definiciones de Ordenación del Territorio.

Algunas posturas se mantienen fieles al origen del concepto, con lo que ofrecen definiciones muy cercanas al hecho urbanístico. Entre estos autores podemos citar a Pemán Gavin o a Carceller Fernández. Este último es de la idea que:

“la Ordenación del Territorio, presente y futuro, de la ciudad y su racional aprovechamiento constituye, por tanto la idea rectora de todo plan urbanístico, porque el urbanismo es así, efectivamente, y en primer término, una planificación territorial.”²

Es la posición de considerar a los instrumentos de la Ordenación del Territorio simplemente como ampliaciones espaciales del plan urbanístico, lo cual no refleja el verdadero significado que encierra el concepto.

Pero como ya hemos visto, Ordenación del Territorio va más allá de la mera planificación territorial en el sentido urbanístico hasta ahora empleado. La óptica empleada por esta nueva teoría espacial permite un campo de visión mucho más amplio que el limitado de las planificaciones urbanísticas o sectoriales.

Siguiendo a Pérez Moreno³ cualquier definición que se dé ha de ser al menos partícipe de tres “coordenadas básicas” que Ávila Orive⁴ bien expresa: en primer lugar, la definición ha de indicar la función de organización coherente del espacio regional con arreglo a un modelo previamente diseñado, incluyendo también la planificación necesaria para alcanzar ese modelo. En segundo lugar, ha de plasmar la misión integradora de las diversas actividades económicas y sociales con proyección territorial. Y, por último, ha de dedicar una especial atención a los recursos naturales como bienes a proteger.

Así las cosas, el concepto de Ordenación del Territorio oscilará entre dos extremos contrapuestos, el que la considera como una mera función de coordinación administrativa, más relacionado con el urbanismo, y el

2. CARCELLER FERNÁNDEZ, A., “Las normas urbanísticas y los objetivos de la planificación territorial”, *Revista de Derecho Urbanístico*, 37, 1974.

3. PÉREZ MORENO, A., “Tensión, medio ambiente y desarrollo económico. Ordenación del Territorio y medio ambiente. Espacios naturales”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 28/1994, p. 303-335.

4. ÁVILA ORIVE, J. L., *La Ordenación del Territorio en el País Vasco: Análisis, ejercicio y delimitación competencial*, Civitas, Madrid, 1993.

que la considera como la plasmación de la aspiración hacia el bienestar global de toda la población. El primer punto de vista es propio de países federalistas, y el segundo está cercano al modelo francés de "Amenagement du Territoire".

La definición dada por García Álvarez resulta bastante completa y comprensiva de los distintos elementos que componen el concepto. Entiende por Ordenación del Territorio:

"el conjunto de actuaciones administrativas dirigidas a conseguir en un territorio una distribución óptima de la población y de las actividades económicas y sociales, y en consecuencia, de los grandes ejes de comunicación, de los equipamientos públicos de carácter supramunicipal y de los espacios naturales libres."⁵

En esta última línea se sitúa el primer párrafo de la exposición de motivos de la Ley de ordenación territorial de las Islas Baleares, de 1 de abril de 1987. Sobre todo es interesante la inmanente idea de Estado Social que subyace:

"La Ordenación del Territorio, al regular el uso del suelo de manera que haga posible el máximo bienestar del hombre que lo ocupa, ha de producir el disfrute equilibrado de una serie de valores tales como los económicos, sociales, culturales, sanitarios y ambientales. Para conseguirlo ha de girar en torno al hombre y ha de contemplar todos aquellos factores que inciden en la mejora de la vida del individuo y que tienen una apoyatura física en el territorio. Es, pues, un intento de contribuir a la construcción de una sociedad a escala auténticamente humana, en la que las energías individuales, ejercidas en libertad, sean el fermento del bienestar y el progreso.

"Política de Ordenación del Territorio o Política Territorial es, en consecuencia, el conjunto de disposiciones legales, planes, programas y actuaciones que, con una visión integrada y conjunta, desarrolla un Gobierno de modo que las acciones territoriales respondan a deseos sociales de bienestar y, en definitiva, a la mejora de la calidad de vida de las personas y de la sociedad."

Esta idea final de Ordenación del Territorio tiene dos elementos comunes a todas las diferentes concepciones que tanto en la doctrina nacional como en el Derecho comparado podemos encontrar; se trata de ser fun-

5. GARCÍA ÁLVAREZ, A., "La Ordenación del Territorio en el Estado de las autonomías", *Estudios Territoriales*, 1, 1981.

ción correctora de los desequilibrios territoriales y además plasmación geográfica de la planificación económica.⁶

Ahora bien, el concepto actual de Ordenación del Territorio tampoco debe quedarse unido a la concepción del Estado social en la óptica de modelo jurídico-económico de Estado. No sólo tiene que haber una compensación o corrección de los desequilibrios territoriales y una adecuada plasmación geográfica de la planificación económica, en la actualidad, y fruto de las inquietudes de la sociedad, la componente medioambiental no puede quedarse fuera del concepto de Ordenación del Territorio. Hoy en día no puede explicarse un modelo de desarrollo económico en una sociedad avanzada sin hacer consideraciones analíticas sobre optimización de recursos naturales, estudio de la huella ecológica de una actividad humana o, en definitiva, hacer previsiones sobre la sostenibilidad medioambiental de una determinada política económica.

Ordenación del Territorio, en su concepción del siglo XXI, pasa por lograr determinados equilibrios en la utilización racional del medio físico. En primer lugar, ha de alcanzarse un desarrollo que resulte homogéneo en las diferentes zonas o regiones. Y en segundo lugar, también ha de resultar equilibrada la relación entre el bienestar económico y social, por una parte, y la sostenibilidad de nuestro entorno natural, por otra.

Porque, como veremos más adelante con la cita de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el equilibrio principal que debe tener la Ordenación del Territorio en la actualidad se encuentra entre las tensiones económicas y ecológicas. La necesidad social de infraestructuras, por una parte, y el respeto a los hábitat de determinadas especies amenazadas. La inversión productiva en bienes y servicios, por una parte, y la inversión no productiva para garantizar el medio ambiente afectado por la primera.

2. La regulación constitucional de la Ordenación del Territorio

La escueta referencia que a la Ordenación del Territorio se hace en el artículo 148.1.3 ha provocado numerosos análisis doctrinales en busca de respuestas sobre qué concepción de Ordenación del Territorio tiene la

6. En este sentido pueden consultarse, entre otros: DELMAS, Claude, *L'aménagement du territoire*, París, PUF, 1963, y ROCHEFORT, Michel; BIDAULT, Catherine; PETIT, Michèle, *Aménager le territoire*, París, Seuil, 1970.

constitución. Además, el hecho de que otras materias que disciplinariamente parecen pertenecer al concepto de ordenación territorial aparezcan como títulos competenciales diferentes, y al mismo nivel que el de Ordenación del Territorio, ha complicado el dilema.

Lo primero que tenemos que decir es que no existe definición constitucional de Ordenación del Territorio. La Constitución lo único que hace es atribuir la competencia sobre la materia, pero no define el contenido de esta materia.

Ahora bien, la ausencia de definición no significa que no podamos deducir lo que debe entenderse por Ordenación del Territorio en la Constitución. En efecto, se recogen en la carta magna una serie de principios de actuación de los poderes públicos que, a su vez, funcionan como principios de ordenación territorial. Estos principios son los recogidos como rectores de la política social y económica en el capítulo tercero del título primero; los principios de acción territorial que se encuentran en el título VII sobre economía y hacienda (especialmente los artículos 130 y 131.1 y 2); y también, los principios de organización territorial contenidos en el título VIII (entre los que pueden destacarse los artículos 138.1 y 158.2). De esta manera, del sistema global de principios y valores que se contienen en la Constitución se deduce una concepción ortodoxa y clásica de la Ordenación del Territorio. La vinculación entre la planificación económica y la realidad territorial. En mi opinión también encontramos la última evolución del concepto, la componente medioambiental, en el deseo contenido del artículo 45 de la Constitución respecto de la obligación que se impone a los poderes públicos para que velen por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva (número dos del artículo 45). Componente de sostenibilidad de utilización de recursos que se vincula directamente a la mejora de la calidad de vida y, para ello, se apela a la solidaridad colectiva, es decir, a uno de los fundamentos de la planificación económica.

El Tribunal Constitucional identificó al responsable de estas políticas de Ordenación del Territorio con claridad en la sentencia 77/1984, de 3 de julio (BOE de 30 de julio), que resolvía un conflicto positivo de competencias promovido por el Gobierno de la Nación en relación con las resoluciones del Departamento de Política Territorial y Obras Públicas del País Vasco de 2 y 3 de marzo de 1982, por las que aprobaba definitivamente la

modificación del Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao, consistente en la inclusión de infraestructura viaria. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional atribuye a la Ordenación del Territorio un ámbito competencial propio y diferenciado de otras materias que han de tener también incidencia territorial; de esta forma, se le otorga ese carácter globalizador que ya hemos apuntado y se la define en los mismos términos que hace la Carta Europea de Ordenación del Territorio, aprobada por la Conferencia Europea de Ministros de Ordenación del Territorio el 23 de mayo de 1983: “como expresión espacial de la política económica, social, cultural y ecológica de toda sociedad.” En el fundamento jurídico número 1 se lee:

“la enorme amplitud de su propio ámbito evidencia que quien asume, como competencia propia, la Ordenación del Territorio, ha de tomar en cuenta, para llevarla a cabo, la incidencia territorial de todas las actuaciones de los poderes públicos, a fin de garantizar de ese modo el mejor uso de los recursos del suelo y del subsuelo, del aire y del agua y el equilibrio entre las distintas partes del territorio mismo.”

En definitiva, el poder público responsable de la competencia material “Ordenación del Territorio” tiene que lograr la conjunción de todas estas variables económicas, territoriales, y ambientales, en su actuación.

3. La competencia sobre el territorio

El territorio no es sólo el escenario donde se ejercen diversas competencias. El urbanismo, la actividad económica, las competencias de policía sobre el dominio público, las competencias medioambientales, etc., juegan y hacen jugar jurídicamente al territorio.

El suelo es un recurso escaso y fungible desde la óptica actual. Escaso porque evidentemente es finito, y fungible porque, y esto es algo paradójico para un jurista clásico, puede consumirse y desaparecer si se hace un uso indebido del mismo.

Prácticamente todas las actividades del ser humano necesitan de un espacio para hacerse efectivas. Y ese espacio hoy en día, a diferencia de otras épocas pasadas, se sabe finito, limitado, y, según qué tipo de actividad se desarrolle, sensible a su utilización. Por ello, sobre territorio aparecen tantas competencias de regulación. Por ello, la jerarquización, la cooperación y la coordinación, son las ideas subyacentes en toda interpretación jurídica sobre las normas que regulan la Ordenación del Territorio.

El artículo 148 de la Constitución describe las materias sobre las que las comunidades autónomas que han accedido a tal autonomía por el artículo 143, pueden asumir competencias, con las limitaciones que se derivan del artículo 149. Se trata de una relación de materias y no de un conjunto de competencias.

Así, el artículo 148.1.3 de la CE dispone que las comunidades autónomas podrán asumir competencias en materia de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda. De esta manera se estaba permitiendo que las comunidades autónomas asumieran competencias a través de sus respectivos estatutos. Ningún Estatuto autonómico ha dejado de incluir entre sus competencias la relativa a la Ordenación del Territorio, y además siempre la han recogido como una competencia de carácter exclusivo. De esta forma, podemos afirmar que todas las potestades en relación con la ordenación territorial, tanto las legislativas como las reglamentarias y ejecutivas, se reservan a las comunidades autónomas.

Ahora bien, no puede afirmarse que la competencia sobre Ordenación del Territorio sea exclusiva de las comunidades autónomas.

Diversos títulos competenciales que, según el artículo 149.1 están en poder del Estado, inciden directamente sobre la competencia autonómica exclusiva de Ordenación del Territorio. El Estado, por ejemplo, tiene competencia para establecer las bases y coordinar la planificación general de la actividad económica (149.1.13). El Estado igualmente tiene competencia sobre otras muchas materias de indudable trascendencia territorial: sobre obras públicas requeridas por la defensa nacional (149.1.4); sobre obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una comunidad autónoma (149.1.24); sobre puertos y aeropuertos de interés general (149.1.20); sobre ferrocarriles y transportes terrestres que transcurran por el territorio de más de una comunidad (149.1.21); sobre aprovechamientos hidráulicos (149.1.22); sobre la legislación básica de protección del medio ambiente (23); sobre defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español (28), e incluso le corresponde la legislación básica en materia de montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias. Dentro de estas competencias estatales con incidencia en la Ordenación del Territorio podemos recoger las destinadas a garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales (149.1.1), de esta forma el contenido básico del derecho de propiedad (artículo 33) corresponde al Estado, y de ahí se deriva la indudable trascendencia que el artículo 149.1.1 puede tener en la ordenación territorial.

Por último, también hemos de tener en cuenta la existente entre esa competencia autonómica ordenadora y el resto de competencias sectoriales que se recogen en el artículo 148 de la CE, que tienen una evidente imbricación con la Ordenación del Territorio y que se incluyen en los distintos estatutos como competencias autonómicas. Como ejemplo podemos citar: la agricultura y la ganadería, el urbanismo y la vivienda, las carreteras y ferrocarriles, las obras públicas que sean de interés de la comunidad, los puertos y aeropuertos deportivos, etcétera. Está claro que las relaciones de este segundo elenco de competencias con la de ordenación territorial no ofrecerá los típicos conflictos derivados de la concurrencia de títulos competenciales atribuidos a instancias distintas, que serán protagonizados exclusivamente por las interacciones entre las competencias estatales exclusivas y las competencias autonómicas.

Nos encontramos en este caso ante un ejemplo clásico de competencias concurrentes. Se trata de una competencia que es ejercida de modo exclusivo por la comunidad autónoma y por el Estado, e incluso hay otros entes públicos con competencias al respecto: éste puede ser el caso de los cabildos insulares y el tramo de la competencia municipal en materia de “Ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística”, tal como establece el artículo 25.2.d) de la Ley reguladora de las bases del régimen local, de 2 de abril de 1985. El carácter de competencia concurrente significa que no sería justificable que mediante las técnicas delimitadoras se llegase a la negación de la competencia exclusiva, que pasaría injustamente a convertirse en una competencia compartida. Y es que en la existencia de competencias exclusivas autonómicas está el presupuesto fundamental del reconocimiento de la autonomía regional. Es necesaria la existencia de ese llamado Derecho propio, que será de aplicación preferente a cualquier otro dentro del territorio de la comunidad.

En conclusión: la ausencia de reserva en favor del Estado en materia de Ordenación del Territorio, unido a la clasificación como exclusiva de la competencia en los estatutos de autonomía, implica que a las comunidades le corresponden todas las facultades, la legislativa, la reglamentaria y la ejecutiva o de gestión. La exclusividad de la que hablamos no es plena o absoluta, no porque se repartan funciones o potestades entre distintas administraciones, sino porque se produce una concurrencia de diferentes títulos competenciales sobre el mismo espacio. No hemos, pues, de confundir la exclusividad en el ejercicio de una competencia con la concurrencia de varias competencias sobre un mismo objeto jurídico; ambos

conceptos son perfectamente compatibles. Además, el que la competencia de Ordenación Territorial aparezca en la Constitución en el artículo 148 encomendada a las comunidades autónomas no implica, en absoluto, un desapoderamiento del Estado para el ejercicio de todos los títulos competenciales que tengan plasmación en el territorio, pues aunque éstos tengan unos objetivos jurídicos relacionados con la ordenación territorial son en realidad distintos.

De cualquier forma, como ha venido a decir el Tribunal Constitucional, no podemos permitir que el concepto de Ordenación del Territorio sirva para reordenar el reparto ordinario de competencias fijado.

Pero junto a lo anterior debemos recordar que, en el escenario actual, es una visión jurídicamente miope pensar que sobre la Ordenación del Territorio sólo se ejercen competencias por el Estado, las comunidades autónomas o el municipio. Hoy en día, y en nuestro país, olvidar la proyección competencial sobre la materia Ordenación del Territorio de la normativa europea que incide sobre este espacio físico es un error que, como veremos más adelante, puede dar lugar a severas correcciones por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, como supremo intérprete del Derecho comunitario. O de los tribunales nacionales como intérpretes de ese mismo Derecho comunitario.

4. La planificación como nexo común entre el Derecho Urbanístico, el Derecho Ambiental y el Derecho de la Ordenación del Territorio

Sobre el espacio físico territorio, y en virtud del ejercicio de las competencias atribuidas a distintas administraciones con incidencia en el mismo, se han venido desarrollando tres cuerpos normativos cuya regulación se ha hecho en leyes separadas. Por orden de aparición en nuestro ordenamiento jurídico tenemos, en primer lugar, el Derecho Urbanístico, nacido y criado por las sucesivas legislaciones sobre el suelo y las técnicas de la planificación. En segundo lugar, el Derecho Ambiental, sin apoyatura legal única, pero cuyo conjunto de normas tiene orígenes en los estudios científicos, la sensibilidad frente a las catástrofes ambientales y, últimamente, en la necesidad de preservar nuestro futuro como especie. Y por último, aunque sólo sea nuestro país, el Derecho de la Ordenación del Territorio, diseminado en leyes autonómicas sobre la base de conceptos generales plasmados en un marco competencial territorial limitado. El punto en común tanto del Derecho Ambiental como del Derecho que regula la Ordenación del

Territorio está en su origen y, lo que podríamos llamar, sus creadores. En efecto, tanto el Derecho Ambiental como el de la Ordenación del Territorio deben mucho a ecólogos, biólogos y geógrafos.

Pero realmente, lo que une a las tres disciplinas jurídicas que estamos comentando es el valor vinculante que en las tres se da a la planificación. Planes urbanísticos, planes de ordenación de los recursos naturales (PORN) y los planes de ordenación del territorio (POT). Son, pues, tres planificaciones distintas cuyo efecto común es incidir sobre la actividad humana en el territorio. Su importancia común es tan esencial que hoy en día es difícil entender el Derecho de la propiedad inmobiliaria sin contemplar los límites que al ejercicio de este Derecho se introducen en los planes citados. Además, la planificación medioambiental y la planificación territorial se vienen imponiendo, legal y socialmente, sobre la planificación urbanística. Ese deseo de una mayor utilización del territorio ha hecho que se encuentre justificado por la sociedad el mayor rango jerárquico de los planes de ordenación del territorio sobre la actividad planificadora urbanística. O dicho de otra forma, la planificación urbanística se ha limitado al diseño de lo edificable, lo que tenga que ver con el modelo de ciudad. Los espacios territoriales entre poblaciones se planifican desde la Ordenación del Territorio y bajo, en ocasiones, directrices ambientales. El suelo no urbanizable ya no es un suelo residual, que se define en negativo. Empieza a ser considerado por la planificación territorial, influida por la normativa ambiental, como un suelo con contenido normativo positivo. Ya no es el suelo no apto para urbanizar. Por ello, se analiza el valor intrínseco del suelo no urbanizable, se planifican sus usos permitidos, en algunos casos con fuerte intervención en el contenido del Derecho de la propiedad. La preservación del suelo no urbanizable y los valores ambientales insitos en el mismo, por una parte, y la necesidad de regular la utilización de este tipo de suelo como elemento vertebrador en el desarrollo territorial, por otra, ha originado que se desapodere a la planificación urbanística de la regulación integral de este tipo de suelo. Acudir a la necesaria planificación de los espacios que existen entre las ciudades por la Administración supralocal ha sido la justificación, entre otras, para establecer la mayor jerarquía de los planes de ordenación territorial sobre la planificación urbanística. Esta mayor jerarquía de la planificación territorial se puede contemplar en la Ley de ordenación urbanística de Andalucía 7/2002, donde los planes de ordenación del territorio vinculan radicalmente a los planes generales de ordenación urbanística.

Y es precisamente en el espacio territorial que podemos llamar *suelo no urbanizable* donde también aparece la influencia vinculante de la tercera actividad de planificación. En efecto, sin que se pueda identificar medio ambiente con espacios territorialmente libres de edificación, pues es notorio que existe un medio ambiente urbano y un Derecho Ambiental que regula la actividad humana en las ciudades, lo cierto es que la mayor influencia que este Derecho medioambiental ejerce sobre el territorio se produce en el suelo no urbanizable. En este tipo de suelo podemos encontrar áreas protegidas y áreas de influencia sobre las áreas protegidas. Estas delimitaciones territoriales están influidas por los estudios científicos que se hacen sobre los hábitat de las especies a conservar, sobre la huella ecológica del terreno como consecuencia de la actividad humana, y sobre la viabilidad de los recursos territoriales destinados al desarrollo económico. Estas directrices ambientales de origen científico se plasman en la planificación medioambiental y acaban incidiendo en el ejercicio de las competencias urbanísticas y de Ordenación del Territorio. Por tanto, estas directrices ambientales acaban siendo parte del contenido normativo de la planificación territorial y urbanística.

Por último, pero en absoluto menos importante social y económicamente, sobre el suelo no urbanizable va a incidir de forma profunda la nueva Política Agraria Común. La correcta utilización en nuestro territorio de las directrices de esta nueva política agraria a través de los fondos LEADER deberá influir en la planificación territorial con el alcance que veremos en un epígrafe específico.

En conclusión, sobre el territorio inciden tres disciplinas jurídicas cuya expresión normativa básica es el Plan. El Plan es, en consecuencia, el instrumento normativo que expresa el ejercicio de las competencias sobre territorio por parte de los poderes públicos que las tengan específicamente atribuidas. Pero como hemos visto antes, son competencias concurrentes y por tanto, como no puede ser de otra forma, sobre el mismo espacio físico donde confluyen competencias y planes. Esto exige que el responsable de elaborar el plan contemple todas las variables normativas y competenciales que inciden sobre el territorio. Lo ideal será una correcta coordinación en ejercicio de las competencias concurrentes.

5. La actividad de planificación y su regulación constitucional

Independientemente del reparto competencial por materias, al que ya se ha hecho referencia, respecto de la competencia para la planificación

tenemos los siguientes preceptos constitucionales. Por una parte (artículo 149.1, 13 y 23), se atribuye al Estado la planificación general de la economía, las bases de la protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las comunidades autónomas de establecer normas adicionales de protección. La legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias. Por otra parte, el artículo 148.1, 3 y 9 atribuye a las comunidades autónomas la Ordenación del Territorio, urbanismo y vivienda, y la gestión de la protección del medio ambiente.

Por tanto, son esencialmente el Estado y las comunidades autónomas los autores de la planificación con incidencia territorial. El Estado tendrá la exclusividad en la planificación general de la economía, pero la comunidad autónoma también tiene competencias de planificación económica bajo el título competencial Ordenación del Territorio. El Estado no ha dictado normas sobre Ordenación del Territorio con carácter general. Sí lo ha hecho en materia ambiental: Ley estatal 4/1989, de 27 de marzo de 1989, de conservación de los espacios naturales protegidos y de la fauna y flora silvestre, que pretendía ser el desarrollo del artículo 45 de la Constitución, y reguló como ley básica los *planes de ordenación de los recursos naturales*. Pero la legislación autonómica se desarrolló ampliamente, llegando alguna comunidad, como Andalucía, a crear directamente en su *Ley de inventario de espacios naturales* (1989) un gran número de parques naturales con la sola intervención del Parlamento. También en muchas comunidades autónomas se han promulgado leyes de protección ambiental. La cuestión legislativa sobre urbanismo se resolvió en la sentencia 61/1997 del Tribunal Constitucional. A partir de entonces se han promulgado numerosas leyes autonómicas del suelo además de la Ley estatal 6/1998.

6. Consecuencias de la diversidad de potestades de planificación

Este reparto competencial en materia de planificación con incidencia territorial ha ocasionado una primera imagen, que podríamos llamar *de trazo grueso*, y que puede resumirse en la constatada dispersión normativa. Para muchos sectores doctrinales, esta dispersión normativa en materia de urbanismo, medio ambiente, u Ordenación del Territorio, es un defecto que hay que remediar. Desde una perspectiva jerárquica del Derecho es lógico que haya resistencias ante el fenómeno de la diversidad legislativa. Pero tampoco debemos olvidar que nuestra Constitución apostó, junto con el principio de jerarquía normativa de las leyes, por el princi-

pio de competencia, para orientar al intérprete sobre cuál ley es la adecuada según la competencia ejercida a través de ella. Criterio de interpretación utilizado por el Tribunal Constitucional para enjuiciar la constitucionalidad tanto de leyes estatales como de leyes de parlamentos autonómicos. Criterio interpretativo que no está vedado utilizar en materia reglamentaria cuando se interpreten planes que inciden sobre territorio y cuya legitimación venga por legislación estatal o de comunidad autónoma.

Por otra parte, independientemente de los esfuerzos internos para aplicar e interpretar la diversidad normativa con incidencia territorial, podemos encontrar el obligado elemento de cohesión interpretativa en nuestra integración normativa en el prevalente Derecho comunitario. En materia medioambiental ya se está produciendo, como veremos más adelante.

En cambio, en la materia de la Ordenación del Territorio, queda pendiente una obligada corrección integradora de planes generales y sectoriales y de criterios de atribución de competencias especialmente analizada en el libro del profesor Pérez Andrés, *La Ordenación del Territorio en el Estado de las autonomías* (Marcial Pons, Madrid, 1998).

Respecto de la planificación urbanística, la entrada de las legislaciones autonómicas en la materia no ha supuesto un apartamiento sustancial del sistema de planeamiento establecido por la Ley de suelo de 1976. Se sigue reproduciendo un esquema en virtud del cual existiría un planeamiento general de carácter integral (Plan General, normas subsidiarias y, en algunos casos, los nuevos planes de sectorización) y un planeamiento de desarrollo (Plan Parcial, planes especiales y estudios de detalle) que se regiría por los principios de jerarquía y competencia en relación con el anterior.

No obstante, puede mencionarse una excepción a esta regla general, la que incluyen algunas leyes, como por ejemplo las de Castilla-La Mancha y Extremadura, que, apartándose de la rígida jerarquización entre planes generales y planes de desarrollo, permiten a los Planes Parciales modificar el Plan General, en todo caso, siempre que la modificación no afecte a aspectos estructurales del mismo, y previa la emisión de un informe preceptivo y vinculante de la comunidad autónoma si aquéllos quedaran afectados.

También en esta legislación urbanística autonómica existe una previsión común y uniforme sobre la vinculación que el planeamiento de ordenación territorial provoca sobre los instrumentos de planificación

urbanística (directrices regionales, provinciales, subregionales o comarcales y planes territoriales sectoriales, al margen de la denominación que estos instrumentos ostenten en función de cada una de las leyes autonómicas). Esta vinculación llega a ser de tal magnitud, que se reconoce la posibilidad de que algunos planes de ordenación territorial contengan previsiones propias y específicas de los instrumentos de planificación urbanística. Sirva como ejemplo la legislación de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, que permite a los instrumentos de Ordenación del Territorio cumplir funciones de los instrumentos de planeamiento urbanístico e incluir hasta la ordenación detallada del suelo urbano, en algunos casos.

Sin embargo esta diversidad normativa es más aparente y formal que conceptual. En esencia la legislación urbanística sigue teniendo instituciones comunes, definiciones comunes, y regulaciones similares. Si se anticipa, y lo pone de manifiesto A. Cruz Mera,⁷ una previsible convergencia que pasaría por la mayor interconexión entre el urbanismo, la Ordenación del Territorio y el medio ambiente, por una parte, y la definición y regulación de la Ordenación del Territorio como una competencia exclusivamente regional (con importantes mediatizaciones y vinculaciones sobre el planeamiento urbanístico municipal) junto la progresiva delegación de la competencia estrictamente urbanística en las instancias locales, por otra.

7. El Derecho comunitario europeo y su influencia en las actividades de planificación

El anterior marco normativo competencial descrito, con su consecuencia interna de dispersión normativa, puede verse afectado por la entrada en escena de un tercer actor ejerciendo competencias que puede influir en la actividad de planificación. En efecto, el Derecho comunitario europeo a través de su legislación medioambiental, por una parte, y a través de la nueva Política Agraria Común, por otra, va a tener un mayor protagonismo en la elaboración de los planes de Ordenación del Territorio y urbanísticos. Recordemos someramente las fuentes normativas de este Derecho con incidencia en la planificación.

7. DE LA CRUZ MERA, Ángela, "Diagnóstico y situación de la legislación urbanística autonómica y propuestas de reforma", *Cuadernos de Derecho Judicial*, 10/2003, p. 57-97.

7.1. El Derecho ambiental europeo

7.1.1. Los tratados constitutivos

Aun siendo relevantes los elementos ambientales introducidos por el Acta Única, todo el sistema comunitario ambiental se verá consolidado con la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE). En éste, las referencias a la protección ambiental constituyen una piedra angular de todo el sistema normativo.

En concreto, y en la versión consolidada tras la modificación del Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997, el artículo 2 establece de forma expresa que “la Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 4, un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los estados miembros”.

Las innovaciones que se producen a través de este artículo 2 son significativas. Destaca, inicialmente, la afirmación de que el “crecimiento económico de la Unión Europea deber ser sostenible”, admitiéndose, de esta forma, un concepto que había sido empleado de forma implícita, pero que nunca había contado con un reflejo normativo expreso. Este crecimiento sostenible debe respetar, además, el medio ambiente, los recursos naturales y la salud de los ciudadanos, convirtiéndose en uno de los objetivos prioritarios de la Comunidad Europea. Se introduce, asimismo, el concepto de calidad de vida (en concreto, su elevación de nivel), que tanta relación tiene con el control de la contaminación acústica y el ruido.

En esta misma línea innovadora, el artículo 6 del mismo cuerpo normativo considera que la variable ambiental tiene que tener un reflejo expreso en todas las políticas comunitarias (infraestructuras, agricultura, industria, turismo...). El Tratado reafirma especialmente este principio, desde el momento en que indica que las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las demás políticas de la Comunidad.

Estas proclamaciones generales que realizan los artículos 2 y 6 se detallan, finalmente, en el título XIX. Aquí, y en referencia directa a los objetivos de la política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente, el artículo 174 destaca dos aspectos que nos parecen importantes. En primer lugar, el Tratado sigue manteniendo la utilización racional de los recursos naturales como elemento nuclear de la política medioambiental (“la utilización prudente y racional de los recursos naturales”) y, en segundo lugar, se introduce el concepto de protección de la salud de las personas como uno de los objetivos prioritarios de la política ambiental (la protección de la salud de las personas). Seguidamente, en su apartado 2, establece que “La política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Comunidad. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga”.

Son muchas las posibilidades que estos principios generales comunitarios ofrecen al control e intervención de sus poderes públicos por los ciudadanos, más aún si queda advertida la posibilidad que tienen de invocar directamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales este Derecho básico comunitario, posibilidad proclamada por el TJCE, por primera vez, en el asunto Van Gend y Loos, de 5 de febrero de 1963 (26/1962). *La Comunidad, sostiene el TJCE, constituye un nuevo ordenamiento jurídico, cuyos sujetos son no sólo los estados miembros, sino también los ciudadanos.* Especialmente llamativa resultó, en este sentido, la STS de 21 de diciembre de 1988 (Aranzadi 9680) cuando aborda la eficacia directa del Tratado.

7.1.2. El Derecho comunitario derivado

En este punto hay que valorar, asimismo, la relevancia de los *programas de acción en materia de medio ambiente*. Su importancia radica en que en ellos la Comisión fija las directrices y objetivos inmediatos de su política ambiental, diagnostica el estado de la cuestión y sienta las bases para la elaboración de propuestas legislativas y demás actos jurídicos. El Sexto Programa, actualmente vigente, afirma que la legislación sobre medio ambiente “es y seguirá siendo un pilar fundamental de la estrategia comunitaria para alcanzar sus objetivos en esta materia”, aunque también señala

la que es preciso “superar el planteamiento exclusivamente legislativo y adoptar un enfoque más estratégico para inducir los cambios necesarios en nuestros modelos de producción y consumo”. Ambas perspectivas se proyectan en las estrategias prioritarias que se proponen: “mejora de la aplicación de la legislación vigente; integración de la variable ambiental en todas las políticas; incidencia en los modos de consumo, y perfeccionamiento de la Ordenación del Territorio y urbanística”.

7.2. La normativa europea y la legislación urbanística reguladora del suelo no urbanizable

7.2.1. La evaluación estratégica de planes y programas

Siguiendo en este punto a D. Sibina Tomàs,⁸ la clasificación del suelo que realiza el planeamiento urbanístico debe incorporar la variable ambiental y satisfacer los principios del desarrollo sostenible, como ya hemos visto. La legislación medioambiental ha instrumentado la metodología de evaluación de impacto como técnica formal para garantizar la ponderación de la variable ambiental en las decisiones públicas –y en las privadas las sometidas al control público–, más relevantes por su incidencia sobre los recursos naturales. Primero en relación con autorizaciones y proyectos y, posteriormente, respecto de planes y programas.

El punto de partida es la Directiva 85/337/CEE (de evaluación de impacto ambiental de autorizaciones y proyectos incluidos en sus anexos, procedimiento que finaliza con la declaración de impacto ambiental positiva o negativa), transpuesta por el Real decreto legislativo 1320/1986, y sigue con su modificación a través de la Directiva 97/11/CEE, transpuesta a nuestro ordenamiento por el Real decreto ley 9/2000, de 6 de octubre.

La modificación que lleva a cabo la Directiva 97/11/CEE es el resultado del distinto criterio interpretativo mantenido por la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y por los gobiernos estatales y los tribunales internos respecto a la discrecionalidad de someter o no a evaluación de impacto ambiental las actividades relacionadas en el anexo 2 de la Directiva 85/337/CEE.

8. SIBINA TOMÀS, Domènec, “La legislación urbanística reguladora del suelo no urbanizable: Una visión comparada de las normas autonómicas desde la perspectiva del desarrollo rural sostenible”, *Cuadernos de Derecho Local*, 10.

En síntesis, la Directiva 97/11/CEE, al margen de ampliar notablemente las actividades comprendidas en su anexo 1 y en su anexo 2, establece de manera expresa que las actividades del anexo 2 no pueden ser excluidas de forma discrecional por la legislación nacional de la evaluación de impacto ambiental. Los estados podrán establecer umbrales de exclusión de evaluación razonables y, cuando dichos umbrales no estén establecidos, deberá proceder a la exclusión caso a caso con justificación y motivación suficiente.

A los efectos que a nosotros nos interesan debe recordarse que el anexo 2 de la Directiva 97/11/CEE incorpora en el apartado d), "Proyectos de infraestructura", los proyectos de zonas industriales y los proyectos de urbanizaciones, incluida la construcción de centros comerciales y de aparcamientos. Éstos son los resquicios que ofrecían los anexos de las directivas europeas sobre evaluaciones de impacto ambiental 85/337/CEE y 97/11/CEE (incorporadas por el Real decreto legislativo 1320/1986 y por la Ley 6/2001) para proceder a evaluar decisiones urbanísticas distintas a las licencias y autorizaciones y proyectos de obra pública de actuaciones incluidas en los anexos de la Directiva 85/337/CEE.

Ésta es la antesala de la aprobación de la Directiva 2001/42/CEE, sobre evaluación estratégica de los efectos sobre el medio ambiente de planes y programas, que debía ser transpuesta antes de junio de 2004, que exige la evaluación de todos los planes y programas: que se elaboren con respecto a la agricultura, la silvicultura, la pesca, la energía, la industria, el transporte, la gestión de residuos, la gestión de recursos hídricos, las telecomunicaciones, el turismo, la *Ordenación del Territorio urbano y rural o la utilización del suelo y que establezcan el marco para la autorización en el futuro de proyectos enumerados en los anexos 1 y 11 de la Directiva 85/337/CEE*, o que, atendiendo al efecto probable en algunas zonas, se haya establecido que requieren una evaluación conforme a lo dispuesto en los artículos 6 o 7 de la Directiva 92/43/CEE.

7.2.2. Aspectos competenciales en materia de aprobación del planeamiento urbanístico que pueden verse alterados como consecuencia de la evaluación estratégica de planes y programas

La evaluación estratégica de los planes urbanísticos puede comportar un cambio sustantivo en el ejercicio y alcance de las competencias de aprobación de esos planes. En primer lugar, debe recordarse que la clasificación del suelo es determinante para *establecer el marco para la autorización en*

el futuro de proyectos enumerados en los anexos 1 y 11 de la Directiva 85/337/CEE, o que, atendiendo al efecto probable en algunas zonas, se haya establecido que requieren una evaluación conforme a lo dispuesto en los artículos 6 o 7 de la Directiva 92/43/CEE. Ello significa que, en principio, todos los planes urbanísticos que clasifican suelo deben ser objeto de evaluación estratégica.

7.2.3. La posibilidad de dotar de contenido material a la evaluación estratégica de los planes urbanísticos por parte de la legislación autonómica amparada en los títulos competenciales “Ordenación del Territorio” y “medio ambiente en el marco de la legislación básica estatal y medidas adicionales de protección”

La evaluación estratégica, de planes y programas significa un gran progreso a nivel formal. Una de las líneas para avanzar desde la perspectiva material es ponderar las posibilidades que ofrece la legislación medioambiental y más concretamente el título competencial autonómico “medio ambiente en el marco de la legislación básica estatal y medidas adicionales de protección” (ámbito de la competencia autonómica en el marco de la legislación básica estatal definida en el artículo 149.23 de la CE).

En este marco es posible que el legislador estatal o autonómico establezca en el futuro que la evaluación estratégica de la clasificación de determinado suelo como urbanizable o la posibilidad de llevar a cabo aprovechamientos urbanísticos en suelo no urbanizable se someta a medidas compensatorias o de equidad territorial.

Un ejemplo de medidas compensatorias medioambientales pueden ser las establecidas en la Directiva 92/43/CE, modificada por la Directiva 97/62/CE, de 27 de octubre, de conservación de los hábitat naturales y de la fauna y flora silvestres. El apartado cuarto del artículo 6 de la Directiva establece que si el plan o proyecto que se quiere llevar a cabo ha sido evaluado y el resultado y las conclusiones de la evaluación son negativas, el proyecto se puede ejecutar por razones de interés público, pero deberán adoptarse las medidas compensatorias que sean necesarias para la coherencia global de Natura 2000 (el plan de zonas de protección de aves que prevé la Directiva Hábitat).

La transposición de la Directiva se realiza por el Real decreto 1193/1998, de 12 de junio, que se modifica por el Real decreto 1997/1995, que establece: “Siempre que no exista ninguna otra solución satisfactoria y que ello no suponga perjudicar el mantenimiento en un estado de conservación favorable de las poblaciones de la especie de que se trate en un área

de distribución natural, las administraciones públicas competentes podrán establecer excepciones a lo dispuesto en los artículos 10, 11 y 12, cuando el fin de ello sea: a) [...] b) [...] c) en beneficio de la salud y seguridad públicas o por razones imperativas de orden público de primer orden incluidas las de carácter socioeconómico y consecuencias beneficiosas de importancia primordial para el medio ambiente.”

La Directiva Hábitat exige la intervención de la Comisión Europea. Pues bien, ésta en su dictamen de 27 de abril de 1995 al analizar la necesidad de realizar una obra pública (un tramo de la futura autopista A-20 en la República Federal Alemana), valora las razones de interés público que justifican la realización del proyecto en un lugar en el que había un hábitat natural y una especie de ave prioritaria. La evaluación ambiental del proyecto había sido negativa desde este punto de vista, pero este hecho, afirma la Comisión, no puede desvincularse del resto de condiciones previstas en el artículo 6 de la Directiva, que son, por un lado, la falta de soluciones alternativas y, por otro, la existencia de medidas compensatorias. La Comisión valora que además de la protección de la naturaleza pueden entrar en juego otras razones económicas de política nacional o comunitaria, y entiende que las medidas compensatorias son en este caso suficientes. En el dictamen de 18 de diciembre de 1995, en relación con otro tramo de la misma autopista, vuelve a insistir en el hecho de que no había soluciones alternativas, que las medidas compensatorias son suficientes, garantiza la coherencia global de Natura 2000 y, por todo ello, acepta la concurrencia de la excepción prevista en el artículo 6 de la Directiva.

En definitiva, lo importante es advertir que en la medida en que la legislación (estatal o autonómica) establezca condiciones objetivas o habilite planes territoriales para establecerlas, para poder proceder a la evaluación ambiental positiva o negativa de la clasificación del suelo establecido por el planeamiento urbanístico, el procedimiento de evaluación estratégica de planes y el informe de evaluación ambiental, deberán garantizar el cumplimiento de estas condiciones.

8. Doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Como ya dijimos, es un error olvidar la proyección competencial sobre la materia Ordenación del Territorio de la normativa europea que incide sobre este espacio físico, es un error que, como veremos mas adelante, puede dar lugar a severas correcciones por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, como supremo intérprete del Derecho

comunitario. O de los tribunales nacionales como intérpretes de ese mismo Derecho comunitario.

A continuación se incorpora un resumen de la jurisprudencia del TJCE sobre la influencia de la planificación ambiental en la actividad de los estados. Partimos de las resoluciones más recientes y se subrayan en las sentencias los contenidos más adecuados para esta interpretación.

TJCE Sala 1ª, sentencia de 4 de mayo de 2006, núm. C-290/2003

La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 1, apartado 2, apartado 1, y 4, apartado 2, de la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente (DO L 175, p. 40; EE 15/06, p. 9).

2. Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre la Sra. Barker y el London Borough of Bromley (en lo sucesivo, "Bromley LBC"), autoridad competente en materia de Ordenación del Territorio, respecto a la concesión de una autorización con vistas a la construcción, en el Crystal Palace Park, situado en Londres, de un centro de ocio, sin haberse efectuado una evaluación de las repercusiones de éste sobre el medio ambiente.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

1) La calificación de una decisión como "autorización" en el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, debe efectuarse aplicando el Derecho nacional de conformidad con el Derecho comunitario.

2) Los artículos 2, apartado 1, y 4, apartado 2, de la Directiva 85/337 deben interpretarse en el sentido de que exigen que se lleve a cabo una evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente si, en el caso de una autorización que consta de varias etapas, se comprueba, durante la segunda etapa, que el proyecto puede tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente, en particular debido a su naturaleza, dimensiones o localización.

TJCE Sala 2ª, sentencia de 23 de marzo de 2006, núm. C-209/2004

El Tribunal de Justicia declara que Austria ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva relativa a la conservación de las aves silvestres, al no incluir en la zona del parque natural nacional los territorios que forman parte, según criterios científicos, al igual que esta

zona de protección especial, de los territorios más adecuados en número y en superficie de conformidad con dichas disposiciones.

Esta conclusión no queda desvirtuada por la alegación del Gobierno austriaco de que es necesario tener en cuenta, al menos indirectamente, criterios económicos y sociales en el proceso de la necesaria valoración de las características de la zona llamada a ser clasificada como ZPE.

40. En efecto, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, un Estado miembro no puede tener en cuenta exigencias económicas, a la hora de la elección y delimitación de una ZPE, ni como constitutivas de un interés general superior a aquel al que responde el objetivo ecológico contemplado por la Directiva sobre las aves ni por considerar que obedecen a razones imperiosas de interés público de primer orden, como las contempladas en el artículo 6, apartado 4, párrafo primero, de la Directiva sobre los hábitats (véase, en particular, la sentencia de 11 de julio de 1996, *Royal Society for the Protection of Birds*, C-44/95, Rec. p. I-3805, apartados 31 y 42).

41. Debe declararse que la alegación del Gobierno austriaco de que los resultados del seguimiento efectuado sobre el terreno no permiten determinar la aptitud de los territorios de Soren y de Gleggen-Kölbern para la conservación de las especies de aves que deben ser protegidas no justifica, desde un punto de vista científico, la exclusión de estos territorios de la ZPE. Al contrario, la clasificación de éstos como ZPE garantiza el estado de conservación del guión de codornices, especie incluida en el anexo I, y de otras especies de aves migratorias cuya llegada es regular, de acuerdo con los objetivos de la Directiva sobre las aves.

42. No puede aceptarse la alegación de este Gobierno de que la Comisión yerra al sostener que es preciso modificar y adaptar de manera continua la ZPE de Lauteracher Ried, por carecer esta exigencia de base jurídica.

43. En efecto, se debe señalar que, si bien es cierto que la obligación de clasificar como ZPE los territorios más adecuados produjo todos sus efectos el 1 de enero de 1995 en lo que concierne a la República de Austria, fecha de adhesión de este Estado miembro a la Unión Europea, dicha obligación no se agota en tal fecha. Ni la Directiva sobre las aves ni los términos del artículo 4 de ésta contienen el más mínimo indicio de que la obligación de adaptación del Derecho interno a esta Directiva agote todos sus efectos en esa fecha. Además, tal como destacó la Abogado General en el apartado 39 de sus conclusiones, sería incompatible con el objetivo de una protección eficaz de las aves no proteger lugares de excepcional importancia para la conservación de las especies que deben ser protegi-

das por el solo hecho de las excepcionales características de dichos lugares sólo se hayan puesto de manifiesto con posterioridad a la adaptación del Derecho interno a la Directiva sobre las aves.

44. En cuanto a la alegación del Gobierno austriaco de que se basó en el estudio que elaboró en 1995 la Agencia federal para la protección del medioambiente en colaboración con BirdLife, titulado *Important Bird Areas in Österreich*, por constituir el único informe y la única evaluación científica fiables existentes en el momento de elegir la clasificación de Lauteracher Ried como ZPE, basta con observar que la obligación de clasificación no está limitada, como sostiene con acierto la Comisión, por el estado de avance de los conocimientos científicos en una fecha determinada.

45. En efecto, de los autos se desprende que existen otros estudios y análisis ornitológicos de carácter científico y resultados de controles más recientes que aquellos sobre cuya base se decidió la clasificación de Lauteracher Ried como ZPE. Por tanto, la clasificación de esta ZPE debía volver a examinarse sobre la base de estos elementos, cuya exactitud no ha refutado la República de Austria.

46. La República de Austria tampoco puede argumentar que está exonerada de la obligación de clasificar los territorios de Soren y de Gleggen-Köblern como ZPE, por haber clasificado como zonas de protección los lugares de Bangs y de Matschels, donde también habita el guión de codornices.

47. Tal como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, los estados miembros tienen la obligación de clasificar como ZPE todos los parajes que, según criterios ornitológicos, sean los más adecuados para la conservación de las especies de que se trate (véase, en particular, la sentencia Comisión/Países Bajos, antes citada, apartado 62).

48. Finalmente, en cuanto a la alegación del Gobierno austriaco acerca de que los territorios de Soren y de Gleggen-Köblern no están desprovistos de protección, basta recordar que el artículo 4, apartado 1, de la Directiva sobre las aves impone a los estados miembros la obligación de clasificar como ZPE los territorios más adecuados en número y en superficie para la conservación de las especies mencionadas en el anexo I, obligación que no se puede eludir mediante la adopción de otras medidas de conservación especial (sentencia Comisión/Países Bajos, antes citada, apartado 55).

49. A la luz de las precedentes consideraciones, procede declarar que la primera imputación invocada por la Comisión es fundada.

Sobre la segunda imputación, basada en la inobservancia de las exigencias del artículo 6, apartado 4, de la Directiva sobre los hábitats.

50. Mediante su segunda imputación, la Comisión reprocha a la República de Austria que no respetó las obligaciones que se derivan del artículo 6, apartado 4, en relación con el artículo 7 de la Directiva sobre los hábitats, al autorizar el proyecto de construcción de la autovía S 18, habida cuenta de las exigencias de protección de los biotopos y de los hábitats establecidas para la ZPE de Lauteracher Ried.

51. De entrada, la Comisión destaca que no se efectuó ninguna evaluación concreta y detallada con arreglo a los objetivos de la Directiva sobre las aves antes del mes de mayo de 2000. Sostiene que, después de que el estudio medioambiental condujera al dictamen desfavorable del perito oficial del Land de Vorarlberg, en el mes de mayo de 2000, a causa del impacto sobre la ZPE del proyecto de construcción de la autovía S 18, no se emprendió ningún estudio para comprobar si existían soluciones alternativas para el trazado de esta vía. A continuación, la Comisión subraya que, tras la Resolución de autorización de la construcción, adoptada el 6 de julio de 2001, no se la informó directamente de las medidas compensatorias adoptadas para paliar las repercusiones negativas de esta construcción. Finalmente, la Comisión manifiesta que no se acreditó que se hubieran tomado todas las medidas compensatorias necesarias para garantizar la coherencia global de Natura 2000.

52. La República de Austria rechaza la totalidad de los motivos que invoca la Comisión en apoyo de su segunda imputación.

Sobre la aplicabilidad en el tiempo de la Directiva sobre los hábitats

53. Dado que, según resulta del apartado 11 de la presente sentencia, determinados hechos relativos al proyecto de construcción de la autovía S 18 tuvieron lugar antes de la adhesión de la República de Austria a la Unión Europea, es preciso examinar, antes de pronunciarse sobre el supuesto incumplimiento de la Directiva sobre los hábitats, si ésta es aplicable a los hechos litigiosos que dieron lugar al recurso de la Comisión.

54. A este respecto, queda acreditado que el proyecto de construcción de la autovía S 18 comenzó en 1992. Tras la interrupción del procedimiento, éste se reinició el 8 de marzo de 1994, fecha en la que se presentó formalmente el proyecto y se sometió a un procedimiento de evaluación en cumplimiento de la Ley de carreteras federales de 1971.

55. Por otra parte, de los autos se desprende que el informe pericial federal de conjunto se hizo público a lo largo del mismo año, es decir, antes del 1 de enero de 1995, que es la fecha de la adhesión de la República de Austria a la Unión Europea.

56. Pues bien, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que el principio de sometimiento a una evaluación medioambiental de los proyectos que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente no se aplica en los casos en que la fecha de presentación formal de la solicitud de autorización de un proyecto es anterior a la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a una directiva (véanse, por lo que respecta a la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente (DO L 175, p. 40; EE 15/06, p. 9), las sentencias de 11 de agosto de 1995, Comisión/Alemania, C-431/92, Rec. p. I-2189, apartados 29 y 32, y de 18 de junio de 1998, Gedepueteerde Staten van Noord-Holland, C-81/96, Rec. p. I-3923, apartado 23).

57. En efecto, el Tribunal de Justicia ha considerado que ese criterio formal es el único conforme con el principio de seguridad jurídica y adecuado para mantener el efecto útil de una directiva. La razón de esta consideración es que una directiva como la Directiva sobre los hábitats se refiere en gran medida a proyectos de determinada envergadura, cuya realización precisa a menudo un largo período de tiempo. Por tanto, no sería oportuno que procedimientos ya complejos a nivel nacional y formalmente iniciados antes de la fecha de expiración del plazo de adaptación a dicha Directiva se vean lastrados y retrasados a consecuencia de requisitos específicos exigidos por ésta, y que situaciones ya formadas se vean afectadas por ello (véase, por analogía, la sentencia Gedepueteerde Staten van Noord-Holland, antes citada, apartados 23 y 24).

58. Pues bien, tanto la Directiva 85/337 como la Directiva sobre los hábitats se refieren a la evaluación del impacto de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente. En ambos casos, el procedimiento de evaluación se efectúa antes de la elección definitiva del proyecto. Los resultados de esta evaluación deben tenerse en cuenta para decidir sobre el proyecto, que puede ser modificado en función de aquéllos. Las diferentes fases del examen de un proyecto están vinculadas hasta el extremo de constituir una operación compleja. Esta apreciación no queda desvirtuada por el hecho de que difiera el contenido de determinadas prescripciones. De esto se deduce que la imputación debe apreciarse en la fecha en la que se presentó formalmente el proyecto, a saber, la fecha que se menciona en el apartado 54 de la presente sentencia.

59. A continuación debe recordarse que, con arreglo a las disposiciones de las actas de adhesión, salvo excepciones, los derechos y las obligacio-

nes que se derivan del Derecho comunitario se aplicarán inmediatamente en los nuevos estados miembros (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de enero de 2002, Weidacher, C-179/00, Rec. p. I-501, apartado 18).

60. Se desprende del acta de adhesión que las obligaciones que se derivan de las directivas sobre las aves y sobre los hábitats entraron en vigor, en lo que atañe a la República de Austria, el 1 de enero de 1995 y que no se concedió a este Estado miembro ninguna excepción ni periodo transitorio alguno.

61. Por tanto, se ha de tener presente que el procedimiento de autorización del proyecto de construcción de la autovía S 18 se inició formalmente con anterioridad a la fecha de la adhesión de la República de Austria a la Unión Europea.

62. De esto se deduce que, de conformidad con la jurisprudencia citada en el apartado 56 de la presente sentencia, en el caso de autos, las obligaciones que se derivan de la Directiva sobre los hábitats no se imponían a la República de Austria y que el proyecto de construcción de la autovía S 18 no estaba sometido a las prescripciones emanadas de esta Directiva.

63. A la vista de cuanto antecede, procede concluir que la segunda imputación de la Comisión carece de fundamento.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) decide:

Declarar que la República de Austria ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 4, apartados 1 y 2, de la Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres, en su versión modificada por la Directiva 97/49/CE EDL 1978/3879 de la Comisión, de 29 de julio de 1997, al no haber incluido en la zona del parque natural nacional de Lauteracher Ried los territorios de Soren y de Gleggen-Köblern que forman parte, según criterios científicos, al igual que esta zona de protección especial, de los territorios más adecuados en número y en superficie de conformidad con dichas disposiciones.

TJCE Sala 2ª, sentencia de 10 de enero de 2006, núm. C-98/2003

El Tribunal de Justicia declaró que Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestre. La Sala declara que Alemania ha incumplido varias obligaciones, entre ellas, la de no someter determinados proyectos realizados fuera de zonas especiales de conservación sin saber si tales proyectos pueden tener un impacto significativo sobre dichas zonas o permitir emisiones en zonas especiales de conservación sin saber si pueden tener un impacto significativo.

1. Mediante su recurso, la Comisión de las Comunidades Europeas solicita al Tribunal de Justicia que declare que la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 6, apartados 3 y 4, y de los artículos 12, 13 y 16 de la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres (DO L 206, p. 7; en lo sucesivo, Directiva):

–Al no someter determinados proyectos realizados fuera de zonas especiales de conservación (en lo sucesivo, ZEC), en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva, a la obligación de evaluación del impacto medioambiental prevista en el artículo 6, apartados 3 y 4, de dicha Directiva, sin saber si tales proyectos pueden tener un impacto significativo sobre dichas zonas.

Derecho comunitario

2. De acuerdo con su artículo 2, apartado 1, la Directiva tiene por objeto “contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres en el territorio europeo de los estados miembros al que se aplica el Tratado”.

3. El artículo 4 de la Directiva establece un procedimiento para la designación de los lugares en los que se encuentran las especies y los hábitats protegidos por aquélla como ZEC.

4. A tenor del décimo considerando de la Directiva, “cualquier plan o programa que pueda afectar de manera significativa a los objetivos de conservación de un lugar que ha sido designado o que lo será en el futuro deberá ser objeto de una evaluación apropiada”. Este considerando encuentra su expresión en el artículo 6, apartado 3, de esta Directiva, que remite al apartado 4. Dichos apartados disponen:

“3. Cualquier plan o proyecto que, sin tener relación directa con la gestión del lugar o sin ser necesario para la misma, pueda afectar de forma apreciable a los citados lugares, ya sea individualmente o en combinación con otros planes y proyectos, se someterá a una adecuada evaluación de sus repercusiones en el lugar, teniendo en cuenta los objetivos de conservación de dicho lugar. A la vista de las conclusiones de la evaluación de las repercusiones en el lugar y supeditado a lo dispuesto en el apartado 4, las autoridades nacionales competentes sólo se declararán de acuerdo con dicho plan o proyecto tras haberse asegurado de que no causará perjuicio a la integridad del lugar en cuestión y, si procede, tras haberlo sometido a información pública.

“4. Si, a pesar de las conclusiones negativas de la evaluación de las repercusiones sobre el lugar y a falta de soluciones alternativas, debiera realizarse un plan o proyecto por razones imperiosas de interés público de primer orden, incluidas razones de índole social o económica, el Estado miembro tomará cuantas medidas compensatorias sean necesarias para garantizar que la coherencia global de Natura 2000 quede protegida. Dicho Estado miembro informará a la Comisión de las medidas compensatorias que haya adoptado.

En caso de que el lugar considerado albergue un tipo de hábitat natural y/o una especie prioritarios, únicamente se podrán alegar consideraciones relacionadas con la salud humana y la seguridad pública, o relativas a consecuencias positivas de primordial importancia para el medio ambiente, o bien, previa consulta a la Comisión, otras razones imperiosas de interés público de primer orden.”

5. De acuerdo con el artículo 12, apartado 1, de la Directiva:

“1. Los estados miembros tomarán las medidas necesarias para instaurar un sistema de protección rigurosa de las especies animales que figuran en la letra a) del anexo IV, en sus áreas de distribución natural, prohibiendo:

“a) cualquier forma de captura o sacrificio deliberados de especímenes de dichas especies en la naturaleza;

“b) la perturbación deliberada de dichas especies, especialmente durante los períodos de reproducción, cría, hibernación y migración;

“c) la destrucción o la recogida intencionales de huevos en la naturaleza;

“d) el deterioro o destrucción de los lugares de reproducción o de las zonas de descanso.”

6. El artículo 13 de dicha Directiva dispone:

“1. Los estados miembros tomarán las medidas necesarias para instaurar un sistema de protección rigurosa de las especies vegetales que figuran en la letra b) del anexo IV y prohibirán:

“a) recoger, así como cortar, arrancar o destruir intencionalmente en la naturaleza dichas plantas, en su área de distribución natural; b) la posesión, el transporte, el comercio o el intercambio y la oferta con fines de venta o de intercambio de especímenes de dichas especies recogidos en la naturaleza, excepción hecha de aquellos que hubiesen sido recogidos legalmente antes de que la presente Directiva surta efecto.

“2. Las prohibiciones que se mencionan en las letras a) y b) del apartado 1 se aplicarán a todas las fases del ciclo biológico de las plantas a que se refiere el presente artículo.”

Apreciación del Tribunal de Justicia

39. Debe recordarse que, a tenor del artículo 6, apartado 3, primera frase, de la Directiva, cualquier plan o proyecto que, sin tener relación directa con la gestión del lugar o sin ser necesario para la misma, pueda afectar de forma apreciable a los citados lugares, ya sea individualmente o en combinación con otros planes y proyectos, debe someterse a una adecuada evaluación del impacto medioambiental sobre el lugar, teniendo en cuenta los objetivos de conservación de éste.

40. El Tribunal de Justicia ya ha declarado que la exigencia de una adecuada evaluación del impacto medioambiental de un plan o de un proyecto está supeditada a la condición de que haya una probabilidad o un riesgo de que afecte de forma significativa al lugar de que se trate. Pues bien, teniendo en cuenta especialmente el principio de cautela, tal riesgo existe desde el momento en que no cabe excluir, sobre la base de datos objetivos, que dicho plan o proyecto afecte al lugar en cuestión de forma apreciable (véase la sentencia de 20 de octubre de 2005, Comisión/Reino Unido, C-6/04, Rec. p. I-0000, apartado 54).

41. Por consiguiente, la condición a la que está supeditada la evaluación del impacto de un plan o proyecto sobre un lugar determinado, que implica que en caso de duda sobre la inexistencia de efectos significativos, debe efectuarse dicha evaluación, no permite que se susstraigan a ésta, como hacen, por una parte, el artículo 10, apartado 1, punto 11, letra b), de la BNatSchG en 2002, en relación con el artículo 18 de la misma Ley y, por otra, el artículo 10, apartado 1, punto 11, letra c), determinadas categorías de proyectos sobre la base de criterios inadecuados para garantizar que éstos no puedan afectar a los lugares protegidos de forma significativa.

42. Debe señalarse, en particular, que el artículo 10, apartado 1, punto 11, letras b) y c), de la BNatSchG de 2002 exige de la obligación de evaluación a los proyectos que consistan, por una parte, en intervenciones en la naturaleza y el paisaje que no sean modificaciones de la forma o la utilización de las superficies de base, o modificaciones del nivel de la capa freática relacionadas con la capa superficial del suelo, así como, por otra parte, los proyectos relacionados con insta-

laciones o la utilización de aguas, por el hecho de no estar sujetas a autorización. Pues bien, no parece que estos criterios de exención de la obligación de realizar una evaluación puedan garantizar de forma sistemática que dichos proyectos no afecten de forma significativa a los lugares protegidos.

Apreciación del Tribunal de Justicia

49. Procede destacar que, en la medida en que, en virtud del artículo 36 de la BNatSchG de 2002, sólo se prohíbe la autorización de las instalaciones que provoquen emisiones únicamente cuando parezca que éstas puedan afectar en particular a un lugar protegido situado en la zona de influencia de las mismas, aquellas cuyas emisiones alcancen un lugar protegido situado fuera de dicha zona podrán ser autorizadas sin que se tomen en consideración los efectos de esas emisiones sobre dicho lugar.

50. A ese respecto, debe señalarse que no parece que el sistema implantado por la normativa alemana pueda garantizar que se respeta el artículo 6, apartados 3 y 4, de la Directiva, en la medida que tiene por objeto las emisiones dentro de una zona de influencia, tal como la definen las circulares técnicas en función, especialmente, de criterios generales relacionados con las instalaciones.

51. Pues bien, a falta de criterios científicamente probados, que el Gobierno alemán no ha mencionado y que permitirían excluir a priori que las emisiones que alcancen un lugar protegido situado fuera de la zona de influencia de la instalación afectada puedan afectar a este lugar de forma significativa, el sistema implantado por el Derecho nacional en el ámbito en cuestión no garantiza, en absoluto, que los proyectos o los planes relativos a instalaciones causantes de emisiones que alcancen lugares protegidos situados fuera de la zona de influencia de tales instalaciones no causarán un perjuicio a la integridad de los lugares en cuestión, en el sentido del artículo 6, apartado 3, de la Directiva.

52. En consecuencia, procede declarar que la legislación nacional no ha sido correctamente adaptada al artículo 6, apartado 3, de la Directiva.

Sobre el tercer motivo

59. A este respecto, es preciso recordar que de los considerandos cuarto y undécimo de la Directiva resulta que los hábitats y las especies amenazadas forman parte del patrimonio natural de la Comunidad

Europea y que las amenazas que pesan sobre ellos tienen a menudo un carácter transfronterizo, de forma que la adopción de medidas de conservación constituye una responsabilidad común de todos los estados miembros. Por consiguiente, la exactitud de la adaptación tiene una particular importancia en un caso como el de autos, en el que la gestión del patrimonio común está confiada, para sus respectivos territorios, a los estados miembros (véase la sentencia Comisión/Reino Unido, antes citada, apartado 25).

60. De ello se deduce que, en virtud de la Directiva, que impone reglas complejas y técnicas en el ámbito del Derecho del medio ambiente, los estados miembros están especialmente obligados a velar por que su legislación destinada a efectuar la adaptación del ordenamiento jurídico interno a dicha Directiva sea clara y precisa (véase la sentencia Comisión/Reino Unido, antes citada, apartado 26).

61. Por consiguiente, incluso suponiendo que las dos excepciones controvertidas deban ser objeto de decisiones administrativas en cuya adopción las autoridades competentes respeten de hecho los requisitos a los que el artículo 16 de la Directiva subordina la autorización de excepciones, resulta obligado señalar que el artículo 42, apartado 4, de la BNatSchG de 2002 no prevé un marco legal conforme con el régimen de excepciones previsto por dicho artículo 16. En efecto, esta norma de Derecho nacional no condiciona la concesión de las dos excepciones en cuestión al conjunto de los requisitos previstos en el artículo 16 de la Directiva. A este respecto, basta señalar que el artículo 43, apartado 4, de la BNatSchG de 2002 prevé como único requisito para la autorización de dichas excepciones que los animales, incluidos sus lugares de nidificación, incubación, hábitat o refugio, y las especies vegetales especialmente protegidas no sufran por ello una agresión intencionada.

62. Por consiguiente, debe estimarse el motivo basado en la adaptación incorrecta del Derecho alemán al artículo 16 de dicha Directiva.

Sobre el sexto motivo

Alegaciones de las partes

70. La Comisión imputa a la República Federal de Alemania haber infringido los artículos 12 y 16 de la Directiva al no haberle notificado las disposiciones en materia de regulación de la pesca o al no garantizar que dichas disposiciones impusieran prohibiciones sobre capturas pesqueras adecuadas.

71. La Comisión alega que la normativa pesquera en los tres *Länder* no es conforme con la Directiva. Así, en Baviera, el pez conocido con el nombre científico de *Coregonus oxyrhynchus* no figura entre las especies protegidas durante todo el año. En Brandemburgo, esta misma especie, así como el molusco denominado *Unio crassus*, no están protegidos. La legislación del *Land* de Bremen no incluye en la lista de prohibiciones de capturas pesqueras las tres especies que deben protegerse en ese *Land*, a saber, las dos especies citadas anteriormente y el pez llamado *Acipenser sturio*. Por añadidura, autoriza expresamente la pesca de especímenes de esta especie cuya longitud sea de 100 cm como mínimo y de los de la especie *Coregonus oxyrhynchus* de una longitud de 30 cm como mínimo. Además, no existe ninguna información disponible relativa a posibles prohibiciones de capturas pesqueras en los *Länder* de Berlín, de Hamburgo, de Mecklemburgo-Pomerania Occidental, de Baja Sajonia, de Renania del Norte-Westfalia, de Sarre Sajonia y de Sajonia-Anhalt. En consecuencia, no puede considerarse que la normativa de esos *Länder* contenga las prohibiciones necesarias en materia de capturas pesqueras para cumplir las disposiciones de los artículos 12 y 16 de la Directiva.

72. El Gobierno alemán sostiene que, si bien las disposiciones de Derecho federal autorizan a los *Länder* a dictar disposiciones más concretas en materia de Derecho pesquero, no es menos cierto que éstas deban interpretarse conforme a la Directiva. En el caso en que las disposiciones en materia de pesca de los *Länder* vulnerasen la protección de las especies de peces y moluscos impuesta jurídicamente por el Derecho comunitario, serían nulas por violar el Derecho federal. En este sentido, la BNatSchG de 2002 es una ley que prevalece sobre el Derecho de los *Länder*. Se aplica, en consecuencia, la prohibición de capturas pesqueras enunciada en el artículo 42, apartado 1, punto 1, de la BNatSchG de 2002, que afecta también a las especies mencionadas en el anexo IV de la Directiva. Por lo tanto, según el Gobierno alemán, no es necesario comunicar las disposiciones de los *Länder* en esta materia.

73. Este Gobierno señala que velará por que se modifiquen rápidamente las normas de los *Länder* en materia de pesca, en la medida en que no respeten los requisitos de la Directiva o del Derecho federal, como es el caso, por ejemplo, de la normativa del *Land* de Bremen impugnada por la Comisión.

Apreciación del Tribunal de Justicia

74. Es cuestión pacífica, en el caso de autos, que el *coregonus oxyrhynchus*, el *unio crassus* así como el *acipenser sturio*, que figuran en el anexo IV, letra a), de la Directiva, son especies que se encuentran en Alemania.

75. Deben, por lo tanto, estar sometidas a un sistema de protección rigurosa que prohíba cualquier forma de captura o sacrificio deliberados de especímenes de dichas especies en la naturaleza, en virtud del artículo 12, apartado 1, letra a), de la Directiva.

76. De los autos se desprende que, al expirar el plazo fijado en el dictamen motivado, la normativa del *Land* de Baviera autorizaba, en particular, la captura de peces durante todo el año siempre que no se hubieran dictado prohibiciones sobre capturas pesqueras. Pues bien, el *Coregonus oxyrhynchus* no era objeto de una prohibición de captura. En el *Land* de Brandemburgo, tampoco estaba prohibida la pesca de esta especie ni del *Unio crassus*. El Gobierno alemán ha reconocido que tampoco la normativa del *Land* de Bremen era conforme con la Directiva.

77. Si bien es cierto, como señala el Gobierno alemán, que el artículo 42, apartado 1, de la BNatSchG de 2002 prohíbe, en particular, la captura y el sacrificio de especies animales que sean objeto de un régimen de protección rigurosa, como las mencionadas en el apartado 74 de la presente sentencia, no es menos cierto que, en aplicación de la Ley federal, las disposiciones de la legislación sobre la protección de los animales, la caza y la pesca no se ven afectadas por las disposiciones de la presente sección. Pues bien, esa sección comprende el artículo 42 de la BNatSchG de 2002.

78. En tales circunstancias, resulta obligado hacer constar que el marco normativo en vigor en Alemania, en el que conviven disposiciones regionales contrarias al Derecho comunitario y una norma federal conforme con el mismo, no resulta adecuado para garantizar de forma efectiva, clara y precisa, la protección rigurosa de las tres especies animales de que se trata en el presente asunto, prevista en el artículo 12, apartado 1, letra a), de la Directiva, en lo que se refiere a cualquier forma de captura o sacrificio deliberados de especímenes de dichas especies en la naturaleza.

79. En el presente asunto, la normativa alemana no resulta conforme con el artículo 12, apartado 1, letra a), de la Directiva y no cumple los requisitos para la aplicación de las excepciones del artículo 16 de la Directiva.

80. En cuanto a las normativas de pesca de los demás *Länder*, que no han sido comunicadas a la Comisión, no puede constatarse que no cumplen las disposiciones de los artículos 12 y 16 de la Directiva, al no disponerse de ninguna información sobre posibles prohibiciones de capturas pesqueras en esos *Länder*, tanto más cuanto que, como se recuerda en el apartado 77 de la presente sentencia, el artículo 42, apartado 1, punto 1, de la BNatSchG de 2002 prohíbe la captura y sacrificio de especímenes de las especies *Coregonus oxyrhynchus*, *Unio crassus* y *Acipenser sturio*.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) decide:

1) Declarar que la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 6, apartado 3, y de los artículos 12, 13 y 16 de la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres,

–al no someter determinados proyectos realizados fuera de zonas especiales de conservación, en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva, a la obligación de evaluación del impacto medioambiental prevista en el artículo 6, apartados 3 y 4, de dicha Directiva, sin saber si tales proyectos pueden tener un impacto significativo sobre dichas zonas;

–al permitir emisiones en zonas especiales de conservación, sin saber si pueden tener un impacto significativo sobre éstas;

–al excluir del ámbito de aplicación de las normas para la protección de las especies determinados perjuicios no intencionados ocasionados a animales protegidos;

–al no garantizar el cumplimiento de los requisitos previstos para la aplicación de las excepciones del artículo 16 de la Directiva, en lo que se refiere a determinados actos compatibles con la conservación de la zona;

–al establecer una normativa sobre el uso de productos fitosanitarios que no tiene suficientemente en cuenta la protección de las especies, y

–al no garantizar que las disposiciones en materia de regulación de la pesca impongan prohibiciones de capturas pesqueras adecuadas.

2) Condenar en costas a la República Federal de Alemania.

TJCE Sala 2ª, sentencia de 20 de octubre de 2005, núm. C-6/2004

21. Con carácter preliminar, debe recordarse que, en virtud del artículo 249 del CE, párrafo tercero, la directiva obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios de ejecución en Derecho interno de la directiva de que se trate. No obstante, conforme a reiterada jurisprudencia, la adaptación del Derecho interno a una Directiva no exige necesariamente una reproducción formal y textual de su contenido en una disposición legal expresa y específica y, en función de su contenido, puede ser suficiente un contexto jurídico general, siempre que este último garantice efectivamente la plena aplicación de la Directiva de manera suficientemente clara y precisa (véanse, en particular, las sentencias de 9 de abril de 1987, Comisión/Italia, 363/85, Rec. p. 1733, apartado 7; de 30 de mayo de 1991, Comisión/Alemania, C-6/88, Rec. p. I-2567, apartado 15, y de 7 de enero de 2004, Comisión/España, C-6/02, Rec. p. I-2567, apartado 26).

22. A este respecto, es necesario determinar en cada caso la naturaleza de la disposición, prevista en una directiva, que sea objeto del recurso de incumplimiento para medir la extensión de la obligación de adaptación del Derecho interno que incumbe a los estados miembros (véase la sentencia de 26 de junio de 2003, Comisión/Francia, C-6/00, Rec. p. I-2567, apartado 77).

23. Pues bien, no puede acogerse la alegación del Reino Unido de que la manera más adecuada para ejecutar la Directiva sobre los hábitats sea conferir facultades específicas a los organismos de conservación de la naturaleza e imponerles la obligación general de ejercer sus funciones de tal manera que se cumplan las exigencias de dicha Directiva.

24. En efecto, debe recordarse, en primer lugar, que la existencia de normas nacionales sólo puede hacer superflua la adaptación del ordenamiento jurídico interno mediante medidas legales o reglamentarias específicas si tales normas garantizan efectivamente la aplicación plena de la Directiva por la Administración nacional.

25. En segundo lugar, debe señalarse que de los considerandos cuarto y undécimo de dicha Directiva se deduce que los hábitats y especies amenazados forman parte del patrimonio natural de la Comunidad y que las amenazas que pesan sobre ellos tienen a menudo carácter transfronterizo, de forma que la adopción de medidas de

conservación constituye una responsabilidad común de todos los estados miembros. Por consiguiente, como ha señalado la Abogado General en el punto 11 de sus conclusiones, la exactitud de la adaptación tiene una particular importancia en un caso como el de autos, en el que la gestión del patrimonio común está confiada, para sus respectivos territorios, a los estados miembros (véanse, por analogía, respecto a la Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres (DO L 103, p. 1), las sentencias de 8 de julio de 1987, Comisión/Italia, 262/85, Rec. p. 3073, apartado 39, y de 7 de diciembre de 2000, Comisión/Francia, C-6/99, Rec. p. I-2567, apartado 53).

26. De ello se deduce que, en virtud de la Directiva sobre los hábitats, la cual establece normas complejas y técnicas en el ámbito del Derecho del medio ambiente, los estados miembros están especialmente obligados a velar por que su legislación, destinada a efectuar la adaptación del ordenamiento jurídico interno a dicha Directiva sea clara y precisa, incluso en lo que atañe a las obligaciones esenciales de vigilancia y control, como las que imponen a las autoridades nacionales los artículos 11, 12, apartado 4, y 14, apartado 2, de dicha Directiva.

27. Pues bien, del examen de la normativa invocada por el Reino Unido se desprende que ésta se caracteriza por una generalidad tal que no constituye una ejecución de las disposiciones de la Directiva sobre los hábitats con la precisión y la claridad requeridas para cumplir plenamente la exigencia de seguridad jurídica (véase, por analogía, la sentencia de 17 de septiembre de 1987, Comisión/Países Bajos, 291/84, Rec. p. 3483, apartado 15) ni tampoco instaura un marco legal preciso en el ámbito de que se trata, que pueda garantizar la aplicación de dicha Directiva de manera plena y completa, así como permitir una ejecución armonizada y eficaz de las normas que ésta establece (véase, por analogía, la sentencia de 10 de marzo de 2005, Comisión/Alemania, C-6/03, no publicada en la Recopilación, apartado 19).

28. De lo anterior se deduce que las obligaciones generales previstas en la normativa del Reino Unido no pueden garantizar una adaptación satisfactoria del ordenamiento jurídico interno a las disposiciones de la Directiva sobre los hábitats mencionadas en el recurso de la Comisión y, por lo tanto, no pueden colmar las posibles lagunas de las disposiciones específicas destinadas a garantizar la adaptación del referido ordenamiento jurídico a dicha Directiva. Por consiguiente, no

procede examinar las alegaciones del Reino Unido basadas en las obligaciones generales establecidas en dicha normativa al analizar las imputaciones concretas formuladas por la Comisión.

Sobre los planes de ocupación de terrenos

51. La Comisión considera que la normativa en vigor en el Reino Unido no establece claramente la obligación de someter los planes de ocupación de terrenos a una evaluación adecuada de sus repercusiones en las ZEC, de conformidad con el artículo 6, apartados 3 y 4, de la Directiva sobre los hábitats.

52. Según la Comisión, aunque los planes de ocupación de terrenos, en sí, no autoricen los proyectos de desarrollo y aunque éstos deban ser objeto de un permiso otorgado según el procedimiento habitual, influyen considerablemente sobre las decisiones en la materia. Por lo tanto, estima que tales planes deben ser objeto igualmente de una evaluación adecuada en cuanto a sus repercusiones en el lugar de que se trate.

53. El Reino Unido admite que los planes de ocupación de terrenos pueden considerarse planes y proyectos en el sentido del artículo 6, apartado 3, de la Directiva sobre los hábitats, pero niega que puedan tener un efecto apreciable sobre los lugares protegidos en virtud de ésta.

Sostiene que dichos planes no permiten, por sí solos, la realización de un programa determinado y que, por consiguiente, únicamente una autorización posterior podría causar daños a tales lugares. Por lo tanto, según dicho Gobierno, basta con someter únicamente esa autorización al procedimiento que rige los planes y proyectos.

54. Al respecto, debe recordarse que el Tribunal de Justicia ha declarado que el artículo 6, apartado 3, de la Directiva sobre los hábitats supedita la exigencia de una evaluación adecuada de las repercusiones de un plan o proyecto al requisito de que exista una probabilidad o una posibilidad de que dicho plan o proyecto afecte de forma significativa al lugar de que se trate. Teniendo en cuenta especialmente el principio de cautela, tal posibilidad existe desde el momento en que no cabe excluir, sobre la base de datos objetivos, que dicho plan o proyecto afecte al lugar en cuestión de forma apreciable (véase, en este sentido, la sentencia de 7 de septiembre de 2004, Waddenvereniging y Vogelbeschermingsvereniging, C-6/02, Rec. p. I-2567, apartados 43 y 44).

55. Pues bien, como señaló acertadamente la Comisión, el artículo 54 A de la Ley de 1990 relativa a la Ordenación del Territorio (Town and Country Planning Act 1990), que dispone que deben examinarse las solicitudes de licencias de obras a la luz de los planes de ocupación de los terrenos pertinentes, implica necesariamente que tales planes pueden influir considerablemente en las decisiones adoptadas en la materia y, por consiguiente, afectar a los lugares de que se trate.

56. En consecuencia, de lo que precede se desprende que, al no someter los planes de ocupación de terrenos a una evaluación adecuada de sus repercusiones en las ZEC, no se adaptó el ordenamiento jurídico del Reino Unido de manera suficientemente clara y precisa al artículo 6, apartados 3 y 4, de la Directiva sobre los hábitats y, por lo tanto, el recurso interpuesto por la Comisión debe considerarse fundado sobre este extremo.

TJCE Pleno, sentencia de 7 de septiembre de 2004, núm. C-127/2002

El Tribunal de Justicia, en respuesta a una cuestión prejudicial relativa a los hábitats, declara que la recogida mecánica del berberecho que se practica desde hace muchos años, pero para la que expide cada año una licencia para un período limitado, evaluándose de nuevo en cada ocasión si puede realizarse dicha actividad y en qué lugar, está comprendida en los conceptos de “plan” o “proyecto” y cualquier plan o proyecto, que no tenga relación directa con la gestión del lugar o no sea necesario para la misma, se someterá a una adecuada evaluación de sus repercusiones sobre dicho lugar respecto a los objetivos de conservación de este último. Las autoridades nacionales competentes sólo autorizarán esta actividad si tienen la certeza de que no producirá efectos perjudiciales para la integridad de ese lugar.

TJCE Sala 1ª, sentencia de 10 de junio de 2004, núm. C-87/2002

El TJCE declara que la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, al no haber comprobado la región de los Abruzos si el proyecto de construcción de una vía periférica no urbana requería evaluación del impacto ambiental.

TJCE Sala 6ª, sentencia de 1 abril de 2004, núm. C-217/2002 C-53/2002

El Tribunal de Justicia, en respuesta a una cuestión prejudicial relativa a residuos, establece que los planes de gestión que las autoridades competentes de los estados miembros tienen la obligación de esta-

blecer en virtud de la norma comunitaria deben incluir un mapa que señale el emplazamiento para la eliminación de residuos o unos criterios de localización que sean precisos para que la autoridad competente pueda expedir una autorización. Los estados miembros han de elaborar los planes de gestión de residuos en un plazo razonable, y no se oponen a que un Estado miembro que no haya adoptado en plazo, uno o varios planes de gestión expida autorizaciones individuales de explotación de lugares e instalaciones para eliminar los residuos.

La interpretación de la Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1975, relativa a los residuos (DOL194, p.39; EE 15/01, p.129), en su versión modificada por la Directiva 91/156/CEE del Consejo, de 18 de marzo de 1991 (DOL78, p.32; en lo sucesivo, Directiva).

5. El artículo 4 de la Directiva dispone: “Los estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los residuos se valorizarán o se eliminarán sin poner en peligro la salud del hombre y sin utilizar procedimientos ni métodos que puedan perjudicar el medio ambiente y, en particular:

–sin crear riesgos para el agua, el aire o el suelo, ni para la fauna y la flora;

–sin provocar incomodidades por el ruido o los olores;

–sin atentar contra los paisajes y los lugares de especial interés.

Los estados miembros adoptarán también las medidas necesarias para prohibir el abandono, el vertido y la eliminación incontrolada de residuos.”

El artículo 7 de la Directiva está redactado en los siguientes términos:

“1. Para realizar los objetivos a los que se refieren los artículos 3, 4 y 5, la autoridad o autoridades competentes a que se refiere el artículo 6 tendrán la obligación de establecer tan pronto como sea posible uno o varios planes de gestión de residuos. Dichos planes se referirán en particular a:

–los tipos, cantidades y origen de los residuos que han de valorizarse o eliminarse;

–las prescripciones técnicas generales;

–todas las disposiciones especiales relativas a residuos particulares;

–los lugares o instalaciones apropiados para la eliminación.

“Dichos planes podrán incluir, por ejemplo:

“–las personas físicas o jurídicas facultadas para proceder a la gestión de los residuos;

“–la estimación de los costes de las operaciones de valorización y de eliminación;

“–las medidas apropiadas para fomentar la racionalización de la recogida, de la clasificación y del tratamiento de los residuos.

“2. Los estados miembros colaborarán, en su caso, con los demás estados miembros y con la Comisión en el establecimiento de los planes citados y los pondrán en conocimiento de la Comisión.

“3. Los estados miembros podrán tomar las medidas necesarias para evitar los movimientos de residuos que no se ajusten a sus planes de gestión de residuos. Informarán de dichas medidas a la Comisión y a los estados miembros.”

El Tribunal de Justicia (Sala Sexta), pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por el Conseil d'État, mediante resoluciones de 8 de febrero y de 28 de mayo de 2002, declara:

1) El artículo 7 de la Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1975, relativa a los residuos, en su versión modificada por la Directiva 91/156/CEE del Consejo, de 18 de marzo de 1991, debe interpretarse en el sentido de que el plan o los planes de gestión que las autoridades competentes de los estados miembros tienen la obligación de establecer en virtud de esta disposición han de incluir un mapa que señale el emplazamiento concreto que se dará a los lugares de eliminación de residuos o unos criterios de localización suficientemente precisos para que la autoridad competente para expedir una autorización con arreglo al artículo 9 de la Directiva pueda determinar si el lugar o la instalación de que se trate está incluido en el marco de la gestión prevista por el plan.

2) El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 75/442, en su versión modificada por la Directiva 91/156, debe interpretarse en el sentido de que los estados miembros han de elaborar los planes de gestión de residuos en un plazo razonable, que puede superar el plazo de adaptación del Derecho interno a la Directiva 91/156, previsto en su artículo 2, apartado 1, párrafo primero.

Los artículos 4, 5 y 7 de la Directiva 75/442, en su versión modificada por la Directiva 91/156, en relación con el artículo 9 de la misma Directiva, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que un Estado miembro que no haya adoptado, en el plazo señalado, uno

o varios planes de gestión de residuos relativos a los lugares o instalaciones apropiados para su eliminación expida autorizaciones individuales de explotación de tales lugares e instalaciones.

TJCE Sala 3^a, sentencia de 8 de septiembre de 2005, núm. C-416/2002

El Tribunal de Justicia declara que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de norma comunitaria sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas y la relativa a la protección de las aguas contra la contaminación producida por nitratos utilizados en la agricultura, al no someter las aguas residuales urbanas de la aglomeración de Vera al tratamiento previsto en la normativa comunitaria aplicable, y al no declarar la Rambla de Mojácar como zona vulnerable, en contra de dicha normativa.

TJCE Sala 5^a, sentencia de 25 de noviembre de 1999, núm. C-96/1998

La Comisión solicita al Tribunal que declare que Francia ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 4 de la Directiva 79/409, sobre la conservación de las aves silvestres, al no haber adoptado las medidas especiales necesarias para la conservación de los hábitats de las aves en la región del Marais Poitevin ni las medidas adecuadas para evitar el deterioro de dichos hábitats. El Tribunal, tras analizar las alegaciones efectuadas por la Comisión, declara que Francia ha incumplido las obligaciones de la Directiva por no haber clasificado como zona de protección especial, dentro del plazo señalado, una superficie suficiente en la región del Marais, por no haber dotado a tales zonas de un régimen jurídico suficiente y por no haber tomado las medidas adecuadas para evitar el deterioro de los parajes clasificados como zonas de protección especial y de otros que deberían haberlo sido.

Conclusión

De la doctrina del TJCE se pueden establecer los siguientes criterios de vinculación normativa entre las normas comunitarias sobre protección del medio ambiente y la actividad de planificación de los estados:

1. Tal como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, los estados miembros tienen la obligación de clasificar como ZPE todos los parajes que, según criterios ornitológicos, sean los más adecuados para la conservación de las especies de que se trate.

2. Es incompatible con el objetivo de una protección eficaz de las aves no proteger lugares de excepcional importancia para la conser-

vacación de las especies que deben ser protegidas por el solo hecho de las excepcionales características de dichos lugares sólo se hayan puesto de manifiesto con posterioridad a la adaptación del Derecho interno a la Directiva sobre las aves.

3. El Tribunal de Justicia ya ha declarado que la exigencia de una adecuada evaluación del impacto medioambiental de un plan o de un proyecto está supeditada a la condición de que haya una probabilidad o un riesgo de que afecte de forma significativa al lugar de que se trate. Pues bien, teniendo en cuenta especialmente el principio de cautela, tal riesgo existe desde el momento en que no cabe excluir, sobre la base de datos objetivos, que dicho plan o proyecto afecte al lugar en cuestión de forma apreciable (véase la sentencia de 20 de octubre de 2005, Comisión/Reino Unido, C-6/04, Rec. p. I-0000, apartado 54).

4. Esta vinculación alcanza al Derecho autonómico y el Estado resulta responsable si no se hace. En efecto al TJCE afirma que “resulta obligado hacer constar que el marco normativo en vigor en Alemania, en el que conviven disposiciones regionales contrarias al Derecho comunitario y una norma federal conforme con el mismo, no resulta adecuado para garantizar de forma efectiva, clara y precisa, la protección rigurosa de las tres especies animales de que se trata en el presente asunto, prevista en el artículo 12, apartado 1, letra a), de la Directiva, en lo que se refiere a cualquier forma de captura o sacrificio deliberados de especímenes de dichas especies en la naturaleza” (TJCE Sala Segunda, sentencia de 10 de enero de 2006, núm. C-98/200).

5. El Tribunal de Justicia ha declarado que el artículo 6, apartado 3, de la Directiva sobre los hábitats supedita la exigencia de una evaluación adecuada de las repercusiones de un plan o proyecto al requisito de que exista una probabilidad o una posibilidad de que dicho plan o proyecto afecte de forma significativa al lugar de que se trate. Teniendo en cuenta especialmente el principio de cautela, tal posibilidad existe desde el momento en que no cabe excluir, sobre la base de datos objetivos, que dicho plan o proyecto afecte al lugar en cuestión de forma apreciable (véase, en este sentido, la sentencia de 7 de septiembre de 2004, Waddenvereniging y Vogelbeschermingsvereniging, C-6/02, Rec. p. I-2567, apartados 43 y 44).

Pues bien, como señaló acertadamente la Comisión, el artículo 54 A de la Ley de 1990 relativa a la Ordenación del Territorio del Reino

Unido (Town and Country Planning Act 1990), que dispone que deben examinarse las solicitudes de licencias de obras a la luz de los planes de ocupación de los terrenos pertinentes, implica necesariamente que tales planes pueden influir considerablemente en las decisiones adoptadas en la materia y, por consiguiente, afectar a los lugares de que se trate.

En consecuencia, de lo que precede se desprende que, al no someter los planes de ocupación de terrenos a una evaluación adecuada de sus repercusiones en las ZEC, no se adaptó el ordenamiento jurídico del Reino Unido de manera suficientemente clara y precisa al artículo 6, apartados 3 y 4, de la Directiva sobre los hábitats y, por lo tanto, el recurso interpuesto por la Comisión debe considerarse fundado sobre este extremo.

6. El artículo 7 de la Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1975, relativa a los residuos, en su versión modificada por la Directiva 91/156/CEE del Consejo, de 18 de marzo de 1991, debe interpretarse en el sentido de que el plan o los planes de gestión que las autoridades competentes de los estados miembros tienen la obligación de establecer en virtud de esta disposición han de incluir un mapa que señale el emplazamiento concreto que se dará a los lugares de eliminación de residuos o unos criterios de localización suficientemente precisos para que la autoridad competente para expedir una autorización con arreglo al artículo 9 de la Directiva pueda determinar si el lugar o la instalación de que se trate está incluido en el marco de la gestión prevista por el plan.

7. Las obligaciones deben cumplirse antes de que se produzca el deterioro. En efecto, un Estado, en este caso Francia, puede incumplir las obligaciones de la Directiva por no haber clasificado como zona de protección especial, dentro del plazo señalado, una superficie suficiente en la región del Marais, por no haber dotado a tales zonas de un régimen jurídico suficiente y por no haber tomado las medidas adecuadas para evitar el deterioro de los parajes clasificados como zonas de protección especial y de otros que deberían haberlo sido.

Las implicaciones ambientales del urbanismo: la evaluación ambiental de los planes urbanísticos

Dimitry Berberoff Ayuda

Magistrado especialista de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

1. Prevención medioambiental y urbanismo.
2. La recepción del Derecho comunitario medioambiental.
 - 2.1. La intervención integral de la Administración ambiental. 2.2. Acceso a la información y participación ciudadana en los asuntos ambientales: la materialización de la democracia ambiental.
3. De la evaluación de impacto ambiental a la evaluación ambiental estratégica.
 - 3.1. El marco normativo. 3.2. Las deficiencias y las soluciones. 3.3. Las propuestas de la jurisprudencia nacional. 3.3.1. Planes urbanísticos. 3.3.2. Planes de infraestructuras aeroportuarias.
4. ¿Desde qué momento resulta exigible una evaluación ambiental estratégica de acuerdo con la Directiva 2001/42 con relación a los planes que deben someterse a ella? La hermenéutica del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sobre el principio de interpretación conforme.
 - 4.1. El efecto directo de las directivas. 4.2. El principio de interpretación conforme.
5. Evaluación ambiental de la planificación territorial y urbanística: diagnosis y perspectivas de futuro.
6. La Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente.
 - 6.1. Ámbito de aplicación. 6.2. Órganos competentes para la evaluación ambiental estratégica. 6.3. Procedimiento. 6.4. Cuestiones que merecen ser destacadas con relación a la regulación de la evaluación ambiental estratégica. 6.4.1. La figura del órgano promotor. 6.4.2. Concurrencia y jerarquía de planes o programas. 6.4.3. Evaluación de impacto ambiental como acto de trámite: doctrina del Tribunal Supremo.

1. Prevención medioambiental y urbanismo

En un contexto supranacional como el diseñado por el Derecho comunitario, en el que la acción preventiva, a tenor del artículo 174 del TCE, se erige en piedra angular de las políticas comunitarias medioambientales, y por extensión u ósmosis, de las de los distintos estados miembros que conforman la Unión, parece legítimo preguntarse si realmente no resultaba exigible hasta fechas recientes un auténtico control preventivo de evaluación ambiental con relación a lo que sin duda constituye uno de los mecanismos potencialmente más distorsionadores del medio ambiente como son los instrumentos de planeamiento urbanístico.

El anterior planteamiento, que será objeto de desarrollo a través de la presente exposición, no exento de cierta ironía y de más preocupación, pretende reflexionar sobre el estado de la situación de esta cuestión, pues en más ocasiones de las deseables, bien por una inadecuada exégesis –exclusivamente literal– de las directivas comunitarias, o finalmente como consecuencia de una crítica del sistema exenta de constructivismo, se ha permitido que instrumentos de planeamiento territorial o urbanístico hayan quedado huérfanos de una adecuada evaluación, que hubiese permitido ilustrar a las instancias públicas competentes, sobre los efectos ambientales y ecológicos de determinados planes, programas o proyectos, proporcionando una visión más acorde y omnicomprensiva de los factores que eventualmente pudiesen incidir negativamente sobre el medio ambiente.

Obviamente, pretender una aplicación armónica de mecanismos preventivos con relación al urbanismo no deja de ser un bienintencionado *desideratum*, pues, sin perjuicio de los matices de mero *nomen* existentes entre las arquitecturas jurídico-urbanísticas de los distintos países de la Unión (matices obviamente también existentes en el ámbito de las distintas comunidades autónomas de nuestro país), las diferencias entre unas y otras llegan incluso a ser de tipo conceptual o estructural.

No obstante, reiterando lo dicho, podemos preguntarnos: ¿no estaba prevista en España por el legislador sectorial la evaluación ambiental de tan vital y esencial pieza como es el Plan, no sólo para la ordenación jurídico-territorial sino incluso para el derecho real de propiedad en sí mismo considerado, sino hasta la reciente Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente?

2. La recepción del Derecho comunitario medioambiental

La normativa comunitaria ha sido el principal vector de expansión de la protección del medio ambiente, hasta el punto que desde la misma puede llegar incluso a cuestionar la no-consideración del medio ambiente como derecho fundamental, lo que –al menos en nuestro país– *de lege data* resulta forzado.

Ahora bien, en la medida que el mismo entraña un elemento teleológico claro y expresamente reconocido, el artículo 45 de la CE, cual es el desarrollo de la persona, por imperativo del artículo 10.1 de la CE, en la labor hermenéutica que se imprima sobre el medio ambiente habrán de tenerse muy en consideración los tratados y convenios internacionales ratificados por España sobre la materia, y obviamente el propio Derecho comunitario.

Pues bien, en este sentido merece destacarse la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, que recoge la previsión de que las políticas de la Unión se integren para garantizar, conforme al principio del desarrollo sostenible, un nivel de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad, integrándose como decimos en el ámbito de una Carta que disciplina derechos fundamentales.

Dada su íntima relación con el objeto de la presente exposición, pospondremos el análisis de los mecanismos de evaluación ambiental para el siguiente epígrafe, incidiendo ahora sobre otras dos cuestiones relacionadas con la temática que nos ocupa, y que a efectos sistemáticos diferenciaremos de la siguiente manera.

2.1. La intervención integral de la Administración ambiental

La complejidad jurídica y técnica de la materia medioambiente, así como de los mecanismos tendentes a su garantía, encontraron cierto alivio en la Directiva europea sobre prevención y control integrado de la contaminación, de 1996, transpuesta por el legislador estatal a través de la Ley 16/2002, de prevención y control integrado de la contaminación.

El nuevo régimen de intervención integral posee unos destacados caracteres frente a la regulación anterior representada por el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, pues a diferencia de lo que ocurría con éste, la Directiva de 1996, al introducir el régimen de intervención integral, procura más bien actuar en el origen de la contaminación, reduciendo la misma en su

fuente, haciendo consecuentemente más enérgica la intervención de la Administración pública y especialmente la de la Administración local.

Como pone de manifiesto Esteve Pardo (*Derecho del medio ambiente*, Marcial Pons, 2005), uno de los rasgos más característicos del modelo de intervención integral instaurado por la Directiva es precisamente el carácter integrado y unívoco de la intervención administrativa, con la pretensión de superar y racionalizar el cúmulo de intervenciones parciales y sectoriales que venían acumulándose, sin que pueda hablarse de eliminación de trámites, aunque sí de su concentración e integración en un único expediente o procedimiento.

Por lo tanto, como expresa el citado autor, lo que hasta ese momento eran autorizaciones independientes de la principal, esto es, de la autorización ambiental, en el momento presente se garantiza la intervención de las distintas administraciones públicas a través del correspondiente informe, como por ejemplo acontece con relación a los municipios en cuyo territorio deba ubicarse la correspondiente instalación, en la medida que emitirán informe urbanístico, así como informe sobre la adecuación de la instalación, a todos aquellos aspectos que sean de su competencia, por lo que claramente se constata que la intervención municipal quedaría garantizada en aquellos casos en que no le corresponda la decisión ambiental de fondo.

Ahora bien, junto con la legislación básica estatal constituida por la Ley 16/2002, las distintas comunidades autónomas han legislado sobre la materia, habiéndose producido, por lo demás, la circunstancia de ser precisamente una comunidad autónoma la primera que verificó la transposición de la Directiva de 1996, al encabezar Cataluña dicho proceso de forma pionera, mediante la Ley 3/1998, de intervención integral de la Administración ambiental, conjunto de normas estatales y autonómicas que, por lo demás, no dejan de plantear ciertos problemas de interpretación sobre esta cuestión.

Sirva como ejemplo destacable que en la Ley 3/1998, transcurrido el plazo máximo de resolución, el legislador catalán opta por el silencio positivo, a diferencia de lo que acontece en la Ley 16/2002, la que en esta tesitura entiende desestimada la solicitud (salvo cuando se trate de renovación).

Obviamente las dudas surgen por doquier: o bien la Directiva nada regula..., o bien una u otra ley contradice aquélla.

Se pregunta Esteve Pardo (obra citada) si la Ley 3/1998 pretendía trasponer la Directiva de 1996. ¿Por qué opta por el silencio positivo, cuando aquélla parece mantener la vía del silencio negativo?

Desde luego, la exposición de motivos de la Ley 16/2002 es contundente: "El plazo máximo para resolver las solicitudes de estas autorizaciones será de diez meses, pasado el cual sin haberse notificado resolución expresa se entenderán desestimadas, debido a que en el artículo 8 de la Directiva 96/61/CE se exige de forma expresa que este tipo de instalaciones cuenten con un permiso escrito en el que se incluya el condicionado ambiental de su funcionamiento, lo que impide la aplicación del silencio positivo..."

Por otro lado, no cabe olvidar que, como se dijo, la Ley 16/2002 tiene la consideración de legislación básica sobre protección del medio ambiente, de conformidad con lo establecido en el artículo 149.1.23 de la Constitución, por lo que si la solución medioambiental debe ser la misma, aparece sin embargo una distorsión, pues de aplicar una ley u otra, e incluso conociendo eventualmente la misma Administración pública, la solución sería diferente, por la propia institución del silencio administrativo.

2.2. Acceso a la información y participación ciudadana en los asuntos ambientales: la materialización de la democracia ambiental

Por otro lado, sin perjuicio de la normativa que ha venido siendo citada a lo largo de estas líneas, merece destacarse que en la Unión Europea, han visto la luz, recientemente, dos directivas a través de las cuales se incorporan de manera armonizada para el conjunto de la Unión las obligaciones correspondientes a los pilares de acceso a la información y de participación en los asuntos ambientales.

Se trata de la Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre el acceso del público a la información ambiental y por la que se deroga la Directiva 90/313/CEE del Consejo, y de la Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establecen medidas para la participación del público en determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente y por la que se modifican, en lo que se refiere a la participación pública y el acceso a la justicia, las directivas 85/337/CEE y 96/61/CE.

Teniendo específicamente en consideración que tanto España como la Unión Europea han firmado el Convenio de Aarhus (Convenio de 25 de junio de 1998 de la Comisión Económica para Europa de Naciones Unidas sobre acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente) y que

España lo ratificó en diciembre de 2004, los derechos de participación e información ciudadana en el ámbito medioambiental adquieren una dimensión y garantía extraordinariamente reforzada en países como España, en el que concurre la doble condición de ser parte del Convenio y, simultáneamente, miembro de la Unión Europea, por lo que se encuentra jurídicamente vinculada no sólo por lo dispuesto en el Convenio de Aarhus, sino también por las previsiones jurídicas recogidas en las directivas comunitarias que incorporan al Derecho comunitario dicho Convenio.

Ante esta situación, el marco jurídico existente en nuestro país se evidenciaba obsoleto, lo que ha provocado la irrupción de una ley, una vez más con retraso (la Ley 27/2006, de 18 de julio), que regula los derechos de acceso a información ambiental, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las dos directivas de 2003 arriba referenciadas.

Merece destacarse que la Ley 27/2006, de 18 de julio, sólo tres meses después de la Ley 9/2006, de 28 de abril, vuelve a incidir –modificándolo– sobre el Real decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental.

3. De la evaluación de impacto ambiental a la evaluación ambiental estratégica

3.1. El marco normativo

El punto de partida a nivel comunitario lo constituye la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, modificada por la Directiva 97/11/CE del Consejo, de 3 de marzo de 1997.

Culmina este proceso normativo la Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente. Pues bien, la Directiva de 1985 fue incorporada en nuestro ordenamiento jurídico por el Real decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio, cuyo Reglamento fue aprobado por el Real decreto 1131/1988, de 30 de septiembre, normas estas modificadas posteriormente por medio del Real decreto ley 9/2000, de 6 de octubre, convalidado por la Ley 6/2001, de 8 de mayo.

3.2. Las deficiencias y las soluciones

La evaluación de impacto ambiental se presenta, pues, como un instrumento eficaz para la consecución de un desarrollo sostenible mediante la consideración de los aspectos ambientales en determinadas actuaciones públicas o privadas. No obstante, como apunta la exposición de motivos de la reciente Ley 9/2006, de 28 de abril, ha mostrado sus carencias cuando se trata de evitar o corregir los efectos ambientales en el caso de las tomas de decisión de las fases anteriores a la de proyectos, presentándose como necesario, por lo tanto, el establecimiento de una herramienta que permitiera actuar de una forma estratégica en tales fases.

En efecto, una de las críticas que con mayor intensidad se han mantenido respecto de la regulación existente en materia de EIA es la relativa a que la misma se ha restringido a la fase última del proyecto, sin tener en consideración que la filosofía de la evaluación de impacto ambiental, precisamente, se centra en la prevención, de ahí que resulte ciertamente criticable exigir una evaluación únicamente en la fase de proyecto, omitiendo dicha evaluación para fases precedentes.

Sin perjuicio de que determinadas legislaciones autonómicas parecen haber transpuesto dicha Directiva a través de disposiciones legales medioambientales, su transposición a nivel nacional llega con retraso (toda vez que el plazo de transposición concluía el 21 de julio de 2004) a través de la Ley 9/2006, de 28 de abril, que, sin perjuicio de la regulación sustantiva que contiene, abre ineludiblemente el debate jurídico sobre las posibilidades de aplicación de la evaluación ambiental estratégica con relación a los planes urbanísticos, no sólo incluso desde el momento temporal a que se refiere en su disposición transitoria (21 de julio de 2004), que como ha quedado expresado coincide con la finalización del plazo de transposición, sino incluso desde la entrada en vigor de la misma Directiva, acaecida tres años antes, momento este en el que surge un deber de abstención por parte de todas las autoridades del Estado miembro, para no frustrar la finalidad pretendida por la Directiva.

3.3. Las propuestas de la jurisprudencia nacional

3.3.1. Planes urbanísticos

Sin perjuicio de la normativa de cada comunidad autónoma, que obviamente puede superar el umbral tuitivo que a los efectos de sometimiento

a evaluación medioambiental establece el Real decreto legislativo 1302/1986, el cual opera como una regulación de mínimos en esta materia a tenor del artículo 149.1.23 de la CE (STC 90/2000 de 30 de marzo), decimos con independencia de aquel umbral, interesa destacar que el Real decreto legislativo 1302/1986 establece la necesidad de someter a evaluación de impacto ambiental los proyectos a los que se refiere el apartado a) del grupo 9 del anexo primero, esto es, aquellas actividades en cuya virtud se produzcan transformaciones de uso del suelo que impliquen eliminación de la cubierta vegetal arbustiva, cuando dichas transformaciones afecten a superficies superiores a 100 hectáreas.

Conviene recordar asimismo que la disposición adicional segunda de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestre, ya estableció: “Se amplía la lista de actividades sometidas a evaluación de impacto ambiental contenida en el anexo I del Real decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio, con la inclusión en la misma de las transformaciones de uso del suelo que impliquen eliminación de la cubierta vegetal arbustiva o arbórea y supongan riesgo potencial para las infraestructuras de interés general de la Nación y, en todo caso, cuando dichas transformaciones afecten a superficies superiores a 100 hectáreas.”

Pues bien, siguiendo en este punto a Francisco Fernández García, Francisco Javier Fernández González y Emilia Díaz Méndez (*La evaluación ambiental de los planes urbanísticos y de ordenación del territorio, La Ley*, primera edición, junio de 2006), concluyen los referidos autores que ambas leyes básicas establecían ya la obligación de someter a evaluación de impacto de ambiental ciertas transformaciones del uso del suelo que impliquen eliminación de la cubierta vegetal arbustiva o arbórea, y, en todo caso, cuando dichas transformaciones afecten a superficies superiores a 100 hectáreas, resultando por tanto predicable dicha evaluación medioambiental con relación a los instrumentos de planeamiento que diesen lugar precisamente a dichas transformaciones.

En este sentido, especial interés revisten las STS de 30 de octubre de 2003 y de 3 de marzo de 2004, de las que se desprende la exigencia de la evaluación de impacto ambiental, con relación al plan urbanístico que acomete precisamente la transformación del suelo al cambiar su uso y destino.

En la primera sentencia, de 30 de octubre de 2003, el Tribunal Supremo confirma la sentencia de instancia, que anuló la modificación del PGOU de Cartagena, al constituir ésta una modificación esencial que debió haber originado un nuevo período de información pública, motivando asimismo la

anulación en la inexistencia de previa evaluación de impacto ambiental, según se exige en la disposición adicional segunda de la Ley 4/1989, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres.

La parte recurrente en casación alegó la infracción de la disposición adicional segunda de la Ley 4/1989, afirmando que la misma no resultaba aplicable con relación a la aprobación de planes o sus modificaciones porque esas aprobaciones no conllevan por sí mismas transformaciones del uso del suelo, las cuales requerirán la aprobación posterior de Programa de Actuación Urbanística, de Plan Parcial y de Proyecto de Urbanización.

Dando por supuesto que en el presente caso existía “eliminación de la cubierta vegetal arbustiva o arbórea”, al no ser ello discutido entiende el Tribunal Supremo que la disposición adicional segunda discutida resulta aplicable con relación a la aprobación de planes que dispongan transformación del uso del suelo, toda vez que es la aprobación del Plan la que hace posible el cambio de uso del suelo y, por ello, es en ese procedimiento donde se ha de evaluar el impacto ambiental.

Se añade que:

“no sería lógico posponer ese estudio a otro momento posterior (v. gr. aprobación del Programa de Actuación, o del Plan Parcial, o del Proyecto de Urbanización), cuando restan sólo actuaciones de ejecución del Plan General, con el riesgo de que o bien por razones medioambientales apreciadas posteriormente el Plan no pueda ser ejecutado o bien se devalúen o minimicen las razones medioambientales para no dejar inoperante el Plan. La primera actuación administrativa que cambia el uso del suelo es el Plan General y él es quien modifica drásticamente su régimen jurídico [...].

“En consecuencia, incluso antes de la aprobación inicial, tan pronto como estén claras las líneas generales del avance o proyecto del Plan, el mismo debe someterse a una evaluación de impacto ambiental, pues sólo así la Administración planificadora (en la aprobación inicial) y los ciudadanos en general (en la información pública) podrán tener la suficiente ilustración sobre las consecuencias de las transformaciones anunciadas en el medio ambiente.”

A mayor abundamiento, la sentencia acomete el análisis de la cuestión con relación a la normativa general en materia de evaluación de impacto ambiental poniendo de manifiesto:

“El Real decreto ley 9/2000, de 6 de octubre, de modificación del Real decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental EDL, que trae a colación la parte en este recurso de casación, no

es aplicable al caso de autos por razones temporales. Pero, en todo caso, en el grupo 10 del anexo I se citan en primer lugar (al igual que lo hace la posterior Ley 6/2001, de 8 de mayo), en el grupo 9 y como comprendido en el apartado 1 de su artículo 1 (es decir, proyectos que deben someterse a una evaluación de impacto ambiental en todo caso) las transformaciones de uso del suelo que impliquen eliminación de la cubierta vegetal arbustiva cuando dichas transformaciones afecten a superficies superiores a 100 hectáreas [...].

“Así que no es cierto que esa disposición sólo exija para estos casos la evaluación de impacto ambiental ‘cuando así lo decida el órgano ambiental en cada caso’; eso se refiere a las actividades del anexo II, que no es el caso.”

Concluye finalmente el Tribunal Supremo en la necesidad de evaluación de impacto ambiental, por lo que el proyecto de modificación del Plan ni siquiera debió llegar al umbral de la aprobación inicial.

3.3.2. Planes de infraestructuras aeroportuarias

En esta materia, y pese a reconocer los inconvenientes de practicar una evaluación en una fase diferida en lugar de hacerlo lo más anticipadamente posible a los efectos preventivos, los tribunales parecen seguir un criterio diferente al que se acaba de exponer con relación a los planes urbanísticos que impliquen transformación del suelo, y en este sentido, por ejemplo, la SAN de 20 de abril del año 2004, con relación a la impugnación del Plan Director del aeropuerto de Gran Canaria, mantiene que el mismo no debe someterse a EIA, en la medida que el Plan es únicamente comprensivo de las grandes directrices de ordenación y desarrollo del aeropuerto, pero que en modo alguno supone un proyecto a ejecutar directamente, máxime cuando la ejecución de cualquier instalación u obra requerirá la previa elaboración de un plan especial o instrumento equivalente aprobado por la Administración con competencias urbanísticas.

Sin duda alguna, el fenómeno de la ordenación aeroportuaria constituye un ejemplo de primerísima magnitud a los efectos de analizar la problemática que nos ocupa.

Como recuerda Francisco Sanz Gandásegui (“La articulación de las competencias estatales sobre obras públicas de interés general en materia de infraestructuras de transportes y las de ordenación territorial y el urbanismo”, en *Ordenación y gestión del territorio turístico*, Tirant lo

Blanch, Valencia, 2002) con relación a los aeropuertos de interés general, es aquí donde deben darse la mano necesariamente el título competencial del Estado sobre aeropuertos de interés general y la ordenación del territorio y urbanismo que compete a las comunidades autónomas, adezando todo ello por la distribución competencial entre ambas administraciones públicas que sugiere nuestra Constitución en torno a la materia específicamente medioambiental.

Con gran claridad, Sanz Gandásegui relata el fenómeno de cooperación en materia aeroportuaria, quien se refiere primeramente al Plan Director que delimita la zona de servicio aeroportuario y cuyo desarrollo urbanístico se difiere a un plan especial, que asumirá el desarrollo del denominado "sistema general aeroportuario", calificación esta urbanística asumida por el propio artículo 166 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales administrativas y de orden social.

Evidentemente, el Plan Director asume la planificación desde la actividad sectorial del aeropuerto en sí misma considerada, sin que pueda extender su funcionalidad al ámbito estrictamente urbanístico, que, como se sabe, corresponde a la Administración autonómica y municipal.

Pero resultará legítimo preguntarnos, pese a dicha autonomía entre planificación sectorial aeroportuaria y planificación urbanística, si el Plan Especial en cierta medida no se encontraría condicionado por el diseño del sistema general aeroportuario... Y para el caso de darse una respuesta positiva al anterior interrogante, si de lo que se trata es de atajar el problema en la fuente o raíz, todo apunta que debería concluirse en la conveniencia de someter un plan director aeroportuario a evaluación ambiental.

No obstante, en sentido contrario, se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2004, que desestimó el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de noviembre 2001, que desestimó el recurso contencioso-administrativo contra el Plan Director del aeropuerto de El Prat (Barcelona), afirmando que un plan director del aeropuerto no puede asimilarse al concepto de proyecto al cual se liga la necesidad de evaluación de impacto ambiental en virtud de la Directiva del año 1985.

En cualquier caso, y por agotar el comentario de la STS de 7 de julio de 2004, si bien la misma entiende que el Plan Director del aeropuerto de Barcelona no debe someterse a evaluación de impacto ambiental desde la perspectiva de la normativa general (Directiva de 1985 y Real decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental),

asume dicha sentencia el análisis de otra interesante cuestión, planteada en no pocas ocasiones, para exigir una evaluación de impacto ambiental, con relación a lo que técnicamente no constituyen auténticos proyectos, sino al socaire de programas o planes, que precisamente de acuerdo con la normativa precitada quedarían exentos de EIA.

Las partes recurrentes anunciaron la aplicación de la Directiva 1992/43, de 21 de mayo, de conservación de hábitats naturales y de la flora y faunas silvestres, cuya transposición al ordenamiento jurídico español tuvo lugar por el Real decreto 1997/1995, en cuyo artículos 6 se imponía una evaluación ambiental estratégica con relación simplemente a políticas, planes y programas cuando, en casos como el enjuiciado, se afectaba lo que se denomina una zona especial de protección de aves (ZEPA) recordemos que se trataba del aeropuerto de Barcelona, y que cerca del mismo se encuentra el delta del Llobregat).

Entiende la sentencia del Tribunal Supremo comentada que tampoco aquí se exigiría una evaluación ambiental estratégica (EAE), argumentando sobre la base de jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo, con especial atención a un argumento de Derecho positivo, cual es el relativo a que la modificación de la Directiva (general de evaluación) 85/337 producida por la Directiva 1997/11, no implica necesariamente que los proyectos situados en áreas de especial protección previstas en la Directiva 1992/43, de 21 de mayo, de conservación de hábitats naturales y de la flora y faunas silvestres, tengan que ser automáticamente sometidos a una evaluación con arreglo a los criterios generales.

4. ¿Desde qué momento resulta exigible una evaluación ambiental estratégica de acuerdo con la Directiva 2001/42 con relación a los planes que deben someterse a ella? La hermenéutica del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sobre el principio de interpretación conforme

Entiendo que una reflexión al socaire del anterior planteamiento en modo alguno es baladí, toda vez que las dos sentencias que se vienen comentando desde el anterior apartado (la SAN de 20 de abril de 2004 y la STS de 7 de julio de 2004) reconocen, no obstante, la existencia de un cambio trascendental con la promulgación de la Directiva 2001/42 CE, de 27 de junio, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, a partir de la cual se pretende que en el proceso estraté-

gico de toma de decisiones que precede a la aprobación de un proyecto concreto se someta a una previa evaluación ambiental estratégica (EAE), lo que supone, según reconoce la propia sentencia del Tribunal Supremo, trasladar, ampliar y abrir el proceso, evitando así políticas, programas o planes viciados que arropan o esconden proyectos preconcebidos, Directiva 2001/42, cuyo plazo de transposición, por cierto, concluía el 21 de julio de 2004.

Específicamente debemos significar que la sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de abril de 2004, anteriormente citada y referida al Plan Director del aeropuerto de Gran Canaria, considera que dichos planes serían ya objeto de evaluación ambiental con la Directiva 2001/42, dado que dicha evaluación se aplica con relación a planes y programas, y no solamente proyectos de ejecución, “lo cual permitirá una planificación más acorde con el deseable respeto al medio ambiente, ya que precisamente las grandes directrices que definen los planes directores, aun no siendo proyectos de ejecución, marcan el proceso posterior por el que se llevará a cabo tal ejecución”.

Retomando el sentido específico del planteamiento que se propone en el presente apartado, esto es, determinar el momento concreto a partir del cual resultaría exigible la evaluación ambiental estratégica, cuestión ésta de vital importancia habida cuenta de la proliferación de instrumentos urbanísticos de todo tipo, que prácticamente en su totalidad deben ser sometidos a este tipo evaluación, el criterio meramente positivo plasmado en la disposición transitoria primera de la Ley 9/2006, en sintonía con las disposiciones temporales de la propia Directiva 2001, nos indica que el *punto de inflexión* para dicha exigencia se ubicaría en la fecha de expiración del plazo de transposición de la Directiva 2001, esto es, el 21 de julio de 2004.

Disposición transitoria primera. Planes y programas iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la ley:

“1. La obligación a que hace referencia el artículo 7 se aplicará a los planes y programas cuyo primer acto preparatorio formal sea posterior al 21 de julio de 2004.

“2. La obligación a que hace referencia el artículo 7 se aplicará a los planes y programas cuyo primer acto preparatorio formal sea anterior al 21 de julio de 2004 y cuya aprobación, ya sea con carácter definitivo, ya sea como requisito previo para su remisión a las Cortes Generales o, en su caso, a las asambleas legislativas de las comunidades autónomas, se produzca con posterioridad al 21 de julio de 2006, salvo que la Administración pública competente decida, caso por caso y de forma motivada, que ello es inviable.

“En tal supuesto, se informará al público de la decisión adoptada.

“3. A los efectos de lo previsto en esta disposición transitoria, se entenderá por el primer acto preparatorio formal el documento oficial de una Administración pública competente que manifieste la intención de promover la elaboración del contenido de un plan o programa y movilice para ello recursos económicos y técnicos que hagan posible su presentación para su aprobación.”

De la misma resulta como regla general que la evaluación ambiental estratégica se aplicará a aquellos planes cuyo primer acto preparatorio formal sea posterior al 21 de julio de 2004, y como excepción, la prevista en el apartado segundo, en cuyo caso dicha evaluación es exigible con relación a planes cuyo primer acto preparatorio formal fuese anterior a dicha fecha cuando su aprobación se produzca con posterioridad al 21 de julio de 2006, eso sí, con la contraexcepción relativa a que la Administración pública competente decida, caso por caso y de forma motivada, que ello es inviable.

Merece destacarse que el propio legislador se encargue de recordar la necesidad de motivación, por otra parte a mi entender inherente en una decisión administrativa como la de suprimir la evaluación ambiental con relación a estos planes, máxime cuando ello recoge el concepto jurídico indeterminado de la *inviabilidad* de la evaluación. Pero... ¿qué tipo de inviabilidad? ¿Técnica o económica? ¿Acaso ambas?

Otra de las cuestiones que merecen ser destacadas es lo que la propia disposición transitoria considera como primer acto preparatorio formal del Plan o Programa, pues no será necesaria una aprobación que podríamos denominar inicial o provisional (con relación específicamente a los instrumentos de planeamiento) ni siquiera un borrador de la misma, toda vez que la exigencia de la evaluación vendrá determinada por un criterio que se presenta como subjetivo, esto es, por la mera intención de la Administración de promover la elaboración del contenido de un plan o programa, plasmada en un documento oficial y, eso sí, siempre que movilice para ello los recursos económicos y técnicos que hagan posible su presentación para su aprobación.

Pues bien, sin perjuicio de todo lo expresado, y por tanto haciendo abstracción de la posibilidad de someter a evaluación de impacto ambiental los instrumentos de planeamiento con base en la Directiva 85/337 del Consejo, de 27 de julio, tal como recogen, por ejemplo, las dos sentencias del Tribunal Supremo comentadas *ut supra*, centrandó el

tema desde la exclusiva perspectiva de la evaluación ambiental estratégica a la que se refiere la Ley 9/2006 el 28 de abril, entendemos que cabría mantener la incidencia exegética de la Directiva que traspone, incluso remontándonos en el tiempo, hasta llegar al mismo momento de su publicación, en lugar de establecer de forma estanca y automática el punto de inflexión en el 21 de julio de 2004, esto es, a la finalización del plazo de transposición, tal como la Ley 9/2006 establece, reiteramos, en coherencia con la propia Directiva.

Una explicación racional del anterior aserto exige profundizar en el denominado *efecto directo de las directivas*, así como en la obligación de interpretación conforme a la Directiva, del ordenamiento jurídico interno aun cuando no hubiese transcurrido el plazo de transposición de la misma.

4.1. El efecto directo de las directivas

Es de general conocimiento que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha reaccionado, reconociendo bajo ciertas condiciones el efecto directo de las directivas, frente a la pasividad o resistencia de los estados miembros en la transposición de las mismas.

Esta jurisprudencia se inició mediante una sentencia de 6 de octubre de 1970, Franz Grad/Finanzamt Traunstein (asunto 9/70), seguida por las sentencias de 19 de enero de 1982, Ursula Becker/Finanzamt Münster-Innenstadt (asunto 8/81) y la sentencia de 26 de febrero de 1986, Marshall/Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (asunto 152/84).

En definitiva, se rechaza la idea de que un gobierno nacional pueda dejar sin aplicar las disposiciones de una directiva durante un tiempo indefinido y que el justiciable no tenga vía de recurso alguna durante dicho período, acometiendo una construcción jurídica que otorgaba a las directivas, dentro de ciertos límites, un efecto directo análogo al de los reglamentos, entendiéndose que la directiva impone una obligación de resultado a los estados destinatarios, obligación que deben ejecutar antes de que venza el plazo fijado por ella.

Por consiguiente, el Estado miembro que no hubiese adoptado dentro del plazo prescrito las medidas de ejecución impuestas por una directiva no puede invocar, frente a los particulares, su propio incumplimiento de las obligaciones que ésta implica.

Como pone de manifiesto Timothy Millett (*“El efecto directo de las*

directivas: ¿Hacia un reconocimiento del efecto directo horizontal?”, ponencia, de inminente publicación pronunciada en el curso Aplicación práctica del Derecho comunitario en el orden contencioso-administrativo, Murcia, noviembre de 2005), el Tribunal de Justicia estableció en la sentencia Marshall de 1986 unos límites a la doctrina del efecto directo de las directivas, pues al tiempo que confirmaba la posibilidad de un particular de invocarlas en contra del Estado, excluyó explícitamente que este efecto pudiera extenderse a las relaciones entre particulares, sobre la base de que el efecto directo de las directivas es consecuencia de la obligación que pesa sobre el Estado de aplicarlas, mientras que dicha obligación no concierne a los particulares, consagrando así lo que se denomina el “efecto directo vertical de las directivas”, es decir, su efecto en las relaciones entre los particulares y el Estado, rechazando la idea del “efecto directo horizontal de las directivas”, es decir, la posibilidad de que afecten a las relaciones entre particulares.

No obstante, en contadas ocasiones el Tribunal de Justicia aparentemente (puesto que en el fondo no es así) parece otorgar ciertas concesiones a la doctrina del efecto horizontal, tal como ocurre en la sentencia Delena Wells, de fecha 7 de enero de 2004 (C-201/02) pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por la High Court of Justice (England & Wales), Queen’s Bench Division (Administrative Court).

El supuesto fáctico encuentra su origen en la adquisición por la Sra. Wells de una casa al lado de una cantera abandonada, cuyos dueños posteriormente solicitaron autorización para reiniciar su explotación de la misma.

La Administración concedió la autorización sin proceder a un estudio de impacto sobre el medio ambiente, lo que dio pie a la Sra. Wells a objetar que el permiso se había otorgado violando la Directiva 85/337, que regula la evaluación de las incidencias de ciertos proyectos públicos y privados sobre el entorno.

Según Timothy Millett, resulta de la sentencia que la Directiva citada era perfectamente aplicable a unas circunstancias como las del caso, trasladándose la cuestión planteada a conocer si la Sra. Wells podía invocarla en el litigio que la oponía al poder público, a lo que, pese a las alegaciones del Gobierno británico postulando que con la tesis de la afectada se produciría una situación de efecto directo que calificó de “inverse direct effect”, en la que el Estado miembro afectado estaría directamente obligado, por la petición de un particular, a privar a otro particular de sus derechos, el Tribunal respondió afirmativamente.

El Tribunal desestimó dicha objeción, considerando que:

“las meras repercusiones negativas sobre los derechos de terceros, incluso si pueden preverse con seguridad, no justifican que se niegue a un particular la posibilidad de invocar las disposiciones de una directiva contra el Estado miembro de que se trate [...]”.

“El hecho de que los trabajos de explotación minera deban paralizarse a la espera de los resultados de la evaluación es consecuencia del retraso de dicho Estado en el cumplimiento de sus obligaciones. Sin embargo, esta consecuencia no puede calificarse, como pretende el Reino Unido, de ‘inverse direct effect’ de las disposiciones de la citada Directiva [85/337] respecto a los [propietarios de la cantera [...]”.

Queda claro, pues, concluye Millet y lo ha admitido el propio Tribunal, que los derechos de los dueños de la cantera quedan afectados por el derecho reconocido a la Sra. Wells a invocar la Directiva 85/337 en su beneficio: en estas circunstancias, parece que esta Directiva produce cierto efecto en las relaciones entre particulares, no obstante lo cual, matiza posteriormente, que este supuesto, al igual que otros de semejantes efectos, aborda situaciones atípicas, dado que se basan en lo que algunos autores denominan “relaciones triangulares”, que implican no sólo un litigio entre dos particulares, afectando también la intervención del Estado, por lo que no se puede concluir sin más en un reconocimiento jurisprudencial del efecto directo horizontal de las directivas, y ello pese a que dicha sentencia impuso determinadas cargas a particulares, esto es a los propietarios a la cantera, que obviamente no eran responsables de la no-transposición de la directiva

4.2. El principio de interpretación conforme

Como expresa la sentencia de 13 de noviembre de 1990, *Marleasing SA/La Comercial Internacional de Alimentación SA*, C-106/89, este principio implica el deber de todas las autoridades de los estados miembros, con inclusión de las autoridades judiciales, de aplicar el Derecho nacional haciendo todo lo posible, a la vista de la letra y de la finalidad de la Directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado al que se refiere la Directiva.

Por su importancia en lo atinente al momento en que comienza la obligación de aplicar el principio de interpretación conforme, merece destacarse la doctrina derivada de la sentencia *Adeneler*, de 4 de julio de 2006,

asunto C-212/04, en el que el Tribunal de Luxemburgo se enfrenta a la siguiente remisión prejudicial: “¿Está obligado el órgano jurisdiccional nacional a interpretar el Derecho nacional, en la medida de lo posible, con arreglo a una directiva a la que se ha adaptado tardíamente el ordenamiento jurídico interno [...] a) desde el momento en que entró en vigor la Directiva, o bien [...] b) [...] desde el momento en que expiró sin resultado el plazo señalado para la adaptación del Derecho interno a la misma, o incluso [...] c) [...] desde el momento en que entró en vigor la disposición nacional de adaptación del Derecho interno?”

Las consideraciones del Tribunal al respecto son las siguientes:

“108. Procede recordar que, al aplicar el Derecho interno, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a interpretarlo en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate para alcanzar el resultado que ésta persigue y atenerse así a lo dispuesto en el artículo 249 de la CE, párrafo tercero (véase, en particular, la sentencia de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer y otros, C-397/01 a C-403/01, Rec. p. I-8835, apartado 113, y la jurisprudencia que allí se cita). *Esta obligación de interpretación conforme concierne a todas las disposiciones del Derecho nacional, tanto anteriores como posteriores a la directiva de que se trate* (véase, en particular, la sentencia de 13 de noviembre de 1990, Marleasing, C-106/89, Rec. p. I-4135, apartado 8, y la sentencia Pfeiffer y otros, antes citada, apartado 115).

“112 Por otra parte, *en el supuesto de que no pudiera alcanzarse el resultado exigido por una directiva mediante la interpretación, procede recordar que, según la sentencia de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros (C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357), apartado 39, el Derecho comunitario impone a los estados miembros la obligación de reparar los daños causados a los particulares por no haber adaptado su Derecho interno a lo dispuesto en una directiva, siempre y cuando concurren tres requisitos. Primero, que el objetivo de la directiva sea atribuir derechos a los particulares. Segundo, que el contenido de estos derechos pueda determinarse basándose en las disposiciones de la directiva. Tercero y último, que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas* (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de julio de 1994, Faccini Dori, C-91/92, Rec. p. I-3325, apartado 27).

“113. A fin de determinar con más precisión a partir de qué fecha están obligados los órganos jurisdiccionales nacionales a aplicar el principio de

interpretación conforme, procede subrayar que esta obligación, que se deriva de los artículos 10 de la CE, párrafo segundo, y 249 de la CE, párrafo tercero, así como de la propia directiva de que se trate, *se impone especialmente en el caso de que alguna disposición de la directiva carezca de efecto directo, bien porque la disposición pertinente no sea lo bastante clara, precisa e incondicional como para producir tal efecto, bien porque el litigio se desarrolle exclusivamente entre particulares.*

“114. Es preciso añadir que, *antes de la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a una directiva, no cabe reprochar a los estados miembros que no hayan adoptado aún las medidas necesarias para adaptar su ordenamiento jurídico a la misma* (véase la sentencia de 18 de diciembre de 1997, Inter-Environnement Wallonie, C-129/96, Rec. p. I- 7411, apartado 43).

“115. Se desprende necesariamente de las consideraciones anteriores que, *en caso de adaptación tardía del Derecho interno a una directiva, la fecha en la que entren efectivamente en vigor en el Estado miembro de que se trate las medidas nacionales de adaptación del Derecho interno a la directiva –fecha mencionada por el órgano jurisdiccional remitente en la letra c) de la primera cuestión– no constituye el criterio pertinente. En efecto, tal solución entrañaría un grave riesgo de comprometer la plena eficacia del Derecho comunitario y la aplicación uniforme de dicho Derecho a través de las directivas.*

“116. Por otra parte, en lo que respecta a la fecha mencionada en la letra a) de la primera cuestión (desde el momento en que entró en vigor la Directiva), procede precisar, con objeto de responder exhaustivamente a dicha cuestión, que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha declarado ya que la obligación de los estados miembros de adoptar todas las medidas necesarias para alcanzar el resultado prescrito por una directiva, en virtud de los artículos 10 de la CE, párrafo segundo, y 249 de la CE, párrafo tercero, así como de la propia directiva de que se trate, se impone a todas las autoridades de los estados miembros, incluidas las autoridades judiciales en el ámbito de sus competencias (véanse, en particular, las sentencias antes citadas Inter-Environnement Wallonie, apartado 40, y Pfeiffer y otros, apartado 110, y la jurisprudencia que allí se cita).

“118. Además, con arreglo al artículo 254 de la CE, apartado 1, las directivas se publican en el *Diario Oficial de la Unión Europea* y entran en vigor en la fecha que ellas mismas fijen o, a falta de ella, a los veinte días de su

publicación o bien, con arreglo al apartado 3 de dicho artículo, se notifica a sus destinatarios y surten efecto a partir de tal notificación.

“119. Se deduce de las consideraciones precedentes que una directiva produce efectos jurídicos frente al Estado miembro destinatario –y, por tanto, frente a todas las autoridades nacionales–, a partir de su publicación o de su fecha de notificación, según los casos.

*“120. En el presente caso, el artículo 3 de la Directiva 1999/70 dispuso que ésta entraría en vigor el día de su publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, o sea, el 10 de julio de 1999.*

“121. Pues bien, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se deduce de los artículos 10 de la CE, párrafo segundo, y 249 de la CE, párrafo tercero, así como de la propia directiva de que se trate, puestos en relación, que, durante el plazo de adaptación del Derecho interno a una directiva, los estados miembros destinatarios de la misma deben abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por ésta (sentencias Inter-Environnement Wallonie, antes citada, apartado 45, de 8 de mayo de 2003, ATRAL, C-14/02, Rec. p. I-4431, apartado 58, y Mangold, antes citada, apartado 67). A este respecto, poco importa que la norma controvertida de Derecho nacional, adoptada tras la entrada en vigor de la directiva de que se trate, tenga o no por objeto la adaptación del Derecho interno a dicha directiva (sentencias ATRAL, apartado 59, y Mangold, apartado 68, antes citadas).

“122. Dado que todas las autoridades de los estados miembros están sujetas a la obligación de garantizar el pleno efecto de las disposiciones del Derecho comunitario (véanse las sentencias Francovich y otros, antes citada, apartado 32, la de 13 de enero de 2004, Kühne & Heitz, C-453/00, Rec. p. I-837, apartado 20, y Pfeiffer y otros, antes citada, apartado 111), los órganos jurisdiccionales nacionales se hallan sometidos igualmente a la obligación de abstención mencionada en el apartado anterior.

“123. De ello se deduce que, a partir de la fecha de entrada en vigor de una directiva, los órganos jurisdiccionales de los estados miembros deben abstenerse en la medida de lo posible de interpretar su Derecho interno de un modo que pueda comprometer gravemente, tras la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a la directiva, la realización del objetivo perseguido por ésta.

“124. Habida cuenta de las consideraciones expuestas, procede responder a la primera cuestión que, en el supuesto de adaptación tardía del ordenamiento jurídico del Estado miembro de que se trate a una directi-

va cuyas disposiciones pertinentes carecen de efecto directo, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados, a partir de la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a la directiva, a interpretar su Derecho interno en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate con objeto de alcanzar los resultados que ésta persigue, dando prioridad a la interpretación de las normas nacionales que mejor se ajuste a dicha finalidad, para llegar así a una solución compatible con las disposiciones de dicha directiva.”

Pues bien, a los efectos que nos ocupan, conviene destacar que la Directiva 2001/42 fue publicada en el DOCE 197/2001, de 21 de julio de 2001, y conforme a su artículo 14 entra en vigor el día de su publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, momento a partir del cual todas las autoridades de los estados miembros, incluidas las judiciales, deberán abstenerse de tomar decisiones que comprometiesen la finalidad pretendida por la Directiva.

5. Evaluación ambiental de la planificación territorial y urbanística: diagnóstico y perspectivas de futuro

A estas alturas, a nadie debería sorprender el hecho de que, desde la perspectiva exclusivamente urbanística, no se ha logrado una concienciación generalizada de los graves atentados que a través de la ordenación del territorio pueden infringirse al entorno.

Y esta carencia, detectada, entre otros muchos países, en España, ha traspasando nuestras fronteras, hasta llegar a ser una cuestión jurídica analizada en foros comunitarios, tal como muestra la Resolución de 15 de diciembre de 2005 del Parlamento Europeo, sobre alegaciones de aplicación abusiva de la Ley valenciana de urbanismo de 1994.

No se trata aquí de entrar a realizar consideraciones jurídico-sociológicas en torno a esta problemática, pero sí de dejar constancia de la preocupación existente sobre todas estas cuestiones, en cuya base subyace el pernicioso impacto que determinados instrumentos de planeamiento proyectan sobre el medio ambiente en general y sobre las zonas costeras en particular, impacto que de buen seguro hubiese resultado atenuado mediante la escrupulosa aplicación tanto de las evaluaciones estratégicas de impacto ambiental derivadas de la Directiva 2001/42, como incluso a través de la evaluación de impacto ambiental a partir de la Directiva 85/337

De hecho, el Parlamento Europeo, a través de dicha Resolución de 15 de diciembre de 2005, insta a las autoridades competentes para que los proyectos urbanísticos integren de forma cuidadosa las consideraciones ambientales, manteniéndose dentro de “límites razonables”, sometiendo los respectivos instrumentos, incluidos los proyectos de desarrollo urbanístico de planes aprobados, a la correspondiente evaluación estratégica de impacto ambiental, concluyendo dicha Resolución con la necesidad de acordar una especie de “moratoria” respecto de la aprobación de instrumentos de planeamiento en suelo no urbanizable, en tanto no aparezca una nueva legislación más garantista con los intereses generales medioambientales, así como con el interés particular de los propietarios afectados.

A continuación analizaremos otros dos ejemplos, esta vez materializados en dos sentencias del Tribunal de Justicia de Luxemburgo.

–La primera de ellas, *de 16 septiembre 2004, dictada en el asunto C-227/2001*, declara que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de norma comunitaria relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, al no haber sometido a evaluación el impacto ambiental del “proyecto de línea Valencia-Tarragona, tramo Las Palmas-Oropesa. Plataforma”, que forma parte del proyecto denominado “Corredor del Mediterráneo”, ya que la norma comunitaria establece que debe someterse obligatoriamente a una evaluación de sus repercusiones sobre el medio ambiente.

Frente a la argumentación de la Comisión, que consideraba que, tanto a tenor de la Directiva 85/337 como de la propia normativa española, debió haberse realizado un procedimiento evaluación del impacto sobre el medio ambiente, el Gobierno español, admitiendo que el proyecto no fue formalmente sometido a dicha evaluación, consideró que la misma no era necesaria, argumentando lo siguiente:

–Que dicha Directiva no era aplicable, puesto que las obras acometidas se habían limitado a mejorar una línea de ferrocarril ya existente mediante el desdoblamiento de la única vía inicial, lo que ni constituye la construcción de una nueva línea ferroviaria ni requiere un nuevo trazado de larga distancia.

–Que el desdoblamiento de las vías no produce en la práctica repercusiones sobre el medio ambiente que se añadan a las de la construcción de la línea inicial y, en cualquier caso, la Comisión no ha presentado pruebas de la existencia de tales repercusiones.

–Con carácter subsidiario, el Gobierno español añadió que el contenido esencial de los requisitos de la Directiva se habían respetado, ya que la revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Benicàssim, que tuvo lugar en 1992, estuvo precedida por la realización de un estudio de impacto sometido al trámite de información pública y por una declaración de impacto ambiental. Puesto que la referida revisión tuvo precisamente por objeto la reserva de suelo para la construcción del desvío de la localidad de Benicàssim, no se precisó un nuevo estudio sobre la repercusión de las obras acometidas.

Las respuestas del Tribunal son contundentes:

“44. Respecto a la primera cuestión, no cabe acoger la alegación formulada por el Gobierno español, según la cual el punto 7 del anexo I de dicha Directiva sólo contempla la construcción de una línea nueva, entendida como un nuevo trayecto de ferrocarril entre dos localidades, y no se aplica, en consecuencia, a un desdoblamiento de vías preexistentes.

“46. Pues bien, en lo que se refiere a la Directiva 85/337, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que del texto de esta Directiva se puede deducir que su ámbito de aplicación es extenso y su objetivo muy amplio (sentencia Kraaijeveld y otros, antes citada, apartados 31 y 39).

“48. Estas consideraciones son suficientes, de por sí, para que el punto 7 del anexo I, de la Directiva 85/337 deba entenderse en el sentido de que incluye el desdoblamiento de una vía férrea ya existente.

“49. Un proyecto de esta naturaleza puede tener, en efecto, una repercusión importante sobre el medio ambiente en el sentido de la mencionada Directiva, toda vez que puede afectar de modo prolongado, por ejemplo, a la fauna y la flora, a la composición de los suelos o también al paisaje, y tener, en especial, un impacto sonoro significativo, de manera que debe incluirse en el ámbito de aplicación de dicha Directiva. El objetivo perseguido por la Directiva 85/337 se pondría gravemente en peligro si este tipo de proyecto de construcción de una vía férrea nueva, incluso paralela a una vía preexistente, pudiera sustraerse de la obligación de realizar una evaluación de sus repercusiones sobre el medio ambiente. Por lo tanto, un proyecto de esta naturaleza no puede ser analizado como si fuera una mera modificación de un proyecto anterior, en el sentido del punto 12 del anexo II de dicha Directiva.

“50. Por otra parte, esta conclusión se impone con mayor razón cuando, como en el presente caso, la realización del proyecto de que se trata implica un nuevo trazado de las vías, aun cuando éste sólo afecta a una parte de

dicho proyecto. En efecto, tal proyecto de construcción puede tener, por naturaleza, repercusiones importantes sobre el medio ambiente a efectos de la Directiva 85/337.

“51. Carece asimismo de fundamento la alegación del Gobierno español de que no concurren las condiciones para aplicar el punto 7 del anexo I de dicha Directiva, dado que el proyecto de que se trata no afecta al tráfico a gran distancia en el sentido de esta disposición sino únicamente a un tramo de 13,2 km entre localidades vecinas.

“52. En efecto, como ha alegado acertadamente la Comisión, el proyecto controvertido forma parte de una línea ferroviaria de 251 km de longitud entre Valencia y Tarragona, que está comprendida en el proyecto denominado ‘Corredor del Mediterráneo’, que comunica el Levante español con Cataluña y la frontera francesa.

“53. Si se admitiera la alegación del Gobierno español, el efecto útil de la Directiva 85/337 podría quedar gravemente comprometido, puesto que bastaría con que las autoridades nacionales en cuestión fraccionaran un proyecto de una larga distancia en tramos sucesivos de pequeña importancia para que tanto el proyecto considerado en su globalidad como los tramos surgidos de dicho fraccionamiento pudieran eludir lo dispuesto en dicha Directiva.

“56. En segundo lugar, por lo que respecta a la alegación del Gobierno español de que la revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Benicàssim de 1992 estuvo precedida por la realización de un estudio de impacto sometido al trámite de información pública y por una declaración de impacto ambiental, es preciso señalar que, aun suponiendo que dicho Plan incluyera todas las indicaciones necesarias para cumplir los requisitos mínimos establecidos por la Directiva 85/337, no puede, en ningún caso, considerarse suficiente, toda vez que, como ha sostenido la Comisión sin ser realmente contradicha al respecto por el Gobierno demandado, sólo se refiere al territorio del municipio de Benicàssim y, más concretamente, al que rodea esta localidad, mientras que ha quedado acreditado que el proyecto controvertido es más amplio. De ello se desprende que, al menos en relación con la parte restante de este proyecto, no se aplicó correctamente lo dispuesto en dicha Directiva.

“59. Por último, en lo que se refiere a la alegación del Gobierno español de que la Comisión no ha motivado válidamente el incumplimiento imputado, toda vez que no ha aportado pruebas de que el desdoblamiento de una vía existente tiene, en la práctica, repercusiones sobre el medio ambiente que superan a las producidas por la construcción de la línea ini-

cial, basta recordar que el criterio pertinente que se ha de observar en relación con la aplicación de la Directiva 85/337 se basa en la importante repercusión sobre el medio ambiente que 'pueda' tener un proyecto determinado (véase, a este respecto, el artículo 1, apartado 1, así como los considerandos quinto y sexto de dicha Directiva). En estas circunstancias, no corresponde a la Comisión determinar los efectos negativos concretos que un proyecto tiene efectivamente sobre el medio ambiente. En cambio, en el presente caso la Comisión ha probado de modo suficiente en Derecho que el proyecto de que se trata está comprendido en el ámbito de aplicación de una de las disposiciones del anexo I de la citada Directiva, de modo que debe someterse obligatoriamente a una evaluación de sus repercusiones sobre el medio ambiente. Por lo demás, es indiscutible que un proyecto de este tipo puede crear nuevas perturbaciones importantes, siquiera sea por la adaptación de la línea de ferrocarril para que se pueda alcanzar una velocidad de 220 km/h."

—La segunda de las sentencias, de fecha 16 de marzo de 2006, asunto C 332/04, estima los motivos esgrimidos del recurso por incumplimiento de la Directiva 85/337/CEE interpuesto por la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de España, al no haber adaptado el Derecho español de forma completa al artículo 3 de la Directiva 85/337, modificada por la de 1997, al no haber adaptado el Derecho español al artículo 9, apartado 1, de la Directiva 85/337 modificada, al no haber cumplido el régimen transitorio establecido por el artículo 3 de la Directiva 97/11, al no haber adaptado el Derecho español de manera correcta al punto 10, letra b), del anexo II de la Directiva 85/337 modificada, en relación con los artículos 2, apartado 1, y 4, apartado 2, de dicha Directiva, y finalmente por no haber sometido al procedimiento de evaluación de impacto ambiental el proyecto de construcción de un centro de ocio en Paterna, y, consiguientemente, al no haber aplicado lo dispuesto en los artículos 2, apartado 1, 3, 4, apartado 2, 8 y 9 de la Directiva 85/337 modificada.

Nos centraremos en los motivos primero segundo, cuarto y quinto.

Con relación al *primer motivo*, debe significarse que el artículo 3 de la Directiva 85/337 modificada establece:

"La evaluación del impacto ambiental identificará, describirá y evaluará de forma apropiada, en función de cada caso particular y de conformidad con los artículos 4 a 11, los efectos directos e indirectos de un proyecto en los siguientes factores:

"—el ser humano, la fauna y la flora,

“–el suelo, el agua, el aire, el clima y el paisaje,
“–los bienes materiales y el patrimonio cultural,
“–la interacción entre los factores mencionados en los guiones primero, segundo y tercero.”

Pese a ello, el Real decreto legislativo 1302/1986, si bien incorpora casi todo el contenido del artículo 3 de la Directiva 85/337, no menciona la interacción entre los factores enumerados en los guiones primero a tercero del artículo 3 de la Directiva, constatándolo así el propio Tribunal de Justicia (apartado 34), que concluye que las disposiciones de Derecho nacional invocadas por el Gobierno español no garantizan que la autoridad administrativa competente efectúe la evaluación del impacto de un proyecto sobre la interacción entre los factores ambientales enumerados en el artículo 3 de la Directiva 85/337 modificada.

Por tanto, se proclama el incumplimiento del Estado español en este punto, pese a la alegación de España relativa a que la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, modificó, con anterioridad a la interposición del recurso de la Comisión, el artículo 2, apartado 1, letra c), del Real decreto legislativo 1302/1986, de forma que, actualmente, este precepto establece expresamente que la evaluación de impacto ambiental debe atender también a la interacción entre todos los factores enumerados en el artículo 3 de la Directiva 85/337 modificada.

Como *segundo motivo*, la Comisión denuncia que se ha omitido la adaptación del Derecho español al artículo 9, apartado 1, de la Directiva 85/337, puesto que aun cuando el Real decreto legislativo 1302/1986 impone, por un lado, en su artículo 3, apartado 1, la obligación de someter el estudio de impacto ambiental a información pública y, por otro, en su artículo 4, apartado 3, la de hacer pública la declaración de impacto ambiental, ese mismo Real decreto legislativo no exige, sin embargo, la publicación de la decisión de conceder o denegar la autorización de la obra de que se trate, siendo precisamente la comunicación pública de tal resolución lo que impone el artículo 9, apartado 1, de la Directiva 85/337.

Según el Tribunal (apartado 46), el mero hecho de que se haya revelado necesario, a ojo del legislador español, organizar en varias etapas, ante las diferentes administraciones públicas, el procedimiento de autorización de un proyecto que pueda tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente, no es en sí mismo criticable desde la perspectiva del Derecho comunitario. Sin embargo, la publicidad de la declaración de impacto ela-

borada por la administración competente en materia de medio ambiente no puede justificar la falta de publicidad de la resolución por la que se autoriza o se deniega la ejecución del proyecto, impuesta por el artículo 9, apartado 1, de la Directiva 85/337 modificada.

Sigue argumentando el Tribunal (apartado 54) que el artículo 6, apartados 1 y 2, de la Directiva 85/337 modificada impone a los estados miembros la obligación de establecer un procedimiento de consulta en el que se ofrezca a las autoridades que puedan verse afectadas por el proyecto y al público, respectivamente, la posibilidad de expresar su opinión, no lo es menos que tal procedimiento tiene lugar, necesariamente, antes de que se conceda la autorización. Esas opiniones, así como otras complementarias que puedan exigir los estados miembros, forman parte del procedimiento de autorización y están destinadas a ayudar al órgano competente a adoptar su resolución de concesión o denegación de la autorización. Por lo tanto, tienen carácter preparatorio y, como regla general, no pueden ser objeto de recurso.

En cambio, la información al público establecida en el artículo 9 de la Directiva 85/337 modificada tiene lugar una vez adoptada la resolución de concesión o de denegación. El objetivo que se persigue por medio de esta información no es solamente informar al público, sino también permitir a las personas que se consideren perjudicadas por el proyecto de que se trate ejercitar su derecho de recurso en los plazos señalados.

De las consideraciones anteriores se desprende que el hecho de que un Estado miembro publique la declaración de impacto ambiental realizada por el órgano administrativo competente en materia de medio ambiente –publicación que no exige el Derecho comunitario– no sustituye la obligación establecida en el artículo 9 de la Directiva 85/337 modificada de comunicar al público la autorización o la denegación para ejecutar el proyecto, en el sentido del artículo 1, apartado 2, de dicha Directiva.

La sentencia comentada, con claro engarce en los modernos principios de “democracia ambiental” añade que el hecho de que el público sólo tenga conocimiento del contenido de un dictamen que debe tener en cuenta el órgano competente antes de adoptar su resolución no le permite participar en esa vigilancia con tanta eficacia como cuando la información que se le transmite se refiere a la resolución definitiva que pone fin al procedimiento de autorización.

Por lo tanto, concluye: en la medida en que la legislación nacional no exige la publicación de la resolución de concesión o de denegación de la

autorización para ejecutar el proyecto, dicha legislación no ha sido adaptada correctamente al artículo 9, apartado 1, de la Directiva 85/337 modificada.

Por lo que al *cuarto motivo* respecta, el mismo se basa en la incorrecta adaptación del Derecho español al punto 10, letra b), anexo 2, de la Directiva 85/337, en relación con los artículos 2, apartado 1.4 y apartado 2, de dicha Directiva.

En Derecho español, la evaluación ambiental con relación a proyectos de organizaciones y complejos hoteleros únicamente se exige fuera de las zonas urbanas y construcciones asociadas, incluida la construcción de centros comerciales y de aparcamientos.

Hilvanando su argumentación, la Comisión apunta que esta situación, derivada de la legislación nacional, no se ve corregida, salvo muy contadas excepciones, por la legislación autonómica sobre urbanismo, completada con la legislación autonómica sobre evaluación de impacto. La Comisión afirma que estas últimas tampoco exigen la evaluación de impacto de los instrumentos de planeamiento urbanístico.

El Gobierno español sostiene que la Directiva 85/337 modificada permite que los estados miembros decidan que algunos de los proyectos mencionados en su anexo II no se sometan a una evaluación de impacto ambiental.

Según dicho Gobierno, precisamente en uso de tal facultad la legislación española impone el criterio de someter a declaración de impacto ambiental a todos los proyectos de urbanizaciones y complejos hoteleros fuera de las zonas urbanas y construcciones asociadas, incluida la construcción de centros comerciales y de aparcamientos, siempre que tales proyectos se desarrollen en zonas especialmente sensibles.

El Gobierno español añade que, de esa manera, los únicos proyectos de urbanización que quedan excluidos de la necesidad de declaración de impacto ambiental son aquellos que se ejecutan en zonas urbanas, en las que el impacto ambiental de tales proyectos será prácticamente inexistente, dado que se trata de terrenos que constituyen suelo urbano.

Considera el Tribunal en el apartado 76 de la sentencia que los estados miembros tienen la posibilidad de fijar los criterios y los umbrales que permitan determinar qué proyectos incluidos en el anexo II de la Directiva 85/337 inicial deben ser objeto de evaluación. No obstante, al establecer dichos umbrales y criterios, los estados miembros deben tener en cuenta no sólo las dimensiones de los proyectos, sino también su naturaleza y su localización.

En este sentido, al limitar la evaluación de impacto ambiental de los proyectos de urbanización sólo a los proyectos que se sitúan en suelo no urba-

no, el Gobierno español se limita a aplicar el criterio de la localización, que no es más que uno de los tres criterios mencionados en el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 85/337 modificada, sin tener en cuenta los otros dos criterios, a saber, la naturaleza y las dimensiones del proyecto, considerando, por otra parte, que en la medida en que prevé la evaluación de impacto ambiental únicamente para los proyectos de urbanización fuera de las zonas urbanas, la legislación española aplica de modo incompleto el criterio de la localización.

En efecto, las áreas de gran densidad demográfica, así como los paisajes con significación histórica, cultural o arqueológica, recogidos en el anexo III, punto 2, letras g) y h), de la Directiva 85/337 modificada, figuran entre los criterios de selección que los estados miembros deben tener en cuenta, para examinar caso por caso o para establecer umbrales o criterios a los efectos del apartado 2 de dicho artículo, con el fin de determinar si un proyecto debe ser objeto de evaluación, y en este sentido, como subraya acertadamente la Comisión, esos criterios de selección suelen afectar a las zonas urbanas.

La tesis que defiende el Gobierno español de que en las zonas urbanas el impacto ambiental de los proyectos de urbanización es prácticamente inexistente, tampoco puede ser acogida en vista de la lista de factores que pueden verse afectados directa o indirectamente por los proyectos a los que se refiere la Directiva 85/337 modificada.

En efecto, estos factores, enumerados en el artículo 3 de la Directiva 85/337 modificada, se encuentran tanto dentro como fuera de las zonas urbanas, y las probabilidades de verse afectados por uno de los proyectos antes mencionados no varían necesariamente en función de la situación de estas zonas. En todo caso, ni los considerandos ni las disposiciones de la Directiva 85/337 modificada apoyan la interpretación de que no todos los proyectos de urbanización en zonas urbanas pueden tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente en el sentido del artículo 1, apartado 1, de esta Directiva, y pueden, por tanto, ser excluidos del requisito de autorización y evaluación con respecto a sus efectos.

Finalmente en cuanto al *quinto motivo*, como consecuencia de la estimación del cuarto motivo, el Tribunal de Justicia considera que ha existido incumplimiento del Derecho comunitario, al omitirse la evaluación de impacto ambiental del proyecto de construcción de un centro de ocio en Paterna, dado que no se ha adoptado ninguna medida destinada a comprobar si dicho proyecto podía tener repercusiones importantes en el medio ambiente, en particular debido a su naturaleza, dimensiones o localización.

De hecho, la Comisión apunta que dicho proyecto fue presentado como el segundo complejo de cines más grande de Europa, encontrándose situado en una zona urbana colindante con urbanizaciones ya existentes y con una afluencia semanal prevista de 60.000 personas.

El Gobierno español justifica la omisión de evaluación de impacto ambiental de este proyecto alegando que el centro controvertido será construido en suelo urbano, es decir, en terrenos que están totalmente transformados, bien por contar, como mínimo, con acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica, bien por estar consolidados con la edificación en la forma y con las características que establece la legislación urbanística aplicable, o bien porque en ejecución del planeamiento hayan sido urbanizados de acuerdo con el mismo. Considera que, tratándose pues de un proyecto que se ejecutará sobre un terreno completamente transformado, el impacto sobre el medio ambiente no puede ser importante.

Concluye el Tribunal que, en vista de las dimensiones, naturaleza y localización de este proyecto, no se puede excluir, de entrada, que no pueda tener repercusiones importantes en el medio ambiente.

Por otra parte, como se ha demostrado al examinar el cuarto motivo, la legislación española en materia de medio ambiente, aplicada al proyecto de construcción de un centro de ocio en Paterna, no se ajusta a la Directiva 85/337 modificada, en la medida en que no se obliga a las autoridades competentes a determinar si la ejecución de proyectos de urbanización, incluida la construcción de centros comerciales y de aparcamientos en zonas urbanas, conlleva el riesgo de provocar efectos importantes en el medio ambiente y, de ser así, a someter estos proyectos a una evaluación de impacto ambiental.

Desgraciadamente, los anteriores ejemplos no aparecen como disfunciones aisladas de la realidad urbanística de nuestro país, toda vez que sin perjuicio de que algunas comunidades autónomas como, por ejemplo, Andalucía o Canarias hayan establecido disposiciones legales destinadas a reglamentar específicamente la evaluación de impacto ambiental del planeamiento urbanístico, lo cierto es que los mecanismos preventivos de evaluación de estos instrumentos de ordenación no figuran con carácter general ubicados en el ámbito urbanístico, sino que debemos acudir a la normativa medioambiental, por lo demás escasa y fragmentaria.

Dejaremos finalmente constancia de que la Comisión Europea interpuso sendos recursos de incumplimiento contra España a comienzos del año 2006 por el retraso en traspasar las directivas del 2001 sobre evalua-

ción ambiental estratégica, así como las directivas de 2003 sobre participación ciudadana, recursos que resultaron finalmente retirados ante la recepción de aquellas normas por las leyes 9/2006 y 27/2006, respectivamente.

6. La Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente

6.1. Ámbito de aplicación

De los artículos 3 y 4, que se encargan de definir el ámbito de aplicación de la denominada evaluación ambiental estratégica, se infiere la regla general de someter a este mecanismo preventivo todos los planes y programas, así como sus modificaciones, que puedan tener efectos significativos en el medio ambiente, siempre que se elaboren o aprueben por una administración pública y que su elaboración y aprobación venga exigida por una disposición legal o reglamentaria, o por Acuerdo del Consejo de Ministros o del Consejo de Gobierno de una comunidad autónoma.

A partir de aquí, la Ley distingue entre planes y programas que serán objeto de evaluación medioambiental en todo caso, porque siempre tendrán efecto significativo sobre el medio ambiente, y ampliando el campo de aplicación de la Directiva aquellos otros planes o programas que únicamente serán objeto de evaluación ambiental cuando se prevea que los mismos puedan tener efectos significativos en el medio ambiente

En el apartado 4 del artículo 3, la Ley excluye de evaluación ambiental a los planes y programas que tengan como único objeto la defensa nacional o la protección civil en casos de emergencia, así como los de tipo financiero o presupuestario.

Recapitulando y siguiendo a Fernández García, Fernández González y Díaz Méndez (obra citada), cabe mantener que prácticamente la totalidad de los instrumentos de ordenación urbanística deberán ser objeto de evaluación ambiental estratégica, toda vez que difícilmente resulta concebible un instrumento de planeamiento en el que no se aborde la ordenación del territorio urbano y rural o la utilización del suelo, materias éstas que según el artículo 3 apartado 2 de la Ley tienen siempre un efecto significativo sobre el medio ambiente.

Como excepción, a partir del artículo 3.3, aquellos planes que incorporen o introduzcan modificaciones menores o que establezcan el uso de

zonas de reducido ámbito territorial, únicamente requerirán evaluación medioambiental si se prevé que los mismos puedan tener efectos significativos en el medio ambiente.

6.2. Órganos competentes para la evaluación ambiental estratégica

Siguiendo el esquema proporcionado por la evaluación de impacto ambiental, la Ley 9/2006, en coherencia con la Directiva del 2001 que traspone, distingue entre la *Administración competente a los efectos que podríamos denominar sustantivos*, esto es, la competente para la elaboración y adopción del plan o programa, por un lado, y el *órgano ambiental*, el que, en colaboración con el promotor del plan, velará por la integración de los aspectos ambientales en la elaboración de los planes o programas, surgiendo así el dualismo tradicional que enmarca todas estas actuaciones administrativas de carácter preventivo y que en definitiva no pretenden sino incidir o si se quiere influir en la decisión sobre el proyecto sustantivo que se plantee.

El artículo 5 de la Ley se encarga no obstante de unificar en la misma Administración pública las funciones sustantivas y ambientales, toda vez que la competente para realizar las actuaciones de evaluación será aquella Administración a la que corresponda la elaboración y aprobación del Plan o programa.

Antonio José Sánchez Sáez (“Un enfoque teleológico de la distribución de las competencias ambientales entre el Estado y las comunidades autónomas en España”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 5, 2004), a quien seguiremos a continuación, afronta con éxito, en nuestra opinión y desde una perspectiva nuclear, gran parte de los problemas competenciales que se suscitan en torno a las evaluaciones ambientales, cuando recuerda la doctrina constitucional (STC 13/1998, de 22 de enero) relativa a la competencia para desarrollar la evaluación de impacto ambiental (de la normativa básica de EIA), en cuya virtud no se considera como de “ejecución” ni de “gestión” de la protección del medio ambiente, sino como competencia ambiental adjetiva derivada de la sustantiva general de cada Administración, de realizar o autorizar el proyecto de obra o instalación sujeta a su competencia.

Es decir, las normas que se dicten por las comunidades autónomas en desarrollo de las bases en materia de evaluación ambiental no se fundamentan en el título competencial de “medio ambiente”, sino atendiendo

a las materias (aeropuertos, carreteras, urbanismo, líneas ferroviarias, etc.) sobre las que ostente competencia, a partir de la hermenéutica conjunta de los artículos 148 y 149 de la Constitución y del correspondiente Estatuto de autonomía.

Y esta doctrina aparece recientemente confirmada en la STC 101/2006, de 30 de marzo, que estima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley del Parlamento Vasco 3/1998, de 27 de febrero, general de protección del medio ambiente del País Vasco, al rechazar que el órgano ambiental de la comunidad autónoma sea el que emita la declaración de impacto ambiental con relación a cualesquiera obras o actividades desarrolladas en dicha comunidad autónoma, incluidas las de competencia estatal, manteniendo en cambio que la declaración de impacto ambiental correspondiente a las obras o actuaciones de competencia estatal, debe ser emitida por el órgano estatal competente, previas las actuaciones de colaboración con la correspondiente comunidad autónoma.

Considera asimismo inconstitucional la sentencia comentada atribuir al órgano ambiental de la comunidad autónoma competencias de carácter ejecutivo complementarias de la declaración de impacto, toda vez que dichas funciones son un complemento natural inseparable de la facultad principal del Estado para emitir la declaración de impacto ambiental y la prórroga del mismo en los supuestos de obras y actividades de su competencia, correspondiendo precisamente a dicha Administración el establecimiento del plazo para la ejecución de los proyectos o sus eventuales prórrogas, la resolución de discrepancias, o la suspensión de la ejecución de los proyectos.

Otra importante cuestión que se plantea en este ámbito es la determinación de la Administración competente cuando la elaboración o aprobación del correspondiente plan o programa corresponda a las entidades locales: la Ley 9/2006, con relación a la evaluación ambiental estratégica, remite en su artículo 5.2 a lo que determine la legislación autonómica.

Como apunta Fernández Ramos (“Las competencias municipales de protección ambiental ante el Derecho comunitario”, *Revista de Derecho Ambiental*, 22), y así se corrobora a partir de lo que se acaba de decir, la legislación estatal en materia de evaluación ambiental no dedica expresamente espacio alguno a las entidades locales, siendo por tanto la legislación autonómica la que, identificando el interés local, debe tener presente la intervención municipal.

Pese al reforzamiento que en los últimos años se ha intentado acometer con relación a la garantía institucional de la autonomía local, enseguida la euforia se desvanece si tenemos en cuenta la otra cara de la moneda, que viene representada por lo que con insistencia se ha dado en llamar por no pocos autores (Fernández Ramos, Pomed Sánchez o Fernández Montalvo) *el proceso de desapoderamiento competencial de las entidades locales*, que se materializa sobre todo en el ámbito medioambiental.

Sin embargo, si bien ciertamente los problemas ambientales poseen una proyección supranacional, postulándose incluso que se trata de una cuestión universal, como indica Martín Mateo en su *Tratado de Derecho Ambiental* (Trivium, Madrid, 1991), las soluciones parecen más bien locales, en la medida que de una u otra forma las mismas caen en la órbita de los municipios, sobre todo los urbanos, en cuyo ámbito se generan buena parte de los problemas ambientales, justificando de esta manera el lema ecológico de “pensar globalmente y actuar localmente”.

Ante este contexto de desapoderamiento, incluso para algunos autores (Esteve Pardo, *Derecho del Medio Ambiente*, Marcial Pons, 2005) el difuso convencimiento de que una protección del territorio y de sus valores naturales sólo puede alcanzarse por intervención de la Administración superior, constituye un equívoco bastante extendido.

Por otra parte, el principio de subsidiariedad enunciado en el artículo 4.3 de la Carta Europea de la Autonomía Local, en cuya virtud el ejercicio de las competencias públicas, preferentemente y de manera general, han de corresponder a las autoridades más próximas a los ciudadanos, haría descansar de modo natural, en las entidades locales, las competencias de ejecución y gestión de la normativa medioambiental, lo cual obviamente en la práctica no es así.

Finalmente, no pasa inadvertido para algunos (Javier López Candela, “Las competencias en materia de medio ambiente de las corporaciones locales”, *Cuadernos de Derecho Local*, 4, febrero de 2004), que el hecho de que los planes urbanísticos de los entes locales puedan (más bien deban) someterse a estudios ambientales puede generar decisiones quizás no muy respetuosas con la autonomía local, ya que el informe del análisis ambiental favorable ha de valorar (así lo exige la legislación de la Comunidad de Madrid y ahora específicamente, con otros términos la Ley 9/2006) la conveniencia de llevar a cabo el Plan en los términos en que está planteado, así como las principales razones en que se ha basado la decisión y las condiciones para la adecuada protección del medio ambiente.

En este sentido, se postula que el control por la vía del informe sólo se puede justificar en controles de legalidad o controles puntuales de oportunidad de acuerdo con la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, sin que en materia de impacto ambiental el procedimiento pueda servir al órgano medioambiental para introducir consideraciones de simple oportunidad.

La búsqueda de fórmulas destinadas a alcanzar el difícil equilibrio entre autonomía local (siempre ligada necesariamente a la responsabilidad) y eficacia de estos elementos tuitivos de prevención medioambientales deberá profundizar en el ámbito de las competencias que corresponden a los entes locales, reservando a los mismos facultades decisorias al respecto, al menos y en todo caso con relación a aquellos planes urbanísticos cuya aprobación definitiva les corresponda.

6.3. Procedimiento

Sintetizado en el artículo 7 de la Ley 9/2006, debemos distinguir:

–El informe de sostenibilidad ambiental (artículo 8), a través del cual el órgano promotor del plan o programa debe identificar, describir y evaluar los probables efectos significativos sobre el medio ambiente, que puedan derivarse de la aplicación del mismo, así como las alternativas razonables, técnica y ambientalmente viables, incluida entre otras la alternativa cero (que consiste en la no-realización del Plan o Programa).

–Celebración de consultas, cuyo objeto será la versión preliminar del Plan o Programa, incluyendo ya el informe de sostenibilidad ambiental (artículo 10), sin perjuicio de la posibilidad de consultas transfronterizas (artículo 11).

–Elaboración de la memoria ambiental (artículo 12). A través de la misma se valorará la integración de los aspectos ambientales en la propuesta del Plan o Programa, analizando el proceso de evaluación, el informe de sostenibilidad ambiental y su calidad, así como el resultado de las consultas realizadas, debiéndose justificar en qué medida se han considerado las consultas, debiendo contener finalmente dicha memoria ambiental las determinaciones finales que deben incorporarse a la propuesta del plan o programa. Interesa destacar que la memoria ambiental es preceptiva, y se tendrá en cuenta en el Plan o Programa antes de su aprobación definitiva.

–Propuesta del Plan o Programa (artículo 13), que será elaborada por el órgano promotor tomando en consideración el informe de sostenibilidad ambiental, las alegaciones en las consultas, y la memoria ambiental.

–Publicidad (artículo 14). Aprobado el Plan o Programa, el órgano promotor pondrá a disposición del órgano ambiental, de las administraciones públicas afectadas, y del público y en su caso de los estados miembros de Unión Europea consultados, tanto el Plan o Programa aprobado como una declaración que resuma entre otros aspectos en qué manera se integraron en el Plan o Programa los aspectos ambientales, cómo se ha tomado en consideración el informe de sostenibilidad ambiental y los resultados de las consultas, la memoria ambiental y las discrepancias que hayan podido surgir en el proceso, así como las razones de la elección del Plan o Programa aprobados, en relación con las alternativas consideradas.

–Seguimiento de los efectos derivados de la aplicación y ejecución del Plan o Programa en el medio ambiente (artículo 15), que corresponde realizar a los órganos promotores.

6.4. Cuestiones que merecen ser destacadas con relación a la regulación de la evaluación ambiental estratégica

6.4.1. La figura del órgano promotor

La Ley 9/2006, de 28 de abril, hace pivotar en gran medida el procedimiento de evaluación en el órgano promotor del correspondiente Plan o Programa, el cual *integrará los aspectos ambientales*, siendo por otra parte dicho órgano promotor el competente, si no para su última elaboración, sí para la *integración del contenido del informe de sostenibilidad ambiental*.

Parece seguir así el legislador los esquemas básicos procedimentales de la evaluación de impacto ambiental, en cuyo seno, recordemos, el estudio impacto ambiental debe ser aportado por el promotor del proyecto, lo cual ha generado críticas fundadas, de las que se hace eco Esteve Pardo (*Derecho del Medio Ambiente*, Marcial Pons, 2005).

Este autor da cuenta de que se ha criticado con razón que el estudio de impacto ambiental no alcanza así las garantías de objetividad e imparcialidad que serían deseables, acumulando por lo demás el promotor la información técnica especializada, resultando por ello difícil el contraste crítico que puedan plantear los interesados y quienes pudiesen oponerse al proyecto, que, por lo demás, tendrán dificultades añadidas para ofrecer, con un nivel técnico comparable al del estudio, el diseño de alternativas al proyecto.

6.4.2. Concurrencia y jerarquía de planes o programas

En el ámbito de ordenación urbanística, por la concepción jerárquica de los distintos planes, y por el contenido de cada uno de ellos se corre el riesgo de que en ocasiones quedasen huérfanas de valoración determinadas opciones que en el momento de la aprobación de instrumentos generales, como un plan general, resultarían desconocidas.

A ello, ha prestado atención tanto legislador como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

El artículo 6. 1 de la Ley 9/2006 contiene la siguiente previsión.

Cuando exista una concurrencia de planes o programas promovidos por diferentes administraciones públicas, éstas deberán adoptar las medidas necesarias con el fin de que puedan complementarse y para evitar que se produzca una duplicidad de evaluaciones, asegurando que todos los efectos ambientales significativos de cada uno son convenientemente evaluados.

Específicamente, dentro de la concurrencia de planes, suelen plantearse problemas por la interferencia entre planificación sectorial (por ejemplo de infraestructuras) y urbanística.

En este sentido, la Ley 9/2006 establece en su disposición adicional quinta, relativa a *infraestructuras de titularidad estatal* –la mayoría de las cuales, no debemos olvidar, aparecen incluidas en el grupo sexto del anexo primero del Real decreto legislativo 1302/1986, y por tanto sometidas a la evaluación de impacto ambiental–, que, *a los efectos de lo previsto en el artículo 6.1, no deberán someterse a un nuevo proceso de evaluación como consecuencia de la elaboración y aprobación de un plan de ordenación urbanística o territorial las infraestructuras de titularidad estatal en cuya planificación sectorial se haya realizado la evaluación ambiental conforme a lo dispuesto en esta ley. En tales casos, la Administración pública competente para la aprobación del plan de ordenación urbanística o territorial podrá exigir que se tengan en cuenta los aspectos no específicamente considerados en la primera evaluación ambiental.*

Esta disposición obligará a observar una especial cautela, a los efectos de que la misma no se haga valer como vía de escape o pretexto para eludir la evaluación estratégica con relación, por ejemplo, a cualquier plan urbanístico que obviamente no conteniendo ordenación alguna que una infraestructura de titularidad estatal simplemente las contemple en coherencia con la planificación territorial o sectorial correspondiente.

Por otra parte, el artículo 6.2 ofrece una pauta de indudable valor en el ámbito urbanístico, en el que, como se ha dicho, la ordenación se estructura sobre la base de planes jerárquicamente dependientes.

Cuando los planes y programas se estructuren en distintos ámbitos jerárquicos de decisión de una misma administración pública, la evaluación ambiental en cada uno de ellos deberá realizarse teniendo en cuenta la fase del proceso de decisión en la que se encuentra el Plan o Programa, para evitar la duplicidad de evaluaciones, aplicando lo dispuesto en el artículo 8.

Ahora bien, la existencia de distintos instrumentos urbanísticos no supone la necesidad automática de que se proceda a poner en marcha el mecanismo de evaluación ambiental estratégica con relación a todos y cada uno de ellos, toda vez que con relación a los meros proyectos –piénsese en un proyecto de ejecución, específicamente un proyecto de obras– la disposición adicional tercera de la propia Ley, referida precisamente a la *relación con la evaluación de impacto ambiental de proyectos*, aclara que “la evaluación ambiental realizada conforme a esta Ley no excluirá la aplicación de la legislación sobre evaluación del impacto ambiental de proyectos”.

Es decir, el mero proyecto (que ya no es Plan o Programa) se someterá a EIA, no obstante lo cual la misma deberá tener en cuenta la evaluación ambiental estratégica que se haya hecho del Plan o Programa del que dicho proyecto se derive.

Especial interés revisten en este punto algunos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, que por ello merecen ser destacados.

Citaremos *dos STJCE*, ambas de 4 de mayo de 2006, dictadas la una en el asunto C-290/03, que tenía por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por la House of Lords (Reino Unido), la otra en el asunto C-508/03, originada por un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino Unido, cuya base fáctica en ambos casos cabe localizarla en la existencia de dos proyectos urbanísticos de unos centros de ocio, uno el proyecto de White City, consistente en un centro comercial y de ocio de aproximadamente 58.000 m², que incluía una nueva carretera principal de enlace, un aparcamiento de 4.500 plazas y una conexión con la red de metro, y el otro el denominado proyecto de Crystal Palace, que comprendía instalaciones recreativas y comerciales (18 salas de cine, galerías, restaurantes) de una superficie de 52.000 m², un aparcamiento de 950 plazas en el techo, así como un aparcamiento en superficie.

En la primera de ellas, la House of Lords albergó dudas acerca de la compatibilidad con el Derecho comunitario del régimen nacional, según el cual sólo cabe efectuar una evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente durante el procedimiento sobre el permiso de construcción en fase de anteproyecto, pero no en el momento de la aprobación posterior de los aspectos reservados (en lo sucesivo, “régimen controvertido en el asunto principal”), razones que le llevaron a suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

“1) La determinación de la “decisión de la autoridad o de las autoridades competentes que confiere al maestro de obras el derecho a realizar el proyecto” (artículo 1, apartado 2, de la Directiva 85/337 [...]), ¿compete exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional que aplica el Derecho nacional?

“2) ¿Exige la Directiva [85/337] que se lleve a cabo una evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente si, tras la concesión de un permiso de construcción en fase de anteproyecto sujeto a la aprobación posterior de los aspectos reservados, sin que se haya realizado una evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente, se considera, cuando se solicita la aprobación relativa a los aspectos reservados, que el proyecto puede tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente debido, en particular, a su naturaleza, dimensiones o localización –artículo 2, apartado 1, de la Directiva [85/337]–?

“3) Cuando:

“a) el Derecho urbanístico nacional prevé la concesión de un permiso de construcción en fase de anteproyecto al inicio del proceso urbanístico y exige que la autoridad competente determine en dicha fase si debe exigirse una evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente con arreglo a la Directiva (85/337);

b) la autoridad competente determina que no es necesario llevar a cabo una evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente y concede un permiso de construcción en fase de anteproyecto sujeto a la aprobación posterior de los aspectos reservados,

“c) cabe impugnar posteriormente dicha decisión ante los órganos jurisdiccionales nacionales, ¿puede el Derecho nacional oponerse, de modo conforme con la Directiva [85/337], a que una autoridad competente exija que se lleve a cabo una evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente en una fase posterior del procedimiento urbanístico?”

La respuesta del Tribunal de Justicia fue del siguiente tenor:

“1) La calificación de una decisión como ‘autorización’ en el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, debe efectuarse aplicando el Derecho nacional de conformidad con el Derecho comunitario.

“2) Los artículos 2, apartado 1, y 4, apartado 2, de la Directiva 85/337 deben interpretarse en el sentido de que exigen que se lleve a cabo una evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente si, en el caso de una autorización que consta de varias etapas, se comprueba, durante la segunda etapa, que el proyecto puede tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente, en particular debido a su naturaleza, dimensiones o localización.”

En la segunda de las sentencias dictadas, de 4 de mayo de 2006, asunto C-508/2003, el Tribunal de Justicia declara que el Reino Unido ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, al resultar incompatible con el Derecho comunitario el régimen nacional según el cual, por lo que respecta a los permisos de construcción en fase de anteproyecto con aprobación posterior de los aspectos reservados, únicamente puede efectuarse una evaluación en la etapa inicial de la concesión de dicho permiso, y no en la etapa ulterior de la aprobación de los aspectos reservados.

En cuanto al fondo, sobre la base de las reglas que disciplinan la carga de la prueba, el Tribunal de Justicia entiende que la Comisión no ha colmado las mismas, al pesar sobre ella la carga de la prueba, toda vez que no puede limitarse a presunciones según las cuales unos proyectos de gran envergadura pueden tener automáticamente repercusiones importantes sobre el medio ambiente sin demostrar, mediante un mínimo de pruebas concretas, que las autoridades competentes cometieron un error manifiesto de apreciación.

Respecto del otro motivo aducido por la Comisión –que según el régimen nacional controvertido, únicamente puede efectuarse una evaluación en la etapa inicial de la concesión de un permiso de construcción en fase de anteproyecto, pero no en la etapa posterior de la aprobación de los aspectos reservados–, el Tribunal valora el argumento de la Comisión en cuya virtud si el Derecho nacional prevé un procedimiento de autoriza-

ción que consta de varias etapas, la Directiva 85/337 exige que, en principio, se pueda efectuar una evaluación en cada etapa de este procedimiento, si se pone de manifiesto que el proyecto en cuestión puede tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente.

Finalmente, el Tribunal concluye que:

“103. En estas circunstancias, del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 85/337 resulta que los proyectos que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente, a efectos del artículo 4 de dicha Directiva, en relación con sus anexos I o II, deben someterse a una evaluación por lo que se refiere a dichas repercusiones antes de que se otorgue la autorización (en varias etapas) (véase, en este sentido, la sentencia de 7 de enero de 2004, Wells, C-201/02, Rec. p. I-723, apartado 42).

“104. A este respecto, el Tribunal de Justicia precisó en la sentencia Wells, antes citada (apartado 52), que, cuando el Derecho nacional prevea que el procedimiento de autorización conste de varias etapas y una de éstas sea una decisión principal y la otra una decisión de ejecución que no puede ir más allá de los parámetros determinados por la decisión principal, los efectos que el proyecto pueda producir en el medio ambiente deben identificarse y evaluarse en el procedimiento de adopción de la decisión principal. Sólo en el supuesto de que los referidos efectos únicamente fueran identificables durante el procedimiento relativo a la decisión de ejecución, la evaluación debería realizarse durante dicho procedimiento.

“105. En el presente caso, el régimen controvertido establece que únicamente puede efectuarse una evaluación de las repercusiones de un proyecto sobre el medio ambiente en la etapa inicial de la concesión de un permiso de construcción en fase de anteproyecto, y no en la etapa ulterior de la aprobación de los aspectos reservados.

“106. Por tanto, dicho régimen es contrario a los artículos 2, apartado 1, y 4, apartado 2, de la Directiva 85/337, en su versión modificada. En consecuencia, el Reino Unido ha incumplido su obligación de adaptar su Derecho interno a estas disposiciones.”

6.4.3. Evaluación de impacto ambiental como acto de trámite: doctrina del Tribunal Supremo

No puede concluirse la presente exposición sin reflexionar acerca de si el régimen jurídico de la evaluación ambiental estratégica concibe la misma, al igual que acontece con la evaluación de impacto ambiental, como un

mero acto de trámite, problema más procesal que sustantivo, que no obstante proyectaría una extraordinaria repercusión en el ámbito de los derechos de los ciudadanos, en cuanto a la imposibilidad de recurrir aquéllas de forma autónoma en vía jurisdiccional.

No se va a entrar aquí en la polémica doctrinal que al respecto se ha suscitado, pues entiendo que la misma ha venido a ser zanjada por la STS de 17 de noviembre de 1998, a partir de la cual se viene a considerar la declaración de impacto ambiental como un acto de trámite (STS de 13 de noviembre de 2002, 25 de noviembre de 2002 y 13 de octubre de 2003).

El Tribunal Supremo, en la sentencia de 17 de noviembre de 1998 (ponente Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez), casando la STSJ de Madrid de 30 de junio de 1997, en la que se enjuiciaba de forma autónoma la declaración de impacto ambiental elaborada sobre el anteproyecto del embalse de Itoiz, llega a la conclusión de que dicha declaración no es sino un acto de trámite inimpugnabile directamente en vía contencioso-administrativa, dado su carácter instrumental o medial respecto de la decisión sustantiva que se adopte en torno al proyecto que la motivó, integrándose en consecuencia dicha declaración de impacto ambiental en el acto autorizatorio del proyecto.

Consecuencia inmediata que se extrae de esta doctrina es que para hacer valer ante la jurisdicción contencioso administrativa determinados derechos que el ordenamiento jurídico reconoce respecto de la declaración de impacto ambiental, habrá de impugnarse el proyecto de autorización de la obra o instalación que motiva la declaración de impacto.

En fin, las anteriores consideraciones realizadas a partir de la EIA podrían trasvasarse sin problemas a la evolución ambiental estratégica, no obstante respecto de la cual, y a los efectos de otorgar una respuesta adecuada, habrán de tenerse en cuenta no sólo la posible interacción de ciertas posiciones discrepantes en torno a la jurisprudencia que conceptuó la EIA como acto de trámite, entre las que destaca el interesante voto particular que el magistrado del Tribunal Supremo, Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate, viene objetando a aquella doctrina desde la STS de 13 de octubre de 2003 (sobre la base de considerar que la declaración de impacto ambiental tiene naturaleza jurídica definitiva en lo que atañe a la tutela ambiental con la finalidad de prevenir y evitar actuaciones perjudiciales para el medio físico y que como tal debe ser susceptible de impugnación independiente tanto en vía administrativa como jurisdiccional), como por la circunstancia de que habrá de ser el legislador autonómico quien en

última instancia establezca el correspondiente proceso de evaluación ambiental con relación a los planes urbanísticos, sin olvidar que ya han existido antecedentes legales [el artículo 38 de la Ley canaria 11/1990, de 13 de julio, de prevención de impacto ecológico, aplicada entre otras, por las STSJ de Canarias (SCr), Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de octubre de 2002], que consideraron como un acto definitivo susceptible de recursos autónomos la declaración que culmina dichos mecanismos preventivos de evaluación.

Influencia de la jurisprudencia comunitaria en materia de contratación pública sobre el urbanismo

Diego Córdoba Castroverde
Magistrado

1. Claves de la aplicación e interpretación del Derecho comunitario: principios y resultados.
2. Contratos excluidos del ámbito de aplicación de las directivas comunitarias.
3. Fijación del umbral cuando los contratos incluyan varias obras.
4. Contratos mixtos.
5. Ente adjudicador.
6. ¿Cabe establecer especialidades por tratarse de obras o actividades enmarcadas en el conjunto de una actuación urbanística?
7. Convenios de colaboración.
 - 7.1. Convenios entre administraciones públicas.
 - 7.2. Encomienda de gestión y contratos "house providing".
 - 7.3. Encomienda de gestión y contratos "house providing".
8. La interpretación funcional en la sentencia del Teatro Scala.
 - 8.1. ¿Existe un contrato para el Derecho comunitario cuando la obligación de urbanizar viene impuesta por una ley nacional?
 - 8.2. Onerosidad. ¿Tiene carácter oneroso un convenio entre la Administración y el titular de la licencia urbanística que le permite realizar una obra a cambio de quedar exonerado de una contribución también impuesta por la ley?
 - 8.3. Condición de contratista.
9. Consideraciones finales.

1. Claves de la aplicación e interpretación del Derecho comunitario: principios y resultados

Para poder analizar la influencia que tiene el Derecho comunitario y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de contratación pública sobre el ámbito urbanístico ha de partirse de la premisa de que el ordenamiento jurídico comunitario se basa en principios y pretende alcanzar unos determinados resultados.

El Derecho comunitario debe aplicarse en todos los estados miembros, pese a que cada uno de ellos opera con instituciones, conceptos y sistemas diferentes, lo cual justifica la especial importancia que tienen los principios y obliga a una interpretación autónoma y uniforme de los mismos, del contexto de la disposición en la que figura y el objetivo que persigue la normativa de que se trate (sentencia de 27 de febrero de 2003, caso Adolf Truley C-373-2000). Ello se manifiesta con meridiana claridad en el Derecho originario, pero también inspira uno de los principales instrumentos normativos del Derecho derivado (las directivas) que obliga al Estado miembro en cuanto al resultado que ha de conseguirse dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios (artículo 249 de la de la CE), lo cual propicia la especial importancia que en la jurisprudencia comunitaria ha tenido la interpretación funcional de sus preceptos, destinada a conseguir el efecto útil. Y esta misma conclusión se obtiene del artículo 10 de la CE, del que se desprende no sólo el deber positivo de adoptar “todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Tratado sino también, y muy especialmente, el deber de abstenerse de toda regulación o actuación que “pueda poner en peligro la realización de los fines” perseguidos por la normativa comunitaria.

La normativa comunitaria sobre contratación pública nace en los años setenta inicialmente vinculada con la libertad de establecimiento y progresivamente se extiende a la libre prestación de servicios, y finalmente se centra en garantizar la competencia efectiva, pues la apertura efectiva de los contratos públicos constituía una de las condiciones fundamentales para la consecución de un mercado común. La garantía de la competencia se considera también fundamental para reducir el coste tanto para las empresas como para los usuarios.

En el conjunto de normas comunitarias sobre contratación pública,¹ se ha producido una notable evolución por reforzar las libertades comunita-

1. Las directivas de la Comunidad Europea en materia de contratos públicos, de manera especial las de 21 de diciembre de 1989 (89/65), 18 de junio de 1992 (92/50) y las dos promulgadas el 14 de junio de 1993 (93/36 y 93/37).

Las directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE han sido derogadas por la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios cuya transposición al Derecho interno debió de producirse antes del 31 de enero de 2006.

rias básicas y el fomento de la competencia de los empresarios en el mercado. De ahí la insistencia comunitaria en subrayar la importancia de los principios de no-discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia y el intento de conseguir un marco común normativo en todos los estados miembros de la Unión Europea que posibilite que quienes quieran acceder a la contratación pública, en cualquiera de los estados, estén en condiciones de igualdad con lo que ello implica en cuanto a la objetividad, publicidad y transparencia en la preparación y adjudicación de los contratos públicos. Ello conlleva que también la interpretación de los diferentes conceptos que operan en materia de contratación pública (ente adjudicador, empresa pública, contrato, onerosidad, convenio de colaboración, etc.), sea siempre funcional y amplia para conseguir los objetivos y resultados propuestos, y que las disposiciones que admitan excepciones a la competitividad, publicidad y libre concurrencia deben ser interpretadas restrictivamente.

Esta idea se convierte en la clave que nos permite entender la jurisprudencia comunitaria y su alcance. Y explica que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas prescinda de la existencia de conceptos o de figuras jurídicas que pretendan, bajo distintos ropajes y denominaciones, apartarse de tales principios y de los objetivos perseguidos, o que no tome en consideración la complejidad o especialidad que alcanza desde la perspectiva interna del Estado miembro una determinada materia, como puede ser el urbanismo, para evitar las garantías comunitarias en contratación.

Esta idea subyace, y en muchas ocasiones se plasma de forma expresa, en toda la jurisprudencia del TJCE cuando aborda los distintos problemas relacionados con el cumplimiento de la normativa comunitaria en materia de contratación y también, como iremos analizando, cuando aborda los problemas de contratación en relación con el urbanismo. Así sucede con el concepto y extensión del poder adjudicador, de los convenios o Administración consensuada, con la extensión del concepto de contrato público, y más específicamente cuando aborda el problema de las especialidades que pudiese presentar las actuaciones enmarcadas en un proceso urbanístico a efectos de entender aplicable la normativa comunitaria en materia de contratación pública.

Es este planteamiento el que he tomado como referencia para abordar el tema de esta intervención "la influencia del Derecho comunitario y su jurisprudencia en materia de contratación sobre el Derecho urbanístico".

2. Contratos excluidos del ámbito de aplicación de las directivas comunitarias

Una primera manifestación, y tal vez la más llamativa, en la búsqueda de la protección de los principios y del respeto de los fines que éstos persiguen, se manifiesta al tiempo de abordar el control comunitario a que pueden verse sometidos los contratos que no superen el umbral cuantitativo fijado en las directivas comunitarias en materia de contratación.

Con carácter general, podría afirmarse que la normativa comunitaria en materia de contratos tan sólo resulta aplicable a aquellos contratos que superan el umbral comunitario y no estén excluidos de la misma por otros motivos (los relacionados con secretos o los que requieren especiales medidas de seguridad) o por estar incluidos en otras directivas específicas. Sin embargo, no resulta descabellado plantearse la incidencia que los principios de transparencia e igualdad de trato en el otorgamiento de los contratos pueden tener respecto de contratos que estén por debajo de ese umbral.²

El TJCE ya ha tenido ocasión de pronunciarse en distintas ocasiones sobre esta materia. En la sentencia de 7 de diciembre de 2000 (Teleaustria y Telefonadress) se afirmó respecto de contratos excepcionados de una directiva que “las entidades contratantes que los celebren están obligadas, no obstante, a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado y, en especial, el principio de no-discriminación por razón de la nacionalidad” (apartado 60). En la sentencia de 18 de noviembre de 1999 (Unitron Scandinavia) se añade que es necesaria una obligación de transparencia que garantice “en beneficio de todo licitador potencial, una

2. En tal sentido, el preámbulo de la Directiva 2004/18/CEE, de 31 de marzo de 2004, señala que: “(2) La adjudicación de contratos celebrados en los estados miembros por cuenta de autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de derecho público está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no-discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia. No obstante, para la adjudicación de contratos públicos por importes superiores a una determinada cantidad, es conveniente elaborar a escala comunitaria disposiciones de coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación que estén basadas en dichos principios, de forma que queden garantizados sus efectos, y abrir a la competencia la contratación pública. Por consiguiente, dichas disposiciones de coordinación deben interpretarse con arreglo a las normas y principios antes mencionados y a las demás normas del Tratado.”

publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación. Y en la sentencia de 13 de octubre de 2005 (Parking Brixen) se afirmaba que la falta de toda licitación no era conforme con los requisitos de los artículos 43 de la CE y 49 de la CE ni con los principios de igualdad de trato, no-discriminación y transparencia. Doctrina reiterada en la sentencia de 20 de octubre de 2005 (Comisión/Francia, Asunto C-264/2003, referida al ámbito urbanístico)³ en la que se afirma que “pese a que determinados contratos no estén comprendidos en el ámbito de aplicación de las directivas comunitarias sobre contratos públicos, las entidades adjudicadoras que los celebren están obligadas, no obstante, a respetar las normas fundamentales del Tratado y en particular el principio de no-discriminación por razón de nacionalidad” y añade “el mero hecho de que el legislador comunitario haya considerado que los procedimientos especiales y rigurosos previstos en las directivas sobre contratos públicos no son adecuados cuando los contratos públicos son de escaso valor no significa que éstos estén excluidos del ámbito de aplicación del Derecho comunitario”.

Ello no implica que tales contratos estén sujetos a las directivas correspondientes, y consecuentemente a los trámites y garantías establecidos en las mismas, pues el ámbito de aplicación de las mismas no los incluye, pero sí parece consagrar el principio de que están sujetos a los principios que inspiran la legislación comunitaria, en especial la no-discriminación por razón de nacionalidad.

Ello ha tenido su reflejo en la legislación española al señalar el artículo 11 de la LCAP que: “1. Los contratos de las administraciones públicas se ajustarán a los principios de publicidad y concurrencia, salvo las excepciones establecidas por la presente Ley y, en todo caso, a los de igualdad y no discriminación.” De forma que puede sostenerse que en el Derecho español se ha optado por un criterio generoso, pero no dejan de plantearse problemas.

Así, la disposición adicional sexta del TRLCAP señala, tras la redacción dada por el Real decreto ley 5/2005, de 11 de marzo, que “Las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público a que se refiere el apar-

3. Se discutía la conformidad o no con la Directiva 92/50/CEE, sobre procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, la previsión legal del Derecho francés referida a la posibilidad de que el titular de la obra pueda encomendar a otra persona la representación delegada en la misma (a modo de mandatario) y determinadas funciones de dirección técnica y asesoramiento administrativo.

tado 1 del artículo 2, para los contratos no comprendidos en él, así como las restantes sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las administraciones públicas o de sus organismos autónomos o entidades de Derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios". Ahora bien, se ha suscitado la duda de si en lo contratos de concesión de obras públicas licitados por sociedades mercantiles públicas tan sólo resultan aplicables los principios de publicidad y concurrencia o también las demás garantías de la TRLCAP.⁴

Por otra parte, este último inciso, "salvo que la naturaleza de la operación sea incompatible con estos principios", incluye una cierta indeterminación que habrá de ser concretada por los tribunales, los cuales deberán tener muy presente que las exclusiones deben recibir una interpretación restrictiva .

El problema fundamental se suscita al intentar determinar hasta dónde alcanza, desde la perspectiva comunitaria, la exigencia del respeto del principio de igualdad que tiene como necesario complemento el de publicidad y concurrencia, en los contratos que no superan el umbral comunitario,⁵ o dicho de otra forma: ¿cuáles son las obligaciones que se imponen al legislador nacional a este respecto?

La duda no parece estar resuelta hasta el momento en el ámbito comunitario al no existir una normativa general que fije los principios y garantías mínimas aplicables a todos los contratos públicos, incluidos aquellos que están fuera del ámbito de aplicación de las directivas. Tampoco el TJCE parece haber dado, hasta ahora, una solución clara al problema, y ello pese a que este tema ya se ha planteado. En tal sentido, la sentencia de 21 de julio de 2005 (asunto CONAME, C-275/98), con relación a contratos excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva, utilizó el Derecho

4. Duda que advierte Miguel Ángel BERNAL BLAY, "Acerca de la transposición de la directivas comunitarias sobre contratación pública", *Revista de Administración Pública*, 168, septiembre-diciembre de 2005, Madrid. Surge de la interpretación conjunta del 2.1 en relación con los artículos 220.1 y 200.5 del TRLCAP.

5. Esta obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la prestación de los servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación [sentencias del TJCE de 7 de diciembre de 2000, en cuestión prejudicial planteada por el Bundesvergabeamt (Austria), asunto C-324/98, y de 13 de octubre de 2005, en decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgericht, Autonome Sektion für die Provinz Bozen (Italia), en el asunto C-458/03].

primario acudiendo a los principios de transparencia, pero no estableció la necesidad de proceder a la convocatoria de una licitación.

La cuestión sigue estando de plena actualidad, puesto que están pendientes de resolverse varios asuntos sobre esta materia: recurso por incumplimiento la Comisión contra Irlanda (C-507/03 y C-532/03) en los que se reprocha al Estado haber adjudicado un contrato de servicios sin publicar ningún anuncio previo. En el mismo sentido, el recurso por incumplimiento de la Comisión contra Finlandia en el caso de un contrato de equipamiento. Y finalmente, el recurso por incumplimiento (Comisión contra Italia)⁶ con enorme trascendencia para el tema que nos ocupa desde una doble perspectiva: al referirse a la materia urbanística y plantearse respecto de la legislación de contratación de un país y no a un contrato en concreto. La Comisión reprocha a la legislación italiana (Ley 109/1994, de 11 de febrero de 1994, Ley marco en materia de contratos públicos): a) la exclusión de los contratos mixtos si las obras accesorias representan más del cincuenta por ciento del precio; b) la atribución directa al titular de una licencia de construcción o de un plan de urbanismo si las actuaciones no superan los topes económicos o umbral comunitario; c) los cauces para adjudicar los trabajos de concepción, dirección y comprobación en los contratos de cuantía inferior a los límites comunitarios; la asunción de la dirección por el autor del proyecto cuando ni la Administración licitadora ni otros entes públicos pueden desempeñarla; d) la forma de asignar labores de comprobación a terceros, y e) el sistema de concesión de las obras financiadas privadamente.

Básicamente, se cuestiona los criterios para que en los contratos mixtos se cumplan las normas comunitarias referentes a la adjudicación y el problema, con mayor interés para el tema que nos ocupa, de si han o no de cumplirse los principios de transparencia y de igualdad de trato al otorgar los contratos de importe menor al umbral fijado en las directivas

3. Fijación del umbral cuando los contratos incluyan varias obras

A la espera de lo que se decida en los asuntos que acabamos de citar, la protección dispensada es diferente dependiendo de que se supere o no el umbral comunitario. Por ello, cobra especial importancia la forma en que ha de determinarse el importe de las obras urbanísticas adjudicadas

6. Asunto C-412/2004, que esta pendiente de las conclusiones del Abogado General.

cuando sean varias, esto es, si para determinar el umbral comunitario ha de atenderse individualmente a cada una de las obras o al conjunto de todas ellas. Pues la simple división o parcelación de las obras urbanísticas permitiría eludir el cumplimiento de esta normativa.

Así, en el asunto Comisión contra Francia (C-16/98), el Abogado General Jacobs, partiendo de que la normativa comunitaria establece que para el cálculo del valor de un contrato de obras será el valor total de la obra. Se entenderá por “obra” el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil que deba cumplir por sí mismo una función económica y técnica, afirma (apartado 72 de sus conclusiones) que:

“El hecho de que los contratos se refieran a un conjunto de operaciones distintas que deben ser realizadas en diferentes puntos en el tiempo y en el espacio (dentro del mismo período de tiempo y la misma zona geográfica) no significa que no deban considerarse como una ‘obra’ única. Si se siguiera este razonamiento, cada operación constituiría una ‘obra’ separada y ni siquiera el Gobierno francés ha sostenido esa tesis. Al contrario, debe considerarse que un conjunto de operaciones que ha de realizarse en un período determinado sobre un grupo de redes que comparten la misma función económica y técnica está destinado a cumplir la misma función económica y técnica. En este contexto, procede recordar que los términos del *arrêté préfectoral* hacen referencia al ‘inventario general de las necesidades del departamento’, formulación que tiende a confirmar esta conclusión.”

La sentencia del TJCE de 5 de octubre de 2000 sostiene que “si bien la existencia de una única entidad adjudicadora y la posibilidad de que una empresa de la Comunidad realice la totalidad de las obras contempladas en los contratos de que se trate pueden constituir, en función de las circunstancias, indicios que corroboren la existencia de una obra en el sentido de la Directiva, no pueden constituir, en cambio, criterios determinantes al respecto. De este modo, la pluralidad de entidades adjudicadoras y la imposibilidad de que una sola empresa realice la totalidad de las obras en cuestión no pueden desvirtuar la existencia de una obra cuando tal conclusión resulte de la aplicación de los criterios funcionales definidos” (apartado 42). Y añade: “Por un lado, cabe concebir que, por razones de carácter administrativo o de otro tipo, un programa de trabajos destinado a la ejecución de una obra, en el sentido de la Directiva, pueda ser objeto de diversos procedimientos cuya iniciativa corresponda a diferentes entidades adjudicadoras. Tal podría ser el caso, por ejemplo, de la

construcción de una carretera que atravesase el territorio de varias entidades locales y en el que a cada una de ellas le incumba la responsabilidad administrativa sobre un tramo de la carretera. En tal supuesto, el objetivo mencionado anteriormente no se alcanzaría si se excluyera la aplicación de la Directiva porque el valor estimado de cada tramo de la obra fuera inferior al umbral.”

4. Contratos mixtos

La regla general en materia urbanística es la existencia de contratos de obras públicas, pero no debe ni puede descartarse la existencia de contratos mixtos en los que junto con la realización de una obra constituya también como objeto del contrato la prestación de servicios o suministros.

El problema se centrará en determinar cuál de las distintas prestaciones que constituyen el objeto del contrato será la preponderante a los efectos de aplicar una u otra normativa comunitaria, que condicionará a su vez las garantías aplicables y la exclusión de ciertos licitadores.

Los criterios utilizados son varios: 1) la posibilidad de combinar las normas aplicables a los distintos contratos, y 2) la determinación del elemento preponderante para sujetarlo a una determinada normativa en su integridad.

El más utilizado es el segundo, por la especial complejidad del primero, si bien no han dejado de existir pronunciamientos que sostienen que en un mismo contrato con prestaciones diferentes, nada impide que estas funciones estén sometidas, eventualmente, a regímenes diferentes (sentencia de 20 de octubre de 2005 Comisión/Francia).

El problema en el segundo de los criterios mencionados se centra en determinar cuál es el elemento preponderante. Algunas directivas ya proporcionan criterios, pero centrándonos en los casos que pudiesen estar relacionados con el ámbito urbanístico, cabe destacar aquellos supuestos en los que siendo el objeto unos servicios se incluyen obras secundarias. Si el contrato tiene por objeto una concesión de una obra pública en todo caso han de respetarse las reglas de publicidad de la Directiva 93/97.⁷ Se opta por utilizar el objeto principal del contrato y en los casos de concurrencia de prestaciones similares la de mayor importe económico. El tema se centra en determinar el objeto principal, esto es, el prevalente. Así, en la sentencia de 14 de abril de 1994 (Gestión Hotelera Internacional), en

7. Según dispone el artículo 3 en relación con el artículo 1, letra d), de la Directiva 93/37.

relación con un contrato de cesión de bienes y de ejecución de obras, se consideró que las obras poseían un carácter accesorio, aunque esta circunstancia debía de apreciarla el juez nacional.

5. Ente adjudicador

El TJCE, en la interpretación del concepto “entidad adjudicadora”, ha optado desde una temprana jurisprudencia (sentencia de 20 de septiembre de 1988, Beentjes) por una interpretación funcional.

Se han incluido en tal concepto las sociedades mercantiles bajo control público siempre que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 1, letra b), párrafo de la Directiva 93/37:⁸

1) Satisfacer unos intereses generales que no tengan exclusivo carácter mercantil.

Como señala Gimeno Feliu,⁹ en un interesante estudio de la jurisprudencia comunitaria en la materia, que aunque se ha presumido la existencia de una exclusiva actividad mercantil cuando el ente adjudicador reviste la forma de sociedad mercantil, la jurisprudencia comunitaria (sentencia de 15 de enero de 1998, Mannesman) indica que si hay una función de interés general, al margen de que la actividad tenga vertientes mercantiles, se produce una *vis atractiva* hacia el interés general. En consecuencia, los entes instrumentales que presten un servicio público se encuentran sometidos al régimen de los contratos públicos, incluso cuando dicha actividad se produce en régimen de libre competencia o respecto de una actividad liberalizada (sentencia del TJCE de 27 de febrero de 2003). Es indiferente que además de cumplir la función de interés general pueda desempeñar también otras actividades.

Utilizando los conceptos de poderes públicos y de empresas públicas, desde una perspectiva funcional, se garantiza la inclusión en las directivas sobre contratación de todas las entidades adjudicadoras que actúen en sectores regulados por ésta, cuando cumplan determinados criterios, sien-

8. Los requisitos acumulativos que han de cumplir son: organismo creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general; que no tengan carácter industrial o mercantil dotado de personalidad jurídica; cuya actividad dependa estrechamente del Estado, de los entes territoriales o de otros organismos de Derecho público (sentencias Mannesmann Anlagenbau Austria y otros y la de 15 de mayo de 2003 Comisión /España C-214/2000).

9. José M^º. GIMENO FELIU, “La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española”, Thomson-Civitas, Madrid, 2006.

do a este respecto indiferente las formas y el régimen jurídico de dichas entidades (sentencia de 16 de octubre de 2003 Comisión/España C-283/2000 y sentencia de 13 de enero de 2005, Comisión/España C-84/2003). Por lo que se ha considerado¹⁰ que la aplicación de la disposición adicional del TRLCAP es residual tan sólo para las sociedades mercantiles que no entren, desde un punto de vista funcional, en el concepto de ente adjudicador.

Así, para atender a la existencia o ausencia de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil, ha de apreciarse teniendo en cuenta todos los elementos jurídicos y fácticos pertinentes, tales como las circunstancias que hayan rodeado la creación del organismo de que se trate y las condiciones en que ejerce su actividad, incluidas, en particular, la falta de competencia en el mercado, la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no-asunción de los riesgos derivados de dicha actividad, así como la eventual financiación pública de la actividad de que se trate.¹¹ La ausencia de riesgo empresarial se tiene así como un dato determinante de que se trata de un ente adjudicador.

2) Financiación mayoritariamente pública.

Mayoritariamente significa más de la mitad, y para ello han de tomarse en consideración la totalidad de los ingresos, incluidos los que resultan de una actividad mercantil.

3) Control final en la toma de decisiones.

No lo es un control a posteriori, sino que se requiere el control de las cuentas anuales, la posibilidad de intervenir en su gestión y que los poderes públicos estén autorizados a visitar los locales de las empresas y éstas obligadas a informar de sus resultados.

6. ¿Cabe establecer especialidades por tratarse de obras o actividades enmarcadas en el conjunto de una actuación urbanística?

La norma general es que cuando no exista normativa comunitaria específica en una materia¹² la competencia para regular el régimen de la propiedad corresponde, según dispone el artículo 295 de la CE, a los estados miembros. ¿Quiere ello decir que la legislación nacional que se dicte en

10. José M^a. GIMENO FELIU, "La nueva contratación...", *vid. supra*.

11. Sentencia Adolf Truley, antes citada.

12. No existe tal normativa comunitaria en materia urbanística pese a que, conforme al artículo 175.2 del TUE (texto consolidado), la Comunidad podría establecer medidas de ordenación territorial y de utilización del suelo.

materia de urbanismo no puede ser controlada por el TJCE al tratarse de una competencia de los estados miembros?

La respuesta ha de ser negativa, pues como el propio TJCE ha señalado en distintas sentencias,¹³ “aunque el régimen de propiedad inmobiliaria sigue siendo competencia de cada uno de los estados miembros en virtud del artículo 295 de la CE, esta disposición no sustrae dicho régimen de las normas fundamentales del Tratado”.

Ello quiere decir que si bien las normas urbanísticas son, en principio, de la competencia de cada uno de los estados miembros, dicha normativa no está sustraída del control del TJCE para detectar el incumplimiento que las mismas o su aplicación pudiesen tener sobre los principios del Derecho primario y, eventualmente sobre las normas de Derecho derivado destinadas a regular otras materias, en este caso, las materias de contratación pública. Lo contrario, como fácilmente se advierte, permitiría incumplir el Derecho comunitario, so pretexto de legislar una materia de competencia propia.

Así ha tenido ocasión de señalarlo expresamente el TJCE cuando se ha enfrentado con la alegada especialidad del Derecho urbanístico para justificar un tratamiento independiente en la realización directa de obras de urbanización enmarcadas en un conjunto de actuaciones complejas con reglas propias y que persiguen una finalidad específica. El TJCE ha rechazado que ello pueda constituirse como una excepción a la aplicación de las directivas en materia de contratos. Así, en la sentencia de 12 de julio de 2001, “Teatro Scala”, se afirmó (apartado 66) que “la circunstancia de que la disposición de Derecho nacional que prevé la realización directa de las obras de urbanización forme parte de un conjunto de reglas en materia de urbanismo que tiene características propias y que persigue una finalidad específica, distinta de la de la Directiva, no basta para excluir la realización directa del ámbito de aplicación de la Directiva, cuando se cumplen los requisitos exigidos para incluirla en dicho ámbito”.

Es más, al tiempo de efectuar dicho control se opta por una aplicación flexible, no apegada al tenor literal de los preceptos, sino aquella en la que se intenta indagar si la norma en cuestión respeta la finalidad perseguida. Resulta revelador a este respecto las afirmaciones del Abogado

13. Sentencias de 1 de junio de 1999, caso Konlecs-302/97; sentencia de 6 de noviembre de 1984, caso FEARON, C-182-83.

General Léger en el asunto del Teatro Scala: “Para determinar si resulta admisible no aplicar los procedimientos de adjudicación de contratos públicos previstos por la Directiva en un caso como el del asunto principal, debe delimitarse el ámbito de aplicación material de este texto legal, a la luz de sus objetivos.”

Se trata, en definitiva, de evitar que los estados miembros, acogidos a la especialidad y complejidad de una determinada materia, o incluso alegando hacer uso de sus competencias propias, puedan establecer mecanismos y regulaciones que incumplan el Derecho comunitario en otro ámbito, en especial los principios que lo inspiran, evitando así alcanzar el resultado perseguido por dichos principios. Esta preocupación ya la puso de manifiesto el Abogado General Léger en sus conclusiones del caso del Teatro Scala al señalar el peligro que representaría “la multiplicidad de legislaciones análogas en los estados miembros lleve a privar de efecto a la normativa comunitaria de contratos públicos”, y el peligro de que “Los estados miembros pueden verse tentados a incluir en su legislación de urbanismo categorías enteras de obras públicas al objeto de substraerlas al Derecho comunitario de los contratos públicos, considerado restrictivo y costoso tanto en tiempo como en dinero”.

7. Convenios de colaboración

La frecuente utilización de los convenios en materia urbanística responde a una nueva concepción en la que se ha llegado a sostener que la tradicional afirmación de que el urbanismo es una función pública reservada al Plan no responde a la realidad actual, pues la decisión de por dónde debe discurrir el crecimiento de la ciudad, cuándo debe hacerlo o dónde situar las actividades y servicios, aparece hoy en día más que como una decisión del planeador como una resultante de un conjunto de actividades estrictamente privadas y de convenios con la Administración.¹⁴

Con ser exagerada esta afirmación, no puede negarse que los convenios urbanísticos han pasado a ocupar un papel relevante en la actividad administrativa en materia urbanística, de modo que la actuación unilateral ha sido en gran parte desplazada a los supuestos en los que no exista convenio. Curiosamente, sin embargo, la regulación sobre los convenios urbanísticos es muy escasa.

14. Raúl BOCANEGRA en el prólogo a la obra *Los convenios urbanísticos*, de Alejandro Huergo Lora. Serie Claves del Gobierno Local, 5. Fundación Democracia y Gobierno Local. ISBN: 978-84-612-1516-4

El auge de esta figura jurídica se encuentra en el elevado grado de discrecionalidad de las potestades urbanísticas, especialmente en materia de planeamiento, que permite a la Administración generar grandes plusvalías de las que dependen múltiples intereses económicos, por lo que los afectados están interesados en negociar con la Administración y ésta, a su vez, con aquéllos debido a la insuficiencia financiera y de gestión de las corporaciones locales, lo que las lleva a buscar la colaboración de los particulares, tanto en su modalidad de convenios de planeamiento como y con especial relevancia para el caso que nos ocupa mediante los convenios de gestión y ejecución.

Mucho se ha escrito sobre la naturaleza de los convenios de colaboración, en general, para negar el carácter contractual de los mismos. En nuestro marco normativo interno (artículo 3.1 de la LCAP), y jurisprudencial (STS de 18 de febrero de 2004, recurso 6693/2001), el convenio de colaboración aparece como negocio jurídico sustraído a las reglas legales aplicables al contrato administrativo y por ello ajeno a los principios de competitividad, publicidad y libre concurrencia, propios del campo de la contratación administrativa.

Algunos autores¹⁵ apuntan que la diferencia con los contratos se encuentra en que estos últimos se encuentran en el ámbito del mercado, en la concurrencia de demandantes y oferentes, mientras que los convenios son ajenos a cualquier actividad de mercados. Otros autores consideran que los convenios se realizan *intuitu personae* y otros en la falta de onerosidad o de equivalencia de prestaciones si no mera colaboración en la adquisición de un fin común.

Al tiempo de analizar la denominada “administración consensual”, destinada a favorecer los procedimientos negociados y más específicamente en el marco de una actuación urbanística, el problema se plantea en torno a si la utilización de estos mecanismos permite prescindir de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras cuando la ejecución de un plan de urbanización requiere la realización de obras públicas.

Las directivas comunitarias en materia de contratación comprenden dentro de su ámbito de aplicación a los contratos públicos de obras que tengan las siguientes características: contrato a título oneroso celebrado por escrito entre, por una parte, un contratista o proveedor, y, por otra, una entidad adjudicadora en el sentido del artículo 1.b) de dichas directivas que tenga por objeto la ejecución de una obra.

15. Ávila Orive.

Desde la perspectiva del Derecho español, el TRLCAP resulta aplicable a “los contratos que celebren las administraciones públicas (artículo 1.1), si bien quedan fuera del ámbito de la misma tanto los convenios con otras administraciones públicas y entidades públicas [artículo 3.1.c)] como con los particulares [3.1.d)]”.

7.1. Convenios entre administraciones públicas

Con relación a los primeros, se establecía que quedan fuera del ámbito de la presente Ley “los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las comunidades autónomas, las entidades locales, sus respectivos organismos autónomos y las restantes entidades públicas o cualquiera de ellos entre sí” [artículo 3.1.c) del TRLCAP, Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio]. La Comisión interpuso recurso de incumplimiento contra España¹⁶ al considerar que esta exclusión absoluta no constituía una adaptación correcta al Derecho interno de las directivas 93/36 y 93/37, puesto que algunos de los convenios de colaboración pueden tener la misma naturaleza que los contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de éstas. La Comisión invocaba la jurisprudencia¹⁷ en la que se considera que para determinar la existencia de un contrato es necesario comprobar si ha existido un convenio entre dos personas distintas, considerando sobre la base de esta jurisprudencia que los acuerdos de colaboración interadministrativos pueden ser contratos en el sentido de las directivas antes citadas.

El TJCE, en sentencia de 13 de enero de 2005, consideró que para aplicar tales directivas de contratación basta, en principio, que el contrato haya sido celebrado entre un ente territorial y una persona jurídicamente distinta a éste, excluyéndose los supuestos de gestión directa o aquellos asimilados a ésta en la jurisprudencia comunitaria,¹⁸ para lo que se requiere que “el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan (sentencia Teckal apartado 50)”, solución que era por entero predicable a los acuerdos interadministrativos cuando cumplan estos requisitos. Por todo ello, el TJCE consideró que dado que la ley española “excluye a prio-

16. Sentencia 13 de enero de 2005, Comisión/España, asunto C-84/2003.

17. Sentencia de 18 de noviembre de 1999, Teckal, asunto C-107/98 (apartado 49).

18. Así lo pone de manifiesto la sentencia de 20 de octubre de 2005 (Comisión/Francia).

ri del ámbito de aplicación del Texto refundido las relaciones entre administraciones públicas, sus organismos públicos y, en general, las entidades de Derecho público no mercantiles, sea cual sea la naturaleza de estas relaciones, la normativa española [...] constituye una adaptación incorrecta del derecho interno a las directivas 93/36 y 93/37”.

Esta sentencia es muy importante por varias razones: en primer lugar porque, con apoyo en jurisprudencia anterior, prescinde de las diferencias entre convenios de colaboración y contratos para sujetarse a una interpretación funcional referida al objeto y prestaciones del mismo; en segundo lugar, por cuanto no excluye los convenios de colaboración interadministrativos, salvo cuando el ente adjudicador ejerza un control sobre la entidad o sociedad pública con la que contrata, equiparable al control directo sobre sus servicios y por lo tanto asimilable casi a la gestión directa y siempre que dicha sociedad realice la mayor parte de su actividad con el ente que la controla y no con terceros.

Se descarta así la idea, muy arraigada en nuestro Derecho, de que los convenios entre la Administración y los entes públicos por ella creados no son contratos y, por lo tanto, ajenos a los procedimientos y garantías establecidos por la normativa comunitaria, para atender a una interpretación funcional de la relación existente ente la Administración y el ente público de ella dependiente (evitando así la huida de las normas de contratación comunitarias mediante la simple creación de entes o sociedades de capital público pero que operan de forma independiente y autónoma) o con otra Administración pública.

Esta jurisprudencia obligó a modificar, de nuevo, nuestra legislación por vía de urgencia. Así, se dictó el Real decreto ley 5/2005, de 11 de marzo, en el que se establecía que “Los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las comunidades autónomas, las entidades locales, sus respectivos organismos autónomos y las restantes entidades públicas o cualquiera de ellos entre sí, siempre que la materia sobre la que verse no sea objeto de un contrato de obras, de suministro, de consultoría y asistencia o de servicios, o que siendo objeto de tales contratos su importe sea inferior, respectivamente, a las cuantías que se especifican en los artículos 135.1, 177.2 y 203.2”.

A tenor de esta jurisprudencia del TJCE, ha dejado de tener importancia la denominación que quiera darse a la forma convencional adoptada o el hecho de que ésta se entable con otra Administración pública o un ente de ella dependiente, para entender aplicable el procedimiento y las garantías

sobre contratación pública contenidas en el Derecho comunitario, siempre que se cumplan los requisitos en ella contemplados. De ahí que se contraexcepcionen, y consecuentemente se sometan a la normativa sobre contratación pública, aquellos convenios que cuyo objeto coincida con alguno de los contratos típicos. Nótese, sin embargo, que la nueva redacción del precepto no incluye en dicha contraexcepción a los contratos de concesión de obras públicas, lo cual puede plantear problemas y nuevos pronunciamientos del TJCE, a tenor de la jurisprudencia existente sobre los contratos mixtos y, por otra parte, excluye aquellos que estén por debajo del umbral cuantitativo comunitario, con la problemática antes referida.

7.2. Encomienda de gestión y contratos “house providing”

Para paliar el efecto de la inclusión de los convenios interadministrativos o con entes públicos dependientes procedentes de la jurisprudencia comunitaria, se introdujo en el Derecho español una nueva exclusión de la Ley de contratos (artículo 3.L) referida a “Las encomiendas de gestión¹⁹ que se realicen a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración pública”.

Tampoco la naturaleza contractual de las encomiendas de gestión es pacífica en nuestra doctrina. Algunos opinan que el contenido económico que conlleva determina su naturaleza contractual y otros consideran que la encomienda tiene una causa gratuita, por lo que no cabe equipararla con los contratos administrativos. La encomienda a favor de entidades mercantiles implica, según Bernal Blay,²⁰ una contraprestación económica y por lo tanto les atribuye un carácter contractual. Y en el caso de que se realice a favor de un órgano o entidad de distinta Administración que la encomendante es necesario la firma de un convenio entre ambas entidades. Es más, en el caso de que se realice a favor de personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho privado, no basta un convenio, sino que el artículo 15.5 de la LRJPAC, debiendo ajustarse a la legislación de contratos de las administraciones públicas.

Se trata de evitar que queden sometidos a las reglas de la concurrencia y la competencia los llamados contratos “in house providing” o contratos de autoprovisión realizados por un ente que no tiene autonomía respec-

19. La encomienda de gestión esta regulada en el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

20. Miguel Ángel BERNAL BLAY, “Las encomiendas de gestión excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de contratos de las administraciones públicas. Una propuesta de interpretación del artículo 3.1.1)”, *Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo*, 129, enero-marzo de 2006.

to del poder adjudicador. Pero lo cierto es que la exclusión no cumple con las exigencias de la jurisprudencia comunitaria:

a) En primer lugar, por cuanto dicho precepto tan sólo exige que el capital pertenezca totalmente a la Administración pública, pero no hace referencia alguna a que el ente adjudicador tenga un control sobre esta entidad análogo al que tiene sobre sus propios servicios como exige la jurisprudencia comunitaria antes citada.

Por otra parte, algunas comunidades autónomas han considerado como tales encomiendas de gestión las realizadas a sociedades con participación pública mayoritaria y no total. El TJCE (sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle, y más recientemente la sentencia de 13 de octubre de 2005, asunto parking Brixen) ha señalado que la participación aunque sea minoritaria de una empresa privada en el capital de una sociedad excluye que la entidad adjudicadora pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (apartado 49).

b) En segundo lugar, por cuanto no se contempla la exigencia de que la actividad principal tenga como destinatario ese poder adjudicador concreto.

c) Tampoco incluye la excepción contenida en el apartado tercero del artículo 3 para los convenios interadministrativos, es decir, que la exclusión de la Ley de contratos sólo opera cuando “la materia sobre la que verse no sea objeto de un contrato de obras, de suministro, de consultoría y asistencia o de servicios, o que siendo objeto de tales contratos su importe sea inferior, respectivamente, a las cuantías que se especifican en los artículos 135.1, 177.2 y 203.2”, lo cual plantea el problema de los convenios con sociedades de capital totalmente público y perteneciente a la Administración que lo celebra y en el que la prestación se realice mayoritariamente a su favor, pero su objeto forma parte de uno de los contratos públicos y se hace a cambio de un precio.

Resulta significativo, en tal sentido, aunque no aparezca referido al ámbito urbanístico, el asunto planteado ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que ha motivado el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJCE.²¹ En dicho recurso se impugnaba un convenio de colaboración suscrito entre un ministerio y la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, SA (sociedad estatal

21. Lo plantea la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional por auto de 15 de marzo de 2006, en el recurso 409/2003.

de capital enteramente público) para la prestación de servicios postales y telegráficos que excedían del ámbito de los servicios reservados. La prestación de los servicios objeto del convenio no se sacaron a concurso público, celebrándose directamente el convenio entre ambas entidades. La Administración consideró que no había celebrado contrato alguno sino que se trataba de un convenio de colaboración amparado en la existencia de una disposición legal que expresamente contemplaba la posibilidad de celebrar convenios de colaboración con este objeto que, consiguientemente, estaban excluidos de la Ley de contratos en aplicación del artículo 3.1 del Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas.

Dicha disposición legal se contenía en el párrafo quinto del apartado segundo del artículo 58 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, en cuya virtud “Las administraciones públicas podrán celebrar *convenios de colaboración* a los que se refiere el artículo 3 del Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, con la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima, *para la prestación de las actividades propias de su objeto social*”. De forma que la habilitación legal contenida en el artículo 58 de la Ley 14/2000 establecía, por remisión al artículo 3 de la LCAP, la posibilidad de celebrar convenios de colaboración en sectores anteriormente excluidos del ámbito de aplicación de esta figura negocial, como era el caso de los servicios postales, y, consecuentemente, entiende la Administración demandada, con ello se permitía que la adjudicación se efectuara al margen de los principios de publicidad y concurrencia ya que normativamente se comprendía sin limitación alguna y “para la prestación de las actividades propias de su objeto social”.

7.3. Encomienda de gestión y contratos “house providing”

Convenios de colaboración con particulares

Con relación a los convenios de colaboración suscritos con particulares, el TRLCAP dispone que también quedan excluidos de la Ley “los convenios de colaboración que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales” [artículo 3.d) del Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto

refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas]. Este último inciso obedece, tal como acertadamente ha señalado algún autor,²² al hecho de que se trate de convenios suscritos con particulares en los que el legislador no goza de libertad para establecer qué convenios van a quedar o no comprendidos en el ámbito de aplicación de las directivas comunitarias en materia de contratación.

En efecto, no está en la disponibilidad del legislador nacional qué negocios jurídicos quedan excluidos de las normas comunitarias de contratación, cuando reúnen los requisitos establecidos en las mismas, pues en caso contrario el legislador nacional se superpondría a las normas comunitarias, lo cual resulta contrario al principio de supremacía. El principio básico es que las disposiciones que autorizan excepciones a las normas que pretendan garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado CE en el sector de los contratos públicos, son de interpretación estricta, y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción a dichas normas incumbe a quien quiera beneficiarse de ella (sentencia del TJCE de 10 de abril de 2003, Comisión/Alemania, asuntos acumulados C-20/01 y C-28/01).

Se trata de evitar que por la vía de los convenios de colaboración se huya de la aplicación de la Ley en relaciones que pueden perfectamente articularse por vía de los contratos administrativos.

Otro supuesto controvertido en relación con el ámbito urbanístico, esta vez surgido en Francia, han sido los contratos de mandato por ente adjudicador a un tercero, persona pública y privada, para que la represente en la obra y ejerza sus funciones como titular de la obra (que incluye funciones de representación o mandato y eventualmente de dirección y asesoramiento técnico y administrativo en la misma). Se cuestiona si el mandatario participa en una función de interés general y no puede considerarse un prestador de servicios.

El Gobierno francés considera que tal contrato de mandato, aun a título oneroso, está excluido de las directivas comunitarias en materia de contratación. El tema, referido al Derecho urbanístico, se aborda en la sentencia de 20 de octubre de 2005 (Comisión/Francia). Al hilo de esta sentencia, se analiza la autonomía del prestador de los servicios para poder ser considerado beneficiario de una cesión del poder público, afirmando

22. Marcos VAQUER CABALLERÍA, "La fuente convencional, pero no contractual, de la relación jurídica entre el agente urbanizador y la Administración urbanística", *Documentación Administrativa*, 261-262 (septiembre de 2001-abril de 2002), p. 237.

que el mandatario no tiene suficiente autonomía, pues actúa previa aprobación del titular de la obra. En cuanto al pago de remuneraciones a los prestadores y a los contratistas, la financiación la asegura el titular de la obra, por lo que tampoco tiene margen de maniobra. Finalmente concluye que tanto las funciones de asesoramiento como las de representación del titular de la obra están comprendidas en la Directiva comunitaria sobre adjudicación de contratos públicos de servicios.

El TJCE también ha señalado que los contratos de mandato celebrados entre una entidad adjudicadora y su abogado están comprendidos en la Directiva referida a los contratos de prestación de servicios.

8. La interpretación funcional en la sentencia del Teatro Scala

Una vez analizados algunos de los aspectos más relevantes de la jurisprudencia comunitaria en materia de contratación que pueden tener una incidencia directa sobre el urbanismo, es preciso tratar la sentencia que puede ser considerada el pronunciamiento más importante en la materia. Naturalmente, me estoy refiriendo a la sentencia de 12 de julio de 2001 (asunto *Odine degli Architetti*, y que nosotros conocemos como sentencia del Teatro Scala), que resolvía una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Administrativo Regional de Lombardía referente a la incompatibilidad con la Directiva comunitaria sobre contrato de obras de una normativa nacional que encomienda la ejecución de los trabajos públicos de urbanización al titular de una licencia o de un proyecto urbanístico, como compensación a las obras que la licencia o el proyecto autorizan. En definitiva, se planteaba si la ejecución de la obra urbanizadora por quien determina la ley, a cambio de quedar exonerado de la contribución que la misma ley impone, es un contrato público de obras en el sentido de la Directiva.

Sentencia que ha motivado reacciones muy críticas por parte de un sector de la doctrina española²³ y otras que consideran que la doctrina contenida en la misma no resulta aplicable al ordenamiento urbanístico español,²⁴ aunque no han faltado tampoco otras opiniones menos críticas

23. Tomas Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "La sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001 (asunto 'proyecto Scala 2001') y su impacto en el ordenamiento urbanístico español", *Documentación Administrativa*, 261/262 (septiembre 2001-abril 2002).

24. Luciano PAREJO ALFONSO, "La cuestión de inconstitucionalidad de la figura urbanística del 'urbanizador' en su concreta versión original, la de la legislación valenciana", en la misma revista de *Documentación Administrativa* antes citada.

y más favorables que han considerado que la Administración tiene la obligación de respetar los procedimientos administrativos de contratación cada vez que celebra un contrato público de obras de urbanización, independientemente del *nomen iuris* que se le dé.²⁵

Para ello se enfrentó con distintos problemas: ¿existe un contrato sometido a la normativa comunitaria de contratación pública cuando no hay libertad de elección del contratista, dado que la ley nacional predetermina el obligado a realizar las obras de urbanización?, ¿tiene carácter oneroso un convenio entre la Administración y el titular de la licencia urbanística que le permite realizar una obra a cambio de quedar exonerado de una contribución también impuesta por la ley?

Analicemos estas cuestiones y la respuesta que le ha dado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

8.1. ¿Existe un contrato para el Derecho comunitario cuando la obligación de urbanizar viene impuesta por una ley nacional?

El TJCE en la citada sentencia al abordar esta cuestión consideró (apartado 71) que “Es verdad que la Administración municipal no tiene la posibilidad de elegir a su cocontratante, porque, según establece la ley, esta persona debe ser necesariamente el propietario de los terrenos que se van a urbanizar. Sin embargo, dicha circunstancia no basta para excluir el carácter contractual de la relación que se establece entre la administración municipal y el urbanizador, puesto que el convenio de urbanización celebrado entre ambos determina las obras de urbanización que el encargado de ejecutarlas debe realizar en cada caso, así como los requisitos correspondientes, incluida la aprobación de los proyectos de dichas obras por el ayuntamiento. Además, en virtud de los compromisos adquiridos por el urbanizador en dicho convenio, el ayuntamiento dispondrá de un título jurídico que le garantizará la disponibilidad de las obras de que se trate, a los efectos de su afectación pública”.

25. Julio C. TEJEDOR BIELSA, “Contratación de la obra pública urbanizadora y sistema de compensación. La STJ de 12 de julio de 2001”, *Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo*, 112, octubre-diciembre 2001. En la misma línea también, ASIS ROIG, “Características de la función urbanizadora”, en esta misma revista. Otros autores como Marcos VAQUER CABALLERÍA, “La fuente convencional, pero no contractual, de la relación jurídica ente el agente urbanizador y la Administración urbanística”, en la misma revista, tiene posiciones mucho más matizadas y favorables respecto de la aplicación del Derecho comunitario a tales convenios aunque niegue su carácter contractual.

La sentencia, finalmente, acude para resolver este problema al fin propuesto, esto es, a los resultados que persigue la normativa comunitaria, afirmando que “Procede añadir que esta interpretación se ajusta al objetivo primordial de la Directiva que, como se ha precisado en el apartado 52 de esta sentencia, es la apertura de los contratos públicos de obras a la concurrencia de ofertas. En efecto, la apertura a la concurrencia de ofertas comunitarias conforme a los procedimientos previstos por la Directiva garantiza la inexistencia de riesgo de favoritismo por parte de las autoridades públicas. Por consiguiente, el hecho de que las autoridades públicas no tengan la posibilidad de elegir a su cocontratante no puede, por sí sólo, justificar que no se aplique la Directiva, porque dicha eventualidad llevaría a excluir de la concurrencia de ofertas comunitarias la realización de una obra a la que, en otro caso, se aplicaría la Directiva”.

Esta decisión ha sido muy criticada en la doctrina española, al considerar que cuando la obligación de urbanizar, esto es, de realizar la obra pública, viene impuesta por la ley nacional no estamos ante un contrato sino ante un convenio de colaboración cuyo objeto es determinar la forma de cumplimiento de una obligación preexistente, en este caso, de origen legal. Afirmación coincidente, por otra parte, con la manifestada por el Abogado General Léger en las conclusiones de este caso, en las que afirmaba que cuando sea la ley la que designa al operador llamado a realizar las obras de urbanización no existe propiamente una relación contractual, al faltar “un elemento esencial de la relación contractual: la facultad de elegir al cocontratante”, de donde resulta que tales obras deben ser ejecutadas por quienes sean propietarios en el momento de la concesión de la licencia urbanística, por lo que, a juicio del Abogado General, “la falta de posibilidad de elección de la persona encargada de las obras de urbanización reduce considerablemente los riesgos de discriminación creados por las entidades adjudicadoras cuando pretenden favorecer a los operadores económicos nacionales o locales”, y añade más adelante que “las formalidades procedimentales del Derecho comunitario de los contratos públicos sólo se justifican si las entidades adjudicadoras disponen de un margen de apreciación para designar a los operadores económicos. En caso contrario, estas precauciones se verían privadas de la justificación que constituye el riesgo de menoscabo de las libertades de circulación y competencia. No olvidemos que libertad de elegir significa libertad de discriminar”.

Profundizando en este razonamiento, no se aplicaría la normativa comunitaria en materia de contratación cuando: las obras de urbanización las gestiona directamente la Administración por cuanto no hay otra parte; cuando la ley designa quién ha de realizarlas, pues según esta tesis no habría relación de libertad de elección y, por lo tanto, no existiría relación contractual, y cuando es el promotor obligado a realizar las obras de urbanización y éste elige libremente al contratista, pues estaríamos ante una relación jurídico-privada. La aplicación de las normas comunitarias en el ámbito urbanístico quedaría reservada tan sólo para los casos en los que la Administración tuviese libertad de elegir al contratista para realizar las obras de urbanización o capacidad para influir en el promotor para determinar la elección del contratista que las va a realizar. No comparto esta opinión.

Coincido con Joaquín Huelin²⁶ cuando afirma que el Derecho comunitario en cuanto proporciona el concepto de obra, de contrato de obras y de concesión de obras públicas los convierte en “naciones de Derecho comunitario cuyo contenido y alcance deber ser precisado desde el ordenamiento de la Unión, en función de sus necesidades estructurales propias, en la medida en que requieren una interpretación uniforme de todos los estados miembros. En otras palabras, no han de ser explicadas sólo con las categorías propias de los derechos nacionales, sino, esencialmente, en atención a la razón de ser de la armonización procedimental que persiguen las directivas comunitarias”. También coincido con este autor cuando afirma que “el criterio de interpretación teleológico, al servicio de la finalidad perseguida por la Directiva sobre contrato de obras, está presente a lo largo de la motivación de la sentencia [...] y que le conduce a afirmar que para apreciar la existencia de un contrato público de obras, los elementos que integran el concepto deben ser interpretados de manera que se garantice que la eficacia de la norma comunitaria no quede menoscabada”.

Pero son precisamente estas mismas razones las que me llevan a disprepar de la conclusión obtenida por este autor y otros más cuando nie-

26. HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, Joaquín, “Las obras de urbanización y los contratos públicos de obras. A propósito de la sentencia Scala 2001”, *Cuadernos de Derecho Local*, 4, febrero de 2004. Por otra parte, así lo ha declarado el TJCE en numerosas sentencias acudiendo a la idea de “concepto de Derecho comunitario” para indicar que una determinada noción contenida en una norma emanada de las instituciones de la Unión no ha de ser interpretada desde las singularidades de un sistema nacional, sino desde las exigencias propias del ordenamiento jurídico de la Comunidad. En tal sentido, sentencias Rockfon, de 7 de diciembre de 1995 (C-449/93); Burati, de 16 de enero de 1997 (C-273/95); Ertanir, de 30 de septiembre de 1997 (C-98/96 o Design Concept, de 5 de junio de 2003 (C-438/2001), entre otras muchas.

gan que en el supuesto enjuiciado existiese un contrato, desde la perspectiva comunitaria, dado que no puede hablarse de tal cuando es la ley nacional la que impone dicha obligación y consiguientemente no existe libertad de elección.

Esta postura resulta acertada desde la perspectiva del Derecho interno en cuanto existe un régimen jurídico diferente entre las obligaciones impuestas por la ley y los contratos, pero, a mi juicio, pierde sentido cuando dicha normativa se analiza desde la lejanía del Derecho comunitario para interpretar una noción de Derecho comunitario que trata de buscar unos resultados y en donde la interpretación funcional o teleológica resulta decisiva. En efecto, si es la Ley la que, mediante el establecimiento de dicha carga u obligación, sustrae determinadas relaciones jurídicas de la contratación pública será la ley nacional la que contravendrá la normativa comunitaria y los convenios amparados en la misma infligirán en igual medida que la Ley la normativa comunitaria que deberá ser aplicada prioritariamente (principio de primacía).

El hecho de que el legislador nacional haya impuesto determinadas obligaciones sustrayéndolas de la libertad contractual no puede constituirse como un mecanismo para incumplir los objetivos y fines pretendidos en el Derecho comunitario. Sería muy fácil para los distintos estados miembros establecer obligaciones legales, cargas o simplemente sustraer determinadas relaciones jurídicas del ámbito de la contratación pública.²⁷ Por otra parte, la utilización de la figura del convenio de colaboración, en cuanto figura jurídica diferente a los contratos, tampoco modifica esta conclusión, tal como he tenido ocasión de exponer anteriormente, a la luz de la jurisprudencia comunitaria en este punto.

8.2. Onerosidad. ¿Tiene carácter oneroso un convenio entre la Administración y el titular de la licencia urbanística que le permite realizar una obra a cambio de quedar exonerado de un contribución también impuesta por la ley?

También el concepto de onerosidad o contraprestación económica ha sido interpretado de forma flexible y funcional. Así, la contraprestación no

27. Conviene recordar que la antigua Ley de contratos del Estado de 1965 dejaba al margen de los contratos los "exceptuados por una ley", y este inciso fue declarado incompatible con el Derecho comunitario por sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de noviembre de 1993.

necesariamente ha de consistir en el pago de una cantidad de dinero sino también en la compensación o exoneración de una carga que estaba obligado a cumplir, cualquiera que sea la naturaleza de ésta, fiscal o de otra índole. Poco le importa al Derecho comunitario la naturaleza que se atribuya a la carga u obligación cuya obligación se suprime por la realización de la obra, pues de nuevo nos enfrentaríamos con la maraña de legislaciones nacionales que dotan a las cargas derivadas del urbanismo de naturalezas diferentes, lo que dejaría en manos del legislador nacional el cumplimiento efectivo de este requisito.

También se argumentó sobre la ausencia de onerosidad, para justificar la exclusión de estas relaciones del marco de la contratación pública, basándose en que la legislación italiana establecía la obligación de los titulares de la licencia a comprometerse a realizar dicha obra pública con “imputación a cuenta” del pago de la contribución adeudada. De forma que la contribución debida por ley podía ser pagada en metálico o compensada mediante la ejecución directa de las obras de urbanización. Regulación que no difiere notablemente del caso español, en el que el propietario del suelo no consolidado o urbanizable está legalmente obligado, entre otras cosas, a costear o en su caso a ejecutar la urbanización [artículos 14.2.e) y 18.6 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, LRSV].²⁸

El TJCE coincidiendo con el tribunal italiano que planteo la cuestión considera que “el titular de una licencia urbanística o de un plan de urbanización aprobado que realiza las obras de urbanización no efectúa ninguna prestación a título gratuito, puesto que queda liberado de una deuda del mismo valor [...] de la que es acreedor el ayuntamiento, a saber, la contribución a las cargas de urbanización, sin que el carácter alternativo de la obligación, contribución en dinero o la ejecución directa de las obras, permita diferenciar su causa dependiente del procedimiento de ejecución escogido (o preestablecido por el legislador)”.

El Tribunal vuelve a poner de manifiesto que poco importa el origen o la forma que adopte la contraprestación, pues lo que cuenta es el resultado, la funcionalidad de la relación jurídica entablada desde la perspectiva de los principios protegidos por el Derecho comunitario. De modo que al margen del origen legal de la carga que ya hemos tenido ocasión de analizar anteriormente y de la naturaleza que el ordenamiento interno le haya dado, si la Administración recibe unas obras y deja de percibir una

28. Ley estatal del régimen del suelo y valoraciones.

cantidad de dinero existen prestaciones recíprocas, tanto para el que las realiza (que las compensa con la obligación de pago de una cantidad que en otro caso estaría obligado a realizar) como para el que las recibe (que lo hace a cambio de dejar de percibir unos ingresos que, en otro caso, recibiría).

Ninguna influencia tiene tampoco, a efectos de descartar la naturaleza contractual de la relación, el hecho de que la prestación no sea económica, incluso desde la perspectiva del Derecho español, pues la contraprestación a favor de la adjudicataria por la realización de una obra o la prestación del servicio no siempre consiste en el pago de una cantidad de dinero, sino que en muchas ocasiones se establece como el derecho a explotar la obra o en el pago de una tarifa (por ejemplo, artículo 130.1 del TRLCAP, relativo al contrato de concesión de obras públicas), sin que nadie haya dudado que en tales casos de la naturaleza contractual de la concesión de obras públicas o de servicios.

8.3. Condición de contratista

Finalmente, el TJCE vuelve a acudir a una interpretación teológica, respetuosa con los fines que persiguen las directivas comunitarias en materia de contratación, cuando se enfrenta con el problema del alcance del concepto de contratista, en concreto sobre la alegada ausencia de este requisito por cuanto el urbanizador no se identifica por ser empresario o por tratarse de una empresa de construcción, sino el propietario del terreno que ha de ser urbanizado, al que no se le exige capacidad técnica, patrimonial, etc., por lo que cabe pensar en principio que el particular no dedicado profesionalmente a tales menesteres carece de tal condición porque necesariamente, en tales casos, habría de acudir a una empresa constructora generando una diferente relación contractual.

En la sentencia Scala, al considerar que “la Directiva no exige que la persona que celebra un contrato con una entidad adjudicadora sea capaz de realizar directamente la prestación pactada con sus propios recursos para que pueda ser calificado de contratista. Basta con que esté en condiciones de ejecutar la prestación de que se trate, aportando las garantías necesarias para ello”, la posibilidad de subcontratar con terceros sin perder su condición inicial de contratista y que los requisitos económicos, financieros y técnicos para participar en el proceso de licitación con el fin de participar en un procedimiento de licitación con el fin de celebrar un contra-

to público pueda el prestador referirse a la capacidades de otras entidades, siempre que pueda probar que efectivamente dispondrá de los medios de tales entidades necesarios para la ejecución del contrato (sentencia de 2 de diciembre de 1999, Host Italia C-176/98). En el mismo sentido y respecto a la posibilidad de subcontratar a terceros, sentencia de 18 de marzo de 2004 (Siemens AG).

También ha señalado que “No se puede excluir la concurrencia de la condición de contratista por el hecho de que el urbanizador no pueda realizar con sus propios recursos las obras de que se trata y ni porque el operador que estará encargado de llevar a cabo dichas obras haya sido escogido por el urbanizador titular de la licencia urbanística y no por la Administración municipal” (sentencia de 12 de julio de 2001, Teatro Scala).

Así pues, tanto la normativa comunitaria como la interpretación que de la misma hace el TJCE pretenden, acudiendo a los principios y a los fines que persigue, salvar los obstáculos y eventuales fraudes que se pueden producir en las leyes nacionales de los estados miembros para eludir las garantías en materia de contratación, en este caso por vía de negar la condición de contratista a la persona obligada a realizar la obra pública en virtud de ley o convenio con la Administración y posteriormente subcontratar la misma con un tercero, situando esta relación contractual fuera del alcance del Derecho comunitario al tratarse de una relación entre particulares.

9. Consideraciones finales

La legislación española sobre contratos sólo puede ser correctamente entendida en el contexto del Derecho comunitario. Y éste se rige por el intento de respetar los principios en los que se inspira, lo que obliga a una interpretación funcional y flexible de los conceptos o “naciones de Derecho comunitario” que lo integran. De modo que la normativa española en un sector determinado como el urbanismo no puede acogerse a interpretaciones restrictivas o matizaciones doctrinales que intenten excluir la no-aplicación de la normativa de la contratación pública de obras urbanísticas so pretexto de la especialidad de las relaciones jurídicas existentes en este sector, el complejo entramado de beneficios y cargas o la distinción en torno a la categoría de convenios de colaboración y los contratos.

El mensaje que nos transmite la jurisprudencia comunitaria es claro y consiste en que con independencia de las especialidades que representa

el proceso de urbanización, enmarcado en un complejo conjunto de actuaciones, las obras que tengan carácter público están sometidas a la normativa comunitaria en materia de contratación y a todas sus garantías tendentes a respetar los principios y objetivos que con ellas se pretenden cumplir.

Lo contrario permitiría introducir numerosos mecanismos en el complejo entramado de normas urbanísticas que finalmente propiciarían que en esta materia no rigiesen las garantías de la contratación pública, so pretexto de la complejidad y especiales características de esta materia.

Hay que ver el urbanismo desde otra perspectiva, con otra visión. Una cosa es la existencia de un entramado de cargas y beneficios enmarcados en la actuación urbanística que configuran el régimen jurídico de propiedad de los afectados y otra bien distinta las obras públicas que se realizan a resultas de este proceso urbanizador, las cuales están sujetas al mismo régimen de publicidad, competencia, que el resto de las obras públicas (por ejemplo, la construcción de una autopista, de un teatro, de un centro penitenciario, etcétera).

Algún autor ha considerado exagerado y perturbador el “culto a la competencia”, pero en definitiva si somos capaces de separar lo que constituye el estatuto jurídico de la propiedad de la concreta materialización de las obras públicas urbanísticas, podemos apreciar que la concurrencia y competencia para urbanizar una zona puede llevar a conseguir una mejor calidad de las obras a precios más bajos con la consiguiente ventaja para los propietarios obligados a hacer frente al coste de la misma y para el interés general en conseguir una urbanización mejor a un menor coste, evitando, por otra parte, la falta de transparencia que pueda darse en el proceso de desarrollo y gestión urbanística.

Régimen jurídico del suelo urbano consolidado. En especial, el deber de conservación y rehabilitación

Domènec Sibina Tomàs

*Profesor titular (EU) de Derecho Administrativo
de la Universidad de Barcelona*

1. El marco constitucional y la regulación positiva de la clasificación del suelo urbano y de los deberes y derechos de los propietarios en esta clase de suelo.
 - 1.1. Introducción. 1.2. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el alcance de la competencia estatal y de la competencia autonómica en materia de urbanismo. 1.3. La posición del Tribunal Constitucional en relación con la clasificación de suelo urbano y con los derechos y deberes de los propietarios en esta clase de suelo que establece la LRSV1998.
2. La legislación urbanística autonómica reguladora del suelo urbano, en especial la definición del suelo urbano no consolidado.
 - 2.1. Las facultades de los entes competentes en materia de urbanismo para ordenar el suelo urbano. 2.2. La legislación autonómica.
3. El proyecto de Ley de suelo presentado en el Congreso de los Diputados el 14 de julio de 2006.
4. El suelo urbano y la transformación sostenible de la ciudad.
5. La regulación de la ciudad consolidada en la legislación estatal de régimen del suelo y valoraciones: la importancia del artículo 19 de la LS1998 y del régimen jurídico poliédrico que establece.
6. El deber de conservación y rehabilitación en la legislación urbanística autonómica.
 - 6.1. La definición del deber de conservación y rehabilitación, su límite. 6.2. Las formas de atenuar los efectos de la declaración de ruina en los contratos de arrendamiento. 6.3. La inspección técnica de edificaciones.

1. El marco constitucional y la regulación positiva de la clasificación del suelo urbano y de los deberes y derechos de los propietarios en esta clase de suelo

1.1. Introducción

La LRSV1998 tiene, en materia de clasificación del suelo, dos objetivos principales. El primer objetivo, cuando la ley regula el suelo urbano consolidado por la urbanización, es eliminar del ordenamiento jurídico una determinada configuración legal del derecho de uso y edificación de la propiedad urbana: la de la Ley 8/1990, de 25 de julio, de reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo, y la de la LS1992, que establecían áreas de reparto y aprovechamiento tipo en el suelo urbano que obligaban a hacer transferencias de aprovechamiento en los terrenos sitios fuera de las unidades de ejecución discontinuas y, en el marco de éstas, permitían la cesión gratuita de terrenos con destino público.

De manera consecuente, para eliminar esta concepción del ordenamiento, la regulación de la LRSV1998 debe impedir que el legislador autonómico que ideológicamente se sienta próximo con la configuración del derecho de uso y edificación de propiedad urbana que se quiere eliminar de ordenamiento, pueda volverlo a introducir a través de la igualación de aprovechamientos en el suelo urbano, de la desincorporación del aprovechamiento respecto de la propiedad sita en suelo urbano y de considerar que

Abreviaturas:

LS1976: Texto refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana, aprobado por el Real decreto 1346/1976, de 9 de abril

LS1990: Ley 8/1990, de 25 de julio, de reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo.

LS1992: Texto refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana, aprobado por el Real decreto legislativo 17/1992, de 26 de junio.

LRSV1998: Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones.

LAU1964: Ley de arrendamientos urbanos, aprobada por el Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre.

LAU1994: Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos.

LUAr: Ley 5/1999, de 25 de marzo, de urbanismo de Aragón.

LOUAnd: Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de ordenación urbanística de Andalucía.

TRLUCat: Texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña, aprobado por el Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio.

LUCat: Ley 2/2002, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña.

LOTUSCant: Ley /2001, de 25 de junio, de ordenación del territorio, urbanismo y suelo de Cantabria.

TROTENPCan: Decreto legislativo 1/2000, de 8 de mayo, que aprueba el Texto refundido de ordenación del territorio de Canarias y espacios naturales protegidos.

haber contribuido a las operaciones necesarias de reforma y mejora urbana es un requisito previo para la patrimonialización de la edificación.

Eliminar la indicada concepción del derecho de la propiedad urbana es el objetivo y el sentido último del establecimiento de la categoría “suelo urbano consolidado por la urbanización”, a la cual se le aplica el régimen de derechos y deberes previsto en el artículo 14 de la Ley 6/1998, de 13 de abril (categoría de suelo y régimen de derechos y deberes que se declararán constitucionales en los fundamentos jurídicos 20 y 21 de la STC 164/2001).

El segundo objetivo es el referido a incorporar en nuestro ordenamiento las recomendaciones del informe del Tribunal de Defensa de Competencia del año 1993. El informe, titulado “Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y eliminar el daño causado por los monopolios”, en el apartado 10, una vez pondera el Tribunal de la Defensa de la Competencia el funcionamiento del mercado del suelo, hacía unas recomendaciones bien conocidas:

–En el suelo urbanizable, permitir a los particulares decidir sobre el uso del espacio siempre que cumplan las reglas generales. Utilización urbanística del suelo urbanizable en conformidad con la iniciativa de los particulares, sometida a un régimen en que las negativas de los poderes públicos sean justificadas y motivadas.

–En el suelo no urbanizable, precisar cuál debe ser en todo el territorio nacional. En el resto del suelo, se debe permitir la urbanización.

Éstas son unas concepciones del suelo y la edificación como bien de uso e inversión sólo sometidas a las reglas del mercado, en un momento

LOUGal: Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia.

TROTAUCMancha: Decreto legislativo 1/2004, de 28 de diciembre, que aprueba el Texto refundido de ordenación del territorio y de la actividad urbanística de Castilla-La Mancha.

LOTCTMancha: Ley 2/1998, de 4 de junio, de ordenación del territorio y la actividad urbanística de Castilla-La Mancha.

LUCLeón: Ley 5/1999, de 8 de abril, de urbanismo de Castilla y León.

TROTUPAst: Decreto legislativo 1/2004, de 22 de abril, que aprueba el Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo del Principado de Asturias.

LSMur: Ley 1/2001, de 24 de abril, del suelo de la Región de Murcia.

LFOTUNav: Ley foral 35/2002, de 20 de diciembre, de ordenación del territorio y urbanismo de Navarra.

LUCVal (1994): Ley 6/1994, de 15 de noviembre, de urbanismo de la Comunidad Valenciana.

LUVa: Ley 10/2004, de 10 de diciembre, del suelo urbanizable de la Comunidad Valenciana.

LUVa (2005): Ley 16/2005, de 31 de diciembre, urbanística valenciana.

en el que el mercado proveía viviendas asequibles en propiedad. No incorpora el Tribunal de la Competencia la concepción del suelo y la edificación como bienes imprescindibles al servicio del crecimiento económico sostenible, y en cuanto su uso sea residencial, como instrumento para hacer posible el derecho a la vivienda.

Las STC 61/1997 y 164/2001 estructuran la actual interpretación de la Constitución en materia de la atribución de competencia sobre urbanismo. La STC 164/2001 solucionó las dudas razonables que se planteaban respecto de los dos objetivos señalados: a) estableció que es constitucional que el legislador estatal establezca que en el suelo urbano consolidado por la urbanización los propietarios patrimonialicen la edificación sin que les sea preciso efectuar cesiones del aprovechamiento atribuido por el planeamiento, y b) de acuerdo con el reparto constitucional de competencia, la definición de qué suelo concreto es urbanizable y cuál de éste puede transformarse urbanísticamente, lo deben decidir los entes titulares de la competencia sobre urbanismo, no el Estado.

En relación con la clasificación del suelo urbanizable, cuestión que aquí no hemos de tratar, la fundamentación jurídica de la STC 164/2001, que permite declarar constitucional el artículo 9 y la declaración de inconstitucionalidad del artículo 16.1, evidencian la imposibilidad de que el legislador estatal imponga las recomendaciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, por el hecho de que esas recomendaciones conlleven no un “modelo de derecho de propiedad urbana”, sino un “modelo urbanístico” o un “modelo de ordenación territorial”.

Éste es el resultado de los razonamientos del fundamento jurídico 15 (que justifica la constitucionalidad del artículo 9) y del fundamento jurídico 25 (que argumenta la inconstitucionalidad del artículo 16.1). Si el Estado impone legislativamente las recomendaciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, legisla directamente sobre urbanismo (ésta es una afirmación que deduzco de las consideraciones del Tribunal Constitucional).

Obsérvese que la sentencia de 20 de marzo de 1997, en el fundamento jurídico sexto, define el urbanismo como el sector material susceptible de atribución competencial que se refiere a la disciplina jurídica del hecho social colectivo de los asentamientos de la población en el espacio físico. En el plano jurídico, establece el Tribunal, se traduce en la “ordenación urbanística”. Esta ordenación urbanística se traduce, a su vez, argumenta el Tribunal, en la STC de 20 de marzo de 1997, en potestades, entre otras las referidas al planeamiento, la gestión o la ejecución de los instrumentos de planificación.

Si ésta es la definición de urbanismo (y el Estado no tiene competencias sobre el urbanismo, sino, como sabemos, sobre la regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de las facultades del derecho de la propiedad urbana), el legislador estatal no puede imponer la indicada concepción del derecho de transformación del suelo urbanizable porque está regulando de manera directa el hecho social colectivo de los asentamientos de la población en el espacio físico, que es la definición que hace el Tribunal Constitucional de la materia urbanismo. Establece una solución concreta a las diversas alternativas que permite la disciplina jurídica de este hecho social.

1.2. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el alcance de la competencia estatal y de la competencia autonómica en materia de urbanismo

La STC 164/2001 hace una serie de consideraciones de carácter general sobre el reparto competencial y si la ley impugnada define o no un concreto modelo urbanístico y territorial uniforme para todo el Estado. Estas reflexiones se trenzan al hilo de la definición del alcance de la competencia estatal establecida en el artículo 149.1.1 y de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las referencias que hace la ley al planeamiento, al planeamiento general y al planeamiento de desarrollo.

En el fundamento jurídico número 4, apoyándose en la doctrina establecida en la STC de 20 de marzo de 1997, el Tribunal afirma que la competencia legislativa sobre urbanismo permite a las comunidades autónomas fijar sus propias políticas de ordenación de la ciudad y utilizar con esa finalidad las técnicas jurídicas que consideren más adecuadas. Entre estas técnicas jurídicas, el Tribunal Constitucional incluye la definición o conformación de las facultades urbanísticas de la propiedad urbana.

El hecho de que las facultades urbanísticas sean una parte del complejo conjunto de facultades (todas las que permitan obtener utilidades económicas respecto al bien del cual se tiene la propiedad) que conforman el derecho de propiedad en general, y el de propiedad del suelo en particular, permite conectar

1. El Tribunal Constitucional utiliza el concepto “facultad urbanística de la propiedad urbana”, una facultad entre el complejo conjunto que determina el dominio o propiedad, como concepto general, no vinculado únicamente al urbanismo o a un sector objeto de intervención por los poderes públicos. Esta cuestión trasciende con respecto a determinar qué es el núcleo esencial de la propiedad garantizado constitucionalmente.

la competencia autonómica con el artículo 33 de la CE, con el núcleo esencial del derecho protegido constitucionalmente y con su función social (el urbanismo como competencia, nos dice el Tribunal en la STC de 20 de marzo de 1997, en el sentido objetivo, hace referencia a la ordenación de la ciudad y, por lo tanto, se proyecta necesariamente sobre la propiedad de los inmuebles que conforman la ciudad y sobre el ejercicio de las facultades dominicales).¹

Esta competencia autonómica debe ser ejercida de manera compatible con la competencia estatal definida constitucionalmente en el artículo 149.1.1, que condiciona la competencia de las comunidades autónomas sobre urbanismo. Por lo tanto, el urbanismo condiciona y modula el ejercicio de las facultades de la propiedad urbana (una parte del complejo haz de facultades inherentes a la propiedad, para obtener utilidad o utilidades a su titular) y el Estado garantiza la igualdad básica en el ejercicio de las facultades urbanísticas (el ejercicio en condiciones de igualdad de estas facultades propias del derecho de propiedad, la constitucionalización del cual justifica la competencia estatal). El alcance de la competencia estatal amparada en el mencionado artículo 149.1.1 (que se delimita en el fundamento jurídico número 5 de la STC 161/2001) está constituido por la habilitación constitucional a favor del Estado para regular las “condiciones básicas”, que garanticen la “igualdad” de todos los propietarios del suelo en el ejercicio de su derecho de propiedad urbana, es decir, la “igualdad básica” en aquello que hace referencia a las valoraciones y al régimen urbanístico de la propiedad del suelo.

Esta interpretación, construida ya en la STC 61/1997, avala que el Estado pueda regular el contenido urbanístico susceptible de apropiación, su valoración o sus presupuestos –delimitación negativa– para que pueda nacer el derecho de propiedad urbana. Todo ello, en principio, puede considerarse amparado por la competencia estatal establecida en el artículo 149.1.1.

Hace falta saber, consecuentemente, qué aspectos de las facultades urbanísticas de la propiedad atañe definir a las comunidades autónomas y para satisfacer qué finalidad. Hay un ámbito de regulación concurrente entre el Estado y las comunidades autónomas con respecto a las facultades urbanísticas definidoras de la propiedad urbana y del modelo de ordenación urbanística (que no pueden ser nunca, ni lo uno ni lo otro, uniformes en todo el Estado), por el hecho de que la conformación de las facultades urbanísticas es una de las técnicas jurídicas al servicio de la definición de las políticas de ordenación de la ciudad. De esto resulta que el “modelo de propiedad urbana” será construido, en los aspectos de

igualación básica o mínima, por el Estado, amparado en el artículo 149.1.1, y ello predetermina, necesariamente, en parte el “modelo de ordenación de las ciudades”, objeto de la competencia sobre urbanismo y que definen las comunidades autónomas y los entes locales. A la inversa, quien define el “modelo de ordenación de las ciudades” necesariamente también delimita en parte el “modelo de propiedad”.

En el fundamento jurídico 6 de la STC 164/2001, se pone de manifiesto que en los recursos de inconstitucionalidad se denuncia que la LRSV1998, cuando hace referencia al “planeamiento” (y también al “planeamiento general” y al “planeamiento de desarrollo”), invade ilegítimamente las competencias urbanísticas de las comunidades autónomas. Los recurrentes consideran que el Estado impone un modelo de ordenación urbanística y no únicamente categorías abstractas de clases de suelo, y derechos y deberes para cada clase de suelo, que constituyan una igualación mínima, a través de la definición de las condiciones básicas del ejercicio de las facultades urbanísticas del derecho de propiedad urbana. Para dar respuesta a las alegaciones de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional diferenciará la remisión que hace la ley al “planeamiento” y la que hace a clases concretas de planeamiento urbanístico (“planeamiento general” y “planeamiento de desarrollo”) o de instrumentos de planeamiento (“planeamiento territorial” o “planeamiento sectorial”). Afirma que las reiteradas referencias de la LRSV1998 al “planeamiento”, sin más, son conformes a la Constitución.

El razonamiento se estructura a partir de la afirmación de que la ley ha optado por vincular estrechamente la propiedad urbana a la ordenación urbanística de la ciudad. De este modo, el contenido y goce de la propiedad urbana depende de las diversas opciones de política urbanística que se adopten en cada ciudad: la clasificación del suelo; la asignación de usos y sus magnitudes; la localización de las dotaciones públicas, entre otras. Esta vinculación de la propiedad urbana a la ordenación de la ciudad comporta que la LRSV1998 considere inherente a su propia regulación la existencia de planeamiento urbanístico, entendido como el instrumento de planificación que determina el haz de facultades urbanísticas sobre cada terreno y que hace compatible el goce de las facultades urbanizadoras y edificatorias con la estructura y las singularidades de cada ciudad.

Es, en opinión del Tribunal Constitucional, el planeamiento –y, por lo tanto, con los instrumentos y en la forma que establezca el legislador competente en materia de urbanismo–, el instrumento que conecta el concreto territorio con las categorías abstractas de suelo y determina los dere-

chos y deberes respecto de cada concreto propietario. No es el legislador estatal, amparado en el artículo 149.1.1 de la CE, el que puede hacer esta proyección de las clases de suelo sobre el territorio y sobre la ciudad. Cuando lo hace, vulnera el reparto competencial establecido por la Constitución, porque define un modelo de ciudad e impone un modelo de ordenación urbanística a los titulares de la competencia sobre urbanismo. Ejerce su competencia de igualación mínima del ejercicio de las facultades del derecho de propiedad del suelo, no sobre el derecho de propiedad, sino respecto del objeto del urbanismo: “la ordenación de la ciudad”.

Al hilo de este posicionamiento, el Tribunal Constitucional considera que la LRVS1998, cuando se remite en general al planeamiento, no a una clase específica de plan urbanístico, presume, sólo, la existencia de planeamiento suficiente para garantizar el goce del derecho de propiedad urbana. El Tribunal afirma que es una decisión urbanística, que corresponde a cada comunidad autónoma determinar el contenido del planeamiento, el tipo de acto jurídico en qué consiste, cómo se denomina y cuál debe ser su contenido. La conclusión, para el Tribunal Constitucional, es que la LRVS, en estos casos, se limita a pedir la existencia de planeamiento o de ordenación urbanística. Afirma que esta exigencia es claramente instrumental respecto de la regulación de la propiedad urbana y no limita la competencia de cada comunidad autónoma para disponer qué instrumentos urbanísticos habrán de ordenar sus ciudades.

Contrariamente, la ley hace referencia, en determinadas ocasiones, al “planeamiento general” y al “planeamiento de desarrollo”. El Tribunal Constitucional considera que esta referencia puede ser interpretada de dos maneras: a) una alusión a un tipo de plan urbanístico concreto, el general que ordena todo un término municipal, y el de desarrollo que comprende el plan que detalla las determinaciones del plan general en el suelo urbanizable, y b) que la alusión al “planeamiento general” y “de desarrollo” no se refiere a formas concretas de planeamiento urbanístico, sino a aquellos planes o decisiones de ordenación urbanística que, respecto a las clases primarias de suelo establecidas en la ley, contengan las determinaciones necesarias para armonizar el goce efectivo de los derechos de propiedad urbana con la estructura y política urbanística propias de cada ciudad.

El Tribunal Constitucional concluirá que sólo esta última interpretación permite afirmar que el Estado no invade las competencias urbanísticas de las comunidades autónomas. En definitiva, considera que lo relevante,

desde la perspectiva patrimonial de la LRSV1998 (perspectiva a la que hace referencia expresa su artículo 1) es la existencia de la ordenación urbanística en cada caso suficiente para el goce de los derechos de la propiedad urbana y para asegurar la coordinación de estos derechos con la estructura propia de la ciudad sobre la cual se ejercen. Y es precisamente esta consideración la que explica la resolución interpretativa que permite considerar constitucionales preceptos que hacen referencia al planeamiento adjetivándolo [en concreto, la parte resolutoria de la sentencia establece que los artículos 9, 11, 14.2.a) y b), 15, 17.1, 18.1, 2 y 3 de la Ley, en la medida en que contienen las expresiones “planeamiento general”, “planeamiento de desarrollo”, “planes de ordenación territorial”, “legislación sectorial”, “planeamiento sectorial”, “sistemas generales” o “dotaciones públicas de carácter local”, son conformes con la Constitución, siempre que se interpreten en conformidad con aquello que establece el Tribunal Constitucional, respectivamente, en los fundamentos jurídicos números 14, 16, 21, 25, 29 y 30].

Esta reflexión general debe proyectarse sobre todos los otros razonamientos de la STC 164/2001. En especial, el empleado en el análisis del artículo 9 de la LRSV1998 en el fundamento jurídico número 14, ya mencionado y al cual volveremos. En definitiva, la doctrina del Tribunal respecto a la interpretación que hace falta dar a las alusiones que hace la ley al “planeamiento general” y al “planeamiento desarrollo”, permite afirmar la prohibición, implícita en el reparto competencial establecido en la Constitución, que el Estado establezca legislativamente un modelo urbanístico y territorial uniforme en todo el Estado. Esta prohibición comporta que las comunidades autónomas deben poder establecer un modelo propio de ordenación del territorio y de las ciudades. Este modelo se materializa por medio de un sistema de planeamiento concreto que determinará finalmente el modelo urbanístico preciso de cada ciudad y de su crecimiento urbanístico. En el marco de este diseño de cada ciudad, se ejercerán los derechos y deberes de los propietarios, establecidos en abstracto para las clases primarias de suelo, que no pueden objetivarse en la legislación estatal como determinaciones regladas que predeterminen la concreta clasificación del territorio.

Los argumentos a favor de esta tesis aparecen sistemáticamente en los razonamientos del Tribunal.

Así:

–El artículo 1 establece como objeto de la regulación legal el “contenido básico del derecho de propiedad del suelo” y el Tribunal Constitucional afirma que no ve inconveniente que el Estado haga la descripción

señalada para definir el conjunto de normas dictadas el amparo de los apartados 1, 13,18 y 23 del artículo 149.1 de la CE.

–En el fundamento jurídico 10 se establece que la referencia que hace el artículo 10 a la distribución de cargas y beneficios a cada actuación urbanística no impide a las comunidades autónomas establecer otros ámbitos y técnicas complementarias de distribución de cargas y beneficios. Se establece textualmente: “Será decisión de cada comunidad autónoma optar, además, por la incorporación de un criterio distributivo en el mismo planeamiento; o por imponer la equidistribución sobre amplios espacios de una misma clase de suelo (incluso entre las fincas integrantes de toda una clase de suelo).”

–En el fundamento jurídico 13 se establece que la referencia que hace el artículo 8 (regulador del suelo urbano) a terrenos consolidados por la edificación no impone categorías ni criterios específicos para determinar cuándo se produce o no aquella consolidación, como tampoco respecto de los terrenos urbanizados en “ejecución del planeamiento”. Con respecto a los terrenos que deben considerarse suelo ya transformado urbanísticamente porque cuentan con servicios urbanísticos, el artículo sólo fija criterios mínimos que debe tener en consideración la legislación de las comunidades autónomas, pero que no impiden que los requisitos sean complementados al alza por cada comunidad autónoma. Para el Tribunal, en relación con el suelo que se debe clasificar como urbano, la ley permite que las comunidades autónomas exijan más servicios urbanísticos que los mínimos establecidos en el artículo 8 y les corresponde a estas establecer las condiciones concretas de consolidación de la edificación o de ejecución planeamiento, que permitan que el planeamiento las atribuya el carácter de suelo urbano.

–En el fundamento jurídico 14 se establecerá que la regulación del artículo 9 (en la redacción anterior al Real decreto ley 4/2000, de 23 de junio) es constitucional por el hecho de que incorpora, para determinar qué terrenos deben ser clasificados de suelo no urbanizable, dos criterios directos, a saber, que los terrenos sean compatibles con la transformación urbanística y que sean adecuados al desarrollo urbano. Los dos criterios permiten un amplio margen de regulación a cada comunidad autónoma, lo cual justifica la conformidad del precepto con el reparto competencial establecido en la Constitución.

–En el fundamento jurídico número 15, que examina la constitucionalidad del artículo 10, se afirma textualmente: “Será entonces cada comuni-

dad autónoma –y en los términos que cada una disponga–, la que establecerá el órgano encargado de la ordenación o planificación, la que determinará en qué forma y a qué ritmo el suelo urbanizable debe incorporarse a la ciudad. En definitiva, el artículo 10 no impone a las comunidades autónomas ni cómo ni cuándo el suelo urbanizable debe pasar a ser ciudad.”

–En el fundamento jurídico 20 afirma textualmente: “En consecuencia, será cada comunidad autónoma, al fijar los criterios de consolidación por urbanización, la que determinará también qué suelo urbano soporta deberes de cesión y qué no. De esta forma, el artículo 14 no impone las actuaciones lineales o por parcelas en suelo urbano necesitado aún de actuaciones urbanizadoras, ni dónde hace falta realizar actuaciones de renovación o reforma interior.”

Sirve lo que hemos reproducido hasta aquí de los razonamientos del Tribunal para afirmar que:

a) Las clases primarias de suelo no deben objetivarse en la legislación estatal como determinaciones regladas que predeterminen la concreta clasificación del territorio, tienen carácter abstracto y diseñan los elementos estructurales y de igualación del modelo de propiedad urbana.

b) La legislación estatal permite a cada comunidad autónoma establecer un modelo propio de ordenación del territorio y de las ciudades, y qué instrumentos urbanísticos habrán de ordenar sus ciudades.

c) En el marco del sistema concreto de planeamiento establecido por cada comunidad autónoma se determinará el modelo urbanístico particular de cada ciudad y de su crecimiento urbanístico, que será el que, finalmente, proyectará sobre el territorio las clases primarias de suelo.

No debe olvidarse que con independencia de la atribución de competencias legislativas, diferenciadas o no, el modelo de propiedad debe ser construido en todo caso por el ordenamiento, con carácter previo a la regulación del modo y manera de intervenir de los poderes públicos y los agentes privados en la determinación del modelo de ordenación territorial y de la ciudad. La delimitación de la función social de la propiedad urbana y la forma de recuperar las plusvalías que genera la acción urbanística de los poderes públicos condiciona la ordenación del territorio y de la ciudad. La ordenación no es sólo diseño técnico o arquitectónico, ni sólo respeto por los recursos naturales de carácter no renovable, en el territorio y en la ciudad viven personas y el modelo de propiedad urbana va a influir decisivamente sobre las condiciones en las que vivirán. Por ello, concebir la producción y uso de los bienes inmuebles residenciales como el resultado de las reglas

del mercado o concebir que una parte de esos bienes están vinculados con el derecho a una vivienda digna y adecuada, puede alterar el modelo de ordenación de la ciudad en un aspecto clave, la cohesión social.

1.3. La posición del Tribunal Constitucional en relación con la clasificación de suelo urbano y con los derechos y deberes de los propietarios en esta clase de suelo que establece la LRSV1998

La STC 164/2001, en el análisis del artículo 8 de la LRSV1998, reitera que la competencia estatal permite establecer criterios para la clasificación del suelo con el fin de poder configurar las condiciones básicas del ejercicio del derecho de propiedad urbana respecto de los tres estatutos jurídicos primarios, pero sin poder imponer un determinado modelo urbanístico.

El artículo 8 no establece, dice el Tribunal, criterios específicos al efecto de determinar qué “significa terrenos urbanizados”, “en ejecución del planeamiento”, ni tampoco terreno que esté “ya transformado”. El Tribunal concluye que la regulación del artículo 8 no impone a las comunidades autónomas un modelo urbanístico determinado y debe advertirse, añadimos, que no impide que la legislación de las comunidades precise cuándo se dan o se cumplen las condiciones para establecer el carácter consolidado de la urbanización.

El artículo 14 tiene una importancia enorme para la estrategia y objetivos que explican la regulación de la LRSV1998. De hecho, la lectura de la Ley nos permite observar que no existe una definición del suelo urbano consolidado por la urbanización y del no consolidado. Una de las explicaciones de la regulación del suelo urbano –ya lo hemos dicho–, es la voluntad de impedir en el suelo urbano consolidado las transferencias de aprovechamiento y el establecimiento de un aprovechamiento máximo para las denominadas en la LS1992 “áreas de reparto”.

El hilo argumental de los recursos de inconstitucionalidad formulados contra la Ley giran en torno a la alegación que la distinción entre suelo urbano consolidado y no consolidado, y la inexistencia del deber de cesión en el suelo urbano consolidado configura un modelo urbanístico e impone una discriminación positiva de los propietarios del suelo urbano consolidado, respecto a los de los propietarios del suelo urbano no consolidado. El Tribunal Constitucional afirmará que la inexistencia de deberes de cesión de suelo en el suelo urbano consolidado no constituye discriminación entre personas y por circunstancias subjetivas, que es

lo que prohíbe el artículo 14 de la Constitución. La inexistencia de cesiones, dice el Tribunal, es un elemento de la estructura normativa articulada a través de las distintas regulaciones abstractas del derecho de propiedad urbana. Una vez afirmada la inexistencia de discriminación, rechaza también la infracción del artículo 149.1.1 que los recurrentes vinculaban con el artículo 14 de la CE.

El Tribunal Constitucional afirma que los criterios de distinción entre suelo urbano consolidado y no consolidado los establece, en los límites de la realidad, cada comunidad autónoma. En consecuencia, afirma, será cada comunidad autónoma, al fijar los criterios de consolidación por urbanización, la que determinará también qué inmuebles habrán de soportar los deberes de cesión y cuáles no. De esta forma, entiende el Tribunal Constitucional, el artículo 14 de la LRSV1998 no impone las actuaciones lineales o por parcelas en suelo urbano necesitado todavía de actuaciones urbanizadoras ni dónde se deben realizar actuaciones de renovación y reforma interior.

En los recursos de inconstitucionalidad formulados, la impugnación del artículo 14.1 también se fundamenta en el hecho de que el Estado no tiene competencia para identificar dónde se generan las plusvalías urbanísticas y dónde no se generan, ni cuándo, por lo tanto, es procedente que la comunidad las recupere en forma de cesiones obligatorias de suelo y de aprovechamiento. El Tribunal afirma que no puede admitir que las plusvalías urbanísticas provengan necesariamente de la acción urbanística diseñada por el legislador autonómico, ni que a cada comunidad autónoma le corresponda en exclusiva valorar si en el suelo urbano consolidado existen plusvalías urbanísticas o no. Afirma que tanto el Estado como las comunidades autónomas, en el marco de sus competencias, de acuerdo con el artículo 47 de la Constitución, han de establecer y procurar la participación de la comunidad en las plusvalías urbanísticas. Establece que no considera que la inexistencia del deber de cesión de aprovechamiento urbanístico provenga de la negativa del Estado a reconocer la existencia de plusvalías en esta clase de suelo. Concluye el Tribunal que la identificación y valoración de las plusvalías urbanísticas es una tarea instrumental en el ejercicio de las diversas competencias a través de las cuales se puede cumplir el fin redistributivo previsto en el artículo 47 de la CE.²

2. En el fundamento jurídico 20, el Tribunal Constitucional establece: "No podemos admitir, tal como sostienen los recurrentes, ni que las plusvalías urbanísticas provengan necesariamente de la acción urbanística diseñada por el legislador autonómico, ni que a cada comunidad autónoma corresponda en exclusiva la valoración de si en suelo urbano consolidado existen o no plusvalías urbanísticas, ni

La argumentación de la constitucionalidad se centra en el razonamiento siguiente: “Añadimos, por último, que para la participación de la comunidad en las plusvalías urbanísticas (mediante la regulación de las condiciones básicas de ejercicio del derecho de propiedad) el Estado dispone de un amplio margen de configuración. El artículo 47 de la CE no impide, en este sentido, que la participación en las plusvalías se concentre en determinadas clases de suelo. De esta forma, la hipotética existencia de plusvalías urbanísticas en suelo urbano consolidado, cuya realidad no corresponde dilucidar a este Tribunal, no excluye a priori una norma estatal que alivie de cesiones de aprovechamiento a sus propietarios.”

De hecho, una vez la STC 61/1997 declaró constitucionales los artículos 12 a 20 de la LS1992, que estructuran el sistema de patrimonialización gradual del aprovechamiento urbanístico y el sistema de transferencias de aprovechamiento en suelo urbano (que era el modelo de propiedad de aquella norma), en la STC 164/2002, el Tribunal debe aceptar el “modelo de propiedad” alternativo que propone la LRSV1998, dentro del amplio margen de configuración que permite la Constitución del derecho de propiedad, sin predeterminar un “modelo de ordenación urbanística” uniforme en todo el Estado.

Debe advertirse, para cerrar la argumentación respecto de la constitucionalidad del artículo 14.1 de la LRSV1998, que el Tribunal Constitucional afirma que la inexistencia de deberes de cesión de aprovechamiento y de suelo para sistemas en el suelo urbano consolidado no supone una opción estatal por la expropiación forzosa como instrumento de obtención del suelo destinado a dotaciones. En opinión del Tribunal Constitucional, el

—por último— que la inexistencia del deber de cesión de aprovechamiento urbanístico (en suelo urbano consolidado) derive de la negativa del Estado a reconocer la existencia de plusvalías en esa clase de suelo. El artículo 47 de la CE ordena la participación de la comunidad en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos; y según resulta de la STC 61/1997, fundamentos 6.a) y 17.c), el artículo 47 de la CE no atribuye competencias sino que fija un objetivo común para los distintos entes públicos. Por ello, tanto el Estado como las comunidades autónomas deberán, en el marco de sus competencias, procurar la participación de la comunidad en aquellas plusvalías urbanísticas. La identificación y valoración de plusvalías urbanísticas es, contra lo que afirman los recurrentes, una tarea instrumental en el ejercicio de las distintas competencias a través de las cuales se puede cumplir el fin redistributivo del artículo 47 de la CE. Por eso el Estado, al fijar las condiciones mínimas para la igualación de los propietarios (artículo 149.1.1 de la CE), debe tomar en consideración qué propiedades se benefician con más intensidad de las plusvalías urbanísticas. Esa identificación y valoración de las plusvalías es, en todo caso, instrumental para el ejercicio de la competencia estatal *ex* artículo 149.1.1 de la CE y no impide una identificación y valoración distinta de cada comunidad autónoma en el ejercicio de sus competencias.”

artículo 14 se limita a definir el contenido de la propiedad urbana en el suelo urbano consolidado y, en consecuencia, no es este precepto, sino el artículo 33 de la Constitución, el que prohíbe la expropiación sin indemnización. En opinión del Tribunal, la regulación del derecho de propiedad del suelo, establecida en el artículo 14 de la ley impugnada, no impone a los municipios técnicas urbanísticas concretas para obtener suelo.

El apartado dos del artículo 14 es objeto de impugnación respecto de todas y cada una de las previsiones relativas a deberes o cargas para poder patrimonializar el aprovechamiento urbanístico. Nos interesa dejar constancia de las referencias que hace el Tribunal Constitucional respecto del alcance de la competencia de las comunidades autónomas en relación con los diferentes apartados. En relación con los apartados a) y b), que establecen la carga de ceder las dotaciones públicas de carácter local y de los sistemas generales, el Tribunal establece que el modelo de dotaciones urbanísticas públicas corresponde, de manera completa, a las comunidades autónomas, y que la distinción entre dotaciones públicas locales y sistemas generales depende exclusivamente de aquello que dispone la legislación de cada comunidad autónoma.

En relación con el apartado c), que establece la carga de ceder obligatoria y gratuitamente a la Administración el suelo que corresponde al diez por ciento del aprovechamiento urbanístico del ámbito, establece la competencia estatal para garantizar a los propietarios del suelo urbano no consolidado el noventa por ciento del aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación. La competencia autonómica permite disponer respecto de si el suelo cedido habrá de aportarse o no libre de costes de urbanización y el establecimiento, en su ámbito territorial, de la forma para determinar el aprovechamiento urbanístico. Al fin y al cabo, establece el Tribunal Constitucional, la competencia de las comunidades autónomas para regular las facultades urbanísticas de la propiedad del suelo urbano no consolidado no resulta, sólo, de la posibilidad de incrementar el porcentaje mínimo de aprovechamiento subjetivo, o dicho al revés, la disminución del diez por ciento de cesión, sino de determinar el ámbito de la equidistribución (todo el suelo urbano no consolidado o bien en unos ámbitos concretos) y la forma de calcular el aprovechamiento urbanístico patrimonializable.

El Tribunal Constitucional, con respecto a la letra d), relativa a la distribución equitativa de los beneficios y las cargas derivadas del planeamiento, establece que la LRSV1998 no regula técnicas o instrumentos concretos ni selecciona los sujetos que puedan o deban elaborar los instrumentos de

equidistribución. La regulación de las técnicas de equidistribución corresponde a cada comunidad autónoma.

La STC 54/2002 reitera los criterios de la STC 164/2001. Es el resultado del recurso de inconstitucionalidad del Gobierno contra el artículo único, apartado 1, de la Ley del Parlamento Vasco 11/1998, de 20 de abril, de modificación de la Ley 3/1997, de 25 de abril, por la que se determina la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística.³

El Tribunal establece:

“Este régimen uniforme en el disfrute de la propiedad urbana se quiebra en el territorio del País Vasco, donde según el artículo único, apartado 1, de la Ley del Parlamento Vasco 11/1998, los propietarios de suelo urbano ‘consolidado’ deben –al igual que los propietarios de suelo urbano ‘no consolidado’– ceder obligatoria y gratuitamente el diez por ciento del aprovechamiento asignado a sus parcelas o solares (o, en el caso de obras de rehabilitación, el diez por ciento del incremento de aprovechamiento urbanístico). Subrayemos aquí que en la estructura normativa del artículo 14 de la LRSV las cesiones obligatorias de aprovechamiento no son un mínimo superable por cada comunidad autónoma sino, justamente, un máximo reducible en cada comunidad; así resulta claramente del enunciado literal del artículo 14.2.c) de la LRSV.

“En este sentido, la exclusión de toda cesión obligatoria de aprovechamiento urbanístico en el suelo urbano ‘consolidado’ no admite modalización alguna de origen autonómico. Pues si la igualación de todos los propietarios de suelo urbano ‘consolidado’ reside tanto en los deberes positivos a que se ha hecho referencia como en la inexistencia de deberes de cesión de aprovechamiento urbanístico –y sentado que aquélla es una opción estatal válida, según razonamos en el fundamento 4–, la imposición de deberes de cesión de aprovechamiento urbanístico por las comunidades autónomas frustraría el fin igualador buscado por los artículos 149.1.1 de la CE y 14.1 de la LRSV. Con lo expuesto en nada se cuestionan ni limitan, claro es, las competencias de cada comunidad autónoma para precisar, en su ámbito territorial y ‘en los límites de la realidad’ qué debe

3. El mencionado precepto establece: “La participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística de los entes públicos se llevará a efecto en la siguiente forma: 1. Los propietarios de suelo urbano deberán ceder obligatoria y gratuitamente al Ayuntamiento el diez por ciento del aprovechamiento urbanístico lucrativo del ámbito correspondiente libre de cargas de urbanización. En el supuesto de obras de rehabilitación, únicamente corresponderá al Ayuntamiento el diez por ciento del incremento del aprovechamiento urbanístico sobre el anteriormente edificado.”

entenderse por suelo urbano ‘consolidado’ (STC 164/2001, fundamentos 19 y 20), ni cuál sea la fórmula de determinación del aprovechamiento urbanístico que rijan en su territorio (STC 164/2001, fundamento 22).”

2. La legislación urbanística autonómica reguladora del suelo urbano, en especial la definición del suelo urbano no consolidado

2.1. Las facultades de los entes competentes en materia de urbanismo para ordenar el suelo urbano

El legislador autonómico puede establecer qué ámbitos del suelo urbano deben ser objeto de operaciones de transformación, mejora, rehabilitación, reforma o de implantación y restitución de la urbanización, es decir, los criterios que justifican que el planeamiento los clasifique de suelo urbano no consolidado. Tiene, asimismo, la posibilidad de matizar y definir las dotaciones y sistemas a ceder, las técnicas de equidistribución y el porcentaje de cesión de aprovechamiento.

A su vez en el suelo urbano consolidado el legislador autonómico puede desarrollar el deber de conservación y rehabilitación, artículo 19 de la LRSV1998, y establecer los criterios para precisar el deber de completar la urbanización.

Hemos señalado que el Tribunal Constitucional ejemplifica la distinción entre el suelo urbano consolidado y no consolidado a través de la falta o insuficiencia de actuaciones urbanizadoras, que debe determinar la legislación autonómica, y en la necesidad de actuaciones de renovación o reforma urbana. Estos criterios son el eje principal de la política legislativa de cada comunidad autónoma en el suelo urbano. La distinción entre el suelo urbano consolidado y no consolidado, respetando la legislación estatal tal como ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional, se puede hacer a partir de la reproducción de la realidad o con la voluntad de conseguir una nueva realidad urbana.

En la realidad actual, consolidado, resulta:

a) La transformación del suelo urbano en el que no se han definido unidades de actuación es el resultado de la iniciativa privada (por lo tanto, si el propietario no quiere o no puede sustituir una edificación, el planeamiento no se ejecuta).

b) Las potestades públicas de intervención, en el suelo urbano no consolidado, establecidas en la legislación urbanística, respecto de los inmue-

bles no calificados de dotaciones y sistemas se articulan alrededor del deber de conservación en condiciones de seguridad, salubridad y ornato público y del régimen de las edificaciones y usos disconformes con el planeamiento.

c) El suelo urbano no incluido en unidades de actuación se va modificando a través de las nuevas promociones que, a consecuencia del incremento del precio del suelo, consiguen superar obstáculos de todo orden para adquirir nuevo suelo (desde arrendatarios reticentes hasta propietarios sin intención de vender).

d) Hay una parte de suelo urbano que se transforma bajo los mismos parámetros que el suelo urbanizable; aquella que se renueva de manera global en las áreas donde hay muchas plusvalías subyacentes, que hacen viable económicamente para la iniciativa privada o pública la transformación.

Otras realidades se están construyendo al amparo de legislaciones autonómicas que abordan con audacia el deber de conservación y rehabilitación. Son el resultado de reflexionar sobre los problemas del suelo urbano consolidado por edificaciones, disconformes o no con el planeamiento, en régimen de propiedad horizontal, que se van degradando lentamente, se disfuncionalizan respecto a los estándares de calidad de vida y de la tipología de demanda actual, y no son adecuadas a las nuevas necesidades (de servicios y de la estructura de la demanda).

En definitiva, es preciso examinar con atención las posibilidades que ofrece la legislación estatal para establecer la distinción entre suelo urbano consolidado y no consolidado y para definir el alcance del deber de conservación y rehabilitación. De ello nos ocuparemos con la convicción de la necesidad de construir técnicas dirigidas a garantizar de manera decidida el principio de sostenibilidad social de las ciudades.

2.2. La legislación autonómica

La legislación estatal establece de manera precisa los elementos que de manera nuclear obligan al planeamiento a calificar el suelo como suelo urbano. Deberá calificarse como tal el suelo ya transformado por contar, como mínimo, con acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica, o por estar consolidado por la edificación en la forma y con las características que establezca la legislación urbanística, e incluirá también los terrenos que en ejecución del pla-

neamiento hayan sido urbanizados de acuerdo con el mismo.

La legislación autonómica ha completado y precisado estos elementos estructurales de acuerdo con las condiciones de su territorio. En palabras del tribunal Constitucional ha establecido los criterios específicos al efecto de determinar qué “significa terrenos urbanizados”, “en ejecución del planeamiento”, y terrenos que estén “ya transformados”.

En el caso de la legislación urbanística catalana, el artículo 26 del TRLUCAT2005 establece que para clasificar el suelo como urbano los terrenos deben ser incluidos por el planeamiento urbanístico de manera expresa en esta clase de suelo y deben haber sido sometidos al proceso de integración en el tejido urbano. A su vez, precisa que el simple hecho de que el terreno confronte con carreteras y vías de conexión interlocal y con vías que delimitan el suelo urbano no comporta que el terreno tenga la condición de suelo urbano.

Al definir los servicios urbanísticos precisos para clasificar el suelo como urbano, el artículo 27 del TRLUCAT2005 establece que la red viaria debe tener un nivel de consolidación suficiente para permitir la conectividad con la trama viaria básica municipal, deben existir las redes de abastecimiento de agua y de saneamiento y el suministro de energía eléctrica. Todos estos servicios deben tener las características adecuadas para el uso del suelo previsto por el planeamiento urbanístico que lo clasifica.

La legislación autonómica también ha precisado el concepto de núcleos de población rurales o diseminados. En relación con este uso residencial, la legislación de Canarias regula el suelo no urbanizable de *asentamientos rurales* [artículo 55.c) del TROTENPCan]; la de Andalucía establece la categoría del *suelo no urbanizable del hábitat rural diseminado* [artículo 46.2.d) de la LOUAnd]; la de Aragón, al regular el régimen de los *pequeños municipios*, prevé una *zona periférica* (artículos 214 a 219 de la LUAr) en el entorno de los límites del suelo urbano en la que es posible construir edificaciones con destino residencial (la zona periférica es una categoría de suelo no urbanizable especial); la de la Comunidad Valenciana, que regula los *asentamientos rurales históricos* definidos por el artículo 23 de la LSNUCVal como los núcleos de población tradicionales, legalmente constituidos y consolidados en el suelo no urbanizable, que por sus especiales características exigen un tratamiento de su desarrollo distinto del propio de los suelos urbanos o urbanizables (en los que el planeamiento ordenará, además del uso de vivienda, aquellos usos rústicos tradicionales compatibles con la conservación, protección y mejora del asentamiento).

to rural delimitado y señalará aquellos otros usos incompatibles con él); en la legislación del Principado de Asturias, los *núcleos rurales que constituyan asentamientos consolidados de población de carácter rural y tradicional* no integrados en una red urbana (artículo 26 del TROTUPAst); y en la legislación de Galicia, *el suelo de núcleo rural*, que se configura legalmente como una clase de suelo diferenciada del suelo urbano, urbanizable y rústico, y que está constituido por los terrenos que sirven de soporte a un asentamiento de población y a su área de expansión, singularizados en función de sus características morfológicas, la tipología tradicional de las edificaciones y la vinculación con la explotación racional de los recursos naturales y que figuren diferenciados administrativamente en los censos y padrones oficiales (artículo 13 de la LOUGal).

En todos estos casos, se trata de permitir y canalizar la implantación de los usos residenciales en los terrenos que constituyen la tipología de asentamiento rural tradicional de cada comunidad autónoma.

La parte más sustantiva de la legislación autonómica es la relativa a la diferenciación entre suelo urbano consolidado y no consolidado y el régimen de derechos y deberes aplicable a los distintos supuestos. De hecho, hay que advertir que no en todos los terrenos calificados como suelo urbano no consolidado procederá, de acuerdo con la legislación autonómica, ceder un porcentaje de aprovechamiento. Así, por ejemplo, la legislación catalana clasifica como suelo urbano no consolidado los inmuebles afectados de vial, en los que se debe ceder la superficie afectada, por tratarse de una cesión que excede de los derechos del suelo urbano consolidado. Sin embargo, esta legislación no establece la obligación de ceder aprovechamiento. La misma solución adopta para las actuaciones, previstas en polígonos de actuación en suelo urbano no consolidado, de alcance limitado para ajustar, ampliar o mejorar la vialidad o los espacios libres.

El Tribunal Constitucional afirma que los criterios de distinción entre suelo urbano consolidado y no consolidado los establece, en los límites de la realidad, cada comunidad autónoma. En consecuencia, afirma, será cada comunidad autónoma, al fijar los criterios de consolidación por urbanización, la que determinará también qué inmuebles habrán de soportar los deberes de cesión y cuáles no.

La LRSV1998 no establece una definición del suelo urbano consolidado por la urbanización y del no consolidado, y no impide tampoco que la legislación de las comunidades precise cuándo se dan o se cumplen las condiciones para establecer el carácter consolidado de la urbanización.

De hecho, la diferenciación no es conceptual sino sustantiva. Aparece en el artículo 14 de la LRSV, atribuyendo un régimen diferenciado de derechos y deberes al suelo urbano consolidado por la urbanización y al suelo urbano no consolidado por la urbanización.

El régimen específico de derechos y deberes que impone el artículo 14.2 de la LRSV1998 para el suelo urbano no consolidado exige incluir en esta categoría de suelo al menos dos supuestos. El primero, las actuaciones urbanísticas integradas, incluidas en polígonos de actuación, que tienen por objeto completar el tejido urbano en ámbitos que en su mayor parte no han sido objeto previamente de transformación urbanística. Se trata de aquella parte del suelo urbano que, habiendo sido calificada como tal por el hecho de estar consolidada la edificación en el porcentaje que establezca cada legislador autonómico (habitualmente dos terceras partes siguiendo el criterio de la LS1976), tenga una notable falta de servicios urbanísticos y de espacios libres y de dotaciones.

El segundo supuesto es el de crecimiento de la ciudad por sustitución o en vertical. Son los polígonos de actuación en los que el planeamiento establece una ordenación alternativa y prevé un nuevo modelo urbanístico respecto del preexistente. Se trata de un planeamiento que establece una nueva estructura fundamental del ámbito por razón de la creación de nuevos sistemas, la implantación de usos principales diferentes a los existentes, o la sustitución de la edificación existente por el establecimiento de nuevos criterios de ordenación.

Estos dos supuestos exigirán la delimitación de polígonos de actuación que delimiten el ámbito en el que de manera efectiva deba darse cumplimiento al régimen de derechos y deberes establecido por el artículo 14.2 de la LRSV1998. Un régimen de derechos y deberes desarrollado por la legislación autonómica en los aspectos que señaló el Tribunal Constitucional a los que ya hemos hecho referencia.

En relación con los apartados a) y b) del artículo 14.2 de la LRSV, al legislador autonómico corresponde establecer el modelo de dotaciones urbanísticas públicas y la distinción entre dotaciones públicas locales y sistemas generales. En relación con el apartado c) del artículo, la competencia autonómica permite reducir el porcentaje de cesión de aprovechamiento, disponer respecto de si el suelo cedido habrá de aportarse o no libre de costes de urbanización; determinar el aprovechamiento urbanístico, determinar el ámbito de la equidistribución (todo el suelo urbano no consolidado o bien unos ámbitos concretos) y la forma de calcular el aprove-

chamiento urbanístico patrimonializable. Con respecto a la letra d), el legislador autonómico deberá establecer las técnicas o instrumentos concretos de equidistribución y seleccionar los sujetos que puedan o deban elaborar esos instrumentos.

Los supuestos explicados con una u otra terminología son recogidos por la mayor parte de legislaciones autonómicas.⁴ Habría dos supuestos singulares, que no necesariamente deberían conllevar la cesión de aprovechamiento:

–Los terrenos urbanos, no incluidos en sectores ni en polígonos de actuación urbanística, que están destinados en parte a vialidad objeto de cesión obligatoria y gratuita por el hecho de que esta cesión es necesaria para que el resto del suelo adquiera la condición de solar y se pueda construir de acuerdo con las determinaciones del planeamiento urbanístico general.

–Actuaciones previstas en polígonos de actuación en suelo urbano no consolidado, de alcance limitado para ajustar, ampliar o mejorar la vialidad o los espacios libres.

Finalmente, hay que advertir que las legislaciones autonómicas introducen un nuevo supuesto de suelo urbano no consolidado: las actuaciones urbanísticas aisladas que dan lugar a un incremento del aprovechamiento urbanístico por razón de la transformación de los usos preexistentes o del aumento de la edificabilidad [artículo 40.2.c) del Reglamento de la

4. Sirvan de ejemplo

–*Ley del suelo del País Vasco de 2006*

Artículo

1. Carecer de urbanización consolidada por:

a) No comprender la urbanización existente las dotaciones, servicios e infraestructuras precisos exigidos por la ordenación urbanística o carecer unos y otros de la proporción, las dimensiones o las características adecuadas exigidas por la misma para servir a la edificación que sobre ellos exista o se hubiera de construir.

b) Precisar la urbanización existente de renovación, mejora o rehabilitación que deba ser realizada mediante la transformación urbanística derivada de la reordenación o renovación urbana, incluidas las dirigidas a establecimiento de dotaciones.

–*Ley de ordenación urbanística de Andalucía, Ley 7/2002, de 17 de diciembre de 2002*

Artículo 45. Suelo urbano

[...] B) Suelo urbano no consolidado, que comprende los terrenos que adscriba a esta clase de suelo por concurrir alguna de las siguientes circunstancias:

a) Carecer de urbanización consolidada por:

1. No comprender la urbanización existente todos los servicios, infraestructuras y dotaciones públicos precisos, o unos u otras no tengan la proporción o las características adecuadas para servir a la edificación que sobre ellos exista o se haya de construir.

2. Precisar la urbanización existente de renovación, mejora o rehabilitación que deba ser realizada mediante actuaciones integradas de reforma interior, incluidas las dirigidas al establecimiento de dotaciones.

Ley de urbanismo de Cataluña, aprobado por el Decreto 305/2006; el artículo 11 de la Ley 2/2006, del suelo y urbanismo del País Vasco; artículo 45.3.b) del Texto refundido de la Ley de ordenación del territorio y de la actividad urbanística de Castilla-La Mancha, aprobado por el Decreto legislativo 1/2004; artículo 45 de la Ley 7/2002, de ordenación urbanística de Andalucía].

3. El proyecto de Ley de suelo presentado en el Congreso de los Diputados el 14 de julio de 2006⁵

El último proyecto de Ley de suelo actualmente en trámite parlamentario, reforma de manera substancial la LRSV1998 en materia de valoraciones, y de manera indirecta ello influye en las técnicas utilizadas para sustituir la de clasificación del suelo, tal como ha estado concebida en la legislación urbanística desde 1976. El proyecto de ley opta por diferenciar situación y actividad, estado y proceso del suelo. En cuanto a lo primero (situación y actividad), define los dos estados básicos en que puede encontrarse el suelo según sea su situación actual –rural o urbana–, estados que agotan el objeto de la ordenación del uso asimismo actual del suelo y son por ello los determinantes para el contenido del derecho de propiedad, otorgando así carácter estatutario al régimen de éste.

Esta manera de actuar del legislador estatal obedece a que prescinde por primera vez de regular técnicas específicamente urbanísticas, siquiera sea indirectamente. No es ésta, dice la exposición de motivos, una ley urbanística, sino una ley referida al régimen del suelo y la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales a él asociados en lo que atañe a los intereses cuya gestión está constitucionalmente encomendada al Estado.

La clasificación y categorización del suelo por el planeamiento es una técnica urbanística que el proyecto de ley afirma que no es necesaria para fijar los criterios legales de valoración del suelo. En este punto, la exposición de motivos establece: “Más aún, desde esta concreta perspectiva, que compete plenamente al legislador estatal, la clasificación ha contribuido históricamente a la inflación de los valores del suelo, incorporando expectativas de revalorización mucho antes de que se realizaran las operaciones necesarias para materializar las determinaciones urbanísticas de los pode-

5. El texto que ponderaremos será el informe de la ponencia publicado en el BOCG-Congreso de los Diputados. Serie A: Proyectos de ley de 11 de enero de 2007.

res públicos y, por ende, ha fomentado también las prácticas especulativas, contra las que debemos luchar por imperativo constitucional.”

En cuanto al estado y proceso de transformación del suelo, el proyecto de ley establece el régimen de las actuaciones urbanísticas de transformación del suelo, que son las que generan las plusvalías en las que debe participar la comunidad por exigencia de la Constitución. La Ley establece, conforme a la doctrina constitucional, la horquilla en la que puede moverse la fijación de dicha participación. Lo hace posibilitando una mayor y más flexible adecuación a la realidad y, en particular, al rendimiento neto de la actuación de que se trate o del ámbito de referencia en que se inserte, aspecto este que hasta ahora no era tenido en cuenta.

Las situaciones básicas del suelo se regulan en el artículo 12 del proyecto de ley, que define cuál está en la situación de suelo rural y cuál en situación de suelo urbanizado. En la definición del suelo rural la novedad más significativa es que incorpora, además de los terrenos que de acuerdo con la LRSV1998 debían calificarse como suelo no urbanizable, el suelo para el que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística prevían o permitan su paso a la situación de suelo urbanizado, hasta que termine la correspondiente actuación de urbanización, y cualquier otro que no reúna los requisitos para ser calificado de suelo urbanizado.

La definición y el régimen de las actuaciones urbanísticas de transformación del suelo se regulan en los artículos 14 y 16. El primer precepto define de manera indirecta el suelo urbanizable y el suelo urbano no consolidado, por ser en esta clase de suelo donde se van a producir actuaciones sistemáticas y completas de transformación urbanística.

Entre las actuaciones de transformación urbanística, el proyecto de ley distingue entre las actuaciones de urbanización y las actuaciones de dotación.

Las actuaciones de urbanización incluyen:

- 1) Las de nueva urbanización, que suponen el paso de un ámbito de suelo de la situación de suelo rural a la de urbanizado para crear, junto con las correspondientes infraestructuras y dotaciones públicas, una o más parcelas aptas para la edificación o uso independiente y conectadas funcionalmente con la red de los servicios exigidos por la ordenación territorial y urbanística.

- 2) Las que tengan por objeto reformar o renovar la urbanización de un ámbito de suelo urbanizado.

Las actuaciones de dotación son las que tienen por objeto incrementar las dotaciones públicas de un ámbito de suelo urbanizado para reajustar su proporción con la mayor edificabilidad o densidad o con los nuevos usos asignados en la ordenación urbanística a una o más parcelas del ámbito y no requieran la reforma o renovación integral de la urbanización de éste.

El artículo 16 define los deberes de la promoción de las actuaciones de transformación urbanística, de manera pareja a la actual regulación del artículo 14.2 y 18 de la LRSV1998, pero con las siguientes modificaciones:

–El porcentaje de cesión de aprovechamiento será libre de cargas de urbanización y se concreta mediante un porcentaje de la edificabilidad media ponderada de la actuación. Con carácter ordinario, el porcentaje no será superior al quince por ciento del atribuido al polígono (excepcionalmente puede incrementarse hasta el veinte por ciento), ni inferior al cinco por ciento. Debe destacarse que en las actuaciones de dotación el porcentaje de cesión de aprovechamiento se entenderá referido al incremento de la edificabilidad media.

–Al definir las infraestructuras de conexión que deben financiarse por los propietarios del polígono, incluye las obras e infraestructuras de potabilización, suministro y depuración de agua que se requieran conforme a su legislación reguladora.

–Obliga a garantizar el realojamiento y el retorno de los ocupantes legales que se precise desalojar de inmuebles situados dentro del área de la actuación y que constituyan su residencia habitual, cuando tengan derecho a ello y en los términos establecidos en la legislación vigente.

Finalmente, el artículo 16 se cierra con un precepto muy importante: “Los convenios o negocios jurídicos que el promotor de la actuación celebre con la Administración correspondiente no podrán establecer obligaciones o prestaciones adicionales ni más gravosas que las que procedan legalmente de acuerdo con lo dispuesto en este artículo, en perjuicio de los propietarios afectados. La cláusula que contravenga estas reglas será nula de pleno Derecho.”

4. El suelo urbano y la transformación sostenible de la ciudad

En la fotografía de nuestras ciudades podemos distinguir aquellas partes que tienen problemas de deterioro físico, falta de desarrollo económico, insuficiente cohesión social y carencia de calidad ambiental (todos o algunos de estos problemas, en proceso de tenerlos o ya claramente manifes-

tados) y aquellas otras que tienen calidad arquitectónica y funcional, y son sostenibles económica, social y ambientalmente.

Esta formulación con doble faz de un único problema podría hacer creer al lector que pensamos que existe una parte de la ciudad enferma, o en condiciones de enfermar rápidamente, y otra que goza de buena o muy buena salud. Nada más lejos de nuestra opinión. La descripción de una ciudad según la calidad arquitectónica y sostenibilidad económica, social y ambiental de concretos ámbitos, barrios o áreas no debiera llevarnos a la conclusión de que es posible independizar las soluciones para una única realidad: la ciudad como enclave de convivencia y de desarrollo de la actividad económica y social. La ciudad “es de todos”, entre otras perspectivas, porque su “calidad económica, social y medioambiental” es el parámetro que en mayor medida atribuye valor (y determina el precio) de cada inmueble y vivienda singular, permite garantizar derechos constitucionales (desde el derecho a la vivienda hasta el de la educación o el de la protección de la vida familiar) e incide significadamente en las posibilidades de desarrollo económico y social.

La distinta “situación de calidad” de barrios o ámbitos de la ciudad y las distintas técnicas jurídicas y políticas públicas que son aplicables para resolver las cuestiones que plantea no conlleva que la ciudad no deba ser entendida como un todo, un sistema de relaciones.⁶ En concreto, es preciso no olvidar que en muchas ocasiones las políticas que permiten la existencia de una parte de la ciudad como paradigma de la calidad son las

6. Salvador RUEDA, “La ciudad compacta y diversa frente a la conurbación difusa”, trabajo accesible en la página web <http://habitat.aq.upm.es/>, Biblioteca: Ciudades para un futuro más sostenible.

La esencia de la ciudad

“La ciudad es, sobre todo, *contacto, regulación, intercambio y comunicación*. Ésta es la base epistemológica sobre la que se sostienen, después, el resto de los componentes que acaban por constituirla. La estructura, la forma de producir la ciudad, el paisaje urbano, su monumentalidad, la movilidad, incluso el mercado..., son aspectos secundarios o parciales en relación con aquello que es esencial de la ciudad, que es la interacción entre los ciudadanos y sus actividades e instituciones.

“En esencia, el contacto, la regulación, el intercambio y la comunicación se encuentran en el marco de la relación entre personas, colectivos e instituciones (que son los portadores principales de información de la ciudad) diferentes que se alimentan, regulan y controlan por la transmisión de información múltiple entre ellos. Es lo que se llama *sistema*.”

“Efectivamente, un sistema se entiende formado por elementos y por las interacciones que ponen en relación unos elementos con otros. Cuando un sistema cuenta con organismos vivos se llama ecosistema. En el caso que nos ocupa al sistema le llamamos ‘ciudad’ y dado que el principal componente de la ciudad es el hombre (un organismo vivo), queda claro que los sistemas urbanos también son un ecosistema.”

mismas que exigen que el resto de la ciudad, o a otras ciudades limítrofes, avancen en la dirección contraria.

La transformación de la ciudad de manera sostenible es una preocupación generalizada en nuestro entorno cultural. Una visión sintética nos la ofrecen seis trabajos sobre la *renouvellement* urbana en Alemania, Gran Bretaña, Bélgica, Portugal, España e Italia, accesibles en francés en la página web “gridauh.univ-paris1.fr”, en la que seis profesores universitarios de estos países responden a un único cuestionario sobre el tema.⁷

Estos trabajos acreditan que el problema se afronta con técnicas parecidas por los distintos ordenamientos jurídicos que, sin embargo, para definir la misma realidad utilizan conceptos distintos. Así Fernando Alves, al examinar el ordenamiento portugués afirma: “el término *renouvellement* urbana no ha sido usado por el legislador portugués, prefiere otros como la *recuperación*, la *reconversión*, la *recalificación* o incluso la *revitalización del espacio urbano*.” Sin embargo, a los efectos de aproximarnos a las técnicas del ordenamiento portugués, formula una traslación del término francés *renouvellement* mediante una definición que diferencia las accio-

7. Es la página de GRIDOUH, “Groupement de recherche sur les institutions et le droit de l’aménagement, de l’urbanisme et de l’habitat”, que en este caso concreto propone un cuestionario sobre “Le renouvellement urbain: expériences étrangères” a profesores de distintas universidades europeas. En concreto, de Alemania. Dr. Ulrich Battis y Dr. Matthias Rossi, Humboldt-Universität zu Berlin (septiembre de 2002); de España, Ángel Menéndez Rexac, Universidad Autónoma de Madrid (abril de 2003); de Gran Bretaña, Philippe Booth, Department of Town and Regional Planning, University of Sheffield (abril de 2003); de Portugal, Fernando Alves Correia, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra, presidente de CA de la Asociación Portuguesa de Derecho Urbanístico, vicepresidente de CA de la Asociación Internacional de Derecho Urbanístico, con la colaboración de Dulces Lopes, asistente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra (abril de 2003); de Italia, Bruno Tonoletti, Universidad de Pavía (abril de 2003), y de Bélgica, profesor Bernard Pâques (abril de 2003).

Las preguntas que se les formulan son las siguientes:

I. Definiciones

1. ¿Cómo se plantea la problemática de la “*renouvellement* urbana” en las políticas urbanas y en el Derecho Urbanístico?

2. En la medida en que se admite dicha problemática, ¿afecta a una legislación nacional, políticas nacionales o exclusivamente a una legislación regional, o incluso a políticas locales?

3. Contenido de la noción *renouvellement urbain*: ¿apunta únicamente a los aspectos inmobiliarios y urbanísticos, o tiene una dimensión económica?, ¿en qué medida?, ¿a qué funciones (ámbitos o políticas) concierne?

4. El espacio en el que se centra la política de regeneración urbana: ¿se concentra en zonas urbanas determinadas, o engloba un espacio más amplio (ciudad, aglomeración, sub-región...)?

II. La gestión de la *renouvellement urbain*

1. La *renouvellement urbain* ha dado lugar a un marco normativo específico o derogatorio?, ¿o las políticas de *renouvellement urbain* han hecho uso de los instrumentos jurídicos existentes?, ¿cuáles?

nes estructuradas y objeto de planificación global, de las operaciones aisladas de rehabilitación de inmuebles. Este autor considera que sólo puede hablarse de recuperación, renovación o reconversión urbana “respecto de las acciones de los poderes públicos, con o sin cooperación de la iniciativa privada, que procedan a recalificar las zonas urbanas, desde el punto de vista urbanístico, *para mejorar las condiciones de vida y recuperar la multifuncionalidad; conseguir la mejora ambiental, lo que podríamos denominar la calidad del medio urbano y social, y la puesta a disposición de viviendas en condiciones dignas que permitan luchar contra la exclusión social*”. Frente a estas políticas públicas tendríamos, en su opinión, la rehabilitación individual de inmuebles. En este orden de cosas concluye que estamos ante un problema económico, social y ambiental, es decir, aunando esta opinión con nuestro planteamiento inicial, ante el reto de conseguir que el crecimiento económico se proyecte sobre nuestras ciudades consiguiendo su transformación sostenible.

En este trabajo coincidiremos en el diagnóstico de Fernando Alves, pero no en diferenciar, para su solución, las políticas de actuación sistemática y global sobre concretas áreas y las políticas de ayudas individuales dirigidas a la rehabilitación y transformación progresiva del conjunto de la

2. ¿Cuáles son los instrumentos de acción inmobiliaria usados para: los terrenos baldíos industriales; los barrios de hábitat degradado; la densificación de zonas residenciales?

3. ¿Cuáles son las fuentes de financiación de la regeneración urbana?, ¿financiación pública por distintos niveles gubernativos?, ¿recurso al préstamo?, ¿quién toma el préstamo?, ¿según qué modalidades?, ¿movilización de capital privado?: ¿en qué ámbitos y para qué tipo de proyectos?, ¿cuáles son las modalidades prácticas?, ¿qué papel se reserva a los propietarios?

4. El *renouvellement urbain* y el reparto de competencias: ¿En qué medida entra en la competencia de las corporaciones locales? Su objeto y sus instrumentos, ¿justifican por el contrario la intervención de niveles superiores?, ¿qué relaciones se establecen entre los distintos niveles? ¿de control o de cooperación/coordinación?, ¿se recurre o no a procedimientos contractuales entre entes públicos?

III. Los actores del *renouvellement urbain*

1. ¿Cuáles son los actores del *renouvellement urbain*?: ¿Organismos situados bajo el control directo de las corporaciones locales?, ¿organismos bajo el control directo del Estado (de la Región, del *Land*)?, ¿organismos bajo una doble tutela u objeto de una doble dependencia?, ¿organismos privados (= bajo el control por lo menos parcial del sector privado) cuya acción se sitúe bajo el control del poder público?, ¿de acuerdo con qué modalidades?

2. ¿Cuál es el lugar de los organismos de gestión de la vivienda social?

3. ¿En qué medida la elección de los actores y su financiación están influenciadas por las reglas de competencia y el derecho comunitario?

El examen del cuestionario propuesto creo que ya permite al lector aproximarse a las cuestiones principales que plantea la transformación sostenible de la ciudad que ya existe, que es la preocupación, no una mera curiosidad intelectual, que explica el porqué de la crónica de ordenanzas de este número de los QDL.

ciudad. Aunque sea útil diferenciar ambas políticas en el plano descriptivo, dado que nuestro ordenamiento establece un régimen distinto para el suelo urbano consolidado y para el no consolidado, con técnicas de actuación distintas, no debe olvidarse que la ciudad es un único sistema de relaciones económicas y sociales que debe abordarse como tal.

Bernard Pâques inicia su aproximación terminológica con la definición del Consejo de Estado belga: “por renovación urbana debe entenderse el conjunto de operaciones que, sobre una manzana o varias manzanas, intentan reestructurar, sanear o rehabilitar los centros urbanos a fin de reforzar su papel social y económico.” El Consejo de Estado belga insiste en el carácter global y lo diferencia también de las políticas de concesión de primas para la rehabilitación del hábitat, en beneficio de personas físicas y personas jurídicas de Derecho privado (dictamen núm. L.23956/9, de 19 de junio de 1995).

La descripción que realiza del plan regional de desarrollo de Bruselas nos permite observar que la tipología de planes en el ordenamiento belga es parecida a la de nuestro ordenamiento cuando diferencia los planes territoriales (directores o de coordinación de los urbanísticos municipales o propiamente planes territoriales) y los planes municipales. Los principios que estructuran el plan regional de Bruselas son coincidentes con las de nuestro planeamiento territorial y urbanístico: lograr el equilibrio entre las distintas funciones de la ciudad y hacer compatible el crecimiento económico y la calidad de vida. El plan de Bruselas, sin embargo, es, en política inmobiliaria, notablemente más ambicioso –en la línea de principios, no sabemos de los resultados, y en lo que nosotros conocemos– que los planes territoriales o directores territoriales de nuestro ordenamiento. Señala como objetivos de la política inmobiliaria: evitar la privatización de las plusvalías generadas por las políticas públicas; instaurar el derecho de tanteo y retracto; penalizar la congelación de bienes inmobiliarios, y penalizar o no incentivar las transacciones especulativas. Una lista de objetivos que sintetizan con precisión la exigencia constitucional, en el ordenamiento español, de que la regulación del suelo impida la especulación y que la comunidad participe en las plusvalías que genera la acción urbanística de los entes públicos (artículo 47 de la CE, en relación con el 53.2).

En cuanto a la historia del Derecho Urbanístico belga, Bernard Pâques, cita tres hitos:

–La legislación decimonónica, cuya técnica más destacable, a los efectos de renovación urbana, es expropiar para revender las parcelas adquiridas a sus adquirentes, que veían como se les imponían, bajo la forma de obli-

gaciones insertadas en sus escrituras públicas, determinadas formas de construcción.

–La Ley de 29 de marzo de 1962, de ordenación del territorio y urbanismo, que permite realizar grandes operaciones de expropiación y desplazamiento de la población (cita como ejemplo el barrio norte de Bruselas, en el que cuatro mil personas fueron desplazadas y expropiadas, el barrio fue derribado y reemplazado en parte por edificios singulares de oficinas y nuevas ocupaciones residenciales).⁸

–La legislación dictada a partir de 1977, en la que el Derecho belga de manera progresiva ya no dará cobertura a operaciones que desestructuran el territorio, expulsan a los habitantes y rompen el tejido urbano tradicional. De la lista de normas que relaciona Bernanrd Pâques se desprende la utilización de un amplio abanico de técnicas de intervención: subvenciones; demolición y reconstrucción de inmuebles públicos; adquisición municipal de inmuebles abandonados; derecho de retracto; nueva ordenación de lugares abandonados o económicamente susceptibles de mejora, e importantes líneas de subvenciones para destinar las viviendas existentes a regímenes asimilados a la vivienda social.

Existe una clara coincidencia entre la última etapa iniciada el año 1977 con los *objetivos de crecimiento urbanístico sostenible* de nuestra legislación urbanística más reciente, pero se observa en Bélgica una intervención mucho más intensa de los poderes públicos, en cuanto que no son sólo programadores o planificadores de la transformación de la ciudad, sino protagonistas en la fase final a la que destinan importantes recursos económicos para liderarla (aspecto de larga tradición como demuestra la importancia en la legislación belga de la técnica expropiatoria para luego reintroducir los bienes inmuebles en el mercado). Situación que dista mucho de la nuestra, en la que los poderes públicos han cedido progresivamente el protagonismo al sector privado y el urbanismo ha sido, en gran medida –a pesar del arsenal legislativo de medidas de intervención y de delimitación del dere-

8. En nuestra legislación, en el suelo urbano no consolidado ejecutado por sistemas de gestión privada, estas operaciones las realizan los promotores cuando alcanzan la condición propietarios mayoritarios que les permite en determinadas ocasiones “adquirir imperativamente en beneficio propio”, los bienes de todos los propietarios que por su porcentaje de derecho inicial en el sector ven sustituida su propiedad inmueble por una compensación económica. Se trata en muchas ocasiones de un proceso de “enajenación forzosa” de los bienes de los propietarios minoritarios que conlleva enormes beneficios para el del promotor mayoritario, que serían mucho más legítimos si se socializaran en forma de recuperación pública de plusvalías mediante su expropiación, en sentido propio, por razones de utilidad pública o interés social.

cho de la propiedad—, un conjunto de técnicas de regulación externa de la transformación del territorio impulsada por la especulación y por el crecimiento desorbitado de los precios del suelo, que han sido un vendaval, finalmente convertido en tornado, que se ha llevado por delante las “defensas” de las estructuras públicas serviciales del interés general, con muchas más potestades que medios económicos y voluntad política de intervención.

Bruno Toneletti, al sintetizar la situación italiana, nos permite advertir las profundas similitudes con el caso español. La rehabilitación aparece en la Italia de los años setenta como un apéndice al problema de la vivienda.⁹ Este fenómeno se produce en España más tarde, en concreto en el año 1983, cuando Real decreto 2329/1983 incluye en la financiación de los planes de vivien-

9. Bruno Toneletti lo explica del siguiente modo:

“La recuperación urbana aparece en las políticas públicas italianas a partir de los años setenta como apéndice al problema de la vivienda. Durante dicha década, en el marco de las políticas orientadas a la provisión de una vivienda a las categorías sociales más desfavorecidas, los fueron lanzados programas de construcción de viviendas sociales (*edizia residenziale pubblica* = viviendas de alquiler moderado). Las ciudades aún tenían la posibilidad de crecer y se estaba lejos de tener conciencia de la importancia estratégica de la recalificación del tejido urbano existente. En el contexto de una política principalmente dirigida hacia la realización de nuevas viviendas, emergió la oportunidad de destinar a la vivienda social el patrimonio inmobiliario existente, elaborando programas específicos para su rehabilitación.

Con la primera ley de dicho periodo sobre la vivienda social (l. 22 de octubre de 1971, núm. 865), dichos programas fueron destinados a la *salvaguardia de los centros históricos*, porque en Italia los edificios antiguos representan un bien primordial que en ese momento se encontraba en estado de degradación. La “rehabilitación de complejos inmobiliarios situados en los centros históricos” también fue objeto de financiación en el curso de los años setenta, siempre en el contexto de políticas de vivienda social (l. 27 de mayo de 1975, núm. 166 y 8 de agosto de 1977, núm. 513). El objetivo de la rehabilitación empezaba, sin embargo, a adquirir su propia dimensión, capaz de justificar políticas autónomas. La Ley núm. 166 de 1975 preveía, en efecto, que las inversiones para la rehabilitación de los centros históricos fueran objeto de programas específicos, distintos de los de la vivienda pública.

Con la Ley núm. 513 de 1977, *la salvaguardia y la rehabilitación del patrimonio inmobiliario existente* se convirtieron en una política de carácter general, ya no más limitada únicamente a los centros históricos. La Ley no se limitaba a financiar nuevas inversiones para la rehabilitación de los centros históricos, sino que *también preveía la financiación para programas generales de vivienda pública que comprendían la salvaguardia y la rehabilitación del patrimonio inmobiliario existente*. Dicha adquisición fue consolidada e institucionalizada casi inmediatamente por una segunda Ley sobre la vivienda pública (l. 5 de agosto de 1978, núm. 457), que consagra el título IV a las “*reglas generales para la rehabilitación del patrimonio inmobiliario y urbano existente*”. Con dicha Ley, la rehabilitación del patrimonio existente, siguiendo siendo considerado como un instrumento para la realización de políticas de vivienda, se presentaba también, desde el punto de vista urbanístico y de la construcción, como un interés público autónomo.

La toma en consideración de la degradación urbana se convirtió, pues, en un elemento central de la planificación urbanística. Además, dentro de la idea de rehabilitación, la Ley considera no sólo las intervenciones sobre los distintos inmuebles, sino también la reestructuración dicha “urbanística”, con el objetivo de “reemplazar el tejido urbano inmobiliario existente por otro, distinto, gracias a un conjunto sistemático de intervenciones inmobiliarias, ver la modificación del diseño de las parcelas, de las manzanas de casas, y del tejido viario”. *Se abrió así la perspectiva de una verdadera reconstrucción*

da (con utilización de los recursos del plan 1981-1983), la mejora y rehabilitación de la vivienda y de los espacios urbanos (será especialmente importante la financiación prevista para las áreas integrales de rehabilitación).

En Italia, como en España, la financiación estatal proviene de los recursos destinados a vivienda, pero la ordenación es esencialmente urbanística. Las referencias que Bruno Toneletti hace a la legislación urbanística de las regiones italianas¹⁰ acreditan que las leyes regionales dictadas a partir

de la ciudad sobre ella misma, acompañada de la conciencia de la imposibilidad y de la inoportunidad de la establecimiento indefinido del territorio construido (en dicha óptica, la Ley prescribe que en la determinación de la demanda de viviendas, es necesario en primer lugar determinar la parte que puede ser satisfecha por las intervenciones de rehabilitación del patrimonio inmobiliario existente).

La Ley de 1978, determinando una política autónoma de recuperación urbana, abrió la vía a la experimentación de nuevos instrumentos urbanísticos por los legisladores regionales. La fase de la mayor creatividad regional se sitúa a finales de los años ochenta. Dicha legislación se caracteriza, en especial, por un desplazamiento explícito de las intervenciones de la dimensión del plan a la dimensión de programa, por medio de una correlación estrecha entre el plan y la financiación.

Dicha tendencia se consolidó y fue ulteriormente desarrollada por la legislación nacional, que acentuó aun más la conexión entre la financiación y los programas de rehabilitación. En la Ley sobre la vivienda pública núm. 179, de 17 de febrero de 1992, una reglamentación del destino de la financiación la dirigió, de un lado, a las intervenciones de rehabilitación del patrimonio existente y, del otro lado, a la reestructuración urbanística, a las intervenciones "sobre el patrimonio inmobiliario público en el marco de programas de recalificación urbanística".

Con la distinción entre las *intervenciones de rehabilitación* y *programas de recalificación urbanística*, la ley desarrolla e incentiva la evolución de las políticas de recuperación urbana maduras a nivel regional en la década precedente. La distinción significa, en efecto, que la rehabilitación es una política orientada hacia la valorización del patrimonio inmobiliario (con una preeminente dimensión económica), mientras que la recalificación urbanística es una política social más amplia que la transformación cualitativa del medio urbano (más orientado en un sentido social).

El lado social de las intervenciones de recalificación urbanística fue desarrollado por la reciente legislación regional que ha previsto su utilización con referencia a los barrios periféricos, en los centros históricos, en los terrenos baldíos industriales y a las zonas afectadas por los fenómenos de degradación social.

El impacto de dichos instrumentos sobre la disposición tradicional de la reglamentación urbanística ha sido considerable. *La recomposición del tejido urbano seguido por los programas de recalificación urbanística representa el vehículo de una filosofía del urbanismo completamente distinta a la que había inspirado la regulación general de los años sesenta, todavía en vigor. La regulación de los estándares urbanísticos de los años sesenta imponía una clara separación funcional entre las distintas aglomeraciones, con el fundamento de que la calidad de vida dependía de una distribución ordenada y de la separación de las distintas actividades humanas. Por el contrario, la filosofía del urbanismo en que se fundamenta la recalificación urbanística considera el espacio urbano como un campo dinámico de potencialidades existenciales, económicas y sociales, cuyo desarrollo y transformación se deban favorecer de una forma modulada por la intervención de los poderes públicos.* Los programas de recalificación urbanística reflejan, pues la exigencia de hacer más flexible la regulación urbanística, más rica de contenidos y más bien adaptada a las dinámicas sociales." (La cursiva es nuestra y la traducción la ha realizado Eva Arnal Arasa, abogada, colaboradora habitual del QDL).

10. Para comprender esta similitud, transcribimos parcialmente, lo que en este punto explica el trabajo de Bruno Toneletti:

de los años 1994 y siguientes introducen el concepto de sostenibilidad y la necesidad de evitar el consumo injustificado de suelo, ya generalizadas ahora en la legislación urbanística española.

La situación en Gran Bretaña es para Philippe Booth la siguiente: “Actualmente, la recuperación urbana en Gran Bretaña se debe ver desde la óptica de tres influencias importantes. En primer lugar, hay la nueva inquietud de encontrar la calidad arquitectónica y urbanística de las ciudades con el objetivo de conseguir lugares en los que vivir bien. En segundo lugar, el Gobierno ha impulsado un programa contra la exclusión social que forma parte de su política de mejoras urbanas. Finalmente, la

“Ley de urbanismo de la región de la Toscana núm. 5, de 16 de enero de 1995 establece que el objetivo general de las políticas urbanas es el desarrollo sostenible, esto es, ‘el desarrollo previsto para asegurar las mismas potencialidades de crecimiento del bienestar de los ciudadanos y salvaguardar los derechos de las generaciones presentes y futuras a disfrutar de los recursos del territorio’ (artículo 1). [...] Entre los principios generales para la defensa y uso del suelo, está el de permitir únicamente el consumo de suelo para la vivienda y equipamientos cuando no haya alternativa a la reutilización y reorganización de las aglomeraciones y de los equipamientos existentes. Las nuevas ocupaciones de suelo deben en todo caso concurrir a la recalificación de los sistemas de hábitat y de los ordenación territorial en su conjunto, y a la prevención y la rehabilitación de la degradación [del territorio] (artículo 5). [...]”

Según la Ley de la región de Liguria núm. 36, de 4 de septiembre de 1997, ‘las elecciones efectuadas en la ordenación del territorio se efectúan sobre la base del principio general de desarrollo sostenible para el medio ambiente’ y de ‘el mínimo consumo de recursos territoriales’. La ordenación del territorio ‘pretende [...] la recalificación de las aglomeraciones a fin de alcanzar niveles más elevados de calidad de vida’ (artículo 22).

La Ley de la región de Lazio núm. 38, de 22 de diciembre de 1999, prevé que el gobierno del territorio debe dirigirse hacia la defensa de la integridad física y de la identidad cultural del territorio, así como la mejora cuantitativa del sistema de implantaciones y a la eliminación de los desequilibrios sociales, territoriales y sectoriales, para garantizar el desarrollo sostenible de la región’ (artículo 2). [...] Según el apartado d) del artículo 3, la ordenación debe garantizar: ‘[...] la recalificación de los barrios periféricos y de las zonas especialmente degradadas, a fin de eliminar las situaciones de desventaja territorial’.

El artículo 1 de la Ley de la región Emilia Romana núm. 20, de 24 de marzo de 2000, establece que la programación territorial está ‘al servicio del desarrollo económico, social y civil de la población regional’ y que ésta debe ser ‘apta para asegurar la mejora de la calidad de vida’ y para promover ‘un uso apropiado de los recursos ambientales, naturales, territoriales y culturales’. El apartado e), del artículo 2 prevé que los objetivos generales de la ordenación urbanística son: ‘promover la mejora de la calidad ambiental, arquitectónica y social del territorio mediante las intervenciones de recalificación del tejido urbano existente’; y el apartado f) ‘prever el consumo de nuevos territorios únicamente cuando no sea posible la sustitución, reorganización o recalificación de los tejidos de establecimiento existentes’ [...].”

En definitiva, se puede observar del texto transcrito que la legislación urbanística regional italiana establece como criterio orientador la sostenibilidad económica, social y ambiental y, consecuentemente, evitar el consumo de nuevo suelo cuando sea posible atender las necesidades mediante la optimización del tejido urbano existente.

política urbana toma parte en la renovación del gobierno local y la voluntad de establecer un sistema de administración regional que adoptará una estrategia que comprenda la renovación urbana.”

Estas breves referencias a la situación en nuestro entorno más inmediato no pretenden otra cosa que dar una respuesta positiva al enunciado de este apartado: la renovación y regeneración sostenible de nuestras ciudades es una preocupación común en nuestro entrono cultural. En el plano de los hechos, esa visión sintética reafirma el hecho de que muchas ciudades tienen deficiencias en cuanto a la cohesión social y a la calidad ambiental y que son realidades dotadas de vida en constante transformación. En el plano de la opinión, creo que reafirma que la dirección y resultado de ese proceso de transformación no debe dejarse al albur (a la mano invisible) de las reglas que rigen el mercado de inversión inmobiliaria.

La legislación¹¹ y la actuación de los poderes públicos deben fomentar y hacer posible que la ciudad se transforme, se conserve y se rehabilite de manera progresiva, global y equilibrada. También deben fomentar la optimización de las condiciones del patrimonio inmobiliario en el suelo urbano edificado (todo y no sólo en una pequeña parte), mediante el proceso permanente de conservación y rehabilitación para mantenerlo en condiciones adecuadas para su uso efectivo. Se trata de impedir la exclusión del mercado de ese patrimonio inmobiliario, por su estado progresivo de degradación, y de incorporarlo al proceso de formación de los precios de los bienes inmuebles urbanos (y que ayude a moderar el incremento de su precio, ya que la autorehabilitación disminuye la demanda y evita la ruptura del tejido social y la rehabilitación incrementa la posibilidad de oferta).

De hecho, una breve ojeada a los países de nuestro entorno permite afirmar que no es posible, sin un importante grado de intervencionismo público, una política urbanística en el suelo urbano que tenga por objeto impedir que se rompa bruscamente el tejido social, garantizar el derecho a vivienda asequible e incorporar la vivienda de segunda mano en el mercado inmobiliario en condiciones competitivas de calidad, no sólo de precio, con la vivienda nueva.

11. La ley no transforma la realidad. La vida no cambia por decreto. Pero ello no significa que las políticas públicas, la acción administrativa, por importante que sea, pueda resolver los problemas que tiene planteados una sociedad, en un marco normativo que lo impida. La ley no transforma la realidad, pero puede impedir transformarla. Hago esta afirmación, un tanto obvia, por el hecho que existe una opinión fuertemente extendida entre los responsables políticos en que debe ponerse el acento en la acción y a veces se olvida la necesidad de disponer de una legislación de calidad.

La ciudad ya consolidada se ha de transformar al tiempo que se conserva y se rehabilita y se vuelve a hacer de manera global. No debe aceptarse que la ciudad, por una parte, se transforma, que, por otra, se degrada, y que sólo en una parte se rehabilita y en la otra se suburbializa. Es muy importante que se produzca un resultado o el otro (la ciudad se transforma y crea ámbitos de marginación o se transforma y se rehabilita de forma global), no sólo desde el punto de vista ambiental o cultural, que son valores constitucionales y relevantes, sino también en el social, por el hecho de que el edificio y el barrio nos permiten visualizar una cuestión aún más trascendental: el nivel de bienestar de las personas que viven y la capacidad de integración ordenada de los nuevos residentes (sólo posible cuando se incorporan en un tejido social equilibrado en su origen y condición). Sin duda que las políticas urbanísticas no acabarán con la pobreza. Ello deberá resolverlo el desarrollo económico, la creación de riqueza y su distribución equitativa, pero el urbanismo puede ayudar o dificultar, incentivar o ralentizar, a que el crecimiento económico vaya necesariamente o no de la mano de la exclusión social.

5. La regulación de la ciudad consolidada en la legislación estatal de régimen del suelo y valoraciones: la importancia del artículo 19 de la LS1998 y del régimen jurídico poliédrico que establece

En el suelo urbano debemos diferenciar, de acuerdo con la clasificación que establece la LS1998, entre el suelo urbano consolidado y el no consolidado. El suelo urbano consolidado está sometido al régimen del deber de conservación y rehabilitación previsto en el artículo 19 de la LS1998 y a la obligación prevista en su artículo 14.1 de completar la urbanización para que alcance la condición de solar.

En este suelo, con la actual regulación estatal, la transformación está en manos de la propiedad privada sometida a las técnicas de control de policía administrativa, ejercidas, principalmente, a través de las licencias de edificación y uso y de órdenes de ejecución. La consecuencia es que la transformación de una gran parte del suelo urbano no consolidado no depende del ejercicio de potestades administrativas. Las posibilidades de transformación, de renovación y de mejora de este suelo dependen de la decisión de los propietarios, condicionados: a) por la legislación jurídico-privada, en especial, la legislación de arrendamientos urbanos y la legislación de propiedad horizontal, y b) por las condiciones de oferta y la

demanda del mercado inmobiliario en el sector concreto donde se encuentra el edificio.

Es una situación conocida: a nuestras ciudades las van regenerando, cambiando y modificando en el ámbito del suelo urbano consolidado las promociones inmobiliarias privadas. Los promotores, para realizar transformaciones aisladas en el suelo urbano consolidado, precisan de un crecimiento constante y desmesurado del precio del suelo urbano, en una espiral sin fin. Para obtener suelo, cada vez y en cada concreta ocasión, han de vencer las exigencias de los propietarios y arrendatarios que, al precio inmediatamente inferior del mercado, aún no estaban dispuestos a vender y desocupar los inmuebles para derruirlos y sustituirlos.

El suelo urbano no consolidado lo delimita el planeamiento urbanístico al establecer una ordenación alternativa a la ocupación y urbanización existente. Este suelo se transforma, desde el punto de vista de deberes y derechos de los propietarios, con los mismos parámetros que el suelo urbanizable, pero incluye dos realidades muy distintas que la legislación urbanística no delimita con precisión. La primera, las áreas de la ciudad en las que existen muchas plusvalías subyacentes como consecuencia del crecimiento de la ciudad y en las cuales el precio de la venta de las nuevas edificaciones permitirá absorber una sustitución total y la creación de una nueva ciudad (que conlleva necesariamente para su financiación el desplazamiento, al menos parcial, de la población residente). La segunda, las áreas que exigirán fuertes inversiones públicas para poder proceder a la sustitución o renovación del tejido urbano existente y que coinciden con las áreas más degradadas, para las que se prevé una reordenación urbanística, sin desplazamiento de la población residente, que no sólo mejora la urbanización, sino que altera y sustituye la ocupación.

La regulación vigente del suelo urbano consolidado sustituyó a la del legislador de 1990 (me refiero al contenido de la LS1990, incorporado al Texto refundido de la LS1992), que se fundamentaba en considerar que: a) cada operación concreta de transformación del suelo urbano debía contribuir a hacer ciudad, mediante la técnica de la definición del aprovechamiento del suelo urbano susceptible de patrimonialización mediante un porcentaje respecto del aprovechamiento de concretas áreas de reparto en el suelo urbano, y b) mediante la delimitación de unidades de actuación en el suelo urbano que eran objeto de transformación completa sistemática, que no sólo debían contribuir a la mejora del conjunto de la ciudad mediante la cesión de aprovechamiento, sino también distribuir equitati-

vamente entre los propietarios de la unidad de actuación el aprovechamiento que dicha unidad de actuación tenía atribuido.

Las actuaciones mediante unidades de transformación sistemática y completa situadas en suelo urbano son el antecedente del actual suelo urbano no consolidado. De acuerdo con la legislación vigente, el planeamiento urbanístico en concretos ámbitos del suelo urbano establece una ordenación alternativa a la existente que exige un proceso de transformación completa y sistemática. Este tipo de suelo definido por el planeamiento tiene, como decíamos, una estructura legal de derechos y deberes de los propietarios prácticamente idéntica a la del suelo urbanizable, y las técnicas de transformación son también prácticamente las mismas.

El resultado de todo ello es que el primer elemento estructurador del suelo urbano es la diferenciación entre suelo urbano consolidado y no consolidado, y que gran parte de la ciudad existente (el suelo urbano consolidado) queda sometida, desde el punto de vista urbanístico, básicamente, a dos únicos precepto de la legislación estatal del suelo, los artículos 14.1 y el 19 de la LS1998, y a la regulación autonómica del deber de conservación y rehabilitación y del régimen jurídico de la declaración de ruina.

La importancia de la configuración del deber de conservación y rehabilitación en el artículo 19 de la LS1998 resulta de la STC 61/1997, cuando determina la competencia estatal en materia de urbanismo. Como es sabido, la fundamenta, en los aspectos más sustanciales y en lo que aquí interesa, en el artículo 149.1.1 de la CE. El Tribunal Constitucional afirma que este precepto permite al Estado legislar sobre las manifestaciones más elementales de la función social de la propiedad urbana y sobre los deberes básicos del titular. Afirmar, por tanto, la constitucionalidad del artículo 19 significa afirmar que el deber de conservación es uno de los deberes básicos del propietario de bienes inmuebles.¹²

12. El Tribunal Constitucional establece en este punto:

“10 (Consecuencias de esta competencia sobre el derecho de propiedad urbana y el urbanismo). Siendo ello así, y sin perjuicio de cuanto se indique en el enjuiciamiento de cada una de las concretas impugnaciones, cabe admitir que la adquisición del contenido urbanístico susceptible de apropiación privada, su valoración, o los presupuestos previos –o delimitación negativa– para que pueda nacer el derecho de propiedad urbana, por ejemplo, son elementos que, en principio, pueden considerarse amparados por la competencia estatal que se localiza en el artículo 149.1.1 de la CE, como ya se ha anticipado en el fundamento jurídico 8, *in fine*.

“Al mismo tiempo, el Estado tiene competencia para fijar las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el cumplimiento de los deberes constitucionales y, en consecuencia, para regular los deberes básicos que sean inherentes a cada manifestación del dominio.

Curiosamente, el contenido del artículo 19 de la LS1998 acredita que la regulación de los deberes básicos (artículo 149.1.1. de la CE) del suelo urbano consolidado es el objeto de una multiplicidad de bloques normativos. Observemos que establece lo siguiente:

–Los propietarios de terrenos y de las construcciones deberán destinarlos a usos no incompatibles con el planeamiento. En este punto, el artículo 19 de la LS1998 modifica el artículo 21 de la LS1992, que obligaba a destinarlos efectivamente a los usos previstos en el planeamiento. Con esta modificación, se produce una alteración significativa e importante en relación con la función del planeamiento como un instrumento para establecer el contenido del derecho de uso y edificación en el suelo urbano y del régimen jurídico de los usos existentes en esta clase de suelo y disconformes con el nuevo planeamiento.

–Los propietarios han de garantizar las condiciones de seguridad de los terrenos y las construcciones. Esta obligación es muy anterior al nacimiento del Derecho Urbanístico y es consustancial con el dominio sobre los bienes inmuebles, como lo acreditan el ordenamiento jurídico civil y sus antecedentes en el Derecho Romano, de tal forma que, al valorar el alcance y las consecuencias de este deber, no podemos desconocer el contenido de la legislación civil (el Código civil, la Ley de enjuiciamiento civil, la legislación civil autonómica sobre acciones negatorias e inmisiones, la legislación de ordenación de la edificación o la legislación sobre propiedad horizontal y de arrendamientos urbanos).

–Los propietarios tienen la obligación de mantener los terrenos y construcciones en condiciones de salubridad. La referencia a la salubridad nos lleva a un bloque normativo diferenciado de la legislación urbanística, como es la legislación de vivienda y sus antecedentes arraigados en la legislación sanitaria en materia de vivienda. Los planes urbanísticos pueden hacer referencia a las condiciones de salubridad de los terrenos y construcciones, pero de manera indirecta, a través del establecimiento de la

“En tal sentido, no debe olvidarse que la función social forma parte del contenido del derecho de propiedad y expresa y sintetiza los deberes que modulan su ejercicio (artículo 33.2 de la CE), así como que la competencia estatal *ex* artículo 149.1.1 de la CE se extiende a los deberes constitucionales (artículos 149.1.1. y 33.2 de la CE). De ahí que puedan encontrar cobijo bajo la competencia estatal las manifestaciones más elementales de la función social de la propiedad urbana, los deberes básicos que a su titular corresponde satisfacer, en cuanto sirvan para garantizar la igualdad a que se refiere el artículo 149.1.1 de la CE.

“No es posible, pues, rechazar a priori o excluir a radice la competencia estatal para dictar normas sobre tales aspectos de la propiedad urbana y de su función social.”

ordenación del derecho de uso y edificación. Las condiciones objetivas de habitabilidad y las normas para garantizar un correcto mantenimiento de las viviendas (así, por ejemplo, el libro del edificio) son establecidas por el legislador estatal o autonómico al amparo de títulos competenciales diferentes del urbanismo (vivienda y ordenación de la edificación). Además, no puede olvidarse en este punto la legislación civil y las acciones ante la jurisdicción ordinaria por inmisiones.

–Los propietarios han de mantener las edificaciones y construcciones en condiciones de ornato, cuyo deber está configurado por la legislación urbanística y la legislación del patrimonio cultural y medio ambiente y, por tanto, no se precisa y delimita tan sólo por el planeamiento urbanístico, sino también por las declaraciones de bienes de interés cultural, al amparo de la legislación del patrimonio cultural, o por las declaraciones como espacios naturales sometidos a algún régimen de protección, al amparo de la legislación de espacios naturales.

–Se ha de tener presente, por otra parte, que el artículo 19 de la LS1998 establece expresamente el deber de someter a la legislación de medio ambiente y a la del patrimonio histórico artístico, lo cual completa y amplía el contenido estrictamente urbanístico del deber de conservación.

–Finalmente, en relación con el deber de conservación, el artículo 19 establece la obligación de someterlo a aquello que resulte de la legislación de rehabilitación, cuyo ámbito normativo se estructura desde el título competencial urbanismo, el de vivienda y el de ordenación de la edificación. La legislación urbanística prevé planes de mejora y rehabilitación urbana que conectan la ordenación pormenorizada con el deber de rehabilitación, y es exigible por la vía de la expropiación por el incumplimiento de la función social de la propiedad o a través de órdenes de ejecución. En el caso de la legislación de la vivienda, se materializa a través del ejercicio de las competencias estatales relativas a la aprobación de planes bianuales, trienales o cuatrimestrales de la vivienda y a través de la normativa autonómica que desarrolla este plan o instrumenta políticas de rehabilitación propias. Finalmente, la legislación de ordenación de la edificación establece las condiciones de funcionalidad, seguridad y habitabilidad de los edificios.

Las anteriores consideraciones acreditan que afirmar que los deberes básicos de los propietarios en el suelo urbano consolidado están establecidos en el artículo 19 de la LS1998 (que es cierto) es una remisión a un régimen jurídico poliédrico. De ello puede deducirse que el primer déficit que tenemos es no abordar el suelo urbano como un objeto de análisis global y no

advertir suficientemente que sólo unos conocimientos pluridisciplinarios (también dentro del ámbito del Derecho), que permitan determinar la situación de los ocupantes y de los inmuebles y las técnicas susceptibles de ser utilizadas, darán con el diagnóstico correcto caso a caso, para poder actuar en la dirección que permita la transformación sostenible de la ciudad.

6. El deber de conservación y rehabilitación en la legislación urbanística autonómica

El conjunto de la legislación autonómica, desde la perspectiva del deber de conservación, ha ido evolucionando desde el régimen establecido en la LS1976, que regulaba sólo el deber de conservación y establecía la obligación de mantener los terrenos y edificaciones en condiciones de seguridad, salubridad y ornato público, y el límite del deber de conservación en el estado de ruina (física, económica, por superar la reparación el cincuenta por ciento del *valor actual* del edificio, y urbanística). La legislación vigente se caracteriza, en la mayoría de las normas autonómicas y con distintos matices, por: a) el hecho de regular el deber de conservación y rehabilitación conjuntamente y establecer que conlleva la obligación de mantener las edificaciones en adecuadas condiciones de uso efectivo, y b) el hecho de definir el límite de ese deber por referencia a que el coste de las obras para mantener las edificaciones en condiciones de uso efectivo no supere el cincuenta por ciento del coste de construcción de un edificio nuevo, excluido el valor del suelo, de características similares, susceptible de obtener licencia de ocupación.

El legislador autonómico actual, en la mayoría de los supuestos examinados, incorpora desde la legislación urbanística una obligación de conservación y rehabilitación directa, y autónoma de la existencia o no de reglas especiales de rehabilitación,¹³ al contenido de la función social de

13. El artículo 86 de la LAUCVal (1994), que fue pionera al regular el deber de conservación y rehabilitación, establecía que "los propietarios de terrenos, construcciones y edificios deberán mantenerlos en condiciones de seguridad, salubridad, ornato público y decoro, *realizando los trabajos y obras precisas para conservar o rehabilitar en ellos las condiciones imprescindibles de habitabilidad o uso efectivo que permitirían obtener la licencia administrativa de ocupación para el destino que les sea propio*". Y para finalizar añade: "Será exigible este deber aun cuando no hubiere normas específicamente aplicables sobre protección del medio ambiente, patrimonios arquitectónicos y arqueológicos o sobre rehabilitación urbana. Si las hubiere, se cumplirá con total respeto a las mismas." Es, por tanto, un deber autónomo de la existencia de reglas especiales de rehabilitación y en ese sentido utilizamos la expresión en el texto.

la propiedad urbana. Es la obligación de mantener las edificaciones y construcciones en el estado de funcionalidad, calidad estructural y habitabilidad que en cada momento establezca la legislación vigente. Se traslada una técnica aceptada de manera pacífica respecto de las autorizaciones de actividades de funcionamiento (cuyo desarrollo se prolongará durante períodos de tiempo indeterminados), como es la obligación de adaptarse a los cambios normativos que definen en cada momento los estándares que el legislador entiende necesarios para garantizar la calidad de vida, los intereses públicos y los bienes jurídicos en juego (que deben ser salvaguardados en todo caso por quien desarrolla la actividad sometida a controles de policía administrativa). No se trata, sin embargo, respecto de las edificaciones y construcciones, de salvaguardar a la colectividad de los eventuales riesgos que pueda conllevar el desarrollo de la actividad, sino de garantizar el uso racional del suelo y la sostenibilidad económica, social y ambiental de nuestras ciudades. Nosotros creemos deseable que esta legislación sea la antesala de otra que incluya también, en el ámbito de la función social de la propiedad urbana, la obligación no sólo de mantenerla en condiciones de uso efectivo, sino, también, de ocupación efectiva, para aquellos inmuebles situados en áreas con gran demanda de vivienda, que debe ser satisfecha a través, en caso contrario, mediante procesos de transformación urbanística que exigen el consumo de nuevos suelos.

Hemos señalado la existencia de matices en la legislación autonómica en la definición del deber y de su límite, y debemos añadir que las legislaciones autonómicas establecen técnicas propias y diferenciadas para garantizar el cumplimiento del deber de conservación y rehabilitación. Para acreditar las coincidencias y diferencias y valorar las distintas soluciones adoptadas, examinaremos brevemente las legislaciones del Principado de Asturias, Aragón, Andalucía, Canarias, Castilla-La Mancha, Comunidad Valenciana, Extremadura, Galicia y Madrid, que, en su conjunto, nos ofrecen un abanico lo suficientemente representativo de los problemas y soluciones.

En relación con las normas urbanísticas autonómicas prestaremos atención a la definición del deber de conservación y rehabilitación, su límite; las formas de atenuar los efectos de la declaración de ruina en los contratos de arrendamiento y la inspección técnica de edificaciones.

La valoración global de las leyes autonómicas, que ya anticipamos, permite concluir que las administraciones públicas están dotadas de importantes

habilitaciones para hacer cumplir un deber, que consiste en mantener en estado de uso efectivo el patrimonio inmobiliario, de enorme trascendencia para la regeneración y transformación sostenible de la ciudad. Sin embargo, estamos ante un problema que no sólo se puede resolver con técnicas de policía administrativa, importantes sin duda, sino que exige también políticas públicas activas e inversiones importantes, por afectar la transformación sostenible de la ciudad, al derecho de una vivienda digna y a un entorno que potencie la igualdad de oportunidades de todos los ciudadanos.

6.1. La definición del deber de conservación y rehabilitación, su límite

La LUCVal (1994) fue innovadora por la forma de regular el deber de conservación y rehabilitación,¹⁴ al referirlo a la garantía de las condiciones imprescindibles de habitabilidad o uso efectivo.¹⁵ Esta legislación se ha visto confirmada por la LUVa (2005) y por las últimas iniciativas legislativas de la Comunidad Valenciana. La ley 3/2004, de 30 de junio, de ordenación y fomento de la calidad de la edificación, define la vida útil del edificio como “La previsión del período de tiempo durante el cual es susceptible de ser utilizado el mismo en las condiciones de calidad requerida, siempre que se hayan observado las instrucciones de uso y mantenimiento y se hayan realizado las obras de rehabilitación necesarias”, y la rehabilitación “como la intervención necesaria cuando las operaciones periódicas de mantenimiento son insuficientes para conservar el edificio en condiciones adecuadas”.¹⁶

14. La ley valenciana se aprobó durante la vigencia del artículo 21, apartado uno, de la LS1992. Como sabemos, el artículo 19 de la LS1998 modifica el artículo 21 de la LS1992, que obligaba a destinar los terrenos y edificaciones efectivamente a los usos previstos en el planeamiento. Al haberse producido sólo este cambio es un referente válido actualmente y el inicio de una regulación más ambiciosa del deber de conservación y rehabilitación.

15. Ver nota 20.

16. A su vez, el artículo 24 de la Ley 3/2004, de 30 de junio, completa la definición del deber de mantenimiento y rehabilitación al establecer:

“1. Los propietarios de los edificios deberán mantenerlos en condiciones de funcionalidad, seguridad y habitabilidad, suficientes *para obtener la licencia de ocupación* para el uso al que se destina el edificio, de acuerdo con las instrucciones contenidas en el Libro del Edificio.

“2. Durante la vida útil del edificio los propietarios llevarán a cabo los trabajos de mantenimiento que periódicamente se prevén en el Libro del Edificio, reseñando en él las operaciones realizadas y su fecha, así como el seguimiento a que hubiere lugar. Estas labores serán llevadas a cabo por los propios usuarios, o por técnicos u operarios especializados, o por entidades de control según sea el caso, cuya identificación se indicará también en el Libro del Edificio.

Las comunidades de Andalucía y Extremadura, en la línea iniciada por la legislación valenciana, coinciden en la regulación del deber de conservación y rehabilitación. El apartado 1 del artículo 156 de la LOUAnd y el apartado 1 el artículo 163 de la LSEx establecen que: “Los propietarios de terrenos, construcciones y edificios tienen el deber de mantenerlos en condiciones de seguridad, salubridad y ornato público, realizando los trabajos y obras precisos para conservarlos o rehabilitarlos, a fin de mantener en todo momento las condiciones requeridas para la habitabilidad o el uso efectivo.” La legislación de la Comunidad Autónoma de Canarias también delimita el contenido del deber de conservación y rehabilitación a partir de los conceptos de condiciones requeridas de habitabilidad y uso efectivo (artículo 153.1 del TROTENPCan). En el caso de Andalucía, destaca que el planeamiento urbanístico no sólo puede imponer un plazo para edificar, sino también para rehabilitar, transcurrido el cual puede ordenarse su ejecución forzosa (artículo 18 de la LOUAnd).

Frente a esta regulación, el Principado de Asturias y Aragón reproducen el artículo 19 de la LS1998, sin regular de manera tan clara la conservación y rehabilitación de manera conjunta. El artículo 142 del TROTUPAst establece que: “Los propietarios de toda clase de terrenos y construcciones deberán destinarlos a usos que resulten compatibles con el planeamiento urbanístico y las exigencias medioambientales, y mantenerlos en condiciones de seguridad, salubridad y ornato públicos.” Y en el caso de incumplir órdenes de rehabilitación, el artículo 207 del TROTUPAst prevé la posibilidad de que la Administración decrete la rehabilitación forzosa, bien de manera directa o través de un particular, que se denomina *agente edificador* (este último es un matiz singular respecto a lo que hemos

“Todos los usuarios dispondrán de las instrucciones de uso y mantenimiento de su vivienda, local o de la parte del edificio de uso privativo que les corresponda según el artículo 21.2 de la presente Ley.

“3. En ningún caso, las instrucciones de uso y mantenimiento del edificio supondrán la inaplicación o transferencia a los propietarios y usuarios del mismo de las responsabilidades que, conforme a lo establecido en la legislación estatal de ordenación de la edificación, correspondan a otros agentes de la edificación.

“4. Cuando un edificio haya sido rehabilitado contará con un Libro del Edificio adecuado al nivel de intervención realizado, en el que se expliciten las operaciones de mantenimiento a realizar y sus períodos, así como las instrucciones de uso.

“5. Para tener derecho preferente a las ayudas o incentivos a la rehabilitación de edificios con financiación pública, será necesario justificar que se han realizado al menos las operaciones de mantenimiento mínimas, y la inspección técnica, en su caso, conforme a lo establecido en el artículo 87 de la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, y a las condiciones que reglamentariamente se determinen.”

reseñado del artículo 18 de la LOUAnd). El apartado 1 del artículo 184 de la LUAr establece la misma regulación que el artículo 142 del TROTUPAst, pero añade a las condiciones adecuadas de seguridad, salubridad y ornato público, las de calidad ambiental, cultural y turística.

Galicia representa un punto intermedio, dado que, aunque no afirma expresamente la obligación de rehabilitar, se deduce de la forma en que delimita el contenido de la conservación. El artículo 9 de la LOUGal establece que los propietarios de toda clase de terrenos, construcciones, edificios e instalaciones deberán destinarlos a los usos permitidos por el planeamiento urbanístico; *mantenerlos en condiciones de funcionalidad, seguridad, salubridad, ornato público y habitabilidad según su destino*, y con arreglo a las normas de protección del medio ambiente, del patrimonio histórico y de la rehabilitación.

La conclusión a la que llegamos es que el deber de rehabilitación, con independencia de lo que establezca la legislación urbanística, se desprende de las normas –no urbanísticas– que regulan las condiciones de funcionalidad, habitabilidad y seguridad de las edificaciones, por el mero hecho de estar aprobadas y vigentes, sin perjuicio del régimen transitorio que establezcan en cada caso. Sin embargo, es importante la regulación conjunta en el ámbito urbanístico de la conservación y rehabilitación porque resuelve las dudas interpretativas respecto a la obligación y alcance de adaptarse a los cambios normativos.

Independientemente de este aspecto, pueden existir: a) determinaciones del planeamiento urbanístico en materia de rehabilitación (las de los planes especiales de mejora urbana), cuyo ámbito es el propio de un plan (densidad, usos incompatibles y condiciones de la edificación), y b) legislación en materia de rehabilitación amparada en los títulos competenciales de ordenación de la edificación (por ejemplo, el régimen de instalaciones de los servicios de telecomunicaciones en los edificios en régimen de propiedad horizontal), vivienda (que pueda establecer un régimen específico; así, por ejemplo, declarar de interés social la expropiación de elementos privativos en beneficio de la comunidad de propietarios para el establecimiento de servicios comunes) o medioambientales (piénsese en la transposición de las directivas sobre eficiencia energética de las edificaciones).

La definición del deber de conservación y rehabilitación es incompleta sin examinar su límite. La legislación urbanística delimita el coste máximo de obras e instalaciones que los propietarios deberán realizar a su costa,

no para todas las actuaciones de rehabilitación, sino las necesarias para mantenerlos en las condiciones *requeridas para la habitabilidad o el uso efectivo* (legislación andaluza y extremeña) *o condiciones de funcionalidad, seguridad, salubridad, ornato público y habitabilidad según su destino* (legislación gallega, que incluye todas las condiciones previstas en la ley de ordenación de la edificación y en la legislación de vivienda y patrimonio cultural).

El límite del deber de conservación y rehabilitación ha de coincidir con *la situación de estado de ruina que permite, salvo norma prohibitiva expresa, a elección del propietario o propietarios, derribar y reconstruir o rehabilitar. La norma prohibitiva* no sólo es la prevista en la legislación de protección del patrimonio cultural, sino también las normas de Derecho privado aplicable (por ejemplo, el régimen de la ruina del edificio previsto en el artículo 21 de la Ley 49/1960, de propiedad horizontal, que señala que el régimen de propiedad horizontal se extingue: “1º. Por la destrucción del edificio, salvo pacto en contrario. Se estimará producida aquélla cuando el coste de la reconstrucción excede del cincuenta por ciento del valor de la finca al tiempo de ocurrir el siniestro, *a menos que el exceso de dicho coste esté cubierto por un seguro.* 2º. Por conversión en propiedad o copropiedad ordinarias.” *La elección del propietario o propietarios sobre derribar y reconstruir o rehabilitar* estará muy condicionada por las posibilidades de edificabilidad previstas en el planeamiento para la nueva edificación y el régimen de edificabilidad, en el caso de disconformidad con el planeamiento vigente, si se opta por la rehabilitación.

El estado de ruina de la edificación es una cuestión que ha trascendido y trasciende a la ordenación urbanística de las ciudades por afectar, también, a dos grandes ámbitos de problemas: a quién, administraciones públicas o propietario, se atribuye el coste de conservación del patrimonio cultural inmobiliario y la resolución unilateral por parte del propietario de los contratos de arrendamiento por causa de ruina de la edificación y la repercusión a los arrendatarios de las obras de conservación y rehabilitación ordenadas por las administraciones públicas.

Por ello, cualquier análisis de la regulación del deber de conservación precisa de examinar el anverso de la moneda: el límite del deber de conservación y la declaración de ruina. El artículo 204 de la LUVa (2005), los apartados 2 y 3 del artículo 156 de la LOUAnd, el apartado 2 del artículo 163 de la LSEx, el artículo 143.3 del TROTUPAst y el artículo 153.2 del TROTENPCan, definen el límite del deber normal de conservación y reha-

bilitación, prácticamente de manera idéntica. Reproducimos el precepto de la ley valenciana para explicarlo: “Se entenderá que las obras (exigibles de acuerdo con la definición del deber de conservación y rehabilitación que hemos examinado) exceden del límite del deber normal de conservación *cuando su coste supere la mitad del valor de una construcción de nueva planta, con similares características e igual superficie útil que la preexistente, realizada con las condiciones imprescindibles para autorizar su ocupación*. Si no se trata de un edificio sino de otra clase de construcción, dicho límite se cifrará, en todo caso, en la mitad del coste de erigir o implantar una nueva construcción de iguales dimensiones, en condiciones de uso efectivo para el destino que le sea propio.”

Es la respuesta lógica: si el deber de conservación y rehabilitación lo es para mantener la edificación en condiciones efectivas de uso, el coste de las obras para establecer el límite de ese deber se calcula respecto de un edificio que pudiera obtener la licencia de ocupación. Y obsérvese que en el caso del Principado de Asturias, que aunque no regula el deber de conservación y rehabilitación conjuntamente, el resultado final coincide con el resto de las legislaciones autonómicas relacionadas en el párrafo anterior, y debe interpretarse del mismo modo, a la vista de la manera de establecer el límite de conservación.

La única legislación que mantiene un criterio claramente distinto es la aragonesa. El apartado 3 del artículo 184 de la LUAr establece que “constituirá el límite del deber de conservación de las edificaciones el estado de ruina de las mismas, salvo que el Ayuntamiento opte por alterar dicho estado ruinoso, de conformidad con lo establecido en el artículo 192 de esta Ley”. La regulación de ruina se establece, con carácter general, de manera idéntica que en la LS1976,¹⁷ y la ruina económica se define como

17. El artículo 191 de la LUAr establece:

“1. Cuando alguna construcción o parte de ella estuviere en estado ruinoso, el Ayuntamiento, de oficio o a instancia de cualquier interesado, declarará esta situación y acordará la total o parcial demolición, previa audiencia del propietario y de los moradores, salvo inminente peligro que lo impidiera.

“2. Se declarará el estado ruinoso en los siguientes supuestos: a) Cuando el *coste de las obras necesarias de consolidación o conservación sea superior al cincuenta por ciento del valor actual del edificio o plantas afectadas*, excluido el valor del terreno. b) Cuando el edificio presente un agotamiento generalizado de sus elementos estructurales o fundamentales. c) Cuando se requiera la realización de obras que no pudieran ser autorizadas por encontrarse el edificio en situación de fuera de ordenación.”

el supuesto en el que el *coste de las obras necesarias de consolidación o conservación sea superior al cincuenta por ciento del valor actual del edificio o plantas afectadas*, excluido el valor del terreno. La regulación aragonesa, sin embargo, debe completarse con el examen del artículo 192, que realizaremos en el próximo apartado.

Finalmente, hay que ponderar la relación entre el incumplimiento del deber de conservar y la declaración de ruina económica. Las legislaciones valenciana, andaluza y extremeña condicionan la declaración de ruina física a haber cumplido diligentemente con las obligaciones de mantenimiento y rehabilitación. El artículo 90.1 de la LUCVal, el 157 de la LOUAnd y el artículo 165 de la LSEx definen el estado de ruina con un doble criterio: *a)* la ruina (*ruina económica*) cuando el coste de las reparaciones necesarias para devolver a la que esté en situación de manifiesto deterioro la estabilidad, seguridad, estanqueidad y consolidación estructurales supere el límite del deber normal de conservación, y *b)* cuando (*ruina física*), acreditando el propietario el cumplimiento puntual y adecuado de las recomendaciones de los informes técnicos correspondientes al menos a las dos últimas inspecciones periódicas, el coste de los trabajos y obras realizados como consecuencia de esas dos inspecciones, sumado al de las que deban ejecutarse a los efectos señalados en la letra anterior, supere el límite del deber normal de conservación con comprobación de una tendencia constante y progresiva en el tiempo al incremento de las inversiones precisas para la conservación del edificio.

6.2. Las formas de atenuar los efectos de la declaración de ruina en los contratos de arrendamiento

El apartado 3 del artículo 184 de la LUAr establece, como decíamos, que “constituirá el límite del deber de conservación de las edificaciones el estado de ruina de las mismas, salvo que el Ayuntamiento opte por alterar dicho estado ruinoso, de conformidad con lo establecido en el artículo 192 de esta Ley”. Este último precepto establece que el Ayuntamiento, antes de declarar la ruina de una edificación, podrá adoptar la resolución de alterar el estado físico del inmueble, iniciando en un plazo de seis meses las necesarias obras de conservación, hasta eliminar el estado de ruina y todos los posibles efectos derivados del mismo. El Ayuntamiento deberá sufragar el importe de las obras correspondiente a la mitad del valor de las edificaciones, excluido el suelo. El legislador andaluz, al igual que el aragonés, tam-

bién prevé la posibilidad de que el municipio elimine el estado físico de ruina, en las mismas condiciones (artículo 157.4 de la LOUAnd).

La regulación de la declaración de ruina se matiza, a su vez, en la legislación aragonesa, para las áreas especiales de conservación previstas en el artículo 190 de la LUAr. Estas áreas las pueden delimitar los ayuntamientos, previo informe favorable de la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio, cuando la especial degradación o interés de determinados entornos urbanos así lo aconseje. En estas áreas se podrán realizar actuaciones integrales de rehabilitación y los propietarios están obligados a realizar cada cinco años inspecciones técnicas de los edificios. Los informes técnicos deberán describir el estado actual de la construcción o edificación y propondrán, en su caso, las medidas correctoras de las deficiencias observadas, así como su grado de ejecución. Es importante destacar que en estas áreas no podrá declararse la situación legal de ruina de las construcciones o edificaciones situadas en áreas de especial conservación cuando no hubiesen sido realizadas las inspecciones periódicas o las medidas correctoras a las que se refiere el párrafo anterior.

El legislador aragonés, con la regulación de la posibilidad de que el municipio altere el estado físico del inmueble y de las áreas de conservación, intenta, creemos, moderar los efectos de la declaración de ruina sobre las viviendas de alquiler sometidas a las disposiciones transitorias de la LAU1994. Si bien podría entenderse que resuelve los aspectos relativos a la resolución del contrato, no resulta tan claro que solucione las consecuencias sobre los incrementos de renta consecuencia de la repercusión del coste de las obras conservación y rehabilitación.¹⁸ Aunque este extremo es de muy difícil solución, dado que una de las políticas de vivienda asequible más importantes de este país se modificó por la LAU1994, con cautelas pero sin que legislador previera política públicas (y partidas presupuestarias) para poder garantizar que podría mantenerse la eficacia de la política de vivienda de la que se liberaba progresivamente a

18. El artículo 186 de la LUAr puede moderar estos efectos pero no en todos los casos, dado que el propietario no puede repercutir la parte de las obras subvencionadas. El precepto establece:

“1. Cuando el presupuesto de las obras y actuaciones exigidas por una orden de ejecución supere la cuarta parte del valor de las edificaciones, excluido el suelo, el Ayuntamiento podrá subvencionar hasta el diez por ciento de dicho presupuesto. 2. En todo caso, el Ayuntamiento deberá subvencionar íntegramente la parte del presupuesto de la orden de ejecución que supere la mitad del valor de las edificaciones, excluido el suelo. 3. La supervisión de las obras subvencionadas corresponderá al propio Ayuntamiento, que exigirá en todo caso la debida justificación de su exacta realización.”

los propietarios. Cualquier regulación que se haga del régimen de declaración de ruina para mitigar los efectos que tiene sobre los contratos de alquiler es un “zurcido”, imprescindible, sin duda, pero que no puede sustituir la falta de políticas de vivienda alternativas para atender a las personas con necesidad de vivienda afectadas por la modificación de la legislación de arrendamientos urbanos.

6.3. La inspección técnica de edificaciones

La legislación valenciana *generalizó, en esta comunidad, la obligación de someter las edificaciones a inspección técnica periódica*. En concreto, el artículo 87 de la LUCVal (1994) obligaba al igual que el artículo 208 de la LUVa (2005) a los propietarios de toda edificación catalogada o de antigüedad superior a cincuenta años a promover, al menos cada cinco años, una inspección, a cargo de un facultativo competente, para supervisar su estado de conservación. El certificado técnico expedido debe describir desperfectos apreciados en el inmueble, sus posibles causas y las medidas prioritarias *recomendables para asegurar su estabilidad, seguridad, estanqueidad y consolidación estructurales o para mantener o rehabilitar sus dependencias en condiciones de habitabilidad o uso efectivo según el destino propio de ellas, y debe dejar constancia del grado de realización de las recomendaciones expresadas con motivo de la anterior inspección periódica*. Los municipios pueden realizar la inspección de oficio a costa de los obligados si éstos no la han realizado. La diferencia, en este orden de cuestiones, entre la legislación andaluza y la extremeña y, a su vez, de la primera con la legislación valenciana, de la que en ambas se observa una notable influencia, es que la legislación andaluza no establece la inspección periódica de las edificaciones con carácter obligatorio y general, sino sólo para aquellos ámbitos que delimiten los ayuntamientos,¹⁹ y en la extremeña sí.²⁰

19. El artículo 156 de la LOUAnd establece:

“Inspección periódica de construcciones y edificaciones.

“1. El instrumento de planeamiento, y en su defecto el municipio mediante la correspondiente ordenanza, podrá delimitar áreas en las que los propietarios de las construcciones y edificaciones comprendidas en ellas deberán realizar, con la periodicidad que se establezca, una inspección dirigida a determinar el estado de conservación de las mismas. Igualmente, estas áreas podrán establecerse para la realización de dicha inspección sólo en las construcciones y edificios del ámbito delimitado que estén catalogadas o protegidas o tengan una antigüedad superior a cincuenta años.

“2. Los informes técnicos que se emitan a resultados de las inspecciones deberán consignar el resultado de las mismas con descripción de:

El artículo 143 del TROTUPAst prevé la posibilidad de que los concejos impongan a los propietarios de toda construcción o edificación catalogada o protegida, así como, en cualquier caso, de antigüedad superior a treinta y cinco años la obligación de presentar cada cinco años un informe sobre el estado de los mismos, suscrito por un técnico competente. Los ayuntamientos de Galicia, de acuerdo con el artículo 200 de la LOUGal, deben regular mediante ordenanza municipal el deber de inspección periódica de las edificaciones para determinar su estado de conservación. Será la ordenanza la que establecerá las edificaciones que quedan sujetas a esta obligación en función de su antigüedad y, en todo caso, incluirá todas las edificaciones catalogadas o de antigüedad superior a cincuenta años, los plazos y las condiciones en que haya de realizarse la inspección técnica de las edificaciones a cargo de facultativo competente. El contenido del certificado se regula del mismo modo que en la legislación valenciana. En el caso de la legislación de la Comunidad Autónoma de

“a) Los desperfectos y las deficiencias apreciados, sus posibles causas y las medidas recomendadas, en su caso, con fijación de un orden de prioridad, para asegurar la estabilidad, la seguridad, la estanqueidad y la consolidación estructurales, así como para mantener o recuperar las condiciones de habitabilidad o de uso efectivo según el destino propio de la construcción o edificación.

“b) El grado de ejecución y efectividad de las medidas adoptadas y de los trabajos y obras realizados para cumplimentar las recomendaciones contenidas en el o los informes técnicos de las inspecciones anteriores.

“Los municipios podrán requerir de los propietarios los informes técnicos resultantes de las inspecciones periódicas y, en caso de comprobar que éstas no se han realizado, ordenar su práctica o realizarlas en sustitución y a costa de los obligados.”

20. El artículo 164 de la LUEx establece:

“Inspección periódica de construcciones y edificaciones.

“1. Los propietarios de toda construcción o edificación catalogada o protegida, así como, en cualquier caso, superior a cincuenta años deberán encomendar a un técnico facultativo competente, cada cinco años, la realización de una inspección dirigida a determinar el estado de conservación.

“2. Los informes técnicos que se emitan a results de las inspecciones deberán consignar el resultado de la inspección, con descripción de:

“a) Los desperfectos y las deficiencias apreciados, sus posibles causas y las medidas recomendadas, en su caso priorizadas, para asegurar la estabilidad, la seguridad, la estanqueidad y la consolidación estructurales, así como para mantener o recuperar las condiciones de habitabilidad o de uso efectivo según el destino propio de la construcción o edificación.

“b) El grado de ejecución y efectividad de las medidas adoptadas y de los trabajos y obras realizados para cumplimentar las recomendaciones contenidas en él o, en su caso, los informes técnicos de las inspecciones anteriores. La eficacia, a efectos administrativos, de los informes técnicos requerirá el visado colegial y la presentación temporánea de copia de los mismos en el municipio.

“Los municipios podrán requerir de los propietarios la exhibición de los informes técnicos resultantes de las inspecciones periódicas y, caso de comprobar que éstas no se han realizado, ordenar su práctica o realizarlas en sustitución y a costa de los obligados.”

Canarias la inspección técnica es obligatoria sólo para las edificaciones catalogadas o protegidas, o incluidas dentro de un conjunto histórico, y debe realizarse cada diez años (artículo 154 del TROTEPCan). El artículo 169 de la LSMad establece la obligación de los propietarios de construcciones y edificios de una antigüedad superior a treinta años a obtener un informe técnico de inspección cada diez años. El artículo 138 de la LOTCMancha regula la inspección técnica periódica para las protegidas y para las de una antigüedad superior a cincuenta años.

Es importante detenerse en ponderar la disparidad de soluciones legislativas en orden a la obligación generalizada o no de someter las edificaciones a la inspección técnica periódica. Establecer la obligación de mantener las construcciones y edificaciones en las condiciones de uso efectivo parece que conlleva la necesidad de una inspección periódica. Sin embargo, no podemos olvidar que si la primera inspección, sea ya por el plazo fijado por el legislador (cuando debe realizarse a los cincuenta años), ya por el hecho de que la primera se realizará en edificaciones que nunca han sido inspeccionadas (y que su construcción puede remontarse a muchísimos años), debe tenerse una especial cautela frente a la irrupción de un gran número de declaraciones de ruina, por todos los efectos que ya hemos comentado. Quizás este extremo explique las soluciones diversas y que en algunos casos se habilite a los municipios para determinar el alcance concreto.

Los principios del Derecho Administrativo Sancionador y su incidencia en el ámbito de la disciplina urbanística¹

Jesús María Chamorro González
*Magistrado especialista de lo
contencioso-administrativo*

1. Introducción.
2. Normativa aplicable.
3. Principio de legalidad.
4. Autoría. Principio de personalidad.
- 4.1. La responsabilidad solidaria.
5. Principio de culpabilidad.
6. Sanciones urbanísticas y principio de proporcionalidad.
7. Algunas cuestiones procedimentales.
8. Las infracciones penales en materia de ordenación del territorio.

1. Introducción

El planteamiento sobre el que descansan las reflexiones que siguen es el análisis de los principios generales sobre los que descansa el ejercicio de la potestad disciplinaria en materia urbanística por parte de las administraciones públicas. Estamos ante una manifestación de las potestades públicas donde se unen dos aspectos distintos, pero a la vez de similar trascendencia, a saber, la potestad de reprimir conductas típicas impo-

1. Texto escrito de la intervención realizada en el Curso de Urbanismo celebrado en Granada los pasados días 18, 19 y 20 de octubre de 2006, organizado por la Fundación Democracia y Gobierno Local y el Consejo General del Poder Judicial.

niendo sanciones y el restablecimiento de la realidad física alterada con el uso del suelo contrario a derecho, que hace que cobre especial importancia la función de demoler lo indebidamente construido o de poner fin a ese uso ilegal, reponiendo las cosas al momento inmediatamente anterior a la comisión de la infracción administrativa. Por tanto, en materia de disciplina urbanística la comisión de un ilícito administrativo conllevará normalmente aparejada la alteración de la realidad física, y en consecuencia, junto con la obligación de reprimir aquella actuación imponiendo una sanción, estará la de restaurar. Analizaremos algunas de las conexiones que en este ámbito se pueden producir con los principios que rigen el ejercicio de la potestad sancionadora, atendiendo lógicamente con carácter principal a la actividad administrativa encaminada a la imposición de sanciones, que fundamentalmente consistirán en el pago de una cantidad cierta en dinero, es decir, la imposición de una multa.

En las páginas que siguen trataremos de analizar los pilares sobre los que descansa el *ius puniendi* de las administraciones públicas en un ámbito de su acción sectorial, el urbanístico, teniendo en cuenta no sólo la importante trascendencia que el mismo tiene en la vida económica y social de nuestro entorno, sino en el importante número de actuaciones administrativas que se realizan en el mismo.

Sin embargo, antes de entrar en cuestiones propiamente de fondo, entendemos necesario realizar algunas consideraciones previas. Ciertamente, el monopolio en la determinación de las conductas reprimibles y la efectiva represión de las mismas corresponde al Estado, y en concreto a los jueces y tribunales, todo ello en aras de la tutela del interés general. No obstante lo lógico y razonable de la afirmación anterior, también es cierto que desde tiempos muy pasados el poder ejecutivo ejerce potestades sancionadoras, absolutamente justificadas y razonadas en la necesidad de dotar de eficacia a la actividad de los poderes públicos.

Esta situación se hace más llamativa tras la consolidación del modelo de Estado moderno fundado en la separación de poderes y en el que los integrantes del Poder Judicial monopolizan el ejercicio de facultades represoras. Así se manifiesta con claridad, por ejemplo, en los artículos 242 y siguientes de la Constitución de 1812. Sin embargo, la realidad y la necesidad de la eficacia práctica de aquella actividad de los poderes públicos se imponen, y con una evolución en la que no viene al caso que nos detengamos, el resultado final es que la propia Constitución española de 1978 reconoce implícitamente esta potestad sancionadora de las administraciones

públicas, cuando en el artículo 25 se refiere a la infracciones administrativas. Semejante conclusión cabe extraer de lo dispuesto en los artículos 25.3 y 45.3 también de la Constitución. Precisamente este último mandato constitucional prevé la posibilidad de que la tutela del medio ambiente se lleve a cabo no sólo a través de normas penales sino específicamente administrativas, y en concreto imponiendo sanciones, materia esta, la medioambiental, directamente emparentada con el urbanismo. Sería este lugar adecuado para recordar cómo el artículo 47 de la Constitución también señala que la normativa sectorial urbanística debe buscar la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación.

La titularidad de esta potestad incluye diversas facultades, a saber, la determinación de las infracciones y sanciones, la facultad de su imposición y además su ejecución.

Esta necesidad da por cierta, y por supuesto por real, esa potestad sancionadora en las administraciones públicas, por lo que la relación existente entre el Derecho Penal y el Derecho Sancionador, y concretamente los principios que presiden el ejercicio de ese *ius puniendi* en todas sus manifestaciones, se presenta como una cuestión de capital importancia. Desde sus primeras sentencias –citemos la 18/1981, de 8 de junio, o la más reciente 172/2005, de 20 de junio– el Tribunal Constitucional ha señalado que los principios del Derecho Penal son aplicables, con matices, al Derecho Administrativo Sancionador. En similar posición se ha mantenido el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, por todas, en su sentencia de 8 de junio de 1976. Precisamente de algunos de estos principios nos ocuparemos en las líneas que se siguen. Ciertamente, esa necesidad de apreciación de matices en la aplicación de esos principios es la clave del sistema y justamente la que más literatura jurídica ha ocasionado, siempre desde la perspectiva de que uno de los caracteres identificativos del Derecho Administrativo es precisamente la tensión entre las garantías de los administrados y la eficacia de la actuación administrativa.

2. Normativa aplicable

Vamos a referirnos a continuación a las normas jurídicas que han de ser tenidas en cuenta en relación con los problemas que nos ocupan. En este sentido, no cabe duda de que la legislación estatal tiene un especial protagonismo en esta cuestión al ser el procedimiento sancionador una competencia exclusiva del Estado, tal como establece el artículo 149.1.18 de la

Constitución y, en consecuencia, una regulación plena, aplicable a todas las administraciones públicas, sin perjuicio de los procedimientos específicos que *ratione materiae* puedan establecer las comunidades autónomas, sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de enero de 1993. De esta manera el Derecho estatal y fundamentalmente la Ley 30/1992 del PAC y RJAP en sus artículos 127 a 138, así como el Real decreto 1398/1993, por el que se aprueba el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora, serán normas a tener muy presentes en esa materia. No debemos, por supuesto, dejar a un lado los principios constitucionales del Derecho Sancionador que regulan importantes aspectos, tanto materiales como formales, del ejercicio del *ius puniendi*.

De vuelta ya en el concreto campo del Derecho Urbanístico, el ámbito normativo de esta materia no se presenta de forma unitaria, antes al contrario, existe una evidente dispersión en las distintas normas positivas que se ocupan de ella. En efecto, la norma estatal vigente, la Ley del suelo de 1976, contiene normas al respecto en los artículos 225 a 232 en relación con las infracciones y sanciones, además del todavía vigente 274 del Texto refundido de 1992, y 51 a 94 del Reglamento de disciplina urbanística; y en relación con el restablecimiento de la legalidad urbanística los artículos 184 a 188 del Texto refundido de 1976 y 255.2 del Texto refundido de 1992, así como los artículos 29 a 50 del Reglamento de disciplina urbanística. A partir de ahí la competencia de las comunidades autónomas en esta materia es absolutamente indiscutible en aras del título competencial que ofrece el artículo 148.1.3. Buena prueba de ello es que no son pocas las comunidades autónomas que desde hace mucho tiempo cuentan con sus propias leyes de disciplina urbanística, mucho antes de que se produjera la sentencia 61/1997 y se diera un importante golpe de timón en el ámbito competencial del urbanismo y de la ordenación del territorio. En todo caso, lo anterior nos sirve para concluir la necesidad de no perder de vista la jurisprudencia del Tribunal Supremo en aplicación de la legislación estatal en la materia, con independencia de la necesaria interpretación que los órganos judiciales territoriales hagan de la normativa autonómica.

3. Principio de legalidad

Sobradamente conocido es que sólo la ley es el instrumento legal hábil para tipificar infracciones y fijar su sanción. Únicamente el poder legislativo, como representante de la soberanía nacional, puede determinar qué con-

ductas se pueden considerar constitutivas de una infracción administrativa reprimible a través de una sanción. La Constitución, en su artículo 25.1, no deja lugar a dudas en orden a señalar la necesidad de que para la imposición de una sanción es preciso que la legislación vigente prevea la existencia de una infracción administrativa. Esta declaración se realiza en el seno de un precepto de carácter general, en el sentido de que se refiere al conjunto del ejercicio del *ius puniendi* del Estado, cuando reza literalmente: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.” Aunque la dicción del precepto no es todo lo clara que sería deseable, no deja lugar a dudas en torno a la evidente instauración de un principio de reserva de ley formal en materia de infracciones y sanciones administrativas. Por si acaso las hubiere, éstas ya quedan absolutamente despejadas por el interprete constitucional, que ya desde su sentencia 42/1987, de 7 de abril,² dejó claro que este precepto instauraba en materia sancionadora administrativa un derecho fundamental a que el rango de las normas tipificadoras de las conductas y reguladoras de las sanciones ha de ser una ley, ya que no de otra manera podía interpretarse el término “legislación vigente”. El propio Tribunal Constitucional indica que el precepto habilitaba en el campo de la acción administrativa el aforismo *nullum crimen nulla poena sine lege*. Será por tanto necesario que una norma con rango de ley –*lex scripta*– prevea con carácter previo a la comisión del hecho típico –*lex praevia*– el hecho que se reputa típico describiendo la conducta y la sanción prevista –*lex certa*.

Sin embargo lo anterior, ciertamente que en algunas ocasiones será precisa una colaboración de las normas de rango reglamentario en la tipificación de infracciones y sanciones administrativas. De otra manera se haría imposible una intervención administrativa eficaz en el ejercicio de este *ius puniendo* por parte de las administraciones públicas. Esta colaboración ha sido expresamente reconocida por nuestra legislación ordinaria y baste para ello citar el artículo 129.³ de la Ley 30/1992, del PAC y RJAP,

2. Y así ha sido reiterado en otras muchas, como las recientes 218/2005, de 14 de octubre, 210/2005, de 18 de agosto, o 188/2005, de 7 de julio.

3. “Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes.”

cuando señala que el reglamento podrá completar y especificar el régimen sancionador establecido por una ley. Así lo ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Supremo en varias sentencias, por todas las de 16 de noviembre 2001⁴ y la 11 de febrero de 2004.

Se ha planteado si cabe la posibilidad de que una administración pública desarrolle las previsiones de una ley sancionadora, estableciendo a tra-

4. En esta sentencia, se dice en el fundamento de derecho cuarto que:

“Con arreglo a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, la normativa sancionadora resulta constitucionalmente lícita cuando es la ley la que ha de servir de cobertura y quedan suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica, su naturaleza y los límites de las sanciones a imponer, como reconoció la jurisprudencia constitucional en precedentes sentencias (núms. 77/1983, 83/1984 y 3/1988), pudiéndose concretar algunos criterios de dicho Tribunal, en los siguientes puntos:

“a) La sentencia 101/1988, de 8 de junio (RTC 1988/101), señala que ‘esta clara exigencia de cobertura legal no excluye la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, mas ello siempre que en aquéllas queden suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica—de tal manera que sólo sean infracciones las acciones u omisiones subsumibles en la norma con rango de ley— y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer. Lo que en todo caso prohíbe el artículo 25.1 de la Constitución es la remisión al reglamento que haga posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley (STC 83/1984, de 24 de julio), lo que supondría degradar la garantía esencial que el principio de reserva de ley entraña, como forma de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes (STC 42/1987, de 7 de abril [RTC 1987/42]). Pero, en todo caso, la prohibición no hay que entenderla de un modo tan absoluto que impida admitir *la colaboración reglamentaria en la normativa sancionadora* (STC 3/1988, de 21 de enero)’.

“b) La sentencia 219/1989, de 21 de diciembre, nos dice, que ‘esta exigencia de *lex certa* afecta, por un lado, a la tipificación de las infracciones, por otro, a la definición y, en su caso, graduación o escala de las sanciones imponibles y, como es lógico, a la correlación necesaria entre actos o conductas ilícitas tipificadas y las sanciones consiguientes a las mismas de manera que el conjunto de las normas punitivas aplicables permita predecir, con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción determinado del que puede hacerse merecedor quien cometa una o más infracciones concretas’.

“c) En fin, el Tribunal Constitucional ha declarado la ilegitimidad de las cláusulas sancionadoras residuales, por las que se castiga genéricamente la infracción de los deberes contemplados en una norma, en cuanto remitan su concreción no a normas con rango de ley sino a reglamentos. Así, la sentencia 341/1993, de 18 de noviembre, enjuició la constitucionalidad del apartado j) del artículo 26 de la Ley orgánica de protección de la seguridad ciudadana (LOPSC), en el que se establecía una regla de carácter residual por la que se calificaban como infracciones leves cualesquiera incumplimientos de obligaciones o vulneración de prohibiciones establecidas ya en la propia Ley orgánica o en leyes especiales y—éste era el inciso tachado de inconstitucional— ‘en las reglamentaciones específicas o en las normas de policía dictadas en ejecución de las mismas’, remisión a reglamento que—dijo— ‘ha de ser considerada inconstitucional, pues en modo alguno puede la ley habilitar o remitir al reglamento para la configuración *ex novo* de obligaciones o prohibiciones cuya contravención dé origen a una infracción sancionable. Una tal remisión a normas infralegales para la configuración incondicionada de supuestos de infracción no es conciliable con lo dispuesto en el artículo 25.1 de la Constitución’.”

vés de una norma de rango reglamentario tipos infractores y sanciones. Al respecto, la jurisprudencia se ha posicionado en el sentido de habilitar esa posibilidad de desarrollo por vía reglamentaria sin necesidad de que exista en la ley una cláusula habilitadora, haciendo, por contra, uso de su propia potestad reglamentaria, si bien no se trataría de un ejercicio independiente de su potestad reglamentaria, sino de un desarrollo de las previsiones de la ley que podrá especificar y concretar. Así, se pueden citar las sentencias del Tribunal Constitucional de 19 de diciembre de 1996 y de 17 de junio de 1999.

Es evidente que la jurisprudencia trata de conciliar la eficacia de la actuación administrativa en esta materia con el cumplimiento de las reglas de juego que fija el Estado de derecho. Se busca así facilitar la labor de la Administración para que moviéndose dentro de las pautas de la ley adapte las previsiones de ésta a las necesidades de la tutela del interés general. Se ha llegado incluso a dar por conforme a Derecho una cobertura legal en normas distintas a la invocada o incluso de entrada en vigor posterior al propio reglamento, siempre y cuando la aplicación en el tiempo de la norma de rango a los hechos sancionados fuera la correspondiente al *tempus regis actum*. Auto del Tribunal Constitucional de 19 de mayo de 2003.

Siempre será posible la actualización de las cuantías de las sanciones de multa por vía reglamentaria cuando la norma de rango de ley autorice esa actualización a la Administración competente, lo que suele ser habitual con referencia al IPC. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en sus sentencias 45/1994, de 15 de febrero, o de 26 de junio de 1995.

La más reciente jurisprudencia constitucional –sentencias 132/2001, de 8 de junio, 16/2004, de 23 de febrero, y 25/2004, del día 26 del mismo mes– señala que la ley debe fijar necesariamente los criterios mínimos de anti-juridicidad, siendo posible que su plasmación en tipos de infracción se realice a través de normas municipales. La ley no tipificará sino que lo podrán hacer las ordenanzas municipales según los criterios de orientación que contengan las leyes. No definirán tipos sino criterios que condicionen y orienten la valoración de cada municipio a la hora de establecer los tipos de infracción. Similares conclusiones se contienen en relación con las sanciones, toda vez que la ley ha de establecer qué clase de sanciones se pueden imponer, de forma tal que será la ordenanza la que establezca cuál es posible para cada tipo. El legislador, de hecho, ha plasmado en esta corriente jurisprudencia en la Ley 57/2003, de 26 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, que introduce en la

Ley 7/1985 un nuevo título XI, que precisamente lleva por rúbrica la tipificación de infracciones y sanciones por las entidades locales en determinadas materias.

Esta necesidad de *lex scripta, certa y praevia*, se traslada al ámbito del Derecho Urbanístico con algunas connotaciones propias que es necesario analizar. Así, la posibilidad de que sea el planeamiento la norma que fije el contenido de la eventual infracción administrativa se presenta en el urbanismo con un protagonismo especial. Ciertamente, será la correspondiente Ley de disciplina urbanística la que señale la infracción, pero será casi siempre con referencia al planeamiento. De esta forma, la ley podrá prever que será infracción urbanística grave no respetar la alineaciones, volumetría o alturas, pero será el Plan General o el Plan Parcial el que diga la volumetría, alineación o altura concreta de cada cuadrícula del territorio y por tanto la infracción lo será en relación con esas previsiones del planeamiento. Es, pues, evidente la colaboración del reglamento, naturaleza indiscutible del planeamiento, en la fijación de los tipos infractores. El principio de legalidad se manifiesta de forma clara en la jurisprudencia, y así la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 13 de febrero de 2001 señala que:

“Ya se ha dejado citada doctrina que expresamente rechaza que queda cumplido el principio de legalidad formal, con la genérica potestad reglamentaria prevista en el artículo 4 de la Ley de bases de régimen local (Ley 7/1985), ni en la genérica potestad sancionadora prevista en el artículo 21.a) de la misma Ley, pues en tal sentido expreso se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo, ya citadas, de 10 de febrero de 1997 y 6 de febrero de 1995, así como la de este mismo Tribunal Superior de Justicia, de 29 de abril de 1999.

“Por otra parte, pretende la parte demandada (Ayuntamiento de Oviedo) sostener que la conducta por la que se sanciona a la mercantil recurrente puede subsumirse en los artículos 225 del Texto refundido de la Ley del suelo de 9 de abril de 1976, y en los artículos 77 y 78 del Reglamento de disciplina urbanística, por el hecho de que para la obra que realizó en vía pública, necesitó licencia y no cumplió con el condicionamiento de la misma, que era la terminación en dos días.

“Pero lo cierto es que debe rechazarse, primero, la aplicación del artículo 225 citado, ya que la conducta descrita no infringe ninguna ley, plan u ordenanza urbanística, prueba de ello es que trata la parte demandada de

considerar que la conducta específicamente está prevista como infracción en los artículos 77 y 78 del Reglamento de disciplina urbanística, que por ser preconstitucional es válida la tipificación de la infracción, pero no son dichos preceptos de aplicación al caso, y ello porque ni la conducta, ni la sanción impuesta pueden subsumirse en ninguno de dichos artículos, primero, porque en ellos se parte de una ejecución de obra no autorizada, y en el caso de autos se ejecutó con la correspondiente licencia, y en segundo lugar, porque la sanción se gradúa en la ordenanza por cada doce horas de retraso o fracción en la ejecución de las obras, sanción no prevista legalmente en ninguna norma con rango de ley.

“Quinto. En suma, con la citada Ordenanza municipal, y aprobada por el Pleno del Ayuntamiento con fecha 7 de julio de 1992 (por tanto, con posterioridad a la vigencia de nuestra Constitución), se infringe frontalmente lo dispuesto en su artículo 25 de la Constitución, así como lo dispuesto en el artículo 129 de la vigente Ley 30/1992, que desarrolla en esta materia sancionadora los principios constitucionales, pues dicha Ley 30/1992 bebe directamente de la Carta Magna para establecer principios del procedimiento común, que han de ser observadas por todas las administraciones públicas en todo tipo de procedimientos; y decimos que infringe frontalmente tales artículos porque no ha sido capaz la parte demandada de citar un solo precepto con rango de ley que prevea como infracción el retardo en la ejecución de una obra efectuada con licencia, ni tampoco una sanción que consista en la suma de 15.000 pesetas por cada doce horas de retraso en la ejecución de la obra.”

En similar sentido podemos citar las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, de 26 de septiembre de 2003, y de la Sala de Madrid de 31 de octubre de 2003.

En el análisis de cómo incide el principio de legalidad en el Derecho Urbanístico habrá que estar a la normativa autonómica correspondiente para estudiar este tema con la profundidad necesaria, y ciertamente casi la totalidad de las legislaciones autonómicas poseen su propia norma de disciplina urbanística en donde se tipifican las acciones u omisiones que se consideran reprochables. En su defecto hemos de estar a las previsiones del Texto refundido de 1976 y del Reglamento de disciplina urbanística. En todo caso, sí que consideramos necesario señalar que en el urbanismo nada es nuevo y por tanto las legislaciones estatal y autonómicas parten de esquemas, si no iguales, similares y por tanto el catálogo de la infracciones es asimilable.

Los modelos utilizados pueden sintetizarse en dos. Se puede tipificar un determinado número de infracciones para más tarde fijar una cláusula abierta determinando que también constituirán infracciones urbanísticas las vulneraciones de las prescripciones contenidas en la legislación y el planeamiento urbanístico. La otra opción consiste en tipificar de forma detallada y en sistema de lista cerrada las infracciones urbanísticas en la norma de rango legal que regule la cuestión. En el primer grupo podríamos señalar las leyes de Andalucía, Extremadura, Cantabria, Castilla y León, Galicia, Murcia y Navarra. En el segundo grupo, Aragón y Castilla-La Mancha.

Existen casos como el de Madrid y Baleares donde la remisión legal lo es no sólo al planeamiento, sino también a las ordenanzas, planes, programas y otras normas.

Como ya hemos indicado, la remisión a las normas reglamentarias, como planes y ordenanzas, no vulnera el principio de legalidad siempre y cuando el tipo quede delimitado en sus aspectos generales dentro de la norma legal. Es evidente que el planeamiento dibuja sobre el plano lo que será la realidad urbanística, siendo, por tanto, posible una colaboración de ley y reglamento para determinar el tipo infractor. Como ya hemos señalado, si la norma legal tipifica, por ejemplo, como infracción el incumplimiento de las alturas o usos del suelo, habrá de completarse esta previsión con la del planeamiento para fijar la altura o el uso permitido.

Por lo que se refiere a la clasificación de las infracciones urbanísticas, la legislación estatal las clasifica en graves y leves, y así se contempla en los artículos 226 del Texto refundido de 1976 y en el 54 del Reglamento de disciplina urbanística. Este modelo de clasificación no es acorde con el contenido en la legislación básica, artículo 129 de la Ley 30/1992 del PAC y RJAP. Las legislaciones urbanísticas de las comunidades autónomas, por el contrario, sí que acuden a esa clasificación tripartita, como regla general, salvo algún caso aislado como el de la Comunidad de Madrid.

El modelo de la legislación estatal es señalar las infracciones graves para añadir a continuación que el resto serán calificadas como leves. Fundamentalmente se consideran graves los incumplimientos de la normativa aplicable en materia de parcelaciones, usos del suelo, alturas, volumetría, así como las parcelaciones en suelo no urbanizable. Llama la atención la cláusula final que contiene el artículo 54.3 del Reglamento de disciplina urbanística, en la medida que considera que las anteriores conductas, también descritas en este precepto, no serán consideradas infracciones graves si el daño o perjuicio causado lo es de escasa entidad. Los

artículos 66 y siguientes de la norma reglamentaria ya varias veces citada tipifican de forma concreta y determinada infracciones urbanísticas, la mayoría de ellas de carácter grave. A decir de García de Enterría y Parejo Alfonso, sólo las recogidas en los artículos 86 a 90 podrían tener la consideración de leves, excepto las anteriores cuando el daño sea de escasa entidad, tal como ya habíamos apuntado.

Las legislaciones autonómicas, como también adelantamos más atrás, siguen mayoritariamente un criterio de clasificación tripartito distinguiendo entre infracciones muy graves, graves y leves. En algunas legislaciones como la catalana se amplía notablemente el número de infracciones muy graves incluyendo, por ejemplo, la tala o derribo de árboles que supongan la desaparición de espacios boscosos o de arboledas protegidas por el planeamiento. Sin embargo, la tónica general es la de incluir en este grupo las infracciones que tutelan el dominio público y los espacios libres, así como los bienes catalogados. Entre las graves se sitúan las recogidas como tales en el Reglamento de disciplina urbanística, incluyéndose en algunas, como en Cantabria, la comisión de dos infracciones leves en un año.

Consideramos destacable la regulación contenida en la Ley 2/2000, de 14 de marzo, de urbanismo de Cataluña, donde la calificación de la infracción por vulneración de los parámetros de altura, volumetría, etc., en cualquier clase de suelo dependen del porcentaje de incumplimiento.

En algunas legislaciones autonómicas se supedita la calificación de la infracción urbanística como grave o leve en función de la posible legalización de lo ilegalmente construido, si este es el caso, artículo 248.4 de la Ley asturiana. Eso obliga a que el procedimiento administrativo encaminado al restablecimiento de la legalidad urbanística, en el cual se determina la posibilidad o imposibilidad de la legalización, termine con carácter previo al procedimiento estrictamente sancionador.

Directamente conectado con el principio de legalidad está el de irretroactividad de las normas sancionadoras desfavorables. En este sentido, este principio de irretroactividad de las normas sancionadoras, que se contiene en el aforismo de *lex previa*, también se recoge en la Constitución en los artículos 9.3 y 25.1. La Ley 30/1992, del PAC y RJAP, lo incorpora en el artículo 128.⁵ y el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora aprobado por el Real decreto 1398/1992, de 4 de agosto, en su artículo 4.

5. "1. Serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa."

Su ubicación en el artículo 25 le otorga la cualidad de derecho fundamental y así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en su sentencia 95/1992, de 11 de junio.

La cuestión de si la aplicación retroactiva de la norma sancionadora más favorable es o no un derecho fundamental ha sido respondido de forma negativa por el Tribunal Constitucional en su sentencia 99/2000, de 10 de abril. En esta sentencia ha discrepado de la solución mayoritaria el magistrado Rafael de Mendizábal, a través de un voto particular.

Lo cierto es que la norma más favorable ha de ser aplicada de forma íntegra, como señala la sentencia del alto tribunal 131/1986, de 29 de octubre. A esta cuestión será de aplicación la previsión de los artículos 7 y 22 del Código penal.

El principio de irretroactividad también tiene una especial trascendencia en el ámbito urbanístico. Los problemas en el campo del Derecho Sancionador Urbanístico se presentan cuando se impone una sanción porque una conducta resulta típica al derivarse el hecho imputado de la calificación del suelo en un momento determinado, cuando es así que esa calificación cambia en el tiempo. Así, por ejemplo, en el supuesto enjuiciado en la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1998, se impone una sanción urbanística porque se había dado un uso urbanístico a una parcela ubicada en suelo calificado como no urbanizable, situación esta dada durante la tramitación del procedimiento administrativo y en el momento de dictarse la resolución sancionadora. Con posterioridad, se procedió a una modificación del planeamiento y aquel suelo pasó a tener la calificación de urbanizable programado de uso predominante industrial. El alto tribunal entiende que aunque la obra era legalizable en el momento de dictarse la sentencia, la sanción se consumó con la norma del planeamiento que impedía el uso que dio lugar a la sanción.⁶ A similares conclusiones llega la sentencia también del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1998, que indica que en los casos de modificación del planea-

6. Dice el alto tribunal en su fundamento jurídico sexto que:

“Como quiera que en la fecha de la tramitación del expediente o imposición de la sanción, tal edificación, como ya hemos expuesto, era ilegalizable, era procedente, conforme al precepto acabado de citar, incardinar la actividad edificatoria sin licencia en el precepto del artículo 76 del propio Reglamento de disciplina urbanística, donde se tipifica la realización de una obra en contra del uso que corresponda, sancionándose con la multa del diez al veinte por ciento del valor de la obra proyectada, todo lo cual conduce a la estimación del recurso y a la revocación de la sentencia apelada, declarando la conformidad a Derecho de la resolución administrativa impugnada.”

miento que hagan legalizable lo que al amparo del planeamiento modificado, no estamos ante una norma más favorable, lo que sólo acontecería en el caso de normas estrictamente sancionadoras que despenalizaran una conducta o la sancionaran de forma más leve.⁷ En estos casos, la norma sancionadora permanece intacta, y la modificación afecta a una norma que asume una situación de hecho que puede afectar a la demolición de la construcción pero no a la reprochabilidad de lo realizado de forma contraria a una norma jurídica que sigue manteniendo plena vigencia. Similares consideraciones podemos encontrar en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1983.

Es interesante la sentencia de 26 de septiembre de 2003 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Málaga, que aplica retroactivamente una ley que hace desaparecer la necesidad de licencia urbanística en los casos de obras patrocinadas por AENA, dejando sin efecto el requisito de efectividad. Es evidente que aquí es una norma con rango de ley la que es objeto de aplicación retroactiva.

4. Autoría. Principio de personalidad

Nos referiremos a continuación al importante problema que se plantea en relación con la responsabilidad de las personas jurídicas.

El clásico principio del Derecho Penal, de que sólo las personas físicas pueden delinquir –*societas delinquere non potest*–, en aplicación del principio de culpabilidad y de personalidad, no rige en el Derecho Adminis-

7. Allí se dice en el fundamento jurídico cuarto que:

“1.ª) En el presente caso no nos hallamos ante la aplicación retroactiva de una norma más favorable, cosa que ocurre propiamente cuando esa norma posterior viene a despenalizar o a penalizar menos una determinada conducta; aquí la norma urbanística tipifica como infracción el edificar sin licencia en suelo no urbanizable (además, de interés turístico) tanto en el momento en que la infracción se cometió como en el momento posterior. No puede hablarse propiamente de norma posterior más favorable. 2.ª) Además, la norma posterior (a saber, modificación del Plan) que viene a legalizar lo construido no es una norma abstracta más favorable que daba ser aplicada retroactivamente, sino una norma que asume una situación de hecho (a saber, los veintitrés bungalows, el grupo de apartamentos de nueve viviendas, una piscina y un vallado, construido todo ello sin licencia), y, a fin de impedir su demolición, las acomoda a la norma y las hace legalizables; no se trata de una norma más favorable en el sentido del artículo 24 del Código penal, sino una norma cuyo único designio es impedir la demolición. Carecería, por ello, de sentido que, además de obligar con su actuación al planificador a modificar el Plan para impedir la demolición de las edificaciones e instalaciones, tal modificación resultara beneficiosa para el constructor. 3.ª) No hay, por lo tanto, infracción de los artículos 9.3 de la Constitución española y 24 del Código penal.”

trativo, donde, tras las dudas surgidas tras la promulgación de la Constitución, el Tribunal Constitucional avaló esta posibilidad con su jurisprudencia. Así, en su sentencia 246/1991, de 19 de diciembre, afirma que aun carentes de capacidad volitiva sí que por el contrario pueden infringir las normas. La positivación de esta situación la encontramos en el ya citado artículo 130.1 de la Ley 30/1992.

Es evidente que las personas jurídicas actúan en la realidad a través de personas físicas, por lo que la cuestión habrá de centrarse en torno a cuándo es posible la traslación de responsabilidad de éstas a aquéllas. Así, por ejemplo, parece claro que en los supuestos de comisión de infracciones por los representantes legales de una persona jurídica no habrá impedimento en aquella traslación, ya que a ellas se imputa, en lo bueno y en lo malo, la gestión de sus representantes. Es precisamente a través de estos representantes legales como se exterioriza la voluntad de la persona jurídica.

En el caso de personas dependientes de la persona jurídica, tales como empleados o representantes voluntarios, la cuestión es distinta. Ciertamente, no existe una actuación necesaria por parte de estas personas físicas, pero si la trasgresión de la norma se realiza por éstas en tanto en cuanto actúan por cuenta de aquélla, no cabe duda que si la obligación le incumbía a la persona jurídica existe un incumplimiento tipificado que debe ser sancionado. La obligación incumbe a la persona jurídica que no le atendió debidamente a través de una persona física de ella dependiente y por cuya cuenta actuaba.

En relación con las personas jurídicas, el artículo 58 del Reglamento de disciplina urbanística señala que aquéllas serán sancionadas por las infracciones cometidas por sus órganos y agentes, asumiendo el coste de las medidas de reparación del orden urbanístico alterado.

La normativa estatal establece algunas pautas sobre quiénes pueden considerarse autores de infracciones urbanísticas, y así el artículo 228 del Texto refundido de 1976 señala a los autores materiales de la conducta típica diferenciando entre los actos ilícitos realizados sin licencia de aquellos que se ejecuten al amparo de una licencia que suponga una infracción urbanística manifiesta. En el primer caso, se refiere como autores a los promotores, contratistas y técnicos directores de las obras, para añadir a éstos, cuando se trata de infracciones amparadas *prima facie* por una licencia, al facultativo que hubiere informado favorablemente el proyecto y a los miembros de las corporaciones locales que hubiesen votado a favor del otorgamiento de aquella licencia ilegal en contra o sin el informe técnico

previo favorable, o constando la advertencia de ilegalidad en razón de la existencia de una infracción urbanística grave y manifiesta. Las infracciones de estos responsables se consideran autónomas e independientes y, por tanto, son susceptibles de sanciones distintas. Precisamente, la imputación se fundamenta en la colaboración que en cada uno de los supuestos presta cada persona a la consumación de un ilícito administrativo.

El panorama se amplía y perfila mucho más nítidamente en las legislaciones autonómicas, ya que el abanico de posibilidades es mucho mayor.

Así, por ejemplo, en las legislaciones castellano-manchega, canaria, murciana y madrileña se incorpora un concepto de qué es promotor. En la primera de las citadas, se incluye en el mismo al propietario del terreno cuando ha tenido conocimiento de las obras infractoras y presumiendo que lo ha tenido si ha cedido el uso del fundo al responsable de la infracción. En la legislación asturiana, existe un apartado específico para la responsabilidad de autoridades y empleados públicos incluyendo a los que las hayan tolerado o no hayan ejercido las facultades de inspección, legalización, reparación y sanción de las infracciones urbanísticas. La Ley de Castilla-La Mancha 2/1998, de 4 de junio, se refiere a los fedatarios y funcionarios públicos que no hubiesen advertido de la omisión del preceptivo informe técnico.

4.1. La responsabilidad solidaria

Merece la pena que nos detengamos en el problema de la responsabilidad solidaria, en primer lugar y con carácter general referido al campo del Derecho Administrativo Sancionador. Aunque en los primeros tiempos de vigencia del actual texto constitucional de 1978 existieron dudas sobre su viabilidad, ésta ha quedado despejada, no sin ciertas condiciones, por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Esto es así al punto de que el propio artículo 130.3^º de la Ley 30/1992 le ha dado carta de naturaleza. La responsabilidad solidaria podrá ser exigida cuando las obligaciones incumplidas les correspondan a varias personas conjuntamente, siendo

8. "3. Cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan.

"Serán responsables subsidiarios o solidarios por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley que conlleven el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros, las personas físicas y jurídicas sobre las que tal deber recaiga, cuando así lo determinen las leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores."

ésta exigible indistintamente a cualquiera de los obligados. Sólo en este supuesto de la obligación indistinta a todos los imputados con la imposibilidad de su delimitación de forma individual será exigible de manera solidaria. Así lo ha defendido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en varias sentencias, quizás la más conocida la 76/1990, referida al artículo 38 de la Ley general tributaria de 1963. En la misma línea cabe citar la sentencia 146/1994, de 12 de mayo.

La exigencia efectiva de la responsabilidad a uno de los imputados solidariamente no impide al que haya hecho frente a esa sanción repetir contra los demás obligados, tal como recoge, por ejemplo, el artículo 70.2 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de montes.

En el ámbito urbanístico, la solidaridad exige que la infracción se haya cometido por dos personas de forma conjunta, es decir, que sea uno solo el hecho imputado. Así acontecerá cuando las empresas promotoras o constructoras sean dos y no se pueda individualizar sus responsabilidades. No lo será si el hecho imputado es distinto. Así, por ejemplo, al director de la obra se le podrá reprochar la negligencia en la dirección de las obras y a la constructora, la efectiva realización de las mismas.

5. Principio de culpabilidad

Es especialmente importante el principio de culpabilidad, recogido en el artículo 130 de la Ley básica 30/1992, del PAC y RJAP, y que señala que al menos debe ser reprochable el ilícito administrativo a título de culpa o dolo, sin que en ningún caso se pueda imputar responsabilidad de carácter objetivo en materia sancionadora, y baste recordar a estos efectos la conocida sentencia del Tribunal Constitucional 79/1990 o la 246/1991.

La doctrina penalista más autorizada se refiere a la culpabilidad como aquel reproche que cabe realizar a quien pudiendo actuar de una determinada manera no lo hizo realizando una acción típica y antijurídica.

La exigencia de culpabilidad y, por tanto, reprochabilidad al autor de una infracción administrativa es una cuestión no discutida hoy en día en el ámbito de la jurisprudencia. El Tribunal Supremo no duda en este sentido, y son ejemplo claro de este sentir las sentencias de 10 de diciembre de 2001, 3 de noviembre de 2003, 22 de noviembre de 2004 o 7 de diciembre del mismo año. En todo caso se presenta como sentencia fundamental en este ámbito la ya citada 76/1990, de 26 de abril, del Tribunal Constitucional, sobre la Ley 10/1985, de 26 de abril, de reforma de la Ley general tributaria, en los

aspectos relativos a las infracciones y sanciones tributarias, donde el alto tribunal no vacila a la hora de fijar el elemento culpabilístico como elemento indispensable para la comisión y sanción de una infracción.

El reproche culpabilístico a título de dolo o culpa supone la erradicación de cualquier atisbo de responsabilidad objetiva en la imposición de sanciones administrativas, si bien es cierto que en la mayoría de las ocasiones está ausente la intencionalidad, ubicándonos en el ámbito de la culpa como negligencia en la acción u omisión típica y antijurídica.

La voluntariedad se predica de esa acción u omisión y no del resultado causado, si bien el nexo entre la voluntariedad y el resultado será exigible si para la concurrencia de esa infracción es también necesario ese resultado. Esto es muy habitual en el ámbito urbanístico, así por ejemplo en las infracciones que exigen la causación de un daño, por ejemplo una obra contraria a la legislación urbanística aplicable.

La Ley 30/1992 no se escapa a esta dinámica y fija este elemento integrador de las infracciones administrativas en su artículo 130.1,⁹ si bien ciertamente la dicción no es todo lo contundente que sería deseable, pero que también con certeza incluye el reproche por dolo y por culpa. Recordemos que la expresión literal es aun a título de simple inobservancia.

En cuanto a la exclusión de la responsabilidad, es necesario que realicemos algunas distinciones.

Por lo pronto, la responsabilidad se puede extinguir, una vez consumada la infracción, cuando concurre alguna circunstancia sobrevenida: muerte del presunto autor, despenalización, prescripción de la infracción, etc. Las causas de exclusión de la responsabilidad pueden a su vez subdividirse en varios supuestos.

a) Las causas de justificación por exclusión de la antijuridicidad como acontece con el estado de necesidad o la legítima defensa que suponen una ausencia del ilícito por concurrencia de un bien jurídico de carácter superior que es necesario preservar. En el urbanismo no es fácil que se den, toda vez que partimos de la premisa de que se vulnera un mandato legal que tutela intereses generales y no los intereses legítimos de particulares, aunque podríamos situarnos en un conflicto entre intereses públicos, tal como acontecería con la construcción ilegal de un muro o defensa en caso de una inundación.

9. "1. Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia."

b) La inimputabilidad por ausencia de la capacidad de querer y poder.
c) Ruptura del nexo causal entre el sujeto y la acción por caso fortuito o fuerza mayor.¹⁰

d) Las que excluyen la culpabilidad por ruptura del nexo psicológico entre el sujeto y la acción, fundamentalmente el error de tipo o de prohibición.¹¹

El principio de culpabilidad tiene importantes consecuencias cuando nos referimos a la obligación de restaurar. En efecto, se pueden dar supuestos en los que el responsable de la infracción administrativa no coincida con el responsable de la restauración de la legalidad urbanística. La existencia de un ilícito urbanístico lleva aparejada, como hemos dicho, dos tipos de consecuencias, que no necesariamente van a ser impuestas a la misma persona, ya que el principio de personalidad de la pena, impuesto constitucionalmente y también recogido en la propia Ley 30/1992, del PAC y RJAP, que es la norma básica y de mínimos en materia sancionadora, implica la necesidad de que la sanción haya de imponerse a quien aparece como autor demostrado del hecho ilícito, en tanto en cuanto que la obligación de restablecimiento de la legalidad urbanística infringida puede ser exigida a quien ostente una posición de dominio sobre la cosa afectada. Así, como se señala en la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1994, no puede ser declarado responsable de una infracción quien devino propietario del inmueble después de su consumación, lo que no impide que deba soportar la obligación de demolición en su día acordada por la Administración actuante. En idéntico sentido, se pueden citar las sentencias también del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1991, 8 de noviembre de 1994¹² y 30 de junio de 2000. Es también ilustrativa la sentencia de 14 de septiembre de 1999 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias.¹³

10. Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1998.

11. Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2004, 27 de abril y 4 de julio de 1998.

12. En esta sentencia se dice literalmente que "es de toda evidencia que la atribución de responsabilidad personal en la infracción no puede recaer en modo alguno en la entidad Pisos e Inversiones SA, ya que como ha dicho el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional (STS de 20 de junio de 1990 y STC de 21 de enero de 1987), son de plena aplicabilidad los principios penales en el campo de la potestad sancionadora de la Administración y ello no sólo en los aspectos jurídicos materiales sino también en los procedimentales; por el principio de individualización en la aplicación de la pena, en este caso de la sanción, no puede recaer, repetimos, en la entidad ahora apelante sanción alguna. Pero sí la obligación de demolición impuesta por la Administración municipal al amparo del artículo 88 de la Ley del suelo, Texto refundido."

13. Se dice allí que "en la resolución recurrida se expresa que se sanciona al recurrente, por el hecho de haber efectuado un cambio del uso de un local de cuadra a vivienda, y de lo actuado se deduce, como ya se advirtió, que dicho cambio de uso no la realizó el adquirente de la vivienda, sino

6. Sanciones urbanísticas y principio de proporcionalidad

La sanción clave en materia urbanística es la multa, multa que con carácter general, y según establece el artículo 231 del Texto refundido de 1976 y 272 del Texto de 1992, en ningún caso puede conllevar un beneficio económico para el infractor, de tal manera que la sanción, normalmente, seguirá la imposición de una multa gradual en relación con la aplicación de los porcentajes sobre el valor de los terrenos o a obras proyectadas. Es importante destacar esta circunstancia, de que en ningún caso puede existir un beneficio económico para el infractor por razón de que la sanción de multa a imponer sea de menor entidad que el beneficio obtenido, lo que está proscrito por el precepto de carácter contenido en el artículo 131.2 de la Ley 30/1992, del PAC y RJAP. Es el propio principio de proporcionalidad el que justifica esta regla del comiso o del beneficio económico, tal como señala la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sus sentencias de 1 de octubre de 1986 y 29 de noviembre de 1993. La fijación de la cuantía de la multa, mediante la aplicación del porcentaje reglamentario a la magnitud básica que corresponda, podrá ser elevada para neutralizar los posibles beneficios comprobados, siempre sustrayéndose el coste de las medidas de reposición de los bienes y situaciones a su primitivo estado, ya que se trata de aspectos no directamente imputables al autor.

En todo caso, la imposición de la sanción de multa exigirá que el presunto infractor tenga conocimiento de la valoración sobre la que se aplican los correspondientes porcentajes, para facilitar su derecho de defensa. Así lo señala el Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de junio de 2001.¹⁴ Es destacable la doctrina jurisprudencial que se contiene en la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Madrid de 10 de diciembre de 1999, en relación con la certeza del método de valoración. Se dice allí que:

“Por último, hemos de analizar si la sanción impuesta de 30.000.000 de pesetas se ajusta al principio de proporcionalidad. Ha de señalarse que la cuantía de la sanción se determina para absorber el supuesto beneficio económico a obtener por el recurrente. El beneficio económico puede

su vendedor, por lo que ya por este motivo, y en base al principio de personalidad de las penas, la sanción habría de ser anulada”.

14. Se señala en el fundamento jurídico cuarto que “No hay, por lo tanto, justificación alguna de la valoración que se ha tenido en cuenta pues ni se cita la cantidad y clase de unidades de obra ni el precio de cada una, originando así una indefensión al interesado, que se encuentra en la imposibilidad de discutir un elemento clave de la sanción”.

actuar en materia sancionadora, como límite ampliatorio de la cuantía de la sanción, para evitar que la infracción urbanística beneficie al infractor. Así lo establece el artículo 46 de la Ley de Madrid 4/1984, de 10 de febrero, sobre medidas de disciplina urbanística, cuando señala que en ningún caso la infracción urbanística puede suponer un beneficio económico para el infractor. Cuando la suma de la multa impuesta y del coste de las actuaciones de reposición de los bienes y situaciones a su primitivo estado arroja una cifra inferior a dicho beneficio, se incrementará la cuantía de la multa hasta alcanzar el montante del mismo. En estos casos la cuantía del beneficio ha de estar determinada. La misma normativa es la prevista por el artículo 62 del Reglamento de disciplina urbanística. Ahora bien, esta extensión puede realizarse cuando exista un efectivo beneficio económico y en el caso presente la propia resolución sancionatoria provoca que no exista tal beneficio económico para el recurrente, pues además de la sanción se acuerda la demolición de lo abusivamente construido. En cierta medida de restauración del orden urbanístico infringido, resulta incompatible con la extensión de la sanción como consecuencia del beneficio económico, pues éste acaba cuando se produce la demolición. Sólo serían compatibles ambas medidas si el beneficio económico tuviera como parámetro no el valor de mercado de lo construido a efectos de una posible enajenación, sino el valor de uso de lo construido desde la conclusión de las obras y su utilización efectiva hasta el momento de su demolición. Esto es, no puede tomarse como cuantía del beneficio económico el 'valor en venta' sino el valor en alquiler."

7. Algunas cuestiones procedimentales

Vamos a detenernos a continuación en algunos aspectos y problemas de carácter netamente procedimental que se pueden plantear en el ámbito de la disciplina urbanística, siempre teniendo en cuenta que el procedimiento sancionador también responde a unos principios básicos que es necesario considerar como garantía de sus derechos. Así lo establece el artículo 134 de la Ley 30/1992.

La existencia de un ilícito urbanístico lleva aparejado, como hemos dicho, dos tipos de consecuencias, tal como ya hemos reiterado. Esa restitución de las cosas tiene un especial protagonismo en el campo de la acción administrativa urbanística, donde el interés general queda afectado de forma importante a través de una modificación de la realidad física que

debe realizarse en la forma legalmente prevista. En palabras del propio Tribunal Supremo, “la observancia de la ordenación urbanística es ajena al derecho sancionador que se invoca; la demolición acordada no constituye una sanción propiamente dicha, sino el mecanismo adecuado para restaurar la legalidad vulnerada. La demolición es compatible y distinta de la imposición de sanciones a los responsables”, sentencia de 30 de junio de 2000. “Se trata de dos mecanismos de protección distintos conectados y compatibles entre sí”, sentencia del alto tribunal de 28 de abril de 2000. Ello da lugar a dos actuaciones administrativas independientes entre sí –Tribunal Supremo, 15 de febrero de 1996–, aunque nada impide la acumulación de ambos procedimientos y su tramitación conjunta, como ordinariamente se observa en la práctica –Tribunal Supremo, sentencia de 20 de junio de 2001.

Como ya hemos apuntado más atrás, la determinación concreta del tipo infractor a aplicar, en concreto su calificación como infracción grave o no, va a depender en muchas ocasiones de la posibilidad de legalización que tengan las obras que dan lugar a la infracción. De esta manera, podrá existir una importante interrelación entre los procedimientos administrativos a los que van a dar lugar la comisión de una infracción urbanística. Parece que no podrá dictarse una resolución que ponga fin al procedimiento sancionador, en tanto en cuanto no se dicte resolución en el de restablecimiento al respecto. El Tribunal Supremo, en la sentencia de 10 de diciembre de 1996, señaló que los requerimientos de la Administración para la legalización no interrumpen la prescripción. Alguna legislación autonómica, como el artículo 255 de la Ley asturiana, señala como *dies a quo* para el computo del plazo de prescripción de la infracción el de la causación de estado de la resolución que pone fin al procedimiento de legalización, lo que parece suponer una clara diferenciación entre ambos procedimientos, pero a su vez disciplina algunas cuestiones en torno a su interrelación.

Enlazando con este importante problema de la prescripción de las sanciones y de las infracciones, es fundamental la previsión de la norma básica, artículo 132 de la Ley 30/1992, del PAC y RJAP, que señala que el plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido. Se interrumpirá la prescripción por la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador, reanudándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviera paralizado durante más de un mes por causa no imputable al presunto responsable. El plazo de prescripción de las sanciones comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza la

resolución por la que se impone la sanción. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución, volviendo a transcurrir el plazo si aquél está paralizado durante más de un mes por causa no imputable al infractor.

El *dies a quo* será el de la comisión de la infracción o cuando aparezcan signos externos que la evidencien. Si la infracción es permanente o continuada, la fecha inicial del cómputo será la de la finalización de la actividad –artículos 230 del Texto refundido de 1976 y 263 del Texto de 1992–. Este plazo genérico de cuatro años se amplía a cinco en algunas normativas autonómicas, como es el caso de la Ley de 4 de junio de 1998, de Castilla-La Mancha, y el 10 de la Ley aragonesa de 25 de marzo de 1999.

Estos plazos de prescripción que aplican a la comisión de infracciones plantean problemas cuando nos referimos a infracciones de carácter continuado que se centran fundamentalmente no en la realización de obras o instalaciones, sino en el uso continuado de una obra ya ejecutada ilegalmente. Sin duda nos encontramos ante una cuestión de carácter netamente casuístico y que por tanto precisará del análisis de la concreta situación enjuiciada.

En esta materia, y en concreto en relación con el alcance de la prescripción de las infracciones urbanísticas, es interesante el supuesto de hecho enjuiciado en la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2000,¹⁵ en

15. Dice la sentencia que:

“Primero. Don Eladio F. V. interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 30 de junio de 1994, que anuló el acuerdo del Ayuntamiento de Orense por el que se concedía licencia de primera ocupación a dos viviendas bajo cubierta construidas en el edificio sito en la plaza de la Trinidad núm. 7. Dichas construcciones se ejecutaron sin licencia de obras y en contradicción con las prescripciones del planeamiento aplicables, pero el Ayuntamiento concedió la licencia solicitada al comprobar que había transcurrido desde la terminación de las obras el plazo de cuatro años establecido en el artículo 9 del Real decreto ley 16/1981, de 16 de octubre. La sentencia recurrida acepta este hecho, pero rechaza que ello pueda ser causa suficiente para el otorgamiento de la licencia de primera ocupación, por entender que dicha licencia tiene por finalidad comprobar que lo construido se ajusta a lo autorizado en la de obras y no aceptar que el infractor de la legalidad urbanística favorecido por la prescripción de la infracción urbanística cometida pudiera ‘extender sus derechos más allá que a mantener lo ilegalmente construido, y menos a un derecho de ocupación y a un uso urbanístico no permitido’.

“Segundo. La parte recurrente opone, al amparo del artículo 95.1.4 de la Ley reguladora de esta jurisdicción, dos motivos de casación que, sin embargo, deben ser analizados conjuntamente, pues en ellos se examina desde distintas perspectivas, la situación de los edificios que erigidos en contra del planeamiento no pueden ser demolidos por haber transcurrido el plazo de cuatro años que el artículo 9 del Real decreto ley 16/1981, de 16 de octubre, establece para el restablecimiento de la legalidad urbanística.

relación con la infracción de uso de una obra contraria al plan cuando el Ayuntamiento legaliza esa obra sin licencia y contra plan, al construirse dos viviendas con bajo cubierta, señalando que el transcurso de cuatro

“La sentencia de instancia argumenta que la construcción ilegal, transcurrido ese plazo de cuatro años no por ello se transforma en legal y no puede amparar la persistencia de usos contrarios al plan, y esta tesis, expuesta con esta generalidad es acertada. Esta sala ha declarado en sentencia de 22 de diciembre de 1998 que ‘el hecho de que haya prescrito la infracción de la obra realizada sin licencia no significa que ello constituya a su vez impedimento legal para posibilitar la sanción del uso ilegal, con arreglo al planeamiento urbanístico, realizado en dicha construcción, porque el citado uso constituye, no una actividad transitoria como la construcción de edificios, sino una actividad permanente que se extiende en el tiempo mientras se esté realizando ese uso no permitido por la normativa urbanística’. El uso contrario al plan en una edificación ilegal no puede adquirirse por prescripción, aunque haya caducado la acción para el restablecimiento de la legalidad urbanística infringida, por eso declara la sentencia de esta sala de 20 de enero de 1999 que, si según el artículo 21.1.d) del Reglamento de servicios de las corporaciones locales (RSCL) la licencia de primera ocupación tiene por objeto comprobar si el edificio puede destinarse a determinado uso, la denegación de esa licencia lleva consigo la imposibilidad de ocupar y usar el edificio. Sin embargo, ese control que ha de verificarse en la concesión de la licencia de primera ocupación es el que el citado precepto expresa, el relativo a que el uso corresponda al asignado a la zona en que se encuentra el edificio y a que éste reúna las adecuadas condiciones técnicas de seguridad y salubridad exigibles, no al de las circunstancias urbanísticas de la edificación sobre la que se realiza el uso.

“Ciertamente, el artículo 21.2 del RSCL comienza diciendo que en todo tipo de licencias a que ese precepto se refiere se examinará si el acto proyectado se ajusta a los planes de ordenación urbana, pero tratándose de licencia de primera ocupación esta sala ha declarado que es en la licencia de obras, que debe preceder a ella, donde la Administración ha de realizar ese control de adecuación de la obra a la legalidad urbanística, de forma que una vez concedida la licencia de obras en la de primera ocupación ha de limitarse a verificar si la obra se ajusta a la licencia concedida, sin que pueda aprovechar la ocasión de pronunciarse sobre la licencia de primera ocupación para revisar la de obras (sentencias de 10 de marzo de 1999 y 14 de diciembre de 1998). Si las circunstancias urbanísticas que debieron ser objeto de licencia de obras no pueden revisarse al examinar una petición de licencia de primera utilización, tampoco cabe denegar ésta cuando pese a haberse erigido una edificación sin licencia y en contra del planeamiento, ha caducado el plazo concedido a la Administración para el ejercicio de su potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística y el uso pretendido se encuentra entre los autorizados en la zona.

“La consecuencia expuesta no implica la legalización de la obra ejecutada, sino el mantenimiento del uso que de hecho ha estado llevándose a cabo en ella desde su construcción, y ni siquiera supone una traslación automática para aquella edificación del régimen establecido en el artículo 60.1 del Texto refundido de la Ley del suelo de 9 de abril de 1976, (TRLR) puesto que, como ha declarado esta Sala en sentencia de 15 de febrero de 1999, ‘lo construido sin licencia y en contra de la normativa urbanística puede considerarse como fuera de ordenación, en el sentido de que no se ajusta a la legalidad urbanística, pero se diferencia del supuesto de hecho previsto en el artículo 60.1 del TRLR en que las obras eran ya ilegales en el momento mismo en que se estaban llevando a cabo’, por lo que ‘el transcurso del plazo de cuatro años desde la ejecución de las obras sin licencia o contrarias al planeamiento impide al Ayuntamiento la adopción de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística prevista en el artículo 184.3 del TRLR, pero no otorga al propietario de las mismas otras facultades que las inherentes al mantenimiento de la situación creada, esto es, la de oponerse a cualquier intento de demolición de lo construido o de la privación del uso que de hecho está disfrutando’, siempre que este uso no se oponga al permitido por el plan para la zona de que se trata.”

años desde la finalización de la obra no puede amparar el uso ilegal, el cual no puede adquirirse por prescripción. La licencia de primera ocupación regulada en el artículo 21.1.d) del Reglamento de servicios de las corporaciones locales tiene por objeto cumplir la adecuación del uso al asignado a la zona, y no el del cumplimiento de las circunstancias urbanísticas de la edificación sobre la que se realiza el uso, además de que lo construido se ajuste a la licencia de obras concedida. Así las cosas, si las circunstancias urbanísticas no pueden reunirse en la licencia de primera ocupación, no se puede denegar ésta cuando pese a haberse erigido la edificación sin licencia y contra el plan, ha caducado el plazo para actuar las potestades de restablecimiento de la legalidad urbanística, y el uso se encuentra dentro de los autorizables en la zona. La obra no será legalizada, sino que tendrá la condición de edificación fuera de ordenación, con las consecuencias de ello derivadas, con el mantenimiento del uso desarrollado en la edificación. La conclusión final es que la obra no puede ser legalizada y, por tanto, no puede otorgarse licencia, pero el uso debe ser consentido y permitido.

También es interesante la sentencia del alto tribunal de 31 de enero de 2001, donde se dice que:

“Con arreglo a la normativa expuesta en éste y en el fundamento anterior, la sala ha de desestimar el motivo, puesto que en primer lugar, el *dies a quo* de iniciación del plazo de prescripción ha de fijarse, sí, en el momento en que hubiese debido incoarse el procedimiento sancionador, o desde la existencia de signos externos de las obras, pero ello ha de entenderse válido cuando, tras esos momentos, no se hubiese continuado con la actividad ilegal constitutiva de la infracción, pues en el caso de realización de obras sin licencia sigue persistiendo la infracción objeto del procedimiento sancionador hasta el momento en que se deje tal realización de obras, o se verifique la legalización de las mismas a través de la correspondiente licencia, lo que conduce al resultado de apreciarse la inexistencia de la prescripción aducida, tal como se indica en la sentencia recurrida.”

Interés en este aspecto se contiene en las actuaciones administrativas tendentes al restablecimiento de la legalidad urbanística infringida y a la posibilidad de actuación de la Administración en un plazo determinado. Encajaremos esta cuestión en este apartado, si bien dejando claro que nos encontramos ante un plazo de caducidad y no de prescripción, tal como señala el Tribunal Supremo en sus sentencias de 29 de abril de 1985 y 14 de marzo de 1995. Transcurridos cuatro años desde la finalización de las

obras, la Administración no podrá realizar actividad alguna en orden al restablecimiento de la legalidad urbanística. Debemos destacar en este sentido que el plazo de un año que inicialmente recogía el artículo 185 del Texto refundido de 1976 fue elevado a cuatro años por el Real decreto ley 16/1981, de 16 de octubre, asumido como tal plazo por la mayoría de las legislaciones autonómicas.

Una vez transcurrido el plazo de cuatro años, la Administración no podrá realizar actividad de restitución de la legalidad y la consecuencia no será, sin duda, la legalización de las obras, sino que las mismas quedarán fuera de ordenación –la sentencia de 21 de diciembre nos da un interesante concepto de edificación fuera de ordenación–, sin que pueda producirse ni su legalización, ni su demolición –sentencias del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1987, 8 de noviembre de 1990 y 6 de febrero de 1991–. Una obra realizada contra licencia o sin licencia no podrá ser demolida si transcurren cuatro años de inactividad municipal y no puede existir renuncia a la prescripción ganada si el recurrente solicita la legalización pasado ese plazo de cuatro años. Pudiera sostenerse que si la legalización se hace de forma voluntaria, existiría una implícita renuncia a lo obtenido por prescripción, pero sin duda consideramos que aun en el mejor de los casos, esta solicitud voluntaria de la legalización no supone renuncia alguna, ya que en la mayoría de las ocasiones la solicitud de licencia se realizará porque ha existido una actividad administrativa que le requería para hacerlo, y por tanto posibilidad de demolición de lo construido después de cuatro años. Podrá denegarse la legalización y la obra quedará fuera de ordenación, pero nunca podrá actuarse una potestad caducada por el transcurso del tiempo. En esta línea se mueve la jurisprudencia más moderna, sobre todo si la solicitud de legalización se realiza tras una actuación disciplinaria de la Administración competente. En este sentido, la Administración debe extremar sus facultades de policía administrativa para evitar la consolidación de obras ilegales, considerándose que el plazo de cuatro años es un plazo suficiente para desarrollar esta actividad.

El *dies a quo* para el cómputo del plazo de caducidad será el de la total finalización de las obras, y en los supuestos de usos que tienen una continuidad en el tiempo nos remitimos a lo anteriormente señalado con respecto a las infracciones continuadas.

Resta por último referirse a la conocida previsión del artículo 188 del Texto refundido de 1976, que declara la imprescriptibilidad de la infracción consistente en la realización de actos de edificación o uso del suelo

sin licencia sobre terrenos calificados en el planeamiento como zonas verdes o espacios libres, ya que se trata de una situación que el artículo 255 del Texto refundido de 1992, declarado vigente por la Ley 6/1998, califica como de nulidad de pleno derecho, siendo por tanto la acción imprescriptible al igual que lo es en todos los supuestos de nulidad de pleno derecho. En la misma dinámica se mueven las legislaciones urbanísticas de las comunidades autónomas –artículo 21 de la Ley 3/1987, de 8 de abril, del Principado de Asturias, reguladora de la disciplina urbanística, y artículo 85 de Ley 4/1984, de 10 de febrero, de la Comunidad de Madrid, de medidas de disciplina urbanística.

8. Las infracciones penales en materia de ordenación del territorio

La necesidad de reprimir y neutralizar con eficacia determinados comportamientos contrarios a la normativa urbanística ha llevado al legislador a incluir dentro de los instrumentos de su política criminal, y en concreto del Código penal, la tipificación como delito de ciertas conductas. La propia exposición de motivos del Código penal de 1995 se refiere a estos delitos contra la ordenación del territorio como una nueva forma de delincuencia que es necesario atajar.

No vamos a abordar en este trabajo un estudio de la regulación que se contiene en la normativa penal, pero sí que apuntaremos algunas cuestiones frontera con el Derecho Administrativo relativo a la disciplina urbanística, y más en concreto a sus aspectos procedimentales.

La preferencia de la tutela penal en relación con las eventuales actuaciones administrativas que sobre estos hechos puedan producirse no ofrece dudas y al respecto baste citar lo previsto en el artículo 274 del Texto refundido de la Ley del suelo de 1992, en vigor a tenor de la disposición derogatoria única de la Ley 6/1998.

Las formas de inicio del proceso penal son sobradamente conocidas por todos, y fundamentalmente se concretan en la denuncia o querrela. La *noticia criminis* puede dar lugar a una directa actuación del órgano judicial, o a la previa intervención del Ministerio Fiscal. Esta última parece ser la preferencia de la Ley del suelo, que busca así que el Ministerio Público adopte una posición activa en la persecución de estos delitos. La obligación de denunciar los hechos compete a todos los ciudadanos –artículo 264 de la Ley de enjuiciamiento criminal–, y especialmente a las autoridades administrativas –artículo 262 también de la Ley de enjuiciamiento cri-

minal-, que una vez tengan conocimiento de los hechos eventualmente constitutivos de una infracción penal, con ocasión de los procedimientos administrativos que se sigan de ellos deberán actuar ante el Ministerio Fiscal. El tanto de culpa del que hicieren participe a éste no debe impedir la continuación del procedimiento administrativo por razón de otras infracciones conexas.

Una eventual actuación de las autoridades policiales podría dar lugar a una inmediata actuación judicial, aunque lo lógico es que sea la policía de disciplina urbanística la que ponga los hechos en conocimiento del órgano municipal competente en materia urbanística y éste a su vez derive el tanto de culpa. Desde luego siempre podría ser posible que la Administración autonómica, que en muchas legislaciones territoriales está facultada para actuar por subrogación en caso de inactividad municipal, pudiere poner por sí misma los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal. El artículo 7 del Real decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aclara algunas cuestiones cuando señala que en cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal lo comunicarán al Ministerio Fiscal, solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación. En estos supuestos, así como cuando los órganos competentes tengan conocimiento de que se está desarrollando un proceso penal sobre los mismos hechos, solicitarán del órgano judicial comunicación sobre las actuaciones adoptadas. Recibida la comunicación, y si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del procedimiento acordará su suspensión hasta que recaiga resolución judicial.

No cabe duda que la aplicación de los tipos penales que recoge el Código penal en sus artículos 319 y siguientes¹⁶ pueden suponer, y de

16. Título XVI. De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente

Capítulo primero. De los delitos sobre la ordenación del territorio

Artículo 319

1. Se impondrán las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una construcción no autorizada en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o

hecho así acontece en la mayoría de los casos, normas penales en blanco, cuyo contenido es necesario completar con remisión a otras normas, incluso ajenas al ámbito estrictamente penal. Ésta es una técnica avalada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo –sentencia de 20 de septiembre de 1990– y del propio Tribunal Constitucional –sentencia 127/1990, de 5 de julio–. Se exige para ello que exista un reenvío normativo expreso y justificado en razón del bien jurídico protegido, a lo que debemos añadir que la Ley además de fijar la pena, establezca el núcleo esencial de la prohibición. Esa remisión puede además conllevar el reenvío a norma de carácter reglamentario, excluyéndose en todo caso el carácter orgánico de la Ley –sentencia del Tribunal Constitucional 118/1992 o 120/1998.

Sin duda también, la existencia de resoluciones judiciales en el ámbito contencioso-administrativo, sobre la cuestión objeto de la instrucción penal, podría y debería ser tenida en cuenta.

Entendemos que la obligación, que derivada de la aplicación del artículo 319.3 del Código penal, pudiere ser impuesta, no está supeditada a más plazo de prescripción que el de la indemnización u obligación que impusiere la norma penal, y nunca de la derivada de la caducidad de la acción de restablecimiento que regulara la legislación urbanística aplicable.

En relación con el principio del *non bis in idem*, a través de la prohibición de *non bis in idem* se impide que unos mismos hechos puedan ser sancionados en más de una ocasión con el mismo fundamento. Por supuesto que este mandato va dirigido a quien deviene capacitado para ejercer el *ius puniendi*, de forma tal que ante la evidencia de que el legislador haya previsto distintas infracciones, incluso de distinta naturaleza,

administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.

2. Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una edificación no autorizable en el suelo no urbanizable.

3. En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.

Artículo 320

1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses.

2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia.

penal y administrativa, no pueda existir una doble sanción. Por supuesto que su aplicación, en lo que al Derecho Administrativo Sancionador se refiere, impide que un mismo hecho sea sancionado por la Administración y además por un órgano judicial, por dos administraciones distintas, o incluso en más de una ocasión por la misma Administración.

Desde un punto de vista procedimental, la existencia de un proceso administrativo o penal con resolución absolutoria no impide una posterior sanción penal o administrativa respectivamente. Incluso la propia Ley 30/1992 establece que los órganos administrativos quedaran vinculados por los hechos declarados probados en una resolución penal firme –artículo 137.3–.¹⁷ La reciente sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003 avala con claridad esta posibilidad, que despeja también las dudas en torno a la posibilidad de que caducado un procedimiento sancionador pero no prescrito el derecho de la Administración a sancionar, nada impide la incoación de un nuevo procedimiento sancionador.

Esta misma sentencia afronta otras cuestiones y así, por ejemplo y en relación con la doble sanción, no considera que concurra cuando la segunda sanción impuesta conlleva una reducción o abono de la primeramente impuesta. Así acontece cuando la condena penal ulterior tiene en cuenta lo ya satisfecho en la anterior sanción administrativa, multa y período de retirada del permiso de conducir. Se aparta así de otros pronunciamientos como el de la sentencia 177/1999 para acercarse al concepto material de sanción.

Cuando el *non bis in idem* se refiere a la sanción impuesta, por un lado a una persona jurídica, y por otro a sus representantes legales, la doctrina jurisprudencial no es unánime. Así, la sentencia del Tribunal Constitucional 355/1991, de 25 de noviembre, entiende que no hay identidad subjetiva. Sin embargo, en otras ocasiones sí la ha considerado –sentencia 177/1999–. Existen supuestos en los que la propia norma establece la posibilidad de sancionar conjuntamente a la sociedad y a sus representantes, y así acontece con el artículo 10.3 de la Ley de defensa de la competencia, el 12 de la Ley de disciplina e intervención en entidades de crédito o el 95.1 de la Ley del mercado de valores.

La posibilidad de imposición de dos sanciones por la comisión de unos mismos hechos podría ser viable cuando existan dos normas distintas que lo tipifiquen, siempre y cuando se busque la tutela de dos bienes jurídi-

17. “2. Los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las administraciones públicas respecto de los procedimientos sancionadores que sustenten.”

cos protegidos distintos –sentencia del Tribunal Constitucional 234/1991, de 10 de diciembre–. Así, en materia de extranjería la sanción de expulsión por comisión de un delito doloso de pena superior a un año, prevista en el artículo 57.2 de la Ley de extranjería, no infringe el *non bis in idem* al tratarse de la tutela de dos bienes distintos, la política criminal y la de extranjería –Auto del Tribunal Constitucional 331/1997, de 3 de octubre.

Vamos a detenernos en algunas peculiaridades que plantean las relaciones entre la jurisdicción penal y la potestad administrativa sancionadora. La preferencia de la jurisdicción penal frente a la intervención administrativa en la represión de conductas ilícitas es un hecho comúnmente aceptado e incluso avalado por el propio Tribunal Constitucional –sentencia 77/1983, de 3 de octubre, y la ya citada 2/2003, de 16 de enero.¹⁸

Las consecuencias de la actuación penal serán sin duda la imposibilidad de la imposición de una sanción administrativa si ha recaído ya una condena penal. Si la resolución penal es absolutoria o de archivo, será viable la actuación administrativa. En este supuesto, existirá además una vinculación de los hechos declarados probados en su caso en vía penal, tal como señala el artículo 137.2 de la Ley 30/1992 o la sentencia del Tribunal Constitucional 77/1983, ya citada.

18. Allí se señala que:

“El artículo 25 de la Constitución contiene dos límites a la potestad sancionadora de la Administración. Su párrafo tercero contiene un límite expreso que reside en la imposibilidad de que la Administración civil imponga ‘sanciones que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad’; y su párrafo primero contiene un límite implícito que afecta al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y consiste en que ésta sólo puede ejercerse si los hechos no son paralelamente constitutivos de infracción penal, pues en estos casos de concurrencia normativa aparente, de disposiciones penales y administrativas que tipifican infracciones, sólo la infracción penal es realmente aplicable, lo que determina que el único poder público con competencia para ejercer la potestad sancionadora sea la jurisdicción penal. Cuando el hecho reúne los elementos para ser calificado de infracción penal, la Administración no puede conocer, a efectos de su sanción, ni del hecho en su conjunto ni de fragmentos del mismo, y por ello ha de paralizar el procedimiento hasta que los órganos judiciales penales se pronuncien sobre la cuestión.”

Añadiendo:

“Una segunda razón avala la afirmación de que de la prohibición constitucional de incurrir en *bis in idem* no deriva la anulación de la segunda sanción o del segundo procedimiento sancionador. Esta reside en que la declaración de responsabilidad penal se efectúa en un proceso en el que rigen garantías específicas integradas en el derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 de la CE) que repercuten en el contenido del derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la CE), mientras que la declaración de responsabilidad por infracción administrativa se realiza en un procedimiento en el que tal derecho se aplica de forma modalizada, lo que implica un menor contenido garantista del mismo (por todas STC 18/1981, de 8 de junio, fundamento 2; 7/1998, de 13 de enero, fundamento 5 y 14/1999, de 22 de febrero, fundamento 3).”

Si ha habido previamente una sanción administrativa, y ésta no es firme, deberá anularse por los órganos de control contencioso administrativo si existe resolución penal en ese momento –sentencias del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2003 o de 10 de febrero de 2004–. Si es firme la innovación, se produce con la ya citada sentencia 2/2003 del Tribunal Constitucional. Según esta sentencia, una previa resolución administrativa sancionadora no impedirá una ulterior resolución penal siempre y cuando pueda abonarse en la condena penal lo ya pagado o cumplido en la sanción administrativa.

Las medidas cautelares jurisdiccionales en materia de urbanismo

José Antonio Santandreu Montero
Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada

1. Introducción.
2. Antecedentes legislativos más significativos.
3. Las medidas cautelares en la nueva Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.
 - 3.1. Introducción.
 - 3.2. Caracteres.
 - 3.2.1. Instrumentalizada.
 - 3.2.2. Provisionalidad.
 - 3.2.3. Variabilidad y jurisdiccionalidad.
 - 3.3. Regulación legal.
 - 3.4. Perspectiva general.
 - 3.4.1. Régimen general.
 - 3.4.2. Supuestos especiales.
 - 3.4.3. Régimen especializado.
4. Comentarios más relevantes.
5. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la interpretación y el sentido de los supuestos habilitadores de la adopción de la medida cautelar.
6. Reseña jurisprudencial sobre las medidas cautelares jurisdiccionales en materia de urbanismo.

1. Introducción

Así como las relaciones en el ámbito del Derecho privado se caracterizan porque las partes se encuentran, básicamente, en un plano de igualdad, de tal manera que si una pretende la consecución de su pretensión de una manera forzosa precisa, inexcusablemente, ejercitar una acción y la obtención de una resolución judicial favorable que actúe a modo de título de ejecución para la realización de su deseo, en el marco del Derecho Administrativo no sucede así, porque en ese ordenamiento jurídico rige el denominado *principio de autotutela administrativa*, que descansa en los principios de legalidad (artículo 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento

administrativo común, en lo sucesivo LRJPAC), ejecutividad (artículos 56 y 94) y de eficacia (artículo 103 de la CE), conforme al que la Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, concentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y el Derecho, en cuya virtud la Administración puede ejecutar sus propios actos sin necesidad de que la habilite ninguna resolución judicial.

El principio de eficacia de la actuación administrativa, reflejado en el artículo 103.1 de la Constitución, es necesario para que la Administración pública pueda servir con objetividad a los intereses generales. Ese principio se concreta a nivel de la legalidad ordinaria en la presunción de validez del acto administrativo (artículo 57 de la LRJPAC), y se traduce, en cuanto a la materia objeto del presente trabajo, en la ejecutividad inmediata de tales disposiciones y actos [artículos 56 y 94 de la LRJPAC, así como el artículo 4.1.c) de la Ley de bases del régimen local, de 2 de abril de 1985, lo que constituye una característica esencial de los mismos.

Como consecuencia de la sumisión de la Administración al imperio del Derecho que caracteriza a las sociedades democráticas, el principio de autotutela ejecutiva administrativa no es absoluto o ilimitado, pues también aparece previsto en nuestra Constitución; por un lado, el principio de control jurisdiccional de la legalidad administrativa (artículo 106.1 de la CE) y, por otro, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.2 de la CE).

Aquella ejecutividad, que no puede considerarse que sea contraria a la Constitución (STC 22/1984), tiene como excepción la efectividad de la tutela judicial reclamada para la protección de derechos e intereses legítimos en el proceso administrativo. Naturalmente, tanto el control jurisdiccional de la actuación administrativa, como el referido derecho fundamental de acceso al proceso administrativo, se verían malogrados si la Administración pudiera ejecutar de una manera absolutamente libre sus actos y sus disposiciones. En tal hipotético supuesto, dicho control sería meramente simbólico o teórico, y la tutela judicial no sería efectiva al haber llegado excesivamente tarde y haberse consolidado las situaciones contempladas por el acto o disposición nula. Por tales razones, no sólo los actos y las disposiciones han de poder ser revisadas por los juzgados y tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, sino que también esos órganos jurisdiccionales han de estar legitimados para poder suspender sus efectos o adoptar, en general, cualquier medida cautelar que pueda garantizar en un futuro la efectividad y, por ende, la ejecutoriedad de la sentencia.

Esto supone una radical distinción o diferencia entre el proceso civil –conforme al que se sustancian las diferencias entre particulares– y el proceso contencioso administrativo en el que se somete a la consideración de los órganos de ese orden jurisdiccional el juicio de revisión de la conformidad a derecho de los actos y disposiciones de la Administración. En el primero, la adopción de las medidas cautelares pretende exclusivamente el aseguramiento de la eficacia de la futura sentencia, puesto que ninguna de las partes tiene por sí misma fuerza para ejecutar sus declaraciones de voluntad sin acudir al juez; en el segundo, sin embargo, no se trata sólo, aunque siga siendo fundamental, que las medidas cautelares aseguren la futura ejecución de la sentencia, impidiendo situaciones de hecho que hagan aquélla virtualmente inaplicable, sino que también cumplen un efecto reequilibrador o compensador de la ejecutividad administrativa, pues precisamente porque el privilegio de autotutela sólo encierra una presunción de validez de la actuación administrativa (artículo 57.1 de la LRJPAC) es lógico que en muchos casos pueda aspirarse legítimamente por el ciudadano a que la interposición del recurso comporte, en tanto no se resuelve mediante sentencia, una no-ejecución del acto administrativo.

En principio, la interposición del recurso contencioso-administrativo no impide ejecutar el acto objeto del mismo, salvo cuando se solicitase y se acordase la adopción de una medida cautelar porque de ejecutarse pudiera hacer perder al recurso su finalidad legítima (artículo 130.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, en lo sucesivo LJCA), que haría ilusoria la eficacia de la tutela concedida.

2. Antecedentes legislativos más significativos

A) La Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956, no establecía un concepto genérico de las medidas cautelares, sino que, artículo 122, sólo regulaba como tal la suspensión del acto administrativo recurrido.

Las características de las medidas cautelares en la LJCA de 1956 se podían resumir así:

- a) La consagración explícita de la ejecutividad del acto administrativo como regla general, considerando la suspensión como excepción a ese principio.
- b) La suspensión del acto era la única medida cautelar, si bien no usaba esa expresión.

c) La fijación para acordar la suspensión del acto administrativo de un criterio de indiscutible objetividad, como era que su ejecución pudiera ocasionar perjuicios de imposible o difícil reparación.

d) La prevalencia del interés público, que hacía que no se acordara la medida, pese a que pudieran existir los perjuicios indicados, si con ella se resentía dicho interés.

e) Garantizar, mediante diversas cauciones, los perjuicios que pudieran derivarse de esa suspensión para el interés público.

B) Regulación de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos y deberes fundamentales de la persona. Esta norma se basa en un principio distinto, pues su artículo 7, apartados 2 a 5, establecía con carácter general, sin necesidad de invocar los perjuicios del régimen general, el principio de la suspensión del acto administrativo recurrido si así se solicitaba por la parte recurrente, y sólo admitía como única excepción para su no-adopción que la suspensión pudiera irrogar perjuicios graves para el interés general.

C) Constitución española. La Constitución consolida en su texto los principios que han servido de base a la actual situación (artículos 24, 103 y 106). El Tribunal Constitucional en esta materia ha tenido la posibilidad de pronunciarse en distintas ocasiones sobre la compatibilidad o conciliación de los principios de autotutela de la Administración y el de la tutela judicial efectiva, artículo 24 de la CE. En sus sentencias número 66/1984, 115/1987 y 78/1996, de 20 de mayo, establece una doctrina que, en lo básico, podemos sintetizar en los siguientes términos:

a) El principio de ejecutividad de los actos administrativos no es incompatible con el artículo 24.1 de la CE y está constitucionalmente fundado en el artículo 103 de la CE.

b) Que el derecho a la tutela judicial efectiva reclama la existencia de una tutela cautelar, y en concreto, la posibilidad de que la ejecutividad del acto administrativo pueda someterse al control jurisdiccional, artículo 106.1 de la CE. Los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.

c) Que esa exigencia se impone al legislador, y opera como límite constitucionalmente necesario del establecimiento en la ley de la ejecutividad de los actos administrativos, determinando la inconstitucionalidad de las leyes que excluyan la posibilidad de la suspensión judicial del acto.

3. Las medidas cautelares en la nueva Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa

3.1. Introducción

La importancia creciente de las medidas cautelares, en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, supuso la creación de un importante cuerpo de doctrina que desembocó en la nueva regulación legal de dicha cuestión. Sabido es que la regulación que preveía la ley jurisdiccional de 1956 era deficiente y se vio ampliamente superada por la necesidad de dar respuesta al imperativo mandato del artículo 24 de la Constitución española. Así, puede señalarse que las medidas cautelares forman parte del derecho a la tutela judicial efectiva, lo que, obviamente, no exige en todos los casos la suspensión del acto impugnado o adopción de medida cautelar, sino sólo en aquellos supuestos en que así lo demande la exigencia de dar contenido a dicho derecho. Tanto la doctrina como la jurisprudencia avalaban la superación de la dicción literal del artículo 122, en cuanto sólo preveía la suspensión del acto impugnado.

Fue tomando cuerpo la adopción de medidas cautelares positivas y provisionales, la tramitación procesal de las piezas de suspensión, en algunos supuestos, revestía una cierta complejidad de vistas orales, prueba, etc., y, en definitiva, poca utilidad representaba la previsión legal del indicado precepto. No puede desconocerse que el motor de esta evolución radicaba en la lentitud del orden jurisdiccional, por lo que las piezas de suspensión se convierten en auténticos centros neurálgicos del conflicto planteado.

La nueva Ley de la jurisdicción, de 13 de julio de 1998, intenta recoger una más acabada regulación de esta materia, si bien el cambio es más aparente que real, pudiendo señalarse que las novedades, respecto de lo que ya se estaba haciendo en la práctica cotidiana, son menos de las que pudieran parecer inicialmente. En este sentido, la tendencia jurisprudencial era la respuesta a la pasividad del legislador que no cumplió en plazo la previsión de la disposición adicional 1.a) de la Ley orgánica del Poder Judicial. La nueva Ley actualiza la regulación de la materia, pero prácticamente se limita a dar carta de naturaleza a lo que ya era una práctica jurisprudencial constante, si bien llama poderosamente la atención la falta de la más mínima referencia normativa al *fumus*.

3.2. Caracteres

3.2.1. Instrumentalidad

No es extraño observar, cuando de la instrumentalidad de la medida cautelar se trata, que se comience haciendo alusión a Calamandrei. Para este autor, consistía en la relación de dependencia o subordinación respecto de la resolución definitiva sobre el fondo. Las resoluciones cautelares no son un fin en sí mismas, sino que están indefectiblemente preordenadas a la emanación de una resolución definitiva cuya fructuosidad práctica asegura preventivamente.

3.2.2. Provisionalidad

La provisionalidad hace referencia al carácter no definitivo de las medidas cautelares, pues éstas desaparecen, perdiendo toda su eficacia, cuando faltan los presupuestos que originaron su adopción, y en todo caso cuando finaliza el proceso principal. La nota de la provisionalidad se entiende bien si se conecta con la finalidad de las medidas cautelares; si lo que se trata de proteger y tutelar mediante la adopción de tales medidas es la efectividad de una ulterior sentencia, lógico es que las mismas tengan una vigencia limitada en el tiempo, concretamente aquella en la que dicha sentencia tarde en obtenerse.

La tutela cautelar es provisional porque es instrumental (es decir, no es definitiva porque está en función de un proceso), pero a la vez, al ser instrumental debe ser provisional (esto es, por estar en función de una resolución que la extinguirá, no puede tener carácter definitivo). La provisionalidad implica el concepto de temporalidad, pero no coincide con éste, al ser algo más restringido. Temporal es, simplemente, lo que no dura siempre, lo que independientemente del sobrevenir de otro evento tiene por sí mismo duración limitada; provisional es, por su parte, lo que está destinado a durar hasta que sobrevenga un evento sucesivo y por regla general definitivo, en vista y en atención al cual el estado de provisionalidad permanece durante ese tiempo.

3.2.3. Variabilidad y jurisdiccionalidad

No es unánime en la doctrina la consideración de la variabilidad como característica autónoma de las medidas cautelares, sino que para algunos autores es subsumida en la instrumentalidad o en la provisionalidad. Independientemente de esta disquisición doctrinal, la permanencia o

modificación de la medida cautelar en tanto perdura el proceso principal estará siempre en función de la estabilidad o el cambio de los presupuestos que hicieron posible su adopción inicial.

La medida cautelar podrá ser reformada, si se producen modificaciones en el estado de los hechos respecto de los cuales la medida fue adoptada, y en el supuesto en el que no fuera otorgada cuando se solicitó, se podrá volver a pedir siempre que se haya producido un cambio de las circunstancias anteriores.

En cuanto a la jurisdiccionalidad de la medida cautelar en el proceso administrativo, hay que decir que la adopción de la medida cautelar compete funcionalmente al tribunal que esté conociendo del asunto principal, según dispone el artículo 129 de la LJCA. Sólo a los órganos jurisdiccionales puede atribuirse el juzgar y hacer ejecutar lo juzgado de conformidad con el artículo 117.3 de la Constitución.

Es preciso señalar, para evitar confusiones de cualquier tipo, que, al amparo del artículo 111 de la LRJPAC, la Administración puede suspender cautelarmente la ejecutividad de los actos objeto de impugnación administrativa. En estos casos las resoluciones cautelares, al emanar de un órgano de la Administración pública, tienen naturaleza administrativa, que en nada tiene que ver con la naturaleza jurisdiccional de la medida cautelar adoptada con apoyo en el artículo 129 de la LJCA. Además, el órgano judicial que conozca del incidente de la medida cautelar no está vinculado por la resolución de la Administración que ha concedido o denegado esa medida en el procedimiento previo.

3.3. Regulación legal

La nueva Ley regula las medidas cautelares en el título VI, capítulo II, en los siguientes términos:

Artículo 129

1. Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia.
2. Si se impugnare una disposición general, y se solicitare la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, la petición deberá efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda.

Artículo 130

1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del

acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso.

2. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el juez o tribunal ponderará en forma circunstanciada.

Artículo 131

El incidente cautelar se sustanciará en pieza separada, con audiencia de la parte contraria, en un plazo que no excederá de diez días, y será resuelto por auto dentro de los cinco días siguientes. Si la Administración demandada no hubiere aún comparecido, la audiencia se entenderá con el órgano autor de la actividad impugnada.

Artículo 132

1. Las medidas cautelares estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que se hayan acordado, o hasta que éste finalice por cualquiera de las causas previstas en esta ley. No obstante, podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado.

2. No podrán modificarse o revocarse las medidas cautelares en razón de los distintos avances que se vayan haciendo durante el proceso respecto al análisis de las cuestiones formales o de fondo que configuran el debate, y, tampoco, en razón de la modificación de los criterios de valoración que el juez o tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar.

Artículo 133

1. Cuando de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la presentación de caución o garantía suficiente para responder de aquéllos.

2. La caución o garantía podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en Derecho. La medida cautelar acordada no se llevará a efecto hasta que la caución o garantía esté constituida y acreditada en autos, o hasta que conste el cumplimiento de las medidas acordadas para evitar o paliar los perjuicios a que se refiere el apartado precedente.

3. Levantada la medida por sentencia o por cualquier otra causa, la Administración, o la persona que pretendiere tener derecho a indemnización de los daños sufridos, podrá solicitar ésta ante el propio órgano jurisdiccional por el trámite de los incidentes, dentro del año siguiente a

la fecha del alzamiento. Si no se formulase la solicitud dentro de dicho plazo, se renunciase a la misma o no se acreditase el derecho, se cancelará la garantía constituida.

Artículo 134

1. El auto que acuerde la medida se comunicará al órgano administrativo correspondiente, el cual dispondrá su inmediato cumplimiento, siendo de aplicación lo dispuesto en el capítulo IV del título IV, salvo el artículo 104.2.

2. La suspensión de la vigencia de disposiciones de carácter general será publicada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 107.2. Lo mismo se observará cuando la suspensión se refiera a un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas.

Artículo 135

El juez o tribunal, atendidas las circunstancias de especial urgencia que concurren en el caso, adoptará la medida sin oír a la parte contraria. Contra este auto no se dará recurso alguno. En la misma resolución, el juez o tribunal convocará a las partes a una comparecencia, que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes, sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada. Celebrada la comparecencia, el juez o tribunal dictará auto, el cual será recurrible conforme a las reglas generales.

Artículo 136

1. En los supuestos de los artículos 29 y 30, la medida cautelar se adoptará salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el juez ponderará en forma circunstanciada.

2. En los supuestos del apartado anterior, las medidas también podrán solicitarse antes de la interposición del recurso, tramitándose conforme a lo dispuesto en el artículo precedente. En tal caso, el interesado habrá de pedir su ratificación al interponer el recurso, lo que habrá de hacerse inexcusablemente en el plazo de diez días a contar desde la notificación de la adopción de las medidas cautelares. En los tres días siguientes se convocará la comparecencia a la que hace referencia el artículo anterior.

De no interponerse el recurso, quedarán automáticamente sin efecto las medidas acordadas, debiendo el solicitante indemnizar de los daños y perjuicios que la medida cautelar haya producido.

3.4. Perspectiva general

Debe señalarse que la vigente regulación de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo de la Ley 29/1998, de 13 de julio (RCL 1998/1741) (capítulo II del título VI) está integrada por:

- d.1) un sistema general (artículos 129 a 134);
- d.2) dos supuestos especiales (artículos 135 y 136), y
- d.3) un sistema con especialidad tanto en la clase de medida cautelar como en el momento en el que hay que solicitarla (artículo 129.2).

3.4.1. Régimen general

En buena medida este régimen viene presidido por dos factores: la posibilidad de que se solicite por los interesados y la facultad del órgano jurisdiccional de adoptarla si se dan los presupuestos legitimadores y no concurre –como elemento neutralizador– perturbación grave de los intereses generales o de terceros.

Características:

1) Constituye un sistema de aplicación al procedimiento ordinario, al abreviado (artículo 78 de la LJCA), así como al de protección de los derechos fundamentales (artículos 114 y siguientes), y las medidas pueden adoptarse respecto de los actos administrativos, ya que la suspensión de las disposiciones generales está sometida a la disciplina y al trámite del artículo 129.2 de la LJCA.

2) La razón nuclear en la que se asienta es en la existencia del *periculum in mora*. En el artículo 130.1, inciso segundo, se señala que la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso.

Este concepto de finalidad legítima ha requerido y sigue requiriendo la formación de un cuerpo de doctrina y jurisprudencia que vayan dotándole de contenido, pero en una primera aproximación no difiere esencialmente de los que se venían aplicando, como es el caso del perjuicio de reparación imposible o del *periculum in mora*. Podría afirmarse que el concepto de pérdida de finalidad legítima incluye el *periculum in mora*, de la misma forma que también incluye el perjuicio de imposible reparación.

3) Como contrapartida del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. En concreto, en el artículo 130.2 se señala que, no obs-

tante la concurrencia del *periculum in mora*, la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero.

4) Desde una perspectiva procedimental la nueva Ley apuesta decididamente por el seguimiento de un incidente contradictorio que debe desembocar en la motivación de la medida cautelar, y ello como consecuencia de la plena sujeción a la previa ponderación de los intereses en conflicto; así, en el artículo 130.1.1 exige para su adopción la previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, expresión que reitera en el artículo 130.2 *in fine*, al exigir también una ponderación en forma circunstanciada de los citados intereses generales o de tercero.

5) Con la nueva regulación concluye el monopolio legal de la medida cautelar de suspensión, pasándose a un sistema de *numerus apertus*, de medidas innominadas, entre las que sin duda se encuentran las de carácter positivo. El artículo 129.1 se remite a que se pueden solicitar “cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”, con la salvedad de las disposiciones generales, que sólo permiten la suspensión de los preceptos impugnados (artículos 71.2 y 129.2) si se solicita en el escrito de interposición o en el de demanda. La jurisprudencia recaída en la interpretación del régimen cautelar anterior (artículo 122 y siguientes de la LJCA de 1956), apartándose de aislados pronunciamientos iniciales, negó constante y uniformemente la posibilidad de suspensión de los actos denegatorios de autorizaciones o permisos, argumentando que, dado su contenido negativo, la referida suspensión implicaría la concesión, siquiera con carácter temporal durante la sustanciación del proceso de la licencia o permiso denegados (autos de 3 de junio y 16 de julio de 1991 –RJ/1991/4604 y RJ/1991/5846–, 24 de enero de 1994 –RJ/1994/230–, 31 de enero de 1995 –RJ/1995/259–, 15 de octubre de 1996 –RJ/1996/7737–, 2 de junio de 1997 –RJ/1997/4858–, y 27 de febrero de 1998 –RJ/1998/2889).

Sin embargo, el actual marco legal diseñado por los artículos 129 y siguientes de la Ley 29/98, de 13 de julio, en lo que aquí importa, supone un cambio radical respecto al régimen previsto por el artículo 122 de la Ley de la jurisdicción de 1956, toda vez que permite la adopción de medidas cautelares *distintas* de la mera suspensión del acto, al autorizar “cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”. Su exposición de motivos es bien elocuente, al afirmar que el “espectacular desarrollo de estas medidas en la jurisprudencia y práctica procesal de los últimos años ha llegado a desbordar las moderadas previsiones de la legislación

anterior”, y que “la nueva ley actualiza considerablemente la regulación de la materia, amplía los tipos de medidas cautelares posibles”, añadiendo que “la suspensión de la disposición o acto recurrido no puede constituir ya la única medida cautelar posible. *La ley introduce en consecuencia la posibilidad de adoptar cualquier medida cautelar, incluso las de carácter positivo*”.

Así, el Tribunal Supremo, en autos de 15 de marzo de 1999 y dos de 1 de septiembre de 1999 recaídos en los recursos seguidos bajo los números 4219/1998, 468 y 488 de 1999, como más próximos a la entrada en vigor de la Ley 29/1998, de 13 de julio, ya ha aplicado la nueva regulación admitiendo la adopción de medidas positivas.

6) Se establece con precisión el ámbito temporal de las medidas: la solicitud podrá llevarse a cabo en cualquier estado del proceso (129.1, con la excepción del número 2 para las disposiciones generales), siempre a petición de los interesados. En este punto conviene resaltar el deber que pesa, sobre la parte que solicite la medida, de motivar en forma suficiente y, en su caso, acreditada, que concurre la circunstancia habilitante de la misma. Esta precisión no es intrascendente, desde el momento que no resulta infrecuente la petición de medida cautelar sin argumentación de ningún tipo o con una argumentación notoriamente insuficiente para valorar la procedencia de la medida extendiéndose. En cuanto a su duración, hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en que se hayan acordado, o hasta que éste finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley (132.1), contemplándose, no obstante, su modificación por cambio de circunstancias (132.1 y 2).

7). Por último, y en correspondencia con la apertura de las medidas cautelares, la nueva Ley lleva a cabo una ampliación de las contracautelas, permitiéndose, sin límite alguno, que puedan acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar los perjuicios de cualquier naturaleza que pudieran derivarse de la medida cautelar que se adopte (133.1); añadiéndose además que la misma podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en Derecho (133.3).

El primer apartado recoge las llamadas medidas tuitivas, tendentes a evitar (medidas obstativas) o paliar (acelerar la adopción de medidas para minimizar) los efectos negativos que pueda acarrear la suspensión o medida cautelar adoptada. Fácilmente puede concluirse que estas medidas tuitivas serán las que exija el caso concreto, de tal forma que no puede hablarse de las procedentes con carácter general o abstracto, sino que

será en cada supuesto donde deba examinarse y decidirse lo que sea oportuno en función de las circunstancias concurrentes. Lo cierto es que, de ordinario, el interés público o de tercero perjudicado por la medida cautelar quedará protegido por la caución o garantía que se preste, lo que no impide la necesidad de acudir a las medidas tuitivas “indeterminadas y cuya concreción dependerá del caso concreto que las justifique”. Estas medidas son una facultad delimitada por la apariencia jurídica de legalidad de la actividad administrativa y los intereses en conflicto, deben ser motivadas y deben entenderse vinculadas al proceso y, por tanto, provisionales.

El segundo apartado recoge la posibilidad de exigir caución o garantía para responder de los perjuicios que puedan derivarse de la adopción de la medida cautelar. En este punto se produce un cambio importante respecto de la ley anterior. En aquella sólo se permitía que la prestación de la caución que exigiera el tribunal habría de constituirse en metálico o fondos públicos depositados en la Caja General de Depósitos o en las sucursales de provincia, o en las de las corporaciones locales o mediante aval bancario. En la actual se permite que sea en “cualquiera de las formas admitidas en Derecho”, lo que supone un cambio cualitativo y cuantitativo de importancia. En cualquier caso, la nueva regulación implica problemas prácticos, si bien debe reconocerse el carácter favorecedor de la medida que ello implica. Doctrinalmente se alude, como formas de caución, a las siguientes: metálico o aval; valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial; seguro de caución; personal, y cualquier otra personal o real. La caución o garantía, cuando se exija, se constituye como *conditio iuris* de la eficacia de la medida cautelar.

Dada la amplitud que la nueva Ley reconoce a las garantías que se pueden prestar para la obtención de la tutela cautelar, debo destacar dos aspectos que considero de interés: el primero, la posibilidad de que se pueda aceptar la aplicación de la mayor amplitud de esa regulación que hace la nueva Ley respecto de procedimientos iniciados antes de su entrada en vigor, y, el segundo, algunas consideraciones sobre algunas de esas modalidades de garantía, entre ellas la hipoteca, la prenda sin desplazamiento y la fianza personal.

Sobre la posibilidad de solicitar la adopción de cualquier tipo de medidas cautelares incluso en recursos contencioso-administrativos interpuestos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, considero

que no existe impedimento para ello por cuanto, si bien es cierto que en la normativa legal previa a la vigente Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, la caución que exigiera el tribunal habría de constituirse en metálico o fondos públicos depositados en la Caja General de Depósitos o en las sucursales de provincia, o en las de las corporaciones locales o mediante aval bancario, como plasmaba el derogado artículo 124.2 de la Ley de la jurisdicción de 1956, nos encontramos cómo el artículo 133.2 de la vigente Ley de la jurisdicción ya establece que la caución o garantía podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en derecho y, aunque la disposición transitoria segunda 1 de la Ley determina que los recursos contencioso-administrativos interpuestos con anterioridad a su entrada en vigor continuarán sustanciándose conforme a las normas que regían a la fecha de su iniciación, hemos de tener en cuenta que la disposición transitoria octava de la misma, en el ámbito de las medidas cautelares, va a precisar que en los procedimientos pendientes a la entrada en vigor de la Ley podrán solicitarse y acordarse las medidas cautelares previstas en el capítulo II del título VI; por ello considero que, aunque la medida cautelar ya se haya solicitado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, es de aplicación a esa pieza de medidas cautelares la previsión del artículo 133.2 vigente, lo que permite que la caución o garantía pueda constituirse en cualquiera de las formas admitidas en Derecho. En lo atinente a las diversas modalidades de garantía, a modo de reflexión hago las siguientes consideraciones:

a) Constitución de hipoteca. Ciertamente la doctrina del Tribunal Supremo, al pronunciarse sobre esa posibilidad bajo la vigencia de la Ley de la jurisdicción de 1956, era uniforme en el sentido de denegar dicha modalidad de medida cautelar. Sin embargo, la respuesta no es la misma cuando se solicita al amparo de la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Pues bien, el artículo 133.2 de la nueva Ley admite que la caución o garantía pueda constituirse “en cualquiera de las formas admitidas en Derecho”, por lo que no puede, ahora, excluirse la constitución de hipoteca como medio de garantizar la suspensión acordada.

Debe admitirse, pues, la posibilidad de constituir hipoteca para garantizar la medida acordada por el auto ya citado, si bien la parte deberá aportar la correspondiente certificación de cargas y valoración del inmueble a efectos de poder tramitar la solicitud formulada. De igual forma, en el escrito en que lo aporte, la parte deberá efectuar alegaciones sobre la

cuantía por la que se deba responder y de todo ello deberá darse traslado a la Administración demandada con carácter previo a resolver la cuestión.

Por tanto, el primer paso para admitirla cuando se ofrece de manera genérica es requerir a la parte para que aporte certificación de cargas y valoración del inmueble, así como sobre el importe de dicha hipoteca, de esa petición se da traslado a la Administración para que manifieste su parecer y una vez cumplimentado ese trámite, el órgano jurisdiccional resolverá.

b) Prenda. En principio, dada la especificidad de esta forma de garantía, entiendo que su procedencia como modalidad para cumplir esa función no puede quedar limitada porque en ciertos sectores del ordenamiento administrativo su normativa concreta no la contemple de manera específica. En efecto, la previsión legal de la posibilidad de constituir caución o garantía en cualquiera de las formas admitidas en Derecho, en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, no puede quedar modificada o eliminada porque en el ámbito concreto de la actuación administrativa recurrida sólo prevean como forma de garantía para suspender el procedimiento administrativo el aval suficiente o la consignación de su importe, dado que, como hemos visto, ante la precisa previsión de la LJCA de que la garantía o caución podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en Derecho, ese planteamiento restrictivo o cercenador de esa forma de prestación de garantía no es hoy acogible.

Por ello, en principio, la prenda sin desplazamiento sería garantía hábil a los efectos de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa en el ámbito de las medidas cautelares, pero ello no quiere decir que deba ser siempre, y en todo caso, considerada como suficiente y adecuada a los efectos de la finalidad de la misma, esto es, garantizar la definitiva efectividad de la sentencia a dictar, y ello porque puede suscitarse en casos puntuales y concretos algunas circunstancias que pongan en cuestión que esa forma de garantía, en los términos en que se ofrece, sea suficiente a esos efectos, porque llegue a estimarse que no garantiza el cumplimiento de su finalidad por presentarse discusiones en relación con las posibles cargas... la titularidad, debiendo en este caso concreto el Tribunal sopesar si en ese caso constituye garantía suficiente, a los efectos que ahora nos ocupan, la prenda sin desplazamiento de bienes muebles ofrecida, y ello teniendo en cuenta, por un lado, el importe de la ejecución cuya paralización habría de provocar la constitución de la garantía y, por otro, estar ante elementos muebles, la mayoría de ellos que con el paso del tiempo y en relación con las previsiones de duración del proce-

so, sin duda llegarán a una situación de manifiesta minusvaloración, no pudiéndose desconocer que estamos ante un tipo de garantía en el que la solvencia y liquidez de la misma se presenta como, al menos, complicada en relación con otras posibles garantías de las admitidas en Derecho a las que se refiere el artículo 133.2; sobre todo si no se ha podido considerar acreditado que por la parte recurrente no se haya podido aportar otro tipo de garantía, siendo, en supuestos análogos, sin duda preferentes y mejor cumplidoras de la finalidad de la norma las garantías consistentes, bien en aval bancario o, en su caso, la garantía hipotecaria.

c) Fianza personal. Sí es cierto que la hoy vigente Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, aprobada por la Ley 29/1998, de 13 de julio, prevé en su artículo 133.2 que la caución o garantía podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en Derecho, pero esto no puede llevar a que se deban considerar suficientes cualquier tipo de garantía personal, a efectos de dar validez a la contracautela exigida al acordar la medida cautelar, dado que se puede considerar inadecuada en el caso de que se haya de llevar a cabo, en su caso, la efectividad de la sentencia. Es por ello que dadas las reservas legales que la forma en que la fianza personal se puede ofrecer, quede relegada a una modalidad de medida cautelar subsidiaria, es decir, para aquellos supuestos en que se haya acreditado de manera fehaciente la imposibilidad de prestar la garantía mediante las otras modalidades más usuales y garantizadoras de la finalidad que debe perseguir su ofrecimiento, prestación y, en último lugar, su adopción.

3.4.2. Supuestos especiales

De entre sus singularidades debemos destacar en este momento que la redacción de los artículos 135 y 136 de la LJCA permite afirmar que la adopción de las medidas cautelares en los supuestos que los mismos contemplan se adoptarán de manera taxativa, si bien –como no podía ser de otra forma– condicionada en un caso a que se dé el requisito de urgente necesidad y, por otro, que la apariencia de buen derecho que a los presupuestos fácticos le reconoce el precepto –en orden a la adopción de esa medida– no se desvanezcan por resultar evidente que no concurren los elementos sustentadores y legitimadores de la medida.

a) Artículo 135. La concesión de medidas provisionalísimas supone una decisión que, aunque muy temporal, implica la suspensión del acto impugnado sin oír a la parte contraria, lo que revela la cautela con que

debe adoptarse cualquier decisión al respecto. Debe tenerse en cuenta que la decisión debe adoptarse con los datos que aporta la parte que recurre, y ello implica en muchos supuestos una deficiente configuración de los elementos a tomar en cuenta.

Se constituye como elemento caracterizador de la medida provisionalísima la concurrencia de “circunstancias de especial urgencia”, las cuales deben aparecer indiciariamente reflejadas en la petición de medida cautelar y justificadas razonablemente según las circunstancias del caso concreto. Lo cierto es que en la inmensa mayoría de las ocasiones en que se ha solicitado dicha medida, recuérdese que lo es sin oír a la parte contraria, ha sido denegada por la sala, al no apreciar la especial urgencia necesaria, fundamentalmente.

Parece claro que es obligación de los órganos de la jurisdicción la adopción de todas aquellas medidas que sean precisas para garantizar la tutela judicial efectiva, lo que incluye la adopción de medidas inauditas cuando así sea necesario, pero con el correlativo deber de que la petición de las mismas tenga cumplida justificación inicial, deber que pesa sobre la parte proponente. Debemos resaltar el dato de que la ausencia de contradicción sólo viene justificada por la imposibilidad de oír a las otras partes debido al perjuicio que se irroga con dicha demora, perjuicio que debe tener su encaje en la “pérdida de finalidad legítima” del recurso que habilita la medida cautelar. Por ello debería replantearse la previsión normativa a dicho específico supuesto, toda vez que la posible celebración de vista con cierta celeridad parece posible en casi todos los supuestos y más todavía en aquellos en que el interés público en la ejecución del acto impugnado sea patente o tenga alguna relevancia.

La medida provisionalísima deberá solicitarse una vez interpuesto el recurso, salvo en los supuestos de los artículos 29 y 30, en que, conforme al artículo 136.2, podrá solicitarse antes de la interposición del recurso. Si se adopta la medida, deberá pedirse su ratificación, dentro de los diez días siguientes a la notificación, junto con la interposición del recurso, teniendo lugar la comparecencia a que se refiere el artículo 135. Si no se interpusiere el recurso solicitando la ratificación de la medida, quedará automáticamente sin efecto lo acordado.

b) Artículo 136. Este precepto tiene su encaje en las previsiones de los artículos 29 y 30 de la Ley, es decir, representa una vía privilegiada de suspensión para los supuestos de inactividad de la Administración, no-ejecución de actos firmes y vía de hecho.

En efecto, el artículo 29.1 regula el supuesto de que la Administración, en virtud de una disposición general que no precisa de acto de aplicación, o de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tienen derecho a reclamar de la Administración el cumplimiento de esa obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación la Administración no hubiere dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiere llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso contra la inactividad de la Administración.

El artículo 29.2 dispone que cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si ésta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado del artículo 78.

El artículo 30, por su parte, expresa que en caso de vía de hecho, el interesado podrá formular requerimiento a la Administración actuante, intimando su cesación. Si dicha intimación no se efectuara o no fuera atendida dentro de los diez días siguientes a la presentación del requerimiento, podrá deducir directamente recurso contencioso administrativo. Por vía de hecho se entiende la actuación de la Administración que carezca de título habilitador (*manque droit*) o que, teniéndolo, prescinda de manera absoluta del procedimiento (*manque procedure*).

Dados los supuestos materiales a que se refiere, se entiende que el legislador haya optado por otorgar la suspensión, como principio de partida y sólo considerarla improcedente cuando se aprecie “con evidencia” que no se dan las situaciones que prevén los indicados preceptos o se produzca una perturbación grave de los intereses generales o de tercero. Si el precepto se hubiera limitado a prever la excepción en la adopción de la medida sólo cuando aparezca con evidencia que no se dan las situaciones que prevén los artículos 29 y 30, estaríamos ante un amplio apoderamiento en la adopción de la medida (que no es facultativa del tribunal, sino que “se adoptará”). Pero se añaden también los mismos condicionantes, a que se refiere el artículo 130, que justificarían su denegación, es decir, la grave perturbación de los intereses generales o de tercero, lo que hace que la previsión del presente artículo sea menos generalizada que la que, inicialmente, podría parecer, toda vez que no será difícil entrever la existencia de un interés general que matice el automatismo en la adopción de la medida. Son, pues, límites legales que impiden la adopción de

la medida: que notoriamente no concurren las situaciones de inactividad y de incumplimiento de los actos firmes descritas en el artículo 29 de la Ley, ni la vía de hecho del artículo 30, y que, aun dándose, se ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero.

El precepto incluye también la novedad de que la medida puede solicitarse y acordarse antes de la interposición del recurso, con el trámite privilegiado del artículo 135, referido a las medidas provisionálsimas y con la obligación de que la parte deberá pedir su ratificación al interponer el recurso. Por tanto, son tres las vías que se abren para pedir medida cautelar en los supuestos de los artículos 29 y 30: la petición cautelar ordinaria junto con la demanda o después; la petición de medida provisionálsima, y la petición de medida antes de interponer la demanda.

3.4.3. Régimen especializado

Es el que regula el número 2 del artículo 129 de la LJCA, y se hace acreedor a esa denominación, básicamente, por tres razones: la primera, que disciplina el régimen de la medidas cautelares que se pueden solicitar respecto de las disposiciones generales; la segunda, que entre todas las medidas cautelares innominadas que el artículo 129.1 expresamente admite que se puedan solicitar, el número 2 del meritado precepto sólo contempla la medida cautelar de la suspensión de las disposiciones generales, y de los preceptos impugnados (artículos 71.2 y 129.2), y, la tercera, que sólo se puede solicitar en dos momentos: en el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo o en el escrito de demanda y que debe ser publicado, así como que cuenta con algunas especialidades procesales (artículos 129.2 y 134.2 de la LJCA).

4. Comentarios más relevantes

Primero. De las afirmaciones que caracterizan el nuevo sistema de medidas cautelares establecido en la Ley 29/1998, de 13 de julio (RCL 1998/1741), debemos destacar, ahora, dos aspectos: en primer término, sin ninguna duda, debe destacarse la apuesta del legislador por el criterio o presupuesto legal del denominado *periculum in mora* como fundamento de las innominadas medidas cautelares; la adopción de la medida exige, de modo ineludible, que el recurso pueda perder su finalidad legítima, lo que significa que, de ejecutarse el acto, se crearían situaciones jurídicas irreversibles, haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitan-

do el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad, en el caso de estimarse el recurso.

En relación con el citado aspecto, así lo ha destacado la jurisprudencia del Tribunal Supremo posterior a la Ley 29/1998. En los ATS de 22 de marzo (RJ 2000/3218) y 31 de octubre de 2000 (RJ 2000/9884) se señala que esta sala ya ha declarado de manera reiterada, en el artículo 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, que el criterio elegido para decidir la suspensión cautelar es que la ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso. Y esta exigencia viene a representar lo que tradicionalmente se ha denominado el requisito del *periculum in mora*; resoluciones que señalan que el mismo opera como criterio decisor de la suspensión cautelar. Por su parte, los ATS de 2 de noviembre de 2000 (RJ 2000/9741) y 5 de febrero (RJ 2001/1398), 21 de marzo (RJ 2001/5914) y 25 de junio de 2001 (RJ 2001/5801) exponen que en el nuevo régimen de medidas cautelares, ya no sólo limitado a la suspensión, instaurado por la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, partiendo de aquel principio general –no otro sentido puede tener el adverbio *únicamente* del artículo 130.1–, se permite al órgano jurisdiccional, en sus artículos 129 y 130, la adopción de las medidas cautelares teniendo en cuenta una doble referencia: valorando no sólo la posibilidad de que la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, sino también si con la medida cautelar pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el juez o tribunal ponderará de forma circunstanciada.

La irreparabilidad o dificultad en la reparación del daño no es sinónimo de irresarcibilidad, sino de irreversibilidad. Lo que hace al daño de difícil o imposible reparación es que no pueda restituirse el bien jurídico lesionado íntegramente, no que no pueda resarcirse con el pago de una cantidad. La Administración siempre podrá pagar, pero reparar, según doctrina reiterada del Tribunal Supremo, no es pagar o resarcir, sino dejar indemne. Por eso, hasta la propia exposición de motivos de la Ley de 1956 especificaba que “respecto a la dificultad de reparación no cabe excluirla sin más por la circunstancia que podría derivarse de que la ejecución sea valorable económicamente”. Incluso en los casos en los que el daño causado es de naturaleza exclusivamente económica, el Tribunal Supremo tiene dicho que “la reparabilidad del daño no debe contemplarse exclusivamente desde la perspectiva de la Administración a los efectos de devol-

ver lo ya ingresado [...], sino también desde la vertiente del patrimonio del administrado que con esa ejecución puede ponerse en situación de inestabilidad tal que haga imposible su recuperación” (STS de 6 de mayo de 1996, R. 4.151).

Segundo. Como contrapartida, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. Aun concurriendo el anterior presupuesto, puede denegarse la medida cautelar, siempre que se aprecie perturbación grave de los intereses generales o de tercero, lo que obliga a efectuar siempre un juicio comparativo de todos los intereses en juego, concediendo especial relevancia, a la hora de decidir, a la mayor perturbación que la medida cause al interés general o al de un tercero afectado por la eficacia del acto impugnado; y en todo caso el juicio de ponderación que al efecto ha de realizar el órgano jurisdiccional debe atender a las circunstancias particulares de cada situación, y exige una motivación acorde con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción o no de la medida cautelar solicitada.

Tercero. Es evidente que la nueva redacción no prescinde del *periculum in mora* por cuanto el *periculum* está inmerso en la pérdida de finalidad legítima del recurso, es decir, se prevé expresamente dentro de dicho concepto, mas se podría afirmar lo mismo del *fumus bonus iuris*, toda vez que será el instrumento imprescindible, en determinados supuestos, de la decisión cautelar, pues si la ilegalidad del acto o disposición son evidentes y ostensibles, “la finalidad legítima a que se hace referencia puede ser perjudicada si se mantiene el privilegio de ejecutividad”. Además, el *fumus* está presente cuando el artículo 136 prevé la denegación de la medida si se aprecia con evidencia que no concurren esas circunstancias. Es por ello que he de concluir que debe estar presente como factor a sopesar en el momento de resolver sobre la procedencia de la adopción de la medida cautelar el denominado *fumus bonus iuris* o apariencia de buen Derecho de la pretensión cautelar. Siempre que se den los siguientes requisitos: 1) apariencia de buen Derecho (*fumus*), no desvirtuada suficientemente por la Administración; 2) urgencia en la adopción de la medida cautelar, que sea inexcusable para garantizar la tutela judicial efectiva, y 3) imposibilidad de prejuzgar, anticipar o decidir directa o indirectamente el fondo de la cuestión.

Su proyección tiene gran importancia –entre otros– en dos casos:

a) El problema no surge cuando no concurre el motivo de denegación, pues en este caso la adopción de la medida será procedente –si concurre

la pérdida de la finalidad legítima del recurso—, sino cuando sí concurre, pues ambos extremos a valorar se concitan y la ley no delimita a favor de cuál debe inclinarse la decisión. En estos casos, en que concurre motivo de adopción y de denegación, será cuando deba acudir a otros criterios que sirvan para inclinar al juez o tribunal en favor o en contra de la medida. Así, recobra de nuevo virtualidad el criterio del *fumus* o de otros que eran ya aplicados en la práctica. En este sentido, ya se manifestaban algunos autores al comentar la nueva ley antes de su entrada en vigor, sosteniendo que, dada la similitud de los artículos 129 y 130 de la LJCA y 56.1 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional, la jurisprudencia comunitaria y el contenido de la exposición de motivos, se obtiene la conclusión de que el criterio del *fumus* “a pesar de su formal ausencia en el texto legal, no puede desterrarse totalmente del sistema”. Para algunos autores, el *fumus* forma parte de los presupuestos para adopción de la medida cautelar, junto con el *periculum in mora* y la caución o garantía. Para ello se afirma que “no parece que sea razonable conceder la medida de que se trate cuando la pretensión ejercitada no aparezca provista de cierto fundamento, si bien debe examinarse con extrema cautela, intentando evitar el examen de fondo. Para otros autores, el *fumus* es un elemento característico de la tutela cautelar, al estar en su propia definición, por lo que no puede ser marginado en la toma de decisión.

b) Hay situaciones de difícil resolución a nivel dialéctico, como es el caso de aquellos supuestos en que no existe realmente la posibilidad de que la ejecución del acto haga perder al recurso su finalidad legítima, aunque sí una circunstancia cualificada sobre la prosperabilidad del recurso. Éste es el caso de Derecho civil, en que un juzgado de ese orden jurisdiccional dicta sentencia firme en la que declara el derecho de propiedad que sobre una determinada porción de terreno le corresponde al solicitante de una licencia, cuando el acto de la Administración ordena la suspensión de dicha obra y la demolición parcial de lo que se estaba construyendo sobre ese espacio por entender que era de dominio público. El problema se ciñe a determinar si, por ejemplo, declarada la inexistencia de la condición de titularidad pública de la porción de terreno en virtud de sentencia firme del juzgado de lo civil —que se erigió en la razón para la denegación de la licencia— procede la adopción de la medida cautelar para dejar en suspenso la ejecución de la orden de suspensión de la obra y de la demolición parcial de la misma. En estos supuestos la sentencia de la sala —con toda probabilidad— será estimatoria del recurso, e incluso no

sería aventurada la posibilidad de imposición de las costas si se opone la Administración. ¿Debe otorgarse la medida cautelar? Me atrevo a mostrar mi opinión favorable a la suspensión sin fianza. Por un lado, ya hemos resaltado que el *fumus* sigue teniendo su encaje dentro de la justicia cautelar y, en este caso, se trata de un *fumus* cualificado por la cuasi-certeza del resultado final del proceso. El interés general también avalaría igual tesis, en cuanto éste debería consistir en el cabal cumplimiento de la sentencia firme. Por último, la tutela efectiva del recurrente también abonaría la tesis suspensiva.

5. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la interpretación y el sentido de los supuestos habilitadores de la adopción de la medida cautelar

Como ha señalado el Tribunal Supremo en su STS de 18 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8180), la finalidad legítima del recurso es, no sólo, pero sí prioritariamente, la efectividad de la sentencia que finalmente haya de ser dictada en él; de suerte que el instituto de las medidas cautelares tiene su razón de ser, prioritaria, aunque no única, en la necesidad de preservar ese efecto útil de la futura sentencia, ante la posibilidad de que el transcurso del tiempo en que ha de desenvolverse el proceso lo ponga en riesgo, por poder surgir, en ese espacio temporal, situaciones irreversibles o de difícil o costosa reversibilidad.

La pérdida de la finalidad legítima del recurso es, así, la causa que legitima la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas, suficientes y no excesivas, para evitarla en el caso en concreto, valorando para ello, de manera circunstanciada, esto es, atendiendo a las circunstancias del caso, todos los intereses en conflicto.

De ahí, también, que no quepa entender vedada, en esa valoración y para apreciar si concurre o no aquella causa, la atención, en la medida de lo necesario, al criterio del *fumus boni iuris* o apariencia de buen Derecho, pues los intereses en conflicto no pueden dejar de contemplarse, en un proceso judicial, dentro del marco jurídico por el que se rigen.

El problema no surge cuando no concurre el motivo de denegación, pues en este caso la adopción de la medida será procedente –dado que se da el presupuesto de la pérdida de finalidad legítima–, sino cuando sí concurre, pues ambos extremos a valorar concurren y la ley no delimita a favor de cuál debe inclinarse la decisión. En estos casos, en que concurre

motivo de adopción y de denegación, será cuando deba acudir a otros criterios que sirvan para inclinar al juez o tribunal en favor o en contra de la medida. Así, recobra de nuevo virtualidad el criterio del *fumus* o de otros que eran ya aplicados en la práctica. En este sentido ya se manifestaban algunos autores al comentar la nueva Ley antes de su entrada en vigor, sosteniendo que, dada la similitud de los artículos 129 y 130 de la LJCA y 56.1 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional, la jurisprudencia comunitaria y el contenido de la exposición de motivos, se obtiene la conclusión de que el criterio del *fumus* “a pesar de su formal ausencia en el texto legal, no puede desterrarse totalmente del sistema”. Para algunos autores, el *fumus* forma parte de los presupuestos para adopción de la medida cautelar, junto con el *periculum in mora* y la caución o garantía. Para ello se afirma que “no parece que sea razonable conceder la medida de que se trate cuando la pretensión ejercitada no aparezca provista de cierto fundamento, si bien debe examinarse con extrema cautela, intentando evitar el examen de fondo. Para otros autores, el *fumus* es un elemento característico de la tutela cautelar, al estar en su propia definición, por lo que no puede ser marginado en la toma de decisión.

Por lo demás, el marco legal diseñado por los artículos 129 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, se sustenta en los mismos fundamentos que dieron lugar a la reinterpretación del artículo 122 de la Ley de la jurisdicción de 1956, siendo criterio fundamental el peligro en la demora del proceso, representado por la causación de daños o perjuicios de reparación imposible o difícil que hagan perder su finalidad al recurso. Este daño –*periculum in mora*–, debidamente ponderado con los intereses públicos y de terceros que demanden la ejecución del acto, ha de resultar prevalente. En auxilio de dicho juicio ponderativo cabe acudir a la apariencia de buen derecho –*fumus boni iuris*– que exige otorgar la tutela cautelar a quien litiga aparentemente con razón.

Con anterioridad y aún bajo la vigencia del artículo 122 de la LJCA, de 26 de diciembre de 1956, se había desarrollado en los tribunales de este orden jurisdiccional la doctrina que veía en el llamado *fumus boni iuris* uno de los presupuestos que justificaban la suspensión de la ejecución del acto recurrido, pero el estado de desarrollo de la cuestión inmediata anterior al nuevo texto procesal puede resumirse en una, vacilante en los matices, doctrina jurisprudencial, cuyos orientaciones fundamentales serían los siguientes:

1. Una tendencia que, como se recoge en los ATS de 21 de julio, 14 de noviembre y 1 y 9 de diciembre de 1997 (Aranzadi 5986, 8360, 9078 y 9070), sin ruptura radical con el mismo, va recortando cada vez más el alcance de dicho principio, en tanto “entraña por sí mismo un examen sobre el fondo del asunto que no es susceptible de ser tratado, por lo general, en una pieza de suspensión, salvo en aquellos casos excepcionales en que sea ostensible la prosperabilidad de la demanda”, o que se trate de “nulidad absolutamente patente, manifiesta y evidente a todas luces”.

2. Una línea jurisprudencial que pone el acento en la interdependencia de dicho presupuesto con el *periculum in mora*, destacando que dicho criterio “no puede aplicarse con independencia del requisito que sigue siendo fundamental para acordar la suspensión y que es, de acuerdo con el artículo 122 de la Ley jurisdiccional, el que la ejecución hubiese de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil” [ATS de 22 de octubre ó 1 de diciembre de 1997 (Aranzadi 7446 y 8910), y STS de 1 de diciembre de 1997, fundamento jurídico quinto (Aranzadi 11611)].

3. Una tercera línea –a nuestro juicio, mucho más acorde con la naciente regulación legal de las medidas cautelares– que propende a encajar en el proceso contencioso-administrativo la operatividad de tal elemento o presupuesto cautelar dentro de límites muy precisos, y bajo la contemplación de su papel subalterno en el juicio cautelar, de modo que, como destaca el ATS de 8 de julio de 1997 (Aranzadi 5832), la institución cautelar en este tipo de proceso, “no tiene por finalidad propia y directa la de tutelar provisionalmente la situación o posición jurídica de la parte que aparentemente litiga con razón, sino preservar el derecho a la tutela judicial efectiva al final del proceso”, diferenciando así medida cautelar de proceso sumario, y añade que, “determina que sea aquél –el *periculum in mora*–, el primer y básico presupuesto para la adopción de la medida cautelar”, concluyendo en que, “ésta sólo deviene necesaria [...], cuando el citado derecho (tutela judicial efectiva) está en riesgo, o lo que es igual, cuando existe urgencia en preservarlo”. De este modo, y como la toma en consideración de intereses contrapuestos puede llevar a detectar situaciones en que no quepa, o sea muy difícil preservar el efecto útil de cualquiera de las posibles sentencias con que haya de culminar el proceso, la aplicación de aquel precepto, reinterpretado desde las exigencias constitucionales, no excluye la toma en consideración del criterio de la apariencia del buen derecho –*fumus boni iuris*–. En similar sentido, la STS de 27 de octubre de 1997 (Aranzadi 10595).

Segundo. Una primera consecuencia de que el proceso cautelar no tienda a tutelar inmediata y provisionalmente derechos *prima facie* justificados como si de un proceso interdictal se tratase, es que cuanto se refiera al examen y enjuiciamiento de las alegaciones y motivos en que la parte quiera fundar la circunstancia de encontrarse *in bonis*, no puede afectar al derecho a la tutela judicial efectiva, pues consistiendo en general tal derecho en el acceso a la jurisdicción y en que se dé una respuesta motivada, razonable y coherente, “acorde con el significado de la medida cautelar de suspensión” –STS de 27 de octubre de 1997–, la doctrina constitucional, en un conjunto de sentencias como la 66/1984, 238/1992 ó 148/1993, de 29 de abril, ha establecido que los “defectos o errores cometidos en incidentes cautelares del procedimiento son relevantes desde la perspectiva del artículo 24.1 de la CE, si imposibilitan la efectividad de la tutela judicial, implican la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende o prejuzgan irreparablemente la decisión final del proceso –STC 237/91–, y, en fin, que el derecho a la tutela se satisface facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un tribunal y que éste, con la información y contradicción que sea menester, resuelva sobre la suspensión”. En similar sentido, la STC 78/1996, de 20 de mayo.

6. Reseña jurisprudencial sobre las medidas cautelares jurisdiccionales en materia de urbanismo

1. Si, como ya se ha observado, la valoración objetiva, no meramente subjetiva, y circunstanciada de todos los elementos determinantes del proceso es fundamental en la adopción de las medidas cautelares, esto se pone de relieve de una manera más gráfica si descendemos de los principios generales a los sectores concretos del ordenamiento. En el ámbito urbanístico, cabe distinguir tres ramas fundamentales: el planeamiento, la gestión y la disciplina urbanística. En cada una de ellas, las medidas cautelares tienen una problemática distinta.

A) En cuanto se refiere al *planeamiento urbanístico*, la jurisprudencia tradicional ha sido sumamente restrictiva y podría resumirse del modo siguiente: siendo los planes urbanísticos normas jurídicas, no cabe la suspensión porque frente a la posible irreparabilidad de los daños (siempre matizada por el principio de responsabilidad de la Administración) se opone el interés general en la vigencia de una norma que va destinada a sujetos indeterminados.

En la jurisprudencia, en materia de la adopción de las medidas cautelares cuando se formula respecto de los instrumentos de planeamiento, se aprecia muchas veces una invocación formularia del interés general representado por el instrumento de planeamiento sin entrar en un verdadero examen de las razones opuestas por el recurrente. Es evidente que en los casos de impugnaciones de planes generales o de algunas de sus determinaciones específicas, el único criterio verdaderamente determinante, salvo excepciones, porque se trate de normas muy específicas, es la apariencia de buen derecho. Aisladamente aparece en algunos autos del Tribunal Supremo. Así por ejemplo, ATS de 7 de septiembre de 1991, Aranzadi 6815; 9 de febrero de 1993, Aranzadi 527. En estos casos, de manera expresa o implícita está en juego la apariencia de buen derecho, aunque la interpretación mayoritaria sea muy restrictiva, reduciendo las suspensiones a casos en los que manifiestamente aparece la ilegalidad.

Es elocuente la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2005 (RJ 2005/8258), que en su fundamento de derecho sexto expone, por otra parte, en el conflicto de intereses que se suscitan –autonómicos, municipales y particulares de futuro– la sala de instancia se inclina por los de la Administración que con su decisión ha concluido el procedimiento tramitado (esto es, que definitivamente ultima la configuración de la decisión administrativa que pone fin al procedimiento), señalando al respecto como ya hemos expresado, que la resolución combatida integra un instrumento normativo que determina la aprobación definitiva de las Normas Subsidiarias del municipio, defendiendo la validez de aquella en base a la naturaleza de la misma y a la prevalencia del interés público que defiende al tiempo que tutela la explotación minera que, al parecer, se desarrolla en la zona.

En la citada sentencia se remite a la de 9 de marzo de 2003 (RJ 2003/3400) en los siguientes términos: “Es doctrina de este Tribunal Supremo la de que el interés público urbanístico que por principio encarna en los correspondientes planes y normas exige su ejecución y que, por ello mismo, no es posible su suspensión cautelar sino excepcionalmente, sin que a tal interés público puedan oponérsele los meros intereses privados económicos. De no ser así, y si se generaliza la suspensión de los instrumentos urbanísticos (que van fundamentalmente encaminados a la creación de suelo con destino a la satisfacción de necesidades primarias), se correría el riesgo de una obstrucción generalizada a las actuaciones urbanísticas de las administraciones públicas.”

Sin embargo, pese a esa proclamación, lo cierto es que en diversas resoluciones, si bien en base a las circunstancias específicas concurrentes en cada caso, así en el auto del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 1991 (RJ 1991/6815), al pronunciarse sobre la suspensión de la aprobación definitiva de las Normas Subsidiarias de planeamiento por silencio administrativo positivo, afirma, basta para justificar la suspensión de la ejecutoriedad del acuerdo municipal de que se trata (acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Cubas de la Sagra, de 14 de septiembre de 1989, entendiéndose aprobadas definitivamente, por silencio administrativo positivo, las Normas Subsidiarias de planeamiento de dicho municipio) el haber comprobado la precipitación con que dicha corporación consideró producido un efecto tan importante como es el de la aprobación de unas normas de esta naturaleza, por el simple silencio del órgano llamado a aprobarlas definitivamente, cuando ello requiere el transcurso de un plazo de seis meses, conforme a lo dispuesto en el artículo 41.2 de la Ley del suelo (RCL 1976/1192 y ApNDL 1975-85, 13889), artículo 133.1 del Reglamento de planeamiento (RCL 1978/1965 y ApNDL 1975-85, 13921) en relación con el artículo 95 de la Ley de procedimiento administrativo (RCL 1958/1258, 1469, 1504; RCL 1959/585 y NDL 24708), y cuando en este caso a ese plazo le faltaba mucho por consumarse, ya que la Consejería de Política Territorial de la Comunidad de Madrid se vio obligada a requerir al Ayuntamiento, el 13 de abril de 1989, para que le remitiese la documentación completa del expediente instruido al efecto, documentación que no tuvo entrada en el Registro de dicha comisaría hasta el 20 de junio del mismo año. Y sin que en ningún momento entrara en el ánimo del órgano autonómico de la Comunidad la aprobación de las repetidas Normas Subsidiarias, como lo evidencia el informe desfavorable del técnico de la Consejería de 30 de octubre del mismo año 1989. Por otra parte, cualquier duda que pudiera surgir a este respecto no debe resolverse a favor del silencio positivo, del que se ha valido el Ayuntamiento para motivar el acuerdo que nos ocupa; puesto que el silencio positivo es una modalidad de la institución, de aplicación como excepción a la regla general del silencio negativo, como se desprende de lo establecido en dicho artículo 95 de la Ley de procedimiento administrativo, y aún con más rotundidad de lo dispuesto en el artículo 178.3 de la Ley del suelo, si bien el mismo se refiere al tema de las licencias. Como hemos dicho al inicio de estos fundamentos jurídicos, basta con el motivo analizado, para justificar la suspensión de la ejecución del acuerdo municipal de que se trata, al repre-

sentar el mismo una infracción grave del Ordenamiento jurídico, que ha legitimado a la Comunidad de Madrid, para emprender la acción deducida en estas actuaciones, conforme a lo previsto en el artículo 65.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril (RCL 1985/799, 1372 y ApNDL 1975-85, 205), de bases del régimen jurídico de la Administración local, en relación con el artículo 215.5 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las corporaciones locales, de 28 de noviembre de 1986 (RCL 1986/3812 y RCL 1987/76).

En similar sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en la sentencia de 24 de enero de 2003 (RJ 2003/804), sobre la suspensión de una modificación de planeamiento en virtud de la apariencia de buen derecho, porque existe una resolución judicial que anulaba el planeamiento originario, tras exponer que la Comunidad Autónoma de Canarias interpone recurso de casación contra el auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en Las Palmas de Gran Canaria del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 29 de noviembre de 1999, que acordó la suspensión de la ejecutividad de la Orden de la Consejería de Política Territorial y Medio Ambiente del Gobierno de Canarias de 5 de julio de 1999, que aprobó la modificación puntual núm. 4 del Plan Insular de Ordenación del Territorio de Gran Canaria, en el ámbito de Costa Taurito, declara:

La sala de instancia, aun reconociendo que este Tribunal se ha pronunciado con carácter general en contra de la suspensión de la ejecutividad de los instrumentos de planeamiento, adopta dicha medida ponderando no sólo los intereses en conflicto sino la apariencia de buen derecho que acompaña a la parte recurrente, habida cuenta que la propia sala de instancia había anulado, por sentencia de 8 de enero de 1998, el Plan Insular de Ordenación del Territorio de Gran Canaria del que el acuerdo suspendido es una simple modificación. Ésta es la verdadera razón de decidir de la sala de instancia que no es adecuadamente combatida en este recurso de casación en el que se opone un único motivo. En él se comienza errando en la cita de los preceptos y jurisprudencia que se consideran infringidos por el Tribunal *a quo*, pues en cuanto a los primeros se hace una cita genérica de preceptos legales –pues se alude a todos los que regulan las medidas cautelares, 129, 130 y siguientes LJCA (RCL 1998/1741)– y se menciona el artículo 154.3 del Reglamento de planeamiento (RCL 1978/1965), que nada tiene que ver con el caso, y continúa con una argumentación que se limita a reproducir el contenido del recurso de súplica formulado contra el auto de 29 de noviembre de 1999. La sala de instancia anuló el PIOT

de Gran Canaria del que el acuerdo que ahora nos ocupa es considerado por la propia Administración recurrente como una modificación, y esa sentencia anulatoria ha adquirido firmeza al haber desestimado esta sala, por sentencia de 6 de mayo de 2002, el recurso de casación que se había interpuesto contra ella, y éste es un dato que corrobora el buen criterio de la sala de instancia al suspender la ejecutividad de un acto que, en principio, parece no contar con la suficiente cobertura. Por lo expuesto hemos de desestimar el presente recurso.

Sobre la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales sopesen la apariencia de buen derecho dentro de los criterios que han de presidir la adopción de las medidas cautelares, bueno será recordar que el Tribunal Supremo, en sentencia de 11 de febrero de 2004 (RJ 2005/5663), expone:

Como hemos señalado en nuestra reciente STS de 18 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8180), la finalidad legítima del recurso es, así, la causa que legitima la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas, suficientes y no excesivas, para evitarla en el caso en concreto, valorando para ello, de manera circunstanciada, esto es, atendiendo a las circunstancias del caso, todos los intereses en conflicto. De ahí, también, que no quepa entender vedada, en esa valoración y para apreciar si concurre o no aquella causa, la atención, en la medida de lo necesario, al criterio del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, pues los intereses en conflicto no pueden dejar de contemplarse, en un proceso judicial, dentro del marco jurídico por el que se rigen.

La sala de instancia ha contemplado en su valoración ambos criterios (*periculum in mora* y *fumus boni iuris*), señalando, como conclusión, lo ya expuesto con anterioridad:

a) Que la ejecución del acuerdo recurrido podría poner en entredicho la finalidad del recurso, al esquivarse la tutela de la entidad autonómica, poniendo en peligro, ante la falta de control, los fundamentales valores cuya vigilancia le encomienda nuestro ordenamiento jurídico, y

b) Que, en principio y sin prejuzgar el fondo del asunto, existe una apariencia de mejor derecho en la solicitud realizada por la comunidad autónoma.

Debe también destacarse cómo la sala de instancia, en otros supuestos, ha efectuado una valoración –inicial– del fondo de este tipo de litigios en sentido inverso al que ahora lo realiza; así en el recurso contencioso-administrativo 1360/2000, seguido ante la misma sala y sección, se señaló que en el caso presente, en principio, y sin ánimo de prejuzgar, en el

expediente se parte de que la presente modificación corresponde por su naturaleza y alcance al nivel de planeamiento de desarrollo del Plan General (N-2), lo que puesto en relación con el artículo 45.1 de la Ley 9/1995 citada, podría otorgar potestad al Ayuntamiento para aprobar la modificación impugnada, sin ser precisa en todo caso la ulterior aprobación de la Comunidad de Madrid [...], decisión –de denegación de la medida cautelar de suspensión– que fue confirmada por esta sala en el auto de 18 de noviembre de 2003 (recurso de casación 5735/2001 [RJ 2003/8180]).

Se trata, sin embargo, de supuestos distintos, y, aunque la sala de instancia es cierto que no especifica, en el presente caso, detalladamente, los argumentos que le mueven a percibir la apariencia de buen derecho en la necesidad de intervención de la Administración autonómica en el proceso aprobatorio de la modificación, debe, no obstante, destacarse que en el de autos la modificación afecta al régimen de usos autorizables dentro del área de planeamiento específico del centro histórico. Sin embargo, con facilidad se desprende que la sala de instancia, en este caso, se inclina por impedir el desarrollo urbanístico del área afectada hasta el momento en que resuelva sobre la exigencia legal, o no, de la intervención autonómica en el proceso aprobatorio.

El tratarse, en este supuesto, como se ha expresado, de una modificación puntual, que afecta, en concreto, a los usos autorizables, en el centro histórico de la ciudad, es lo que ha determinado la interpretación del expresado criterio del *periculum in mora* en el sentido en que ha sido realizado por la sala de instancia, pues, la no-adopción de la medida cautelar de suspensión hubiera determinado la implantación de nuevos usos en el centro histórico por la sola decisión municipal y sin intervención autonómica, perdiéndose así la finalidad del recurso; procedimiento aprobatorio que, por otra parte, no ha contado –para el presente y específico supuesto– con apariencia de legalidad de entidad suficiente para fundamentar la denegación de la medida cautelar suspensiva.

El Tribunal Supremo ha perfilado la apariencia de buen derecho como criterio que sirve para la adopción de la resolución solicitada respecto de la medida cautelar, y en sentencia de 15 de marzo de 2005 (RJ 2005/2950), al ponderar la naturaleza y la esencia de ese factor lo acota de la siguiente manera:

La razón de ser de la justicia cautelar, en el proceso en general, se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre

re hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso. Con las medidas cautelares se trata de asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso o, como dice expresivamente el artículo 129 de la LJCA (RCL 1998/1741), “asegurar la efectividad de la sentencia”. Por ello el *periculum in mora* forma parte de la esencia de la medida cautelar y el artículo 130 de la LJCA especifica como uno de los supuestos en que procede la adopción de ésta aquel en que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso. En definitiva, con la medida cautelar se intenta asegurar que la futura sentencia pueda llevarse a la práctica de modo útil.

Como señala la STC 218/1994 (RTC 1994/218), la potestad jurisdiccional de suspensión, como todas las medidas cautelares, responde a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial; esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia. Pero, además, en el proceso administrativo la justicia cautelar tiene determinadas finalidades específicas, incluso con trascendencia constitucional, y que pueden cifrarse genéricamente en constituir un límite o contrapeso a las prerrogativas exorbitantes de las administraciones públicas, con el fin de garantizar una situación de igualdad, con respecto a los particulares, ante los tribunales, sin la cual sería pura ficción la facultad de control o fiscalización de la actuación administrativa que garantiza el artículo 106.1 de la CE (RCL 1978/2836) (los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican), así como también los artículos 82.6 y 153.c) de la CE.

Entre otros muchos aspectos de la jurisdicción y del proceso contencioso-administrativo que experimentaron el influjo directo de la Constitución se encuentra el relativo a las medidas cautelares, a través de las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva que se reconoce en el artículo 24.1 de dicha norma fundamental, de tal manera que la suspensión cautelar de la ejecutividad del acto administrativo o la suspensión de la vigencia de la disposición reglamentaria deja de tener carácter excepcional y se convierte en instrumento de la tutela judicial ordinaria. De esta forma, sin producirse una modificación formal del artículo 122 de la Ley de la jurisdicción de 1956 (RCL 1956/1890), cristaliza una evolución jurisprudencial que acoge la doctrina del llamado *fumus bonis iuris* o apa-

riencia del buen derecho en la que resulta obligada la cita del ATS de 20 de diciembre de 1990 (RJ 1990/10558). Esta resolución proclama lo que llama derecho a la tutela cautelar, inserto en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, lo que, visto por su envés, significa el deber que tienen tanto la Administración como los tribunales de acordar la medida cautelar que sea necesaria para asegurar la plena efectividad del acto terminal (resolución administrativa o, en su caso, judicial). Y esta fuerza expansiva del artículo 24.1 de la CE viene también impuesta por el principio de Derecho comunitario europeo recogido en la sentencia Factor-tame del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 19 de junio de 1990 (TJCE 1991/12), principio que hace suyo nuestro Tribunal Supremo y que se resume en que la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón. El propio auto advierte que ello supone una nueva forma de entender el artículo 122 de la Ley de la jurisdicción derogada: el derecho a una tutela cautelar cuando se aprecia la existencia de una apariencia de buen derecho se hace manifiesto, y lo que era principio latente se hace patente a todos. La decisión sobre la procedencia de las medidas cautelares debe adoptarse ponderando las circunstancias del caso, según la justificación ofrecida en el momento de solicitar la medida cautelar, en relación con los distintos criterios que deben ser tomados en consideración según la LJCA (RCL 1998/1741) y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional. Criterios que, según la jurisprudencia de esta sala (cfr. STS de 15 de septiembre [RJ 2003/6474], 10 de noviembre [RJ 2003/9025] y 4 de diciembre de 2003 [RJ 2003/9139]), pueden resumirse en los siguientes puntos:

a) Imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto. Las medidas cautelares tienen como finalidad que no resulten irreparables las consecuencias derivadas de la duración del proceso. De modo que la adopción de tales medidas no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso. Como señala la STC 148/1993 (RTC 1993/148), el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitado en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal (cfr. ATS de 20 de mayo de 1993 [RJ 1993/3957]).

b) El *periculum in mora* constituye el primer criterio a considerar para la adopción de la medida cautelar. Si bien, ha de tenerse en cuenta que el aseguramiento del proceso no se agota en la fórmula clásica de la irreparabilidad del perjuicio, sino que su justificación puede presentarse, con

abstracción de eventuales perjuicios, siempre que se advierta que, de modo inmediato, puede producirse una situación que haga ineficaz el proceso. No obstante, se debe tener en cuenta que la finalidad asegurable a través de las medidas cautelares es la finalidad legítima que se deriva de la pretensión formulada ante los tribunales.

c) Necesidad de justificación o prueba, aun incompleta o por indicios de aquellas circunstancias que puedan permitir al tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida cautelar: la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado que la ejecución del acto impugnado hace perder al recurso contencioso-administrativo su finalidad legítima. El interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar que las consecuencias de dicha ejecución, en el caso concreto de que se trata, privan de su verdadera función al proceso, sin que baste una mera invocación genérica.

d) El criterio de ponderación de los intereses concurrentes es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso y ha sido destacado frecuentemente por la jurisprudencia: al juzgar sobre la procedencia [de la suspensión] se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego. Por consiguiente, en la pieza de medidas cautelares deben ponderarse las circunstancias que concurren en cada caso y los intereses en juego, tanto los públicos como los particulares en forma circunstanciada. Como reitera hasta la saciedad la jurisprudencia, cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto (ATS 3 de junio de 1997 [RJ 1997/5049], entre otros muchos).

e) La apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*) supuso una gran innovación respecto a los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares. Dicha doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar.

La Ley de la jurisdicción de 1956 (RCL 1956/1890) no hacía expresa referencia al criterio del *fumus bonis iuris*, como tampoco lo hace la vigente

LJCA (RCL 1998/1741), cuya aplicación queda confiada a la jurisprudencia y al efecto reflejo de la LECiv/2000 (RCL 2000/34, 962 y RCL 2001, 1892) que sí alude a este criterio en el artículo 728. No obstante, debe tenerse en cuenta que la más reciente jurisprudencia hace una aplicación mucho más matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, utilizándola en determinados supuestos (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, ATS de 14 de abril de 1997 [R] 1997/2852); de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme, y de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz), pero advirtiendo, al mismo tiempo, de los riesgos de la doctrina al señalar que la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente, pero no [...] al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión, pues de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución (RCL 1978/2836), cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito (ATS de 22 de noviembre de 1993 [R] 1993/8943) y 7 de noviembre de 1995 [R] 1995/8134) y STS de 14 de enero de 1997 [R] 1997/129], entre otros). La adecuada proyección de los principios expuestos a los autos dictados en instancia que se revisan en el presente recurso de casación no permiten acoger los motivos en que éste se fundamenta por las razones que a continuación se exponen: [...] c) En el cuarto y último de los motivos se invoca la doctrina de la apariencia del buen derecho, señalándose que la jurisprudencia de esta Sala exige, para que proceda la recuperación de oficio ejercida por las Corporaciones Locales sobre determinados bienes, acreditar: 1) el uso público inveterado de los bienes de que se trate; y 2) la perturbación reciente de dicho uso público. Y, en el presente caso, no existe *prima facie* ningún elemento fáctico ni jurídico que determine la prueba completa y acabada que se exige sobre dichos extremos.

Ahora bien, el tribunal *a quo*, en los autos recurridos, ya señala que la condición del camino está sometida ahora a la consideración del fondo del asunto. Y ya hemos adelantado el ámbito en el que la más reciente jurisprudencia (STS de 16 de septiembre de 2003 [R] 2003/6988] y las en ella citadas) hace aplicación decisiva de la doctrina del *fumus bonis iuris*: actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme, y de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz. Y resulta claro que ninguno de dichos supuestos es el que se nos ofrece en la argumentación del motivo, que más bien se refiere a una apreciación anticipada de la prueba referida a la acreditación de los elementos fácticos a que se condiciona la procedencia de la recuperación de oficio por un ayuntamiento de un determinado terreno.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2005 (RJ 2005/9083) también se pondera la apariencia de buen derecho en orden a la adopción de la medida cautelar. El alto tribunal en el recurso de casación expone que:

El citado recurso fue interpuesto por el Ayuntamiento de Almuñécar contra el acta de adscripción de la Comunidad Autónoma de Andalucía de los terrenos de dominio público ocupados por las obras correspondientes al Proyecto de Ampliación de la Zona Sur del Puerto Deportivo Punta de la Mona, TM de Almuñécar (Granada). La mencionada acta había sido suscrita entre el Servicio Provincial de Costas de Granada y la Empresa Pública de Puertos de Andalucía, adscribiéndose a la comunidad autónoma terrenos calificados como de uso público por el PGOU, que incluyen el aparcamiento público y parte del vial 111 del PGOU de Almuñécar.

La sala de instancia ha contemplado en su valoración de intereses en conflicto ambos criterios legales (*periculum in mora* y *fumus boni iuris*), señalando, como conclusión, lo ya expuesto con anterioridad, que ha justificado la denegación de la medida cautelar adoptada.

1. Así, aplica el preferente criterio legal del *periculum in mora* cuando afirma que la posición procesal del Ayuntamiento recurrente con su pretensión de la medida cautelar suspensiva de referencia se fundamenta en el pretexto de resultar afectado el interés general del municipio a consecuencia de la privación del uso del terreno catalogado como espacio público [...] durante el tiempo que dure el litigio.

2. En segundo término, el primero de los autos impugnados (de 30 de enero de 2003) recurre en su fundamentación a la doctrina del *fumus boni iuris*, si bien rechazando pronunciarse sobre tal argumentación, lo cual implica la desestimación del expresado criterio jurisprudencial ante la imposibilidad de analizar en este momento las razones de fondo invocadas por el Ayuntamiento en pro de la anulación del acto impugnado.

3. En tercer lugar también podemos apreciar en el auto de precedente cita la valoración y confrontación de intereses efectuada por la sala de instancia, al estarse en presencia de un conflicto entre dos administraciones públicas, señalando al respecto que en tal tesitura de conflicto entre dos intereses públicos ha de descompensar la balanza tanto la presunción de legalidad del referido acto como el añadido interés particular de la entidad concesionaria de la explotación del puerto deportivo en que el acto se ejecute.

En apretada síntesis lo expuesto en los párrafos anteriores pone de manifiesto, sin lugar a ningún género de dudas, que la sala de instancia ha tomado en consideración, con precisión absoluta, los criterios legales y jurisprudenciales de precedente cita, y ello, tras una pormenorizada confrontación de los diversos intereses en conflicto.

Sentadas estas premisas será de añadir que la sala de instancia ha ponderado correctamente los intereses en presencia, en ambos casos públicos y prevalentes, pero sin duda, ha tomado en consideración un dato, que el auto de 30 de enero de 2003 menciona en su fundamento 2, que antes hemos reseñado, y que no es otro que el carácter de dominio público marítimo terrestre –estatal, por supuesto– de los terrenos cuestionados.

En relación con los mismos debemos dejar constancia de la doctrina establecida al respecto por el Tribunal Constitucional en su STC 149/1991, de 14 de julio (RTC 1991/149), en la que se pronunció sobre la constitucionalidad de la Ley 22/1988, de 28 de julio (RCL 1988/1642), de costas, señalando al respecto, con cita de precedentes que es sabido que, según una doctrina que muy reiteradamente hemos sostenido (STC 77/1984 [RTC 1984/77], fundamento 3, 227/1988 [RTC 1988/227], fundamento 14, y 103/1989 [RTC 1989/103], fundamento 6.a), la titularidad del dominio público no es, en sí misma, un criterio de delimitación competencial y que, en consecuencia, la naturaleza demanial no aísla a la porción del territorio así caracterizado de su entorno, ni la sustrae de las competencias que sobre ese aspecto corresponden a otros entes públicos que no ostentan esa titu-

laridad. Tal doctrina no significa, sin embargo, que la Constitución no establezca con absoluta precisión que es competencia propia del Estado la determinación de aquellas categorías de bienes que integran el dominio público natural y que atribuya al Estado la titularidad del mismo, como ya se declaró en la STC 227/1988 (RTC 1988/227) (fundamento jurídico 14). Según allí se demuestra no sólo resulta, en efecto, del análisis del artículo 132 de la CE (RCL 1978/2836) la conclusión de que tratándose del demanio natural es lógico que la potestad de demanializar se reserve en exclusiva al Estado y que los géneros naturales de bienes que unitariamente lo integran se incluyan asimismo, como unidad indivisible en el dominio estatal, sino que esa solución es la única compatible con otros preceptos constitucionales, muy especialmente los contenidos en los párrafos primero y octavo del apartado primero del artículo 149.

Esta facultad del legislador estatal para definir el dominio público estatal (artículo 132.2 de la CE) y para establecer el régimen jurídico de todos los bienes que lo integran, está constitucionalmente sujeta a condicionamientos que la propia Constitución establece de modo explícito o que implícita, pero necesariamente, resultan de la interpretación sistemática de la norma fundamental. Como en el presente caso el contenido del dominio público, el género de bienes que lo integran, está establecido por la propia Constitución, el legislador se limita, al definirlo, a ejecutar un mandato constitucional y se excusan otras consideraciones respecto del condicionamiento que a la facultad para incluir en el dominio público, genéricamente, los bienes de otra naturaleza o clase, impone la misma Constitución. Si resulta necesario recordar que, en lo que toca al régimen jurídico de los bienes que integran el dominio público marítimo-terrestre, el legislador no sólo ha de inspirarse en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, sino que además ha de adoptar todas las medidas que crea necesarias para preservar sus características propias. Ciertamente esta inclusión en la legislación reguladora del régimen jurídico de los bienes del dominio público natural cuya titularidad corresponde al Estado de las medidas de protección necesarias para asegurar la integridad de esa titularidad se impone como necesidad lógica en todo caso, y así lo declaramos, en lo que concierne a las aguas, en la ya citada STC 227/1988 (fundamento jurídico 18). En el caso del dominio público marítimo-terrestre se trata además, sin embargo, de una expresa necesidad jurídico-positiva, constitucional, pues como es obvio, el mandato del constituyente quedaría burlado si el legislador obrase de modo

tal que, aun reteniendo físicamente en el dominio público del Estado la zona marítimo-terrestre, tolerase que su naturaleza y sus características fueran destruidas o alteradas. A ello, podríamos añadir que el Acta que ahora se impugna es la mera materialización de la adscripción de los expresados terrenos al dominio público como consecuencia del Informe vinculante de la Dirección General de Costas de 27 de noviembre de 1987. La corrección de los autos de instancia nos conduce inevitablemente al rechazo de los dos motivos formulados.

B) Instrumentos de planeamiento de desarrollo.

Así como en materia propia de instrumentos de planeamiento la tónica general de la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha mantenido firme en orden a denegar la suspensión de dichos instrumentos en virtud de su carácter de instrumentos normativos destinados a un número indeterminado de personas y que envuelve intereses generales, en el ámbito de los instrumentos de planeamiento de desarrollo (planes parciales, planes especiales), la cuestión es de pura confrontación de legalidad ordinaria, con especial atención al principio de jerarquía normativa, de tal manera que, como punto de partida, sólo se suspenderá, básicamente, cuando alguno de los instrumentos de planeamiento de desarrollo contravenga –al menos de manera indiciaria, lo que permitiría que la petición de adopción de la medida cautelar encontrase abrigo en el principio de apariencia de buen derecho– las determinaciones del Plan Superior, o que rebase los límites de su ámbito, de tal forma que su contenido se desborde más allá de su confín natural y legal. Es decir, que en estos casos, por regla general, la pauta para decidir la adopción o no de la medida cautelar va a venir en gran medida determinada por la relación de esos instrumentos de planeamiento de desarrollo con los instrumentos de planeamiento que desenvuelve.

Así, el Tribunal Supremo en sentencia de 10 de febrero de 2005 (RJ 2005/4775), al resolver un recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado, en nombre y representación del Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid, de fecha 27 de julio de 2000, sobre aprobación provisional y definitiva del Plan Especial AOE 00.07 Ciudad Universitaria, en lo que se refiere al ámbito territorial de aplicación del citado Plan, y en la que solicitaba la medida cautelar de suspensión de la ejecución del

referido acto, a lo que se opusieron la Universidad Politécnica de Madrid, el Ayuntamiento de Madrid y el Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid, habiendo dictado la sala de instancia (Sección Primera) auto, con fecha 3 de septiembre de 2002, por el que se denegó la suspensión interesada, cuya resolución fue recurrida en súplica por el Abogado del Estado, al que se opusieron también el Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid, el Ayuntamiento de Madrid y la Universidad Politécnica de Madrid, recayendo auto de fecha 20 de noviembre de 2002 desestimatorio del expresado recurso de súplica, por las razones expresadas por la sala de instancia en el fundamento jurídico segundo de dicho auto, en el que literalmente se expresa lo siguiente: Sin embargo, no concurren a juicio de esta sala los motivos invocados para fundamentar la medida cautelar interesada, y ello porque la inclusión de los terrenos en que se ubican las instalaciones del CIEMAT dentro del ámbito regulado por el Plan Especial impugnado en el presente recurso, deriva de la revisión del PGOU de Madrid, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de la CAM de 17 de abril de 1997, que definió el ámbito de actuación AOE 00.07 Ciudad Universitaria, determinación impugnada por la Abogacía del Estado –recurso 1427/97– tramitado en esta misma Sección, en el que no se solicitó la medida cautelar ahora interesada [...] y finalmente, porque el Ayuntamiento de Madrid y la Comunidad de Madrid, con el Acuerdo de aprobación del Plan Especial impugnado ejercitaron competencias que les son propias, sin que, *prima facie*, pueda apreciarse la vulneración del reparto competencial como causa de nulidad de pleno derecho del acto impugnado.

Acotados en esos términos los hechos que suscitan el debate en casación, el Tribunal Supremo dentro de sus consideraciones jurídicas establece:

Se aduce por el Abogado del Estado, como único motivo de casación, al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de esta jurisdicción (RCL 1998/1741), la infracción de lo dispuesto en los artículos 129 y 130 de la Ley de esta jurisdicción, ya que la sala de instancia no realiza una correcta ponderación de los intereses en juego ni atiende a la apariencia de buen derecho, concretamente, en cuanto a lo primero, por la potencial peligrosidad de las instalaciones radiactivas, y, por lo que respecta a lo segundo, por la incompetencia de la Comunidad Autónoma de Madrid para incluir en la calificación de Conjunto Histórico-Artístico bienes de titularidad estatal, circunstancias ambas que deben primar sobre la ordenación urbanística.

Este único motivo de casación no puede prosperar porque la exclusión cautelar de los terrenos de titularidad estatal, ocupados por el Centro de Investigaciones recurrente, del ámbito territorial de aplicación del Plan Especial Ciudad Universitaria no elimina la peligrosidad de sus instalaciones radiactivas, que la tienen con independencia de quedar fuera del espacio delimitado por dicho planeamiento, ya que continuarán radicadas en las inmediaciones del campus universitario, pues la exclusión pedida no altera su ubicación ni las medidas de seguridad o de protección existentes, mientras que la inclusión prevista en el planeamiento no impide la adopción de las conducentes a tal fin.

La cuestión relativa a la competencia estatal o autonómica deberá ser objeto de examen en el proceso, que se sustancia ante la sala de instancia, para decidir si la declaración de bien cultural de la Ciudad Universitaria por el Decreto autonómico 21/1999 es o no ajustada a derecho, por lo que la aducida competencia estatal no es razón suficiente para acordar preventivamente la exclusión interesada, ya que la demora en la resolución del pleito no es susceptible de hacer perder la finalidad legítima al recurso, de manera que, conforme a lo establecido en el artículo 130.1 de la Ley de esta jurisdicción (RCL 1998/1741), no es procedente acceder a dicha exclusión cautelar.

El mismo Tribunal Supremo en la ya citada sentencia de 11 de febrero de 2004 (recurso de casación 1515/2001, RJ 2005/5663) promovido por el Ayuntamiento de Madrid contra el auto dictado por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 23 de octubre de 2000, dictado en la pieza separada de medidas cautelares del recurso contencioso-administrativo 989/2000, mediante el cual se accedió a la suspensión del acto impugnado, que a su vez se dedujo por la Comunidad Autónoma de Madrid contra acuerdo del citado Ayuntamiento de Madrid, de fecha 23 de marzo de 2000, por el que fue aprobada la modificación puntual del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, relativa al régimen de usos autorizables dentro del Área de Planeamiento Específico del Centro Histórico. La sala de instancia accede a la adopción de la medida cautelar de suspensión del acuerdo municipal objeto de la pretensión deducida en el recurso contencioso-administrativo, y se basa para ello, en síntesis, y por lo que aquí interesa, en la siguiente argumentación: a) Tras señalar, de conformidad con lo previsto en el artículo 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio (RCL 1998/1741), que la medida cautelar se acordará cuando la ejecución del acto o la aplicación

de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso, se expone que se trata de evitar que el proceso contencioso-administrativo se convierta, para quien se ve obligado a instarlo en un instrumento inútil y, a la postre, gravoso para la defensa de sus derechos e intereses legítimos, que la eventual sentencia estimatoria resulte ineficaz; en otras palabras, se trata de eludir que la ejecución del acto administrativo impugnado haga perder al recurso contencioso-administrativo su finalidad. En el supuesto impugnado, señala el auto, el acto impugnado es la aprobación de una modificación puntual del PGOU de Madrid realizada por el Ayuntamiento, omitiendo la intervención de la Administración autonómica recurrente, Administración a quien la normativa urbanística atribuye la aprobación definitiva de los planes generales, sus modificaciones y revisiones, incluido en el artículo 47 de la Ley de medidas de política territorial, suelo y urbanismo de la Comunidad de Madrid (Ley 9/1995, de 28 de marzo [RCL 1995/2317]).

De tal afirmación la sala de instancia deduce que en principio y sin prejuzgar el fondo del asunto, existe una apariencia de mejor derecho en la solicitud realizada por la comunidad autónoma, y que la ejecución del acuerdo recurrido podría poner en entredicho la finalidad del recurso, al esquivarse la tutela de la entidad autonómica, poniendo en peligro, ante la falta de control, los fundamentales valores cuya vigilancia le encomienda nuestro ordenamiento jurídico, motivos por los que accede a la suspensión solicitada.

Así las cosas, el Tribunal Supremo, tras sintetizar el actual régimen de medidas cautelares según la regulación que de ellas hace la Ley 29/1998, de 13 de julio, razona que la finalidad legítima del recurso es, no sólo, pero sí prioritariamente, la efectividad de la sentencia que finalmente haya de ser dictada en él; de suerte que el instituto de las medidas cautelares tiene su razón de ser, prioritaria, aunque no única, en la necesidad de preservar ese efecto útil de la futura sentencia, ante la posibilidad de que el transcurso del tiempo en que ha de desenvolverse el proceso lo ponga en riesgo, por poder surgir, en ese espacio temporal, situaciones irreversibles o de difícil o costosa reversibilidad. La pérdida de la finalidad legítima del recurso es, así, la causa que legitima la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas, suficientes y no excesivas, para evitarla en el caso en concreto, valorando para ello, de manera circunstanciada, esto es, atendiendo a las circunstancias del caso, todos los intereses en conflicto. De ahí, también, que no quepa entender vedada, en esa

valoración y para apreciar si concurre o no aquella causa, la atención, en la medida de lo necesario, al criterio del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, pues los intereses en conflicto no pueden dejar de contemplarse, en un proceso judicial, dentro del marco jurídico por el que se rigen.

La sala de instancia ha contemplado en su valoración ambos criterios (*periculum in mora* y *fumus boni iuris*), señalando, como conclusión, lo ya expuesto con anterioridad:

a) Que la ejecución del acuerdo recurrido podría poner en entredicho la finalidad del recurso, al esquivarse la tutela de la entidad autonómica, poniendo en peligro, ante la falta de control, los fundamentales valores cuya vigilancia le encomienda nuestro ordenamiento jurídico, y

b) Que, en principio y sin prejuzgar el fondo del asunto, existe una apariencia de mejor derecho en la solicitud realizada por la comunidad autónoma, y, aunque la sala de instancia es cierto que no especifica, detalladamente, los argumentos que le mueven a percibir la apariencia de buen derecho en la necesidad de intervención de la Administración autonómica en el proceso aprobatorio de la modificación, debe, no obstante, destacarse que en el de autos la modificación afecta al régimen de usos autorizables dentro del Área de Planeamiento Específico del Centro Histórico. Sin embargo, con facilidad se desprende que la sala de instancia, en este caso, se inclina por impedir el desarrollo urbanístico del área afectada hasta el momento en que resuelva sobre la exigencia legal, o no, de la intervención autonómica en el proceso aprobatorio.

El tratarse, en este supuesto, como se ha expresado, de una modificación puntual, que afecta, en concreto, a los usos autorizables, en el centro histórico de la ciudad, es lo que ha determinado la interpretación del expresado criterio del *periculum in mora* en el sentido en que ha sido realizado por la sala de instancia, pues la no-adopción de la medida cautelar de suspensión hubiera determinado la implantación de nuevos usos en el centro histórico por la sola decisión municipal y sin intervención autonómica, perdiéndose así la finalidad del recurso; procedimiento aprobatorio que, por otra parte, no ha contado –para el presente y específico supuesto– con apariencia de legalidad de entidad suficiente para fundamentar la denegación de la medida cautelar suspensiva. No debemos olvidar que la suspensión decretada afecta a una modificación puntual de la revisión del planeamiento y no, como en otros casos en los que este Tribunal ha

apreciado la existencia de un interés público ínsito en la ejecución de estos instrumentos generales de planeamiento, en la suspensión de una revisión general del Plan. El proceso se entabla, en segundo lugar, entre administraciones públicas, siendo obligado subrayar, además, que el Ayuntamiento de Madrid ha actuado en el ejercicio de una potestad que le ha sido, legalmente, delegada por la comunidad autónoma que ahora impugna el acto en vía jurisdiccional. Sentadas estas premisas será de añadir que la sala de instancia ha ponderado correctamente los intereses en presencia, en ambos casos públicos y prevalentes sobre un interés privado que no se concreta (en tal sentido, autos de la sala de 7 de octubre de 2002 –recurso de casación 7488/2002– y 12 de abril de 2003 –recurso de casación 2787/2002–), lo que hace concluir al alto tribunal con la desestimación del recurso de casación.

La sentencia ya reseñada, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5), de 14 de octubre de 2005 (RJ 2005/8258), expone que ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sección Segunda, con sede en Sevilla, se ha seguido el recurso núm. 173/2002 promovido por la entidad mercantil Ibercompra, SA y en el que han sido partes recurridas la Junta de Andalucía y el Excmo. Ayuntamiento de Vejer de la Frontera, sobre suspensión de la ejecución de acto recurrido (denegación de clasificación de suelo como apto para urbanizar del denominado SAU-4. Sicalec –clasificándolo como suelo no urbanizable común–, que el Pleno del Ayuntamiento de Vejer de la Frontera había clasificado como suelo apto para urbanizar con destino a uso deportivo, hotelero y residencial). Dicho tribunal dictó auto con fecha 20 de noviembre de 2002, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: Vistos los preceptos legales de general y pertinente aplicación, la sala acordó no haber lugar a la medida cautelar interesada.

Según explica el Tribunal Supremo, la sala de instancia denegó la adopción de la medida cautelar de suspensión del Acuerdo de la CPOTU, objeto de la pretensión deducida en el recurso contencioso-administrativo, y se basó para ello, en síntesis, y por lo que aquí interesa, en la siguiente argumentación:

a) En el auto de 20 de noviembre de 2002 se expresa una triple argumentación:

1. La propia argumentación utilizada por la Junta de Andalucía, esto es que “la resolución combatida integra un instrumento normativo que

determina la aprobación definitiva de las Normas Subsidiarias del municipio, defendiendo la validez de aquella en base a la naturaleza de la misma y a la prevalencia del interés público que defiende, al tiempo que tutela la explotación minera que, al parecer, se desarrolla en la zona”.

2. La apariencia de buen derecho de la resolución recurrida, que, según expresa, hace que deba mantenerse el acuerdo impugnado, pues de otra forma daría injustificada prevalencia a intereses privados sobre los públicos cuya defensa ha de suponerse realiza la Administración”.

3. El *periculum in mora*, ya que, según se expone, ‘la eficacia y finalidad legítima del recurso no queda, por la desestimación de la medida cautelar interesada, en peligro a la espera de esa resolución judicial definitiva que declare la conformidad o no a Derecho de la resolución combatida’.

b) Y en el auto resolutorio del recurso de súplica, de 20 de marzo de 2003.

1. Se insiste por la Sala en que “lo cierto es que la Administración demandada formula una decisión que ostenta una indudable apariencia de buen derecho”, rechazando que en la pieza de medidas cautelares pueda anticiparse la decisión de fondo ni resolver con arreglo al particular criterio de lo que las partes consideran la finalidad legítima del recurso.

2. Y que si bien todas las decisiones administrativas que integran el procedimiento resultan precisas y de pareja importancia, es, sin embargo la decisión de la CPOTU la que definitivamente última la configuración de la decisión administrativa que pone fin al procedimiento, siendo a esta, precedente de la autoridad autonómica a la que ha de reconocérsele la presunción de legalidad propia de un acto de la Administración como defensora de unos valores comunitarios superiores y por ello, cautelarmente, debe respetarse pues, aun admitiendo que el Ayuntamiento defiende respetables derechos que afectan a sus conciudadanos, rechazando, pues, que la cuestión de fondo realmente suscitada sea una cuestión de competencia de los administraciones públicas, sino la impugnación por una de ellas, junto a un particular interesado, de una decisión de otra, que causa estado agotando la vía administrativa.

En concreto, se considera infringido el artículo 130 de la LJCA, y tras considerar que en los autos impugnados tan sólo se contienen dos fundamentos reales para la denegación (la prevalencia del interés público sobre el interés privado y la presunción de legalidad propia e un acto de la Administración), y referirse a la notoria [...] parquedad de las resolu-

ciones, se analizan detalladamente los requisitos que jurisprudencialmente se han definido para la concesión de la suspensión: (1) Apariencia de buen derecho (que, en síntesis, apoya en correcta tramitación administrativa municipal –frente a las deficiencias autonómicas– así como en la presunta realidad económica de la actividad minera alegada para la denegación de la clasificación pretendida); (2) Irreparabilidad o dificultad de reparación de los perjuicios, pues, de admitirse la prevalencia del interés minero –y si se concediera la explotación en tal sentido– el pretendido destino municipal sería de imposible materialización, destacando, por otra parte, la explotación ilegal extractiva en los terrenos; (3) Inexistencia de perturbación grave de los intereses generales, por cuanto existen otras muchas canteras en el mismo término municipal; (y 4) Inexistencia de perturbación grave de los intereses de terceros, por cuanto la entidad explotadora de los terrenos extrae arena de otras canteras.

En este punto, el alto tribunal recapitula el contenido y sentido del artículo 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, afirmando que la exégesis del precepto conduce a las siguientes conclusiones:

a) La adopción de la medida, exige de modo ineludible que el recurso pueda perder su finalidad legítima, lo que significa que, de ejecutarse el acto, se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad, en el caso de estimarse el recurso.

b) Aun concurriendo el anterior presupuesto, puede denegarse la medida cautelar, siempre que se aprecie perturbación grave de los intereses generales o de tercero, lo que obliga a efectuar siempre un juicio comparativo de todos los intereses en juego, concediendo especial relevancia, a la hora de decidir, a la mayor perturbación que la medida cause al interés general o al de un tercero afectado por la eficacia del acto impugnado.

c) En todo caso el juicio de ponderación que al efecto ha de realizar el órgano jurisdiccional debe atender a las circunstancias particulares de cada situación, y exige una motivación acorde con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción o no de la medida cautelar solicitada.

Como hemos señalado en nuestra STS de 18 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8180), la finalidad legítima del recurso es, no sólo, pero sí prioritariamente, la efectividad de la sentencia que finalmente haya de ser dictada en él; de suerte que el instituto de las medidas cautelares tiene su razón

de ser, prioritaria, aunque no única, en la necesidad de preservar ese efecto útil de la futura sentencia, ante la posibilidad de que el transcurso del tiempo en que ha de desenvolverse el proceso lo ponga en riesgo, por poder surgir, en ese espacio temporal, situaciones irreversibles o de difícil o costosa reversibilidad.

La pérdida de la finalidad legítima del recurso es, así, la causa que legitima la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas, suficientes y no excesivas, para evitarla en el caso en concreto, valorando para ello, de manera circunstanciada, esto es, atendiendo a las circunstancias del caso, todos los intereses en conflicto.

De ahí, también, que no quepa entender vedada, en esa valoración y para apreciar si concurre o no aquella causa, la atención, en la medida de lo necesario, al criterio del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, pues los intereses en conflicto no pueden dejar de contemplarse, en un proceso judicial, dentro del marco jurídico por el que se rigen, para siguiendo en su discurso añadir que la sala de instancia –como hemos expuesto– ha contemplado en su valoración y ponderación de las circunstancias concurrentes los expresados criterios legales del *periculum in mora*, la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) y la comparación de los intereses en conflicto, señalando, como conclusión, lo ya expuesto con anterioridad, que ha justificado la denegación de medida cautelar adoptada; medida que, aunque nada señalan las partes al respecto, debería tener un carácter positivo, pues, si bien se observa, lo pretendido por la recurrente es la suspensión de la decisión autonómica de no proceder –en un particular concreto– a la aprobación de la Modificación del PGOU de Vejer de la Frontera; esto es, lo que se pide a la jurisdicción es que adopte cautelarmente la medida de clasificar el denominado SAU-4. Sicalc como suelo apto para urbanizar, dejando simultáneamente sin efecto la clasificación ordenada por la CPOTU de Cádiz como suelo no urbanizable común.

Así, la sala aplica con corrección el preferente criterio legal del *periculum in mora* cuando afirma que la eficacia y finalidad legítima del recurso no queda, por la desestimación de la medida cautelar interesada, en peligro a la espera de esa resolución judicial definitiva que declare la conformidad o no a Derecho de la resolución combatida, esto es, que el recurso no va a perder su eficacia por el normal transcurso del tiempo derivado de la tramitación del mismo, pues la clasificación (SAU) y calificación (deportivo, residencial y hotelero), por el Ayuntamiento y la entidad recurrente

pretendidos, de prosperar el recurso, resultarían plenamente viables a pesar de las posibles actuaciones sobre el entorno autorizadas –como así resulta de las actuaciones– por la Administración competente en extracciones mineras, que en modo alguno se presentan como actuaciones irreversibles; resoluciones al parecer discutidas pero sobre las que, en el presente litigio, no podemos extender la tutela cautelar propia del presente. Igualmente resulta correcta la apelación que se realiza a la apariencia del buen derecho y que podemos deducir de lo que acabamos de exponer, esto es, de la anterior actuación autorizatoria en el ámbito minero, sobre cuya corrección jurídica, eficacia y rendimientos económicos no podemos pronunciarnos en el presente litigio, contando la misma, según se expresa, con el correspondiente Plan de Restauración debidamente avalado, pues tampoco podemos tener aquí como cierto, ni tan siquiera como meramente probable, que la ejecución de los mencionados actos administrativo de otra Administración sectorial –al parecer impugnados– conlleve el riesgo de que en un futuro haya de ser destruida riqueza de una entidad tal que merezca el calificativo de daño o perjuicio de imposible o de difícil reparación. En todo caso debemos recordar que los intereses en conflicto no pueden dejar de contemplarse, en un proceso judicial, dentro del marco jurídico por el que se rigen (STS 2 de junio de 2004 [R] 2004/3935)).

Por otra parte, en el conflicto de intereses que se suscitan –autonómicos, municipales y particulares de futuro– la sala de instancia se inclina por los de la Administración que con su decisión ha concluido el procedimiento tramitado (esto es, que definitivamente ultima la configuración de la decisión administrativa que pone fin al procedimiento), señalando al respecto, como ya hemos expresado, que la resolución combatida integra un instrumento normativo que determina la aprobación definitiva de las Normas Subsidiarias del municipio, defendiendo la validez de aquélla en base a la naturaleza de la misma y a la prevalencia del interés público que defiende, al tiempo que tutela la explotación minera que, al parecer, se desarrolla en la zona. En nuestra STS de 9 de abril de 2003 (RJ 2003/3400) dijimos que es doctrina de este Tribunal Supremo la de que el interés público urbanístico, que por principio encarna en los correspondientes planes y normas, exige su ejecución y que, por ello mismo, no es posible su suspensión cautelar sino excepcionalmente, sin que a tal interés público puedan oponérsele los meros intereses privados económicos. De no ser así, y si se generaliza la suspensión de los instrumentos urbanísticos

(que van fundamentalmente encaminados a la creación de suelo con destino a la satisfacción de necesidades primarias), se correría el riesgo de una obstrucción generalizada a las actuaciones urbanísticas de las administraciones públicas. En este punto, el Tribunal Supremo concluye, en apretada síntesis, pues, lo expuesto en los párrafos anteriores pone de manifiesto, sin lugar a ningún género de dudas, que la sala de instancia ha tomado en consideración, con precisión absoluta, los criterios legales y jurisprudenciales de precedente cita, y ello, tras una pormenorizada confrontación de los diversos intereses en conflicto.

Sentadas estas premisas, será de añadir que la sala de instancia ha ponderado correctamente los intereses en presencia, en ambos casos públicos y prevalentes –luego ponderados entre sí– sobre un interés privado que no se concreta ni se representa en la actualidad (en tal sentido, autos de la Sala de 7 de octubre de 2002 –recurso de casación 7488/2002– y 12 de abril de 2003 –recurso de casación 2787/2002–), pues (STS de 23 de febrero de 2005 [R] 2005/2207) los preceptos contenidos en los artículos 56, 57 y 94 de la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (RCL 1992/2512, 2775 y RCL 1993, 246) avalan la corrección jurídica de lo decidido por la sala de instancia al denegar la suspensión interesada de la resolución administrativa impugnada, por la que se deniega, en el presente caso, la aprobación de la calificación urbanística propuesta por el Ayuntamiento.

El Tribunal Supremo en sentencia de 4 de noviembre de 2003 (R] 2003/8726) en el recurso de casación promovido contra la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, que mediante auto, de fecha 23 de marzo de 2001, accedió a suspender parcialmente la modificación puntual de las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Arucas en lo relativo al proyecto de construcción denominado duplicación y variante de la carretera C-810, tramo: Enlace de Arucas-El Pagador. Variante de Bañaderos.

Dicha resolución se basa, entre otros, en los siguientes razonamientos: las Normas Subsidiarias han sido elaboradas teniendo como punto de referencia, en cuanto a la delimitación de la zona de servidumbres y afectación de carreteras, el proyecto del dos mil suspendido por esta sala en el recurso 902/2000. De prosperar el recurso interpuesto, se verían afectados no sólo los intereses públicos sino de terceros particulares ajenos a los avatares de los dos procedimientos. Estimamos que si bien, como afirma la parte, no cabe extender la tutela cautelar del procedimiento 902/2000

tampoco puede ignorarse su existencia. Puesto que, como aduce la demandada, sobre un mismo territorio inciden dos actos administrativos, que en cierta medida son conexos, porque la modificación puntual de las Normas Subsidiarias que analizamos parte de la existencia de un proyecto de carretera que está suspendido. Entendemos que no procede suspender las Normas Subsidiarias, si bien la ejecutividad de las mismas no permite eludir la suspensión que esta Sala acordó en el recurso 902/2000. Por lo que en base al principio de unidad de doctrina deben suspenderse las Normas Subsidiarias en todos los particulares referidos al proyecto denominado variante de Bañaderos aprobado en el año 2000.

El alto tribunal proclama que la representación procesal de la Administración autonómica recurrente esgrime, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de esta jurisdicción (RCL 1998/1741), un único motivo de casación por entender que la sala de instancia, al acceder a la suspensión de la ejecutividad de la modificación puntual de las Normas Subsidiarias de Planeamiento en lo relativo a la duplicación y variante de la carretera C-810, tramo Enlace de Arucas-El Pagador, Bañaderos conculca lo dispuesto en los artículos 129 y 130 de dicha Ley por cuanto, para justificar dicha suspensión, se remite a las razones expresadas para suspender cautelarmente en otro proceso, ante ella sustanciado, la ejecutividad del Proyecto denominado duplicación y variante de la Carretera C-810, en el tramo de enlace Arucas-Pagador, por la variante de Bañaderos, a pesar de que este acto dimana de otro órgano administrativo autonómico, con lo que, en definitiva, utiliza argumentos ajenos al acto administrativo ahora impugnado en el presente proceso, y, además, al acceder a la suspensión de la ejecutividad de las determinaciones del planeamiento urbanístico aprobado, conculca la doctrina jurisprudencial, según la cual el interés público en la ejecución del planeamiento urbanístico es prevalente frente a los perjuicios que pudiera acarrear a los particulares dicha ejecución y, por consiguiente, no debe suspenderse, para acto seguido afirmar que el motivo no puede prosperar porque la sala de instancia justifica la medida cautelar de suspensión de una concreta modificación puntual de las Normas Subsidiarias de Planeamiento en que tal modificación se limita a incorporar al planeamiento urbanístico municipal un proyecto de ejecución de una duplicación y variante de carretera cuya ejecutividad se ha suspendido cautelarmente en otro proceso, de manera que no se trata de justificar la suspensión de la referida modificación puntual, en lo relativo a la mentada variante, con razones o argumentos ajenos al acto de apro-

bación de la modificación puntual de las Normas Subsidiarias, sino que el tribunal *a quo* se limita a ser coherente con lo resuelto en el incidente de medidas cautelares sustanciado en otro proceso, evitando así contradicciones y la confusión que derivaría de la posible ejecución de las determinaciones contenidas en el planeamiento urbanístico, que se ha modificado precisamente para ajustarse a un proyecto de ejecución de obras, cuya ejecutividad se encuentra provisionalmente suspendida mientras se tramita el proceso y se dicta sentencia dirimiendo si dicho proyecto es o no ajustado a Derecho, pues, en el caso de declararse que no lo es, la modificación puntual ahora cuestionada, en cuanto incorpora dicho proyecto, se vería irremediabilmente privada de justificación debiendo tener la misma suerte que aquél, por lo que la medida cautelar, combatida a través de este recurso de casación, constituye una decisión prudente y plenamente justificada ante la realidad de una suspensión de la ejecutividad de otro acto, del que el ahora suspendido trae causa. Por las razones expuestas no resulta aplicable al caso enjuiciado, en contra del parecer de la Administración recurrente, la doctrina jurisprudencial invocada, que considera prevalente, frente a los intereses particulares, el general en ejecutar el planeamiento urbanístico, ya que la modificación puntual de las Normas Subsidiarias suspendida constituye la asunción por éstas de un Proyecto de ejecución de una variante de carretera, cuya ejecutividad ha sido suspendida cautelarmente por resolución firme al haberse declarado no haber lugar al recuso de casación deducido contra ella, de modo que el conflicto se reduce a una cuestión de coherencia que, lógicamente, no permite ejecutar una modificación puntual de las Normas Subsidiarias de Planeamiento cuando el proyecto que la motiva tiene suspendida su ejecutividad.

En el ámbito de la *gestión urbanística* son sin embargo muy excepcionales las resoluciones que conceden la suspensión, porque a pesar de que en la mayoría de los casos la transformación de los terrenos que toda obra urbanística comporta es difícilmente irreversible, sin embargo, se impone en la jurisprudencia el principio de que es mejor ejecutar los proyectos de compensación o de cooperación o de los demás instrumentos urbanísticos, procediendo, en todo caso, de concurrir los supuestos que así lo determinasen, a la reparación de los posibles daños por vía económica. Éste es el caso, por ejemplo, de las reparcelaciones, cuya nulidad no comporta normalmente la restitución de las fincas a su estado anterior, sino únicamente las compensaciones correspondientes en la cuenta de liquidación definitiva. Atiéndase como ejemplo el auto del Tribunal Supremo de 24 de julio de

1991, artículo 6362. Por el contrario, esta preponderancia de la ejecución del planeamiento se pone de relieve incluso frente a los intentos de avalar las cuotas de urbanización cuando se pide la suspensión de proyectos reparcelatorios o de compensación. Aquí la jurisprudencia suele ser unánime en el sentido de denegar la suspensión, incluso con aval, para no impedir el desarrollo de la urbanización.

Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5), de 24 de julio de 1991 (RJ 1991/6362).

En pieza separada de suspensión dimanante del recurso 3721/1989 –interpuesto contra el acuerdo del Ayuntamiento de Coria del Río de fecha 29 de junio de 1989 y contra su desestimación en 30 de octubre del mismo año– la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía dictó auto el 5 de diciembre de 1989 con la siguiente parte dispositiva: la sala dijo: No ha lugar a suspender la ejecutividad del Acuerdo del Ayuntamiento de Coria del Río de 29 de junio de 1989 sobre aprobación de unidad de Actuación Blanca Paloma [...]. La parte apelante discrepa del auto dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, insistiendo en los argumentos ya empleados en la instancia; esto es, en que la inclusión de la parcela de su propiedad sita en Coria del Río en la Unidad de Actuación Blanca Paloma Subfase Río Pudío, en virtud de acuerdo del Ayuntamiento de dicha localidad de 29 de junio de 1989, le acarrea perjuicios de imposible o difícil reparación; por lo que la suspensión del acuerdo en cuestión es procedente al amparo del artículo 122 de la Ley jurisdiccional (RCL 1956/1890 y NDL 18435), ya que la constitución de la Junta de Compensación y el desarrollo de las actuaciones con su capítulo de cesiones de terrenos y demás cargas y gravámenes serían irreversibles en caso de obtener una sentencia estimatoria.

Sobre esas alegaciones el alto tribunal afirma que esta sala no puede compartir semejante argumentación, al igual que tampoco la ha seguido la sala de instancia. El núcleo de la argumentación de la apelante se refiere a cuestiones de fondo, que se han de resolver en la sentencia que en su día recaiga, y no a través de un auto de suspensión. La nulidad de pleno derecho que alega tendría virtualidad a efectos del artículo 116 de la Ley de procedimiento administrativo (RCL 1958/1258, 1469 y 1504; RCL 1959/585 y NDL 24708), cuando se presente verdaderamente ostensible o patente a simple vista. De lo contrario es una alegación de fondo en la que debe entrar siempre el Tribunal –autos de 10 de abril de 1989 (RJ 1989/2928), 17 de octubre de 1990 (RJ 1990/8140), 3 de enero y 28 de mayo de 1991 (RJ

1991/487 y RJ 1991/4299)–. Tampoco hay razones de orden público que impongan la suspensión; antes al contrario la paralización de la urbanización sí que supondría perjuicios presumiblemente importantes, es decir; aquí sí que, como dice el apartado 7 del motivo V de la exposición de la Ley jurisdiccional, el interés público exige la ejecución del acto impugnado, ya que en la hipótesis más alejada de nuestro razonamiento, los eventuales daños o perjuicios serían reparables económicamente. Procede por tanto la confirmación del auto recurrido.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5) de 13 de febrero de 2004 (RJ 2004/328).

D. Tomás, D. Luis y la entidad mercantil Grama, SA interponen, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley reguladora de esta jurisdicción (RCL 1998/1741) (LJCA), recurso de casación contra el auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de diciembre de 2000, que accedió a la petición, formulada por los recurrentes, de suspensión del acuerdo del Ayuntamiento de Madrid de 28 de julio de 2000, por el que se aprobó definitivamente el Proyecto de Compensación correspondiente al PAU II-3 Las Tablas.

A la ponderación de los distintos intereses en conflictos parece referirse el recurrente en su segundo motivo de casación, en el que invoca como infringidos por la resolución recurrida los artículos 129 y 130 de la LJCA (RCL 1998/1741). Alega que su pretensión no se extiende a la suspensión de la ejecución de todo el proyecto de compensación sino únicamente a la parte del mismo relativa a la finca donde se encuentran las instalaciones industriales de su propiedad, finca que ha sido adjudicada a la Compañía Telefónica. De este modo no cabría hablar, a su juicio, de una contraposición entre el interés general a la ejecución del planeamiento y el interés particular del recurrente en el mantenimiento de su actividad empresarial, sino de un enfrentamiento entre intereses de igual naturaleza, el de Telefónica a disponer de la parcela adjudicada y el de aquél a disfrutar de la misma hasta que la sala de instancia no fije la indemnización que le corresponde por su aportación a la Junta de Compensación.

Este motivo de casación tampoco puede prosperar. No sólo han de ponderarse todos los intereses en conflicto para acordar la suspensión sino que para adoptar esa resolución debe haberse acreditado que la ejecución del acto impugnado podría hacer perder su finalidad legítima al recurso y en este sentido resulta absolutamente indemostrada la afirmación de la parte recurrente de que la indemnización acordada en su favor

es tan insuficiente que aboca irremediabilmente al cese de su empresa. Por otra parte no cabe una suspensión parcial de un instrumento de compensación en los términos solicitados porque, entre otras consecuencias, supondría el mantenimiento en una zona residencial de una actividad incompatible con el planeamiento y la ventaja para la parte actora de poder disfrutar de la parcela obtenida en sustitución de la aportada por ella sin hacer por su parte efectiva esta aportación.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5), de 17 de diciembre de 2003 (RJ 2004/3151).

En la pieza separada de medidas cautelares del recurso contencioso-administrativo número 522/2000, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, con fecha 17 de octubre de 2000, dictó auto cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: No decretar la suspensión de la ejecución del acto impugnado en este proceso.

En su primer motivo de casación los recurrentes alegan que el auto recurrido hace una espléndida exposición de la evolución en nuestra legislación de la finalidad de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo, así como de los criterios que, en base a la legislación actual, han de estar presentes a la hora de adoptar una medida cautelar, pero, sin embargo, y en síntesis, añaden que el auto recurrido no ha tenido presentes cuestiones fundamentales para la resolución de la presente solicitud de suspensión, recordando como tales la existencia de una vía pecuaria, habiendo iniciado ya las máquinas su trabajo y procediéndose a su invasión, y, por otra parte, la existencia de la carretera Benidorm-Guadalest sobre cuyos terrenos se está adjudicando gran parte de la edificabilidad a desarrollar derivada del proyecto de reparcelación. En apoyo de la citada doble argumentación se expone, en primer término, que la invasión de la vía pecuaria supone una grave infracción legal y un atentado contra el interés público que exige la conservación, libre de cualquier edificación, de dicha vía, y añadiendo que de continuar la ejecutividad del acto recurrido, no se respetará la legal zona de protección de dicha vía pecuaria, por cuanto la reparcelación está adjudicando edificabilidades sobre dicha vía y estableciendo asimismo nuevos viales sobre la misma, invadiendo con ello su trazado a través de los términos de Benidorm, La Nucía y Alfaz del Pi.

Y, en segundo término, en apoyo de la otra argumentación –existencia de la carretera– se expone que no se pueden materializar aprovecha-

mientos urbanísticos previstos por el Programa de Actuación Integrada y por la reparcelación, puesto que según dicho instrumento existen determinadas parcelas de resultado de uso comercial ubicadas precisamente sobre zona sobre la que se ha producido el ensanche de la carretera de Benidorm a La Nunciá, zona que ha sido ya expropiada, ocupada y terminada la obra pública de ensanche, existiendo concretamente una parcela, la núm. 1 del Proyecto de Reparcelación, cuya superficie se extiende exclusivamente sobre la zona de servidumbre y protección de la carretera; y se concluye, señalando que de admitirse la ejecución del acto recurrido, y en especial de la reparcelación, se consumiría una invasión del dominio público.

Tales argumentaciones, sucintamente expuestas, fueron esgrimidas por los ahora recurrente tanto en la solicitud de la medida cautelar como al formular el recurso de súplica; sin embargo no han contado con una respuesta expresa en los autos recurridos; en el primero de ellos, luego confirmado en súplica, tras exponerse (fundamento 1 y 2), con absoluta corrección y abundante cita jurisprudencial, las diferencias existentes entre el régimen jurídico establecido para las medidas cautelares en la Ley jurisdiccional de 1956 y el contenido en la nueva Ley de 1998 (RCL 1998/1741), se concretan (fundamento 3) los criterios en base a los que se debe resolver sobre la solicitud de suspensión, y se determina el alcance (FJ 5) con que debe ser tomado en consideración el criterio jurisprudencial de la apariencia de buen derecho, dedicando el fundamento 4 a la concreta valoración de los intereses en conflicto.

En concreto, en dicho fundamento jurídico, se efectúa un doble pronunciamiento, fruto del lógico proceso de valoración de intereses:

a) Que la suspensión del acuerdo municipal aprobatorio del Proyecto de Reparcelación Forzosa ocasionaría al interés general un perjuicio de mayor entidad que el que se pudiera causar a los intereses particulares de los recurrentes con la ejecución inmediata del Acuerdo impugnado; y,

b) Que, conforme a la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo la ejecución de un planeamiento urbanístico municipal a través de un instrumento de la misma como lo es el proyecto de reparcelación impugnado, es en principio, de prevalente interés para la comunidad respecto del de los particulares afectados por la materialización del proyecto citado, cuyos perjuicios serían en todo caso puramente económicos, y por lo tanto susceptible de ser reparado fácilmente por la Administración demandada cuya solvencia debe presumirse.

No existe, sin embargo, referencia alguna a la doble argumentación de la existencia de una vía pecuaria y de una carretera, ya ampliada, cuyos terrenos –pese a su carácter– son incluidos en algunas de las parcelas resultantes de la reparcelación, ni, en consecuencia, valoración alguna del interés público derivado de la existencia de la citadas vías y que los recurrentes expusieron en sus escritos de solicitud y recurso.

Es por ello que el Tribunal Supremo estima el primer motivo de casación en base a unas consideraciones que, por su relevancia en orden al conocimiento exacto del alcance del requisito de la motivación de las resoluciones judiciales, en este momento transcribo. En segundo término, y por lo que hace referencia a la exigencia de motivación, debe señalarse, desde una perspectiva jurisdiccional, que es la que aquí nos interesa, que la motivación de las sentencias –exigencia extensiva a los autos– es exigida siempre por el artículo 120.3 de la CE (RCL 1978/2836).

El Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto (STC 57/2003, de 24 de marzo [RTC 2003/57]) que la obligación de motivar las sentencias, que el artículo 120.3 de la CE impone a los órganos judiciales, se integra como una de las garantías protegidas en el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE), entendida como el derecho a obtener una resolución razonablemente fundada en Derecho, que entronca de forma directa con el principio del Estado democrático de Derecho (artículo 1 de la CE) y con una concepción de la legitimidad de la función jurisdiccional sustentada esencialmente en el carácter vinculante que para todo órgano jurisdiccional reviste la Ley (artículo 117.1 y 3 de la CE; STC 55/1987, de 13 de mayo [RTC 1987/55], fundamento 1; 24/1990, de 15 de febrero [RTC 1990/24], fundamento 4; 22/1994, de 27 de enero [RTC 1994/22], fundamento 2). Esta garantía tiene como finalidad última la interdicción de la arbitrariedad, ya que mediante ella se introduce un factor de racionalidad en el ejercicio del poder que, paralelamente, potencia el valor de la seguridad jurídica y constituye un instrumento que tiende a garantizar la posibilidad de control de la resolución por los tribunales superiores mediante los recursos que procedan, incluido el que compete a este Tribunal a través del recurso de amparo (STC 55/1987, de 13 de mayo [RTC 1987/55], fundamento 1; 22/1994, de 27 de enero [RTC 1994/22], fundamento 2; 184/1995, de 12 de diciembre [RTC 1995/184], fundamento 2; 47/1998, de 2 de marzo [RTC 1998/47], fundamento 5; 139/2000, de 29 de mayo [RTC 2000/139], fundamento 4; 221/2001, de 31 de octubre [RTC 2001/221] fundamento 6). De esta garantía deriva, en primer lugar, que la resolución ha de

exteriorizar los elementos y razones de juicio que fundamentan la decisión (STC 122/1991, de 3 de junio [RTC 1991/122], fundamento 2; 5/1995, de 10 de enero [RTC 1995/5], fundamento 3; 58/1997, de 18 de marzo [RTC 1997/58], fundamento 2), y, en segundo lugar, que el fundamento de la decisión ha de constituir la aplicación no arbitraria, ni manifiestamente irrazonable, ni fruto de un error patente, de la legalidad (entre muchas STC 23/1987, de 23 de febrero [RTC 1987/23], fundamento 3; 112/1996, de 24 de junio [RTC 1996/112], fundamento 2; 119/1998, de 4 de junio [RTC 1998/119], fundamento 2; 25/2000, de 31 de enero [RTC 2000/25], fundamento 3). A ello ha de añadirse que, cuando están en juego otros derechos fundamentales, el canon de examen de la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva aparece reforzado (por todas STC 25/2000, de 31 de enero [RTC 2000/25], fundamento 3; 64/2001, de 17 de marzo [RTC 2001/64], fundamento 3) Como tiene señalado este Tribunal, la exigencia de motivación, proclamada por el artículo 120.3 de la CE (RCL 1978/2836), constituye una garantía esencial del justiciable mediante la cual es posible comprobar que la decisión judicial es consecuencia de la aplicación razonada del ordenamiento jurídico y no el fruto de la arbitrariedad (STC 116/1986, de 8 de octubre [RTC 1986/116], fundamento 5; 109/1992, de 14 de septiembre [RTC 1992/109], fundamento 3; 139/2000, de 29 de mayo [RTC 2000/139], fundamento 4; 6/2002, de 14 de enero [RTC 2002/6], fundamento 3). La carencia de fundamentación constituye un defecto capaz de generar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva si, en atención a las circunstancias concurrentes, la falta de razonamiento de la resolución no puede interpretarse como una desestimación tácita que satisfaga las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 175/1990, de 12 de noviembre [RTC 1990/175], fundamento 2; 83/1998, de 20 de abril [RTC 1998/83], fundamento 3; 74/1999, de 26 de abril [RTC 1999/74], fundamento 2; 67/2000, de 13 de marzo [RTC 2000/67], fundamento 3; y 53/2001, de 26 de febrero [RTC 2001/53], fundamento 3). En definitiva hemos exigido que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución pueda deducirse razonablemente, no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino, además, los motivos fundamentadores de la respuesta tácita (STC 26/1997, de 11 de febrero [RTC 1997/26], fundamento 4; 104/2002, de 6 de mayo [RTC 2002/104], fundamento 3; 236/2002, de 9 de diciembre [RTC 2002/236], fundamento 5).

Por su parte, en la STC 6/2002 de 14 de enero (RTC 2002/6) se señala que la obligación de motivar las sentencias no es sólo una obligación impues-

ta a los órganos judiciales por el artículo 120.3 de la CE (RCL 1978/2836), sino también, y principalmente, un derecho de los intervinientes en el proceso que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado por el artículo 24.1 de la CE, que únicamente se satisface si la resolución judicial, de modo explícito o implícito, contiene los elementos de juicio suficientes para que el destinatario y, eventualmente, los órganos encargados de revisar sus decisiones puedan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. Es por lo tanto –y sobre todo– una garantía esencial para el justiciable mediante la cual es posible comprobar que la decisión judicial es consecuencia de la aplicación razonada del ordenamiento jurídico y no el fruto de la arbitrariedad. En conclusión, una sentencia que no dé respuesta a las cuestiones planteadas en el proceso, o de cuyo contenido no puedan extraerse cuáles son las razones próximas o remotas que justifican aquélla, es una decisión judicial que no sólo viola la Ley, sino que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (por todas, STC 13/1987, de 5 de febrero [RTC 1987/13], fundamento 3; 56/1987, de 14 de mayo [RTC 1987/56], fundamento 3; 14/1991, de 28 de enero [RTC 1991/14], fundamento 2; 122/1991, de 3 de junio, fundamento 2; 165/1993, de 18 de mayo [RTC 1993/165], fundamento 4; 122/1994, de 25 de abril, fundamento 5; 5/1995, de 10 de enero [RTC 1995/5], fundamento 3; 115/1996, de 25 de junio, fundamento 2; 79/1996, de 20 de mayo [RTC 1996/79], fundamento 3; 50/1997, de 18 de marzo [RTC 1997/50], fundamento 4 y 139/2000, de 29 de mayo [RTC 2000/139], fundamento 4).

Sin embargo, como señala la STC 301/2000 de 13 de noviembre (RTC 2000/301), el deber de motivación de las resoluciones judiciales no autoriza a exigir un razonamiento jurídico exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles hayan sido los criterios jurídicos fundamentadores de la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquélla. En fin, la suficiencia de la motivación no puede ser apreciada apriorísticamente con criterios generales, requiriendo por el contrario examinar el caso concreto para comprobar si, a la vista de las circunstancias concurrentes, la resolución judicial impugnada ha cumplido o no este requisito (STC 24/1990, de 15 de febrero [RTC 1990/24], fundamento 4; 154/1995, de 24 de octubre [RTC 1995/154], fundamento 3; 66/1996, de 16 de abril [RTC

1996/66], fundamento 5; 115/1996, de 25 de junio [RTC 1996/115], fundamento 2; 116/1998, de 2 de junio [RTC 1998/116], fundamento 3; 165/1999, de 27 de septiembre [RTC 1999/165], fundamento 3); añadiendo la STC 187/2000, de 10 de julio (RTC 2000/187), que no existe, por lo tanto, un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación, puesto que su función se limita a comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye, lógica y jurídicamente, suficiente motivación de la decisión adoptada, cualquiera que sea su brevedad y concisión, incluso en supuestos de motivación por remisión (por todas, STC 184/1998, de 28 de septiembre [RTC 1998/184], fundamento 2; 187/1998, de 28 de septiembre [RTC 1998/187], fundamento 9; 215/1998, de 11 de noviembre [RTC 1998/215], fundamento 3, y 206/1999, de 8 de noviembre [RTC 1999/206], fundamento 3).

Por otra parte, este Tribunal, en sus STS de 21 de marzo (RJ 2002/3038) y 14 de mayo de 2002 [RJ 2002/5191], entre muchas otras, en relación con la presente cuestión de la motivación de las resoluciones judiciales, ha sintetizado los siguientes criterios de aplicación jurisprudencial:

a) El derecho a la tutela judicial efectiva no exige que la resolución judicial ofrezca una exhaustiva descripción del proceso intelectual llevado a cabo por el juzgador para resolver, ni una pormenorizada respuesta a todas las alegaciones de las partes, ni siquiera la corrección jurídica interna de la fundamentación empleada, bastando con que la argumentación vertida exteriorice el motivo de la decisión –*la ratio decidendi*– en orden a un eventual control jurisdiccional, pues se cumple la exigencia constitucional cuando la resolución no es fruto de un mero voluntarismo selectivo o de la pura arbitrariedad, como ha reconocido esta sala y la jurisprudencia constitucional (por todas, STC 184/1998, de 28 de septiembre [RTC 1998/184], fundamento 2, 100/1999, de 31 de mayo [RTC 1999/100], fundamento 2, 165/1999, de 27 de septiembre [RTC 1999/165], fundamento 3, 80/2000, de 27 de marzo [RTC 2000/80], fundamento 4, 210/2000, de 18 de septiembre [RTC 2000/210], fundamento 2, 220/2000, de 18 de septiembre [RTC 2000/220], fundamento 2 y 32/2001, de 12 de febrero [RTC 2001/32] fundamento 5).

b) En este sentido, la motivación de las resoluciones judiciales, aparte de venir constitucionalizada en el artículo 120.3 de la CE (RCL 1978/2836) es una exigencia derivada del artículo 24.1 de la CE, que permite conocer las razones de la decisión que aquéllas contienen y que posibilita su control mediante el sistema de los recursos (entre otras muchas, las STC

20/1982, de 5 de mayo [RTC 1982/20], fundamento 1; 14/1984, de 3 de febrero [RTC 1984/14], fundamento 2; 177/1985, de 18 de diciembre [RTC 1985/177], fundamento 4; 23/1987, de 23 de febrero [RTC 1987/23], fundamento 3; 159/1989, de 6 de octubre, fundamento 6; 63/1990, de 2 de abril, fundamento 2; 69/1992, de 11 de mayo, fundamento 2; 55/1993, de 15 de febrero [RTC 1993/55], fundamento 5; 169/1994, de 6 de junio [RTC 1994/169], fundamento 2; 146/1995, de 16 de octubre, fundamento 2; 2/1997, de 13 de enero [RTC 1997/2], fundamento 3; 235/1998, de 14 de diciembre [RTC 1998/235], fundamento 2; 214/1999, de 29 de noviembre [RTC 1999/214], fundamento 5; y 214/2000, de 18 de diciembre [RTC 2000/214], fundamento 4). Por ello, cuando la sentencia o la resolución que ponga fin al procedimiento guarde silencio o no se pronuncie sobre alguna de las pretensiones de las partes, dejando imprejuizada o sin respuesta la cuestión planteada a la consideración del órgano judicial, aun pudiendo estar motivada, incurre en el vicio de la incongruencia omisiva o *ex silentio*, denegadora de la justicia solicitada, que lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión que se reconoce en el artículo 24.1 de la CE.

c) No toda ausencia de pronunciamiento expreso a las cuestiones planteadas por las partes produce una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, pudiendo admitirse, excepcionalmente, su desestimación tácita, siempre que del conjunto de los razonamientos incluidos en la resolución y de las circunstancias concurrentes en el caso pueda inferirse razonablemente que el órgano judicial tuvo en cuenta la pretensión y, examinándola, tomó la decisión de desestimarla, omitiendo sólo el pronunciamiento expreso, pero no la decisión desestimatoria (entre otras muchas, STC 29/1987, de 6 de marzo [RTC 1987/29], fundamento 3; 175/1990, de 11 de noviembre [RTC 1990/175], fundamento 2; 3/1991, de 11 de marzo [RTC 1991/3], fundamento 2; 88/1992, de 8 de junio [RTC 1992/88], fundamento 2; 161/1993, de 17 de mayo, fundamento 3; 4/1994, de 17 de enero, fundamento 2; 91/1995, de 19 de junio [RTC 1995/91], fundamento 4; 56/1996, de 15 de abril, fundamento 4; 26/1997, de 11 de febrero, fundamento 4; 16/1998, de 26 de enero, fundamento 4; 1/1999, de 25 de enero [RTC 1999/1], fundamento 1; 215/1999, de 29 de noviembre [RTC 1999/215], fundamento 3; y 86/2000, de 27 de marzo [RTC 2000/86], fundamento 4). Es verdad que las resoluciones impugnadas carecen de la motivación necesaria. Se explica en ellas, exclusivamente, que la adopción de la medida cautelar consistente en la suspensión ocasionaría al interés general un perjuicio de mayor entidad que el que se pudiera causar a los intereses

particulares de los recurrentes con la ejecución inmediata del acuerdo impugnado.

Pero todo ello se razona sin la menor referencia al supuesto litigioso. Como señalamos en nuestra STS de 16 de octubre de 2002 (RJ 2002/10146) para que una resolución judicial pueda considerarse motivada ha de contener una mínima referencia a la cuestión de hecho planteada con la imprescindible concreción a los hechos de los planteamientos genéricos que se expresen. Es evidente que las resoluciones judiciales no son el lugar idóneo para exponer pensamientos y problemáticas abstractas sin ninguna conexión con la realidad. Contrariamente, toda resolución judicial es, sobre todo, una solución de una específica controversia. Lo único que no puede estar ausente de la resolución judicial es la identificación fáctica de la cuestión que se resuelve, aplicando sobre ella los razonamientos que se estimen adecuados.

Los autos impugnados carecen de esa concreción mínima con la cuestión que deciden, razón por la que deben ser anulados al haber infringido lo dispuesto en el artículo 120 de la Constitución y 248.2 de la Ley orgánica del Poder Judicial (RCL 1985/1578, 2635), lo que comporta la estimación del motivo de casación alegado.

Tampoco contienen referencia alguna a la pérdida de la finalidad legítima del recurso que es, en la legislación vigente, como antes hemos señalado la causa que legitima la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas, suficientes y no excesivas, valorando para ello, de manera circunstanciada, esto es, atendiendo a las circunstancias del caso, todos los intereses en conflicto.

Acto seguido el Tribunal Supremo afirma que, ahora bien, esta anulación no comporta la estimación del recurso de casación sino que nos impone el deber de resolver lo que corresponda dentro de los términos en los que aparece planteado el debate [artículo 95.2.c) y d) de la Ley jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio (RCL 1998/1741)], que se circunscribe a decidir si procede o no acceder a la suspensión cautelar solicitada por los recurrentes, lo que nos obliga a examinar las razones aducidas para ello. Debemos situar la cuestión en el ámbito normativo en el que los hechos, que determinan el presente litigio, tuvieron lugar; marco, que no es otro que el de la Ley de la Comunidad Autónoma de Valencia 6/1994, de 15 de noviembre (RCL 1995/69), sobre actividad urbanística.

Pues bien, el desarrollo de tal actividad urbanística, de conformidad con el artículo 1 de la citada Ley, habilita para el ejercicio de cuantas facultades

sean precisas para la eficaz realización del interés colectivo, destacando, entre los diversos aspectos que la Ley contempla en el artículo citado, el planeamiento urbanístico, que ordena y proyecta el destino de los terrenos, su utilización y las construcciones en ellos previstas, así como las acciones públicas o privadas precisas para que se cumplan sus previsiones, atendiendo a las necesidades de la población, debiendo destacarse como en el artículo 6.2 de la misma Ley autonómica se especifica que la actividad urbanística de ejecución del planeamiento se realiza en uno de estos dos regímenes: actuaciones aisladas o actuaciones integradas.

Se considera actuación integrada, que es la que se ha producido en el supuesto de autos, la obra pública de urbanización conjunta de dos o más parcelas, realizada de una sola vez o por fases, conforme a una única programación, determinándose en el mismo los supuestos en los que el Plan preverá la ejecución de actuaciones integradas, y concluyéndose en su apartado 4, en el sentido de que las parcelas sujetas a una actuación integrada serán solar cuando, además de contar con los servicios expresados en el número 1 anterior, estén ejecutadas las infraestructuras mínimas de integración y conexión de la actuación con su entorno territorial, estipuladas al programar aquella.

Por su parte, el artículo 7. 2 de la misma Ley dispone que la ejecución de las actuaciones integradas es siempre pública, correspondiendo a la Administración decidir su gestión directa o indirecta, y añadiéndose que se considera que una actuación es de ejecución directa por la Administración, cuando la totalidad de las obras e inversiones que comporta son financiadas con fondos públicos y gestionadas por los órganos o empresas de la Administración, y que, por otra parte, la gestión es indirecta –como acontece en el presente supuesto–, cuando la Administración delega la condición de agente urbanizador adjudicándola en favor de una iniciativa empresarial seleccionada en pública competencia.

Como señala la exposición de motivos de la citada Ley autonómica la Administración actuante puede ser ella misma urbanizador; estaremos ante un caso de actividad urbanística en régimen de gestión directa. También puede asignar el papel de urbanizador a una empresa privada que –previa la pertinente selección– se preste voluntariamente a ello, para la gestión pública indirecta de la actuación. En ambos casos el urbanizador puede ser dueño del terreno o ser el propietario un tercer sujeto distinto.

El urbanizador es una persona –pública o privada– que en un momento dado asume, voluntariamente, la responsabilidad pública de promover la ejecución de una actuación urbanizadora (el compromiso de implantar unas infraestructuras de urbanización públicas, vías públicas, alcantarillado, etc.) en desarrollo de la calificación urbanística del suelo prevista por el Plan. Se compromete pues, a realizar y gestionar las inversiones (públicas o privadas) necesarias a tal fin. Para ello el urbanizador no necesita ser el propietario civil de los terrenos ni ha de convertirse en propietario de los solares resultantes.

Por otra parte, el artículo 7, apartado G de la normativa que nos concierne, contempla como instrumento de planeamiento los denominados programas para el desarrollo de actuaciones integradas, que regulan el proceso de ejecución de éstas, fijando sus plazos, especificando su alcance y modalidad, designando el urbanizador y concretando sus compromisos. Como señala el artículo 29.1.B), los citados programas planifican la realización de las actuaciones integradas, teniendo los mismos, en concreto, por objeto: identificar el ámbito de una actuación integrada con expresión de las obras que se han de acometer; programar los plazos para su ejecución; establecer las bases técnicas y económicas para gestionar la actuación; regular los compromisos y obligaciones que asume el urbanizador designado al aprobar el Programa, definiendo, conforme a esta Ley, sus relaciones con la Administración y con los propietarios afectados; y fijar las garantías de cumplimiento y las sanciones por incumplimiento de dichas obligaciones.

Pues bien, de entre las determinaciones de los programas de actuaciones integradas que el mencionado artículo 29 contempla, debemos destacar, por lo que aquí nos interesa, los aspectos, previstos en los apartados 8 y 9 del precepto, relativos, respectivamente, a las garantías y a las relaciones con los propietarios, señalándose, respecto de las primeras que todo Programa ha de asegurar el cumplimiento de sus previsiones ya sea mediante créditos comprometido con cargo al presupuesto de una Administración, o bien con garantía –financiera o real– prestada y mantenida por el adjudicatario seleccionado como urbanizador, por el importe mínimo que reglamentariamente se determine y que nunca excusará la prestación de aval o fianza por valor mínimo del 7 por 100 del coste de urbanización previsto, y por lo que respecta a las Relaciones con los propietarios que el Programa regulará las relaciones entre el urbanizador y los propietarios afectados desarrollando las siguientes bases:

A) El urbanizador de una actuación integrada debe soportar los costes de la urbanización en la medida en que le sean compensados retribuyéndole en terrenos edificables. Los costes no compensados así, le serán resarcidos en metálico por los propietarios de terrenos edificables resultantes de la actuación.

B) Los propietarios afectados por una actuación integrada pueden cooperar con ella aportando su primitivo terreno sin urbanizar y recibiendo, a cambio, parcelas edificables urbanizadas, admitiéndose dos modalidades de cooperación, en función de que el propietario contribuya proporcionalmente a las cargas de la urbanización cediendo terrenos (supuesto en este caso le corresponde recibir, libre de cargas, menor solar, constituyendo la diferencia la retribución del urbanizador), o bien abone –en metálico y como retribución en favor del urbanizador– su cuota parte de las cargas de la urbanización, garantizando esta deuda.

Por último, debemos destacar como entre la documentación del Programa para el desarrollo de Actuaciones Integradas, contemplada en el artículo 32 de la Ley analizada, se regula con precisión la denominada proposición económico-financiera, comprensiva de los siguientes aspectos:

1) Desarrollo de las previsiones del artículo 29.9, regulando las relaciones entre el urbanizador y los propietarios, justificando, en su caso, la disponibilidad de aquél sobre los terrenos de éstos, los acuerdos ya alcanzados con ellos –si los hubiere– y las disposiciones relativas al modo en que será retribuido el urbanizador.

2) Estimación, siquiera sea preliminar y aproximada, de los costes de la obra urbanizadora.

3) Proporción o parte de los solares resultantes de la actuación constitutiva de la retribución del urbanizador, con los índices correctores que procedan respecto a la estimación de costes del ordinal anterior. Cuando la retribución del urbanizador esté prevista en metálico, se especificará si le corresponde percibir algún recargo sobre la expresada estimación de costes de urbanización, en concepto de beneficio o gastos de gestión.

4) Incidencia económica de los compromisos que, en su caso, interese adquirir el urbanizador para edificar –con fines de interés social– los terrenos que hayan de adjudicársele, tanto en la valoración de éstos, como en su cuantificación y modo de adquisición.

Como señala la exposición de motivos, la incorporación del suelo urbanizable al efectivo proceso urbanizador la determina otro tipo específico

de Plan: el Programa. El Programa, cuya aprobación es independiente a la de los restantes planes (aunque pueda ser simultánea) no califica el suelo, no regula u ordena su destino. El Programa es un documento muy sencillo que se limita a planificar el proceso de gestión urbanística.

Lo peculiar del Programa es que su aprobación necesita el compromiso, efectivo y voluntario, asumido por su promotor de desarrollarlo en plazos y condiciones determinadas. Al aprobarse el Programa su promotor se convierte en agente urbanizador.

[...] Una vez aprobado el Programa y mientras éste no sea revocado, el suelo urbanizable se convertirá en programado. Su propietario, gracias al Programa podrá participar en las plusvalías que genere el desarrollo de éste. Su nueva situación estatutaria será análoga a la del propietario de suelo urbanizable programado cuando, en la legislación estatal, se ve sujeto a un sistema de actuación pública, como el de cooperación.

[...] El propietario como consecuencia del desarrollo del Programa obtendrá un solar urbanizado. La producción de solares urbanizados es la labor propia del urbanizador. Esta labor es una actividad empresarial que debe ser retribuida, no sólo en sus costes sino también con beneficio propio. Su retribución corresponde justamente a quien recibe el producto elaborado, el solar urbanizado.

[...] La relación entre el urbanizador y el propietario, cuando ambos sean personas particulares, se articulará, preferentemente, sobre los acuerdos que libremente puedan convenir. Ello sin duda es lo más deseable por el ahorro implícito que conlleva en gastos de gestión para la Administración pública. Pero, como es natural, habiéndose comprometido el urbanizador a desempeñar su tarea en plazos ciertos, la Ley no puede fiar por completo el éxito de esa empresa al libre convenio que el propietario del terreno interese suscribir.

En los casos de ejecución indirecta el mecanismo habitual previsto para asegurar el desarrollo obligado del planeamiento es la reparcelación forzosa. [...] La reparcelación la aprueba la Administración actuante a solicitud formulada por el urbanizador. Su función es adjudicarle al propietario, forzosamente en defecto de acuerdo, la parcela edificable que le corresponda a resultas de la actuación a cambio de su terreno originario. Al urbanizador también le puede corresponder la adjudicación de parcelas si ésta es la forma prevista de retribución de su labor. Asimismo le corresponderán a la Administración las cesiones legalmente obligatorias y gratuitas.

El derecho del propietario, una vez programado su terreno, podrá deducirse del llamado aprovechamiento tipo, que el Plan ya fija en términos igualitarios. La reparcelación juega un papel meramente instrumental tendente a asegurar la ejecución del programa en términos que garanticen el derecho del propietario, previamente definido por la conjunción de Plan General y Programa. La Ley refuerza esta vertiente puramente instrumental de la reparcelación que deja de ser, en rigor, un factor de definición de derechos en el seno de una hipotética comunidad reparcelatoria, pasando a ser un modo de resolución de conflictos entre propietario y urbanizador.

Ha querido esta Ley diseñar una relación equilibrada entre urbanizador y propietario, que fomente espontáneamente las fórmulas concertadas en vez de la imposición administrativa, aunque, en última instancia, habilita al urbanizador para excitar esa imposición por medios de derecho público (reparcelación forzosa, cobro de cuotas de urbanización) que garanticen el desarrollo del Programa. Para el excepcional e hipotético supuesto de que algún propietario entendiera que no es rentable la programación de su terreno, se admite que, antes de que ésta se produzca, solicite voluntariamente la expropiación con arreglo al valor inicial, del suelo no programado, que implica la renuncia a participar en los rendimientos de su explotación urbanística.

Tras esta exhaustiva reseña de las disposiciones legales con incidencia en el acto administrativo respecto del que se interesó la adopción de la medida cautelar, el Tribunal Supremo concluye: En el ámbito de tal marco normativo, los planteamientos de los recurrentes no pueden tener acogida, como no la tuvieron en el auto de la sala de instancia, pues, por una parte, no se aprecia la posibilidad de que el recurso formulado vaya a perder su legítima finalidad; y, por otra, porque, en la valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, han de considerarse preferentes los representados por el instrumento de planeamiento aprobado e impugnado: el Proyecto de Reparcelación.

Debe dejarse constancia de que la sala de instancia ya puso de manifiesto la línea jurisprudencial que mantiene y declara el prevalente interés para la comunidad de los instrumentos de planeamiento municipal, en comparación con el de los particulares afectados por la materialización del proyecto citado; se trata de una constante línea jurisprudencial acerca de la improcedencia de la suspensión de los instrumentos normativos de planeamiento cuando son recurridos, [...] improcedencia que se deriva

de la prevalencia del interés público en su ejecución, dado el carácter de generalidad de sus determinaciones y la amplitud de sus efectos, frente a los posibles perjuicios que se puedan irrogar, cuya reparación sería posible corregir mediante su traducción en cifras monetarias (ATS 4 de mayo de 1990 [R] 1990/3801], 15 de febrero y 13 de mayo de 1992, 9 de febrero [R] 1993/524] y 15 de abril de 1993 [R] 1993/2608], 24 de enero [R] 1994/174] y 25 de octubre 1994), por cuanto que la suspensión de la ejecución de un plan de ordenación incide en una disposición de carácter general en que el interés público está mas acentuado que si de un acto singular se tratase, y que ello condiciona en grado sumo la suspensión, supeditándola a la producción de unos daños o perjuicios, no sólo imposibles o difíciles de reparar, sino de una entidad superior o, al menos, igual a los que a la Comunidad acarrearían las dilaciones en ejecutar. En el mismo sentido tiene señalando el Tribunal Supremo (ATS 7 de septiembre de 1991 [R] 1991/6814], 9 de junio de 1992 [R] 1992/5065]) que este Tribunal viene mostrándose renuente a decretar suspensiones de actos administrativos que, al consistir en la aprobación de Planes Urbanísticos, vienen a representar la aprobación de una disposición de carácter general, de acuerdo con la naturaleza atribuida a los mismos por la doctrina científica y la jurisprudencia. Igualmente se ha señalado (ATS 8 de febrero de 1993) que el Plan, elemento central del Derecho Urbanístico, expresa el modelo territorial elegido en atención al interés público, y este interés demanda la ejecución con notoria intensidad por lo que sólo excepcionalmente, esto es, cuando se vean afectados intereses de muy elevada consideración, puede accederse a suspensiones como la que ahora se examina (autos, entre otros, de 5 de abril [R] 1990/3588] y 15 de mayo 1990 [R] 1990/4076]). También que en supuestos, como el ahora enjuiciado, de suspensión de instrumentos de ordenación urbanística, esta sala viene declarando que, en principio, el interés público concretado en la ejecución del planeamiento debe primar sobre unos daños y perjuicios particulares, perfectamente determinables y resarcibles (ATS 10 de noviembre de 1992 [R] 1992/8752]). Esta sala viene declarando con reiteración que los importantes intereses públicos que se satisfacen con la ejecución del planeamiento son un obstáculo, salvo que concurren circunstancias especiales, para acceder a la suspensión de la ejecución de los actos de aprobación de aquél. Por último, que tales instrumentos de planeamiento son, o deben ser, el resultado de una elaboración meditada, justificada y democrática en cuanto fruto de la amplia participación de cuantos ciudadanos hayan de verse afecta-

dos de cualquier forma por su ordenamiento, lo que implica que muy importantes, graves y patentes deben ser las razones que se esgriman para provocar la suspensión de su ejecutividad (ATS de 12 de febrero de 1992). Igualmente debe citarse las STS de 10 [RJ 1999/3629], 11 (RJ 1999/3630) y 18 de mayo de 1999 (RJ 1999/3637), 3 de octubre de 2001 (RJ 2001/7650), 19 de diciembre de 2002 (RJ 2003/107), y 3 de febrero de 2003 (RJ 2003/744) ; aunque también esta sala y sección en STS de 20 de diciembre de 2001 (RJ 2002/1231), 30 de enero de 2002 (RJ 2002/924) y 12 de abril de 2003 (RJ 2003/4174) ha acordado la suspensión solicitada cuando, de no accederse a ella, se crearían durante el tiempo de tramitación del proceso situaciones jurídicas y alteraciones físicas del terreno difícilmente reversibles, aspectos que, como se verá, no se producen en el supuesto de autos.

Debe añadirse a lo anterior que, por lo que al presente supuesto se refiere, el ámbito de las garantías previstas, antes reseñadas, en el Programa de Actuación Integrada es el escenario y marco adecuado para la resolución de las discrepancias que pone de manifiesto la recurrente en relación con la reparcelación llevada a cabo por el agente urbanizador y aprobada por la Administración demandada; garantías y marco jurídico, por tanto, que contemplan y toman en consideración los particulares intereses de cada uno de los propietarios implicados en el Programa, y con los que los perjuicios a los que el recurrente se refiere, como consecuencia de la ampliación de una carretera o derivados del desplazamiento de las parcelas obtenidas en relación con su originaria propiedad, obtendrán, en su caso, la correspondiente y adecuada compensación.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5) de 9 de abril de 2003 (RJ 2003/3400).

Se impugna en este recurso de casación núm. 5165/2001 el auto de fecha 7 de junio de 2001 (confirmado por el de 26 de junio de 2001), dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en su recurso contencioso-administrativo núm. 770/2001, por el cual se denegó la suspensión del acto impugnado, que es el acuerdo del Ayuntamiento de Pilar de la Horadada (Alicante) de fecha 22 de enero de 2001, que aprobó el Programa de Actuación Integrada de la Unidad de Ejecución núm. 4 del Plan General de Ordenación Urbana.

La entidad actora interpone contra esos autos denegatorios de la suspensión recurso de casación, en el que alega la infracción de los artícu-

los 129 y 130 de la Ley jurisdiccional de 13 de julio de 1998 (RCL 1998/1741).

El Tribunal Supremo desestima el motivo en base a que es doctrina de este Tribunal Supremo la de que el interés público urbanístico, que por principio encarna en los correspondientes planes y normas, exige su ejecución y que, por ello mismo, no es posible su suspensión cautelar sino excepcionalmente, sin que a tal interés público puedan oponerse los meros intereses privados económicos. De no ser así, y si se generaliza la suspensión de los instrumentos urbanísticos (que van fundamentalmente encaminados a la creación de suelo con destino a la satisfacción de necesidades primarias), se correría el riesgo de una obstrucción generalizada a las actuaciones urbanísticas de las administraciones públicas.

Estas ideas, aplicadas al caso presente, conducen a la confirmación de los autos impugnados: al interés público que, por principio, exige el desarrollo urbanístico de la Unidad de Ejecución núm. 4 del Plan General de Pilar de la Horadada la entidad actora sólo opone sus propios intereses económicos (así, se habla expresamente en el escrito inicial del valor crematístico de los terrenos y de la obtención de plusvalías), intereses privados que, desde luego, son legítimos y defendibles, pero que deben ceder, en trámite de medidas cautelares, ante los intereses públicos (artículo 130.2 de la Ley 29/1998).

La regularidad del deslinde de la zona marítimo-terrestre y del procedimiento de selección del Agente urbanizador son cuestiones que atañen al fondo del asunto y que únicamente pueden servir, a propósito de la suspensión, cuando a primera vista se hubieran realizado con ilegalidades manifiestas, lo que no es el caso; es sobre estas cuestiones sobre las que debe discutirse en el pleito principal y la prudencia exige no realizar juicios previos que puedan anticipar indebidamente la decisión final. No existe, por lo tanto, infracción de los artículos 129 y 130 de la Ley jurisdiccional.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5), de 13 de mayo de 2005 (RJ 2005/5441).

La procuradora Doña Paula García Vives, en nombre y representación de Doña Camila, interpuso recurso contencioso-administrativo con la desestimación, por silencio administrativo, del recurso de reposición deducido contra el acuerdo de la Comisión Municipal de Gobierno del Ayuntamiento de Valencia, por la que se aprobó el Proyecto de Reparcelación del Sector P.R.R. 13, Campanar Norte, del Plan General de Ordenación Urbana de Valencia, solicitando, mediante otrosí, la suspen-

sión cautelar de la ejecución del indicado Proyecto, dado que su ejecución ha de causar perjuicios de imposible o difícil reparación, al verse privada la recurrente de su hogar a pesar de la avanzada edad que tiene, a cuyo escrito adjuntaba copia del escrito deduciendo recurso de reposición ante el Ayuntamiento, en el que la recurrente había solicitado de la propia corporación municipal la suspensión de la ejecución del mencionado Proyecto de Reparcelación.

La sala de instancia dictó auto, con fecha 11 de octubre de 2000, denegando la suspensión cautelar interesada por las siguientes razones: Como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 16/febrero/2000 (RJ 2000/601), la jurisprudencia ha venido sistemáticamente denegando la suspensión, con base en el argumento fundamental de que en la ejecución de los planes urbanísticos está implicado un evidente interés público que no es lógico posponer en beneficio de un interés particular, teniendo además en cuenta que existen otros muchos intereses particulares que demandan también la ejecución del planeamiento, que son los de aquellas personas que han aceptado y no han impugnado el instrumento de ordenación o de ejecución de que se trate. En el caso de autos, la aplicación de la anterior doctrina conduce necesariamente a la desestimación de la adopción de la medida cautelar solicitada, sin perjuicio de las compensaciones económicas que en su momento, en la fase de ejecución del proyecto de reparcelación ahora aprobado, pueda percibir la recurrente. Así pues, por las razones expuestas, y sin prejuzgar acerca de las razones impugnatorias de fondo, procede denegar la suspensión cautelar de la ejecutividad del acto administrativo objeto del presente recurso.

Presentado el oportuno recurso de súplica contra dicho auto, la sala de instancia dictó auto, con fecha 25 de noviembre de 2002, desestimatorio del indicado recurso de súplica con base en el siguiente único fundamento jurídico: La tesis básica sobre la que se sostiene la pretensión de la recurrente no es otra que la del automatismo en la traslación a la sede judicial de una suspensión pretendidamente obtenida en sede administrativa con arreglo al artículo 111 de la Ley 30/1992 (RCL 1992/2512, 2775 y RCL 1993, 246). Ahora bien, lo que realmente hizo la jurisprudencia recaída con ocasión del artículo 122 de la anterior LJCA de 1956 (RCL 1956/1890), fue ampliar los motivos de suspensión previstos en sede jurisdiccional, y así, aunque el citado artículo 122 sólo contemplaba como motivo de suspensión de los actos administrativos la posible producción de daños o perjuicios de reparación imposible o difícil, el Tribunal

Supremo aceptó la traslación al ámbito jurisdiccional de la causa de suspensión prevista en el artículo 111.2.b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y, anteriormente, en el artículo 116 de la Ley de procedimiento administrativo de 1958 (RCL 1958/1258, 1469, 1504 y RCL 1959, 585), consistente en que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho que preveía el artículo 47 de la Ley de 1958 y prevé actualmente el artículo 62.1 de la citada Ley 30/1992, siempre que se aprecie de una manera terminantemente, clara y ostensible la posibilidad de concurrencia de alguna de tales causas de nulidad de pleno derecho (v. gr. STS de 28 de septiembre de 1998 [R] 1998/7840)). Pero, por lo demás, el Tribunal Supremo ya vino advirtiendo que el artículo 111.2 de la Ley 30/1992, de 16 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, lo que regula es la suspensión de la ejecución del acto administrativo por el órgano administrativo a quien compete resolver un recurso administrativo, careciendo, por tanto, de aplicación en la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado jurisdiccionalmente, que se rige por los artículos 122 a 125 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (STS de 28 de octubre de 1996 [R] 1996/7596)]; y en sentencia de 12 de junio de 2000 (R] 2000/4473), se ha vuelto a insistir en este extremo al poner de relieve el distinto régimen jurídico que preside la suspensión de la ejecución de los actos tributarios en vías de gestión y económico-administrativa y en vía jurisdiccional, y, en ésta, tanto para los supuestos a regir por la Ley jurisdiccional de 1956 como los sujetos a la vigente de 1998 (RCL 1998/1741). Naturalmente, todo sin perjuicio de la jurisdiccionalidad de todas las decisiones que pudieran haber sido adoptadas en las mencionadas vías previas con arreglo a las condiciones normativas de su otorgamiento o denegación. No cabe, por tanto, acoger la súplica.

Sobre esa cuestión el Tribunal Supremo afirma que esta tesis de la recurrente no es acertada y ha sido expresamente desautorizada por la doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo, recogida, entre otras, en su sentencia de 4 de diciembre de 2003 (recurso de casación 2928/2001 [R] 2003/9139), fundamento jurídico tercero), según la cual el órgano jurisdiccional no queda vinculado por la suspensión producida durante la sustanciación del recurso administrativo como consecuencia de las previsiones del artículo 111.3 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, sino que, por el contrario, los juzgados y tribunales, al resolver acerca de la

suspensión de la ejecutividad de las disposiciones o actos impugnados en sede jurisdiccional, deben atenerse al régimen de medidas cautelares establecido en los artículos 129 a 136 de la Ley de esta jurisdicción (RCL 1998/1741).

Según el planteamiento de la recurrente, que se resume en la automática prolongación de la suspensión de la ejecutividad obtenida en vía previa por el silencio de la Administración durante la tramitación del proceso en sede jurisdiccional, no sería necesario impetrar del juez o tribunal que conoce del pleito medida cautelar alguna, pero, evidentemente, no es tal el sistema el establecido en nuestro ordenamiento jurídico, en el que, por más que se suspenda la ejecutividad del acto impugnado en vía previa como consecuencia de lo establecido en el artículo 111.3 de la mencionada Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, el interesado, al ejercitar la acción en sede jurisdiccional, debe pedir al órgano jurisdiccional competente la adopción de la correspondiente medida cautelar para asegurar la efectividad de la sentencia, según establece el artículo 129.1 de la Ley de esta jurisdicción, entre ellas, lógicamente, la suspensión de la ejecutividad del acto, a la que dicho órgano jurisdiccional puede acceder o no conforme a lo dispuesto en el artículo 130 de esta misma Ley, sin estar para ello vinculado por la suspensión que se hubiese producido en vía administrativa por el silencio de la Administración, que no se prolonga más allá del trámite de decisión del recurso administrativo interpuesto o, en el caso de deducirse recurso en sede jurisdiccional, hasta que se produzca el correspondiente pronunciamiento judicial sobre la materia, que es lo previsto expresamente en el mentado artículo 111.3 y 4 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, razones todas que conducen a la desestimación de este primer motivo de casación.

En el segundo motivo se asegura que la sala de instancia, al denegar la suspensión de la ejecución del proyecto de reparcelación, limitada a determinadas y concretas parcelas, ha conculcado lo dispuesto en el artículo 130 de la Ley jurisdiccional (RCL 1998/1741) y la propia doctrina jurisprudencial que se cita en el auto resolutorio del recurso de súplica.

En cuanto a la primera infracción denunciada, es decir, la del precepto contenido en el artículo 130 de la Ley de esta jurisdicción, parece basarse en que en este caso, según la recurrente, no concurre la causa de denegación prevista en el apartado segundo de dicho precepto por cuanto de

la suspensión no ha de seguirse una grave perturbación para los intereses públicos por tratarse de dejar fuera de la ejecución del proyecto de reparcelación tan sólo seis parcelas, propiedad de la recurrente.

Sobre ese particular, el Tribunal Supremo afirma que lo cierto es que con la suspensión interesada se pretende suspender la ejecutividad de un instrumento de ejecución del planeamiento urbanístico, y esta Sala y Sección del Tribunal Supremo ha venido declarando que el interés público, implícito en la ejecución del planeamiento, exige, como regla general, la puesta en práctica de sus previsiones (sentencia, por todas, de 24 de septiembre de 2003 –recurso de casación 2811/2001 [RJ 2003/6493], fundamento jurídico tercero–), y no ha sido otra la tesis sustentada por la sala de instancia para denegar la suspensión interesada, como se deduce claramente de los razonamientos contenidos en el fundamento jurídico segundo del auto recurrido, transcritos en el antecedente segundo de esta nuestra sentencia.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5), de 18 de septiembre de 2002 (RJ 2002/8075).

Se impugna en este recurso de casación núm. 7675/1999 el auto de fecha 13 de septiembre de 1999 dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 1) en su recurso contencioso-administrativo núm. 227/1999, por el cual se denegó la medida cautelar solicitada por don Rafael H. E. y que consistía en, primero, requerir a la Junta de Compensación 11-8 Avenida de los Poblados para que preste aval bancario por importe de 289.260.000 pesetas (con expresa indicación de que don Rafael H. E. quede eximido de contribuir a los costes del mismo), y, segundo, ordenar a la Junta de Compensación que se abstenga de exigir al señor H. E. el importe de los 14.643.704 correspondientes a la partida Indemnizaciones por edificios e instalaciones incompatibles con el planeamiento.

El alto tribunal, a modo de anticipo al contenido de su sentencia, afirma que antes de examinar los dos motivos de casación, hemos de precisar lo siguiente: en los dos motivos se alude a defectos de motivación del auto impugnado, a la vez que se citan como infringidos los artículos 129 y 130 de la Ley jurisdiccional (RCL 1998/1741). Sin embargo, la posible falta de motivación no violaría los artículos 129 y 130 de la Ley jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio, ni directamente la jurisprudencia que se cita, sino otras normas que imponen a los tribunales el deber de motivar las resoluciones judiciales. Por si ello fuera poco, la motivación del auto recurri-

do es escueta, pero suficiente, y, como se verá, la desestimación del presente recurso de casación se fundará en las mismas razones que aquél expone, si bien más precisadas, para acto seguido descartar que exista infracción de los artículos 129 y 130 de la LJCA ni de la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, y ello porque A) El artículo 130.2 permite denegar la medida cautelar cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el juez o tribunal ponderará en forma circunstanciada. Y ninguna duda cabe de que la prestación de un aval de 289.260.000 pesetas por la Junta de Compensación y el no-cobro de otros 14.643.704 pesetas, produciría graves perjuicios en el funcionamiento de la Junta, que no es una entidad cualquiera, sino la encargada de ejecutar las obras de urbanización y de llevar a la práctica las previsiones del Proyecto de Compensación (artículo 157.2 del Reglamento de gestión urbanística [RCL 1979/319; ApNDL 13927]). No es, pues, acertada la afirmación del recurrente de que los intereses enfrentados son exclusivamente privados: la Junta de Compensación representa el interés público en la ejecución del planeamiento, plasmado en el Proyecto de Compensación debidamente aprobado por la Administración actuante (artículo 134.1 del citado Reglamento), y los obstáculos puestos al funcionamiento de la Junta lo son en realidad a los intereses urbanísticos de la colectividad.

En lo que se refiere a la *disciplina urbanística* la jurisprudencia suele ser mucho más favorable a la suspensión basándose en la aplicación de los principios generales del derecho sancionador, y en particular de la presunción de inocencia (así por ejemplo, sentencia de 15 de marzo de 1999, Aranzadi 2342; auto de 25 de enero de 1992, Aranzadi 751; auto de 11 de noviembre de 1991, Aranzadi 8808), referidos, especialmente, a aquellos supuestos en que por la comisión de una infracción urbanística se le impone una sanción económica.

Aunque no de modo unánime, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es proclive a la adopción de la medida cautelar de la suspensión del acto administrativo respecto de las obras aparentemente ilegales, incluso de aquellas que por ser consideradas por la Administración como manifiestamente ilegales se ordena la demolición de lo ilegalmente construido. Esa preferencia de los tribunales por suspender cautelarmente, sin necesidad de caución, los actos que contienen órdenes de demolición, lo hacen para evitar situaciones de hecho irreversibles. Sin embargo, esa tendencia no es unánime, sino que cuando la construcción se revela absolutamente ilegalizable a tenor de la normativa urbanística de aplica-

ción, niega la adopción de la medida cautelar para evitar así situaciones posteriores absolutamente anómalas, lo que a veces ha llevado incluso a propugnar cambios en los planes para legalizar situaciones ilegales.

Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5), de 11 de noviembre de 1991 (RJ 1991/8808).

Suspensión de la ejecución del acto o disposición objeto del recurso. Criterios: interés público y perjuicios: doctrina general: ejecutividad de los actos y tutela judicial efectiva; Daños y perjuicios de reparación imposible o difícil: multa: suspensión procedente: orden de ejecución de obras: distinción del tipo de obras: suspensión procedente: suspensión improcedente.

El principio de eficacia de la actuación administrativa –artículo 103.1 de la Constitución (RCL 1978/2836 y ApNDL 1975-85, 2875)– con el apoyo que recibe de la presunción de legalidad del acto administrativo –artículo 45.1 de la Ley de procedimiento administrativo (RCL 1958/1258, 1469, 1504; RCL 1959/585 y NDL 24708)– da lugar a la regla general de la ejecutividad –artículos 101 de la citada Ley de procedimiento y 4.1.e) de la Ley 7/1985, de 2 abril (RCL 1979/1372 y ApNDL 1975-85, 205), reguladora de las bases del régimen local– que se mantiene, en principio, aunque se formule recurso –artículos 116 de la ya invocada Ley de procedimiento y 122.1 de la Ley jurisdiccional (RCL 1956/1890 y NDL 18435)–. Al propio tiempo, el principio de efectividad de la tutela judicial recogido en el artículo 24.1 de la Constitución reclama que el control jurisdiccional que tan ampliamente traza su artículo 106.1 haya de proyectarse también sobre la ejecutividad del acto administrativo. Y dada la duración del proceso, el control sobre la ejecutividad ha de adelantarse al enjuiciamiento del fondo del asunto.

La armonización de las exigencias de ambos principios da lugar a que la regla general de la ejecutividad haya de ser controlada en cada caso concreto contemplando por un lado en qué medida el interés público demanda ya una inmediata ejecución y por otro qué tipo de perjuicios podrían derivar de aquélla.

Los dos criterios mencionados aparecen en nuestro ordenamiento jurídico: la exposición de motivos de la Ley jurisdiccional advierte que se debe ponderar ante todo la medida en que el interés público exija la ejecución y el artículo 122.2 de la propia Ley señala que procederá la suspensión cuando la ejecución hubiere de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil.

Interés público, por una parte, y perjuicios, por otra, son pues los dos

conceptos que, armonizados, determinarán la procedencia o improcedencia de la suspensión.

Ello implica que el concepto jurídico indeterminado expresamente recogido en el artículo 122 de la Ley jurisdiccional ha de valorarse en cada caso en muy directa relación con el interés público presente en la actuación administrativa. Y así, si cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión, por el contrario cuando aquella exigencia sea de gran intensidad sólo perjuicios de muy elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución, en su caso.

En el supuesto litigioso y en la medida en que se impugna una sanción de multa, habrá que recordar que la jurisprudencia viene declarando que ejecutar una sanción siempre servirá de castigo para el sancionado y de ejemplo para quienes pudieran ser tentados a cometer infracción igual a la castigada, se ejecute la misma firme en vía administrativa o se aguarde a su firmeza judicial –autos de 5 de enero, 21 y 28 de marzo de 1988 (RJ 1988/189, RJ 1988/2188 y RJ 1988/2443)–, así como también que los fines que se persiguen con la imposición de una sanción, sean de expiación o de prevención –general o especial–, o de ambos tipos conjuntamente no implican, salvo supuestos especiales, una exigencia de ejecución inmediata –autos de 13 de junio de 1988 (RJ 1988/5329), 28 de marzo de 1989 (RJ 1989/2420), 1 de marzo de 1990 (RJ 1990/1951), 28 de mayo de 1991 (RJ 1991/4296), etcétera.

Así las cosas, no apreciándose ningún aspecto de interés público que demande la inmediata ejecución de las sanciones aquí discutidas, el perjuicio que supone privar al recurrente de la disponibilidad de determinados medios económicos –autos de 7 de marzo de 1988 (RJ 1988/1793) y de 28 de mayo de 1991– es bastante para justificar la suspensión aunque con caución bastante para prevenir el riesgo de una posible insolvencia –350.000 ptas.–.

En cuanto la pretensión de suspensión va referida a la ejecución de una orden de obras, han de distinguirse en el contenido de ésta dos tipos de reparaciones:

A) Las que se refieren a canalones para la recogida de aguas pluviales, falta de protección en la línea de aparcamiento superior en la zona norte y deficiente funcionamiento de la depuradora –apartados 3 y 5 del considerando 4 y considerando 5 del acto originariamente impugnado.

En este ámbito las exigencias de ejecución inmediata son acusadas y los

perjuicios resultantes de su ejecución no revisten intensidad especial. No resulta por tanto procedente la suspensión.

B) El resto de las obras. Aquí no se aprecia una profunda necesidad de ejecución inmediata y por tanto resulta adecuada la suspensión con prestación de caución de 5.000.000 ptas.

Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5), de 3 de septiembre de 1992 (RJ 1992/6954).

Suspensión de la ejecución del acto o disposición objeto del recurso. Actos de contenido negativo: suspensión improcedente: denegación de licencia: suspensión equivaldría a concesión provisional: mantenimiento del *status quo*: inexistencia de la licencia; daños o perjuicios de reparación imposible o difícil: orden de demolición: suspensión procedente.

El escrito de alegaciones de la entidad mercantil apelante, pese a su extensión, no se ocupa de los razonamientos contenidos en el auto objeto de impugnación, limitándose a relatar, de forma interesada, las circunstancias e incidentes determinantes del acuerdo recurrido, que, en definitiva, no es otro que el de la denegación de una licencia para la instalación de una industria de aglomerado asfáltico en caliente. Aquella omisión obedece, sin duda, a la dificultad de contrarrestar lo razonado en la resolución recurrida, que, en esencia, no hace sino reiterar, sin citarla, la jurisprudencia de esta sala en relación con los actos de contenido negativo.

En efecto, esta sala tiene reiteradamente declarado –así, autos de 20 de febrero y 1 de octubre 1990 (RJ 1990/1443, RJ 1990/7878) y 22 de marzo, 16 de julio y 17 y 25 de septiembre 1991 (RJ 1991/1784, RJ 1991/5845, RJ 1991/6032 y RJ 1991/7606), entre otros– que un acto de naturaleza negativa difícilmente es susceptible de suspensión en vía judicial, ya que ello equivaldría al otorgamiento provisional –mientras se sustancia el proceso– de la licencia interesada, cuando la finalidad de la medida cautelar regulada en el artículo 122 de la Ley jurisdiccional (RCL 1956/1890 y NDL 18435) es mantener, si fuera procedente, el *status quo* anterior a la adopción del acto recurrido, que en el presente caso viene determinado por la inexistencia de la licencia interesada. Distinta solución, en cambio, debe merecer el pronunciamiento recurrido en cuanto no suspende el extremo del acuerdo municipal recurrido relativo al desmontaje y retirada de las instalaciones realizadas, dado que este Tribunal tiene reiteradamente declarado que toda orden de demolición, por su propia naturaleza, si se ejecuta prematuramente antes de la

culminación del proceso pendiente en el que ha de decidirse acerca de su procedencia y legalidad puede dar lugar, en el caso de que quede revocada, a perjuicios de imposible, o al menos, en el mejor de los casos, de difícil reparación.

Procedente será, por consecuencia, estimar en parte el recurso y declarar la suspensión del acuerdo municipal recurrido en cuanto al particular extremo antes descrito, relativo al desmontaje y retirada de las instalaciones realizadas; sin que se aprecien méritos para una expresa imposición de costas –artículo 131 de la Ley jurisdiccional.

Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5), de 25 de enero de 1992 (RJ 1992/751).

Suspensión de la ejecución del acto o disposición objeto del recurso; Ejecutividad de los actos: tutela judicial efectiva; Tutela Judicial Efectiva: ponderación de ambos principios; Criterios: interés público y perjuicios: ponderación entre ambos; Daños y perjuicios de reparación imposible o muy difícil: multa por infracción urbanística: funciones de la multa: prevención general y coerción: se cumplen tras la sentencia: no se aprecian perjuicios graves al interés público: existencia de daños al sancionado: suspensión procedente.

Interpuesto un recurso contencioso-administrativo contra la imposición de multa por infracción urbanística, se solicitó la suspensión de ejecutividad del acto impugnado, que fue estimada por auto de la sala correspondiente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 17 de septiembre de 1990, que decretó la suspensión solicitada.

Interpuesto un recurso de apelación, el Tribunal Supremo lo desestima, confirmando el auto apelado.

El principio de eficacia de la actuación administrativa [artículo 103, 1 de la Constitución (RCL 1978/2836 y ApNDL 2875)] con el apoyo que recibe de la presunción de legalidad del acto administrativo [artículo 45.1 de la Ley de procedimiento administrativo (RCL 1958/1258, 1469, 1504; RCL 1959/585 y NDL 24708)] da lugar a la regla general de la ejecutividad –artículos 101 de la citada Ley de procedimiento y 4.1.e) de la Ley 7/1985, de 2 de abril (RCL 1985/799, 1372 y ApNDL 205), reguladora de las bases del régimen local– que se mantiene, en principio, aunque se formule recurso [artículos 116 de la ya invocada Ley de procedimiento y 122.1 de la Ley jurisdiccional (RCL 1956/1890 y NDL 18435)].

Al propio tiempo, el principio de la efectividad de la tutela judicial recogido en el artículo 24.1 de la Constitución reclama que el control jurisdic-

cional que tan ampliamente traza su artículo 106.1 haya de proyectarse también sobre la ejecutividad del acto administrativo. Y dada la duración del proceso, el control sobre la ejecutividad ha de adelantarse al enjuiciamiento del fondo del asunto.

La armonización de las exigencias de ambos principios da lugar a que la regla general de la ejecutividad haya de ser controlada en cada caso concreto contemplando por un lado en qué medida el interés público demanda ya una inmediata ejecución y por otro qué tipo de perjuicios podrían derivar de aquélla.

Los dos criterios mencionados aparecen en nuestro ordenamiento jurídico: la exposición de motivos de la Ley jurisdiccional advierte que se debe ponderar ante todo la medida en que el interés público exija la ejecución y el artículo 122.2 de la propia Ley señala que procederá la suspensión cuando la ejecución hubiere de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil. Interés público, por una parte, y perjuicios, por otra, son pues los dos conceptos que, armonizados, determinarán la procedencia o improcedencia de la suspensión.

Ello implica que el concepto jurídico indeterminado expresamente recogido en el artículo 122 de la Ley jurisdiccional ha de valorarse en cada caso en muy directa relación con el interés público presente en la actuación administrativa. Y así, si cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión, por el contrario cuando aquella exigencia sea de gran intensidad sólo perjuicios de muy elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución, en su caso.

Sobre esta base, impugnada en el supuesto litigioso una sanción de multa, habrá que recordar que la jurisprudencia viene declarando que ejecutar una sanción siempre servirá de castigo para el sancionado y de ejemplo para quienes pudieran ser tentados a cometer infracción igual a la castigada, se ejecute la misma firme en vía administrativa o se aguarde a su firmeza judicial [autos de 5 de enero, 21 y 28 de marzo de 1988 (R) 1988/189, R) 1988/2188 y R) 1988/2443)], así como también que los fines que se persiguen con la imposición de una sanción, sean de expiación o de prevención –general o especial–, o de ambos tipos conjuntamente no implican, salvo supuesto especiales, una exigencia de ejecución inmediata [autos de 13 de junio de 1988 (R) 1988/5329), 28 de marzo de 1989 (R) 1989/2420), 1 de marzo de 1990 (R) 1990/1951), 28 de mayo y 11 de noviembre de 1991 (R) 1991/4296 y R) 1991/8808), etcétera].

Y así las cosas, no habiéndose alegado datos que pudieran evidenciar la necesidad o conveniencia de la ejecución inmediata de la sanción recurrida, los perjuicios derivados del pago de la multa litigiosa, de elevada cuantía, son bastantes para justificar el pronunciamiento cautelar de la suspensión.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5), de 14 de octubre de 2005 (RJ 2006/2020). Suspensión de la ejecución del acto o de la disposición objeto del recurso. Aspectos procesales: recursos; resolución; motivación; existencia; incongruencia; inexistencia; suelo y ordenación urbana; suspensión de obras sin licencia; licencia obtenida por silencio positivo; cuestión de fondo; suspensión improcedente.

La sala de instancia –como hemos expuesto– ha contemplado en su valoración y ponderación de las circunstancias concurrentes los expresados criterios legales del *periculum in mora*, la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) y la comparación de los intereses en conflicto, tomando, además, en consideración la naturaleza negativa del acto, y, señalando, como conclusión, lo ya expuesto con anterioridad, que ha justificado la denegación de medida cautelar judicial solicitada y el mantenimiento de la suspensión administrativa acordada por el alcalde de La Matanza de Acentejo; medida cautelar judicial que, aunque nada señalan las partes al respecto, debería tener un carácter positivo, pues, si bien se observa, lo pretendido por la parte recurrente es la suspensión de la decisión municipal de paralización de unas obras sin licencia expresa; esto es, lo que se pide a la jurisdicción es que adopte cautelarmente la medida de –sin licencia municipal expresa– permitir la realización de unas obras de importante envergadura con apoyo en la circunstancia –que los recurrentes mantienen y la entidad municipal niega– de existir una licencia presunta como consecuencia de la aplicación de la normativa autonómica de precedente cita, esto es la Lotencan (RCL 2000/1230 y LCAN 2000/90). Así, la sala:

a) Aplica con corrección el preferente criterio legal del *periculum in mora* cuando afirma que el recurso formulado por los recurrentes no va a perder su eficacia y finalidad legítima como consecuencia de la desestimación de la medida cautelar interesada. Esto es, que la no-adopción de la medida cautelar suspensiva no va a influir en el análisis que, desde una perspectiva de legalidad, se pretende del tribunal de instancia en relación con la pretensión articulada acerca de la existencia de una licencia presuntamente obtenida por vía de silencio administrativo.

b) En relación con la valoración de los intereses en conflicto, considera de preferente toma en consideración el interés público ínsito en la aplicación de la normativa urbanística que se lleva a cabo por el Ayuntamiento demandado, cuando, además, los intereses particulares –por otra parte económicos– no puede considerarse especialmente cuantitativos al encontrarse las obras justamente en su comienzo.

c) En relación con el criterio, jurisprudencialmente establecido, de la apariencia de buen derecho, la sala no encuentra –en estos momentos– elementos consistentes para entender –desde la perspectiva de la Lotencan– concedida presuntamente la licencia que constituiría el fundamento jurídico de las obras iniciadas; en todo caso, la sala, con especial cautela, reitera que no puede en esta pieza de medidas cautelares llevar a cabo un definitivo pronunciamiento sobre tal cuestión, pero que, en todo caso, no observa, en la actuación suspensiva municipal, la existencia de nulidad manifiesta.

d) Por último –en relación con la naturaleza negativa del acto objeto de la pretensión deducida en el recurso– hace suya la doctrina establecida por esta sala (ATS de 10 de abril de 1996 [RJ 1996/3376]) en el sentido de que no resulta viable la suspensión de la ejecución de actos negativos pues, en otro caso, comportaría, en la práctica, la concesión de licencias no obtenidas expresamente.

En apretada síntesis, pues, lo expuesto en los párrafos anteriores pone de manifiesto, sin lugar a ningún género de dudas, que la sala de instancia ha tomado en consideración, con precisión absoluta, los criterios legales y jurisprudenciales de precedente cita, y ello, tras una pormenorizada confrontación de los diversos intereses en conflicto.

En el primer motivo que la parte recurrente articula frente a los anteriores autos de la sala de instancia se pone de manifiesto, con cita del artículo 48 de la LJCA (RCL 1998/1741), que las expresadas resoluciones, denegatorias de la medida cautelar solicitada, fueron dictadas sin obrar en poder de la sala el expediente administrativo, a pesar de haber sido requerida la corporación demandada cinco meses antes del último acto dictado, lo cual implica, según expresa, la quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva generadora de indefensión.

El motivo ha de resultar rechazado por cuanto en el incidente de medidas cautelares que la vigente LJCA regula a partir del artículo 129 no se contempla como requisito imprescindible para la resolución sobre la medida cautelar la previa presencia del expediente previamente remitido

por la Administración demandada. Como hemos señalado con anterioridad, la solicitud de la medida cautelar podrá llevarse a cabo en cualquier estado del proceso (129.1, con la excepción del núm. 2 para las disposiciones generales, cuya suspensión de vigencia tan sólo resulta posible efectuarla en el escrito de interposición o en el de demanda), y, por ello –en consecuencia– con anterioridad a la solicitud y recepción del expediente; incluso, el artículo 135 de la misma LJCA, con carácter previo o provisional, y en atención a circunstancias de especial urgencia, contempla la posibilidad de la adopción de las medidas cautelares sin la audiencia de la parte contraria, que tiene lugar en una posterior comparecencia revisora para la que tampoco se exige la previa remisión del expediente.

En la misma línea, el artículo 131 de la LJCA, inciso segundo, al regular el incidente cautelar (que tan sólo requiere su sustanciación en pieza separada y la audiencia de la parte contraria) considera posible la resolución del mismo –y la adopción o denegación de la medida cautelar– aun sin que la Administración demandada hubiera comparecido, procesalmente representada, en el recurso, bastando (para no vulnerar el principio de contradicción) la audiencia del concreto órgano autor de la actividad impugnada. Circunstancia que enlaza con lo establecido en el artículo 50 de la LJCA en el sentido de que el emplazamiento de la Administración se entenderá efectuado por la reclamación del expediente. En consecuencia, la pieza separada de medidas cautelares, y la decisión sobre las mismas, cuenta con un recorrido procesal independiente del emplazamiento y la personación procesal de la Administración en las actuaciones, y por ello de remisión del expediente.

Debe, por otra parte, igualmente destacarse como en el artículo 132.1, inciso segundo, se contempla la posibilidad de la modificación o revocación de las medidas cautelares durante el curso del procedimiento si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado, y que, obviamente, podrían deducirse del examen del expediente una vez remitido por la Administración demandada, pues lo que el legislador prohíbe en el número 2 del citado artículo es la modificación o revocación de las mismas en razón de los distintos avances que se vayan haciendo durante el proceso respecto al análisis de las cuestiones formales o de fondo que configuran el debate, o bien, como consecuencia de la modificación de los criterios de valoración que el juez o tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar.

En todo caso debemos recordar que los intereses en conflicto no pue-

den dejar de contemplarse, en un proceso judicial, dentro del marco jurídico por el que se rigen (STS 2 de junio de 2004 [RJ 2004/3935]), y, sin duda, en el marco jurídico previsto por el legislador para la resolución sobre las medidas cautelares –cual es la pieza separada incidental prevista en el artículo 131 de la LJCA (RCL 1998/1741)– no se contempla la previa remisión del expediente administrativo en el que la Administración ha adoptado la decisión que se pretende afectar con la medida cautelar. El motivo, pues, ha de ser rechazado.

En el segundo motivo la parte recurrente expone que la sala de instancia, al resolver el recurso de súplica obvió las cuestiones que en el mismo se le suscitaban, habiendo generado indefensión al faltar la correspondiente motivación con quiebra de los principios contenidos en el artículo 120.3 y 24.1 de la CE (RCL 1978/2836), en relación con el 67 de la LJCA (RCL 1998/1741) que impone la obligación de resolver en la sentencia todas las cuestiones controvertidas en el proceso.

En concreto, se pone de manifiesto que en el auto de 4 de febrero de 2003, resolutorio del recurso de súplica formulado, no se responde a una serie de cuestiones que con precisión se detallan en el desarrollo del motivo: a) Sobre la inaplicabilidad al supuesto de autos del ATS de 10 de abril de 1996 (RJ 1996/3376); b) Sobre la circunstancia del cumplimiento de la legalidad por parte de los recurrentes e incumplimiento manifiesto y flagrante por parte de la corporación demandada; c) Sobre la diferenciación entre inactividad administrativa, actos positivos y actos negativos; d) Sobre la quiebra de la apariencia de presunción de legalidad en la orden de precinto al tratarse de la única actuación realizada en relación con la licencia; e) Sobre la falta de relevancia de las alegaciones de la corporación municipal al carecer de documentación que la avale; f) Sobre la pertenencia de la suspensión cautelar a la tutela judicial efectiva a través de la cual se controla la legalidad de la ejecutividad de los actos de las administraciones; g) Sobre la circunstancia de que la denegación de suspensión implica dejar sin contenido los artículos 166.5.b) de la Lotencan (RCL 2000/1230 y LCAN 2000/90), así como los 42 y 43 de la LJCA; h) Sobre la quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva al no existir indicio alguno en la pieza separada del que se constate la conformidad al ordenamiento jurídico del acto de precinto recurrido; i) Sobre la pérdida de finalidad del recurso por no accederse a la suspensión del precinto; j) Sobre la procedencia de la suspensión con base en la doctrina jurisprudencial dimanante del principio de confianza legítima, y k) Sobre la nulidad por vía de

hecho producida al haberse acordado el precinto de unas obras respecto de las que se había obtenido licencia por vía de silencio administrativo positivo.

En realidad, si bien se observa, el planteamiento de la parte recurrente contiene una doble perspectiva, pues, en relación con la extensa relación de las cuestiones expresadas, plantea tanto la falta de motivación de las respuestas, como la ausencia de las mismas, lo cual –en algunos puntos concretos– no deja de ser contradictorio. Son, en muchas ocasiones, perspectivas diferentes de una misma realidad cuya separación se presenta ciertamente difícil:

1. Por lo que hace referencia a la incongruencia omisiva, la misma se produce cuando, por dejar imprejuzgada la pretensión oportunamente planteada, el órgano judicial no tutela los derechos e intereses legítimos sometidos a su jurisdicción provocando una denegación de justicia, lo cual requiere la comprobación de que existe un desajuste externo entre el fallo judicial y las pretensiones de las partes, debiendo, no obstante, tenerse en cuenta que no toda falta de respuesta a las cuestiones planteadas por las partes produce una vulneración del derecho a la tutela efectiva, pues resulta preciso ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar, primero, si la cuestión fue suscitada realmente en el momento oportuno [...] y, segundo, si el silencio de la resolución judicial representa una auténtica lesión del derecho reconocido en el artículo 24.1 de la CE (RCL 1978/2836) o si, por el contrario, puede interpretarse razonablemente como una desestimación tácita que satisface las exigencias de la tutela judicial efectiva. En consecuencia, se insiste en que debe distinguirse entre lo que son meras alegaciones o argumentaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones, sin que las primeras requieran una respuesta explícita y pormenorizada, mientras que, por el contrario, las pretensiones sí exigen de respuesta congruente [...] sin más excepción que la de una desestimación tácita de la pretensión, de modo que del conjunto de razonamientos de la decisión pueda deducirse. Y, a todo lo anterior, habremos de añadir que la incongruencia omisiva es un quebrantamiento de forma que sólo determina vulneración del artículo 24.1 de la CE si provoca la indefensión de alguno de los justiciables (extractado de la STC 8/2004, de 9 de febrero [RTC 2004/8]).

2. En relación con la también denunciada exigencia de motivación, diremos, con la STC 6/2002 de 14 de enero (RTC 2002/6), que la obligación de motivar las sentencias no es sólo una obligación impuesta a los órganos

judiciales por el artículo 120.3 de la CE (RCL 1978/2836), sino también, y principalmente, un derecho de los intervinientes en el proceso que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado por el artículo 24.1 de la CE, que únicamente se satisface si la resolución judicial, de modo explícito o implícito, contiene los elementos de juicio suficientes para que el destinatario y, eventualmente, los órganos encargados de revisar sus decisiones puedan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; a ello, sin embargo, añadiremos, con la STC 301/2000 de 11 de diciembre (RTC 2000/301), que el deber de motivación de las resoluciones judiciales no autoriza a exigir un razonamiento jurídico exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles hayan sido los criterios jurídicos fundamentadores de la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquélla.

Partiendo de la doctrina jurisprudencial anteriormente citada y, vistas las concretas –y expresas– respuestas de la sala de instancia en relación con la pretensión de referencia –la adopción de la medida cautelar se suspensión–, es evidente que no puede accederse a la estimación del motivo fundamentado en tal argumentación. La sala de instancia, comenzando por la congruencia, da cumplida respuesta a la mencionada y concreta pretensión de la parte recurrente en relación con la medida cautelar de suspensión. El contenido y sentido de las respuestas podrá ser tomado en consideración por la parte recurrente, discutirse o rechazarse, pero el pronunciamiento jurisdiccional ha existido, en los términos requeridos por la jurisprudencia, y ha constituido una respuesta motivada y razonada a la pretensión cautelar formulada.

Si bien se observa –y al margen de referirse al auto resolutorio de la súplica– la sala responde a la única pretensión susceptible de ser ejercitada en el incidente cautelar que nos ocupa que no es otra que la medida cautelar de levantamiento de la suspensión y precinto de obras llevado a cabo por el Ayuntamiento demandado, limitando con claridad su ámbito de respuesta, pues, según expresa, no puede la sala entrar a examinar los motivos –de fondo– que la parte esgrime invocando la existencia del acto presunto a su favor, ya que, según con precisión argumenta, salvo en los supuestos en los que resulte ostensible la prosperabilidad del recurso no cabe analizar en la pieza de medidas cautelares de forma pormenorizada

lo que es objeto de la pieza principal del mismo. Y, no obstante ello, la sala cita y reproduce el precepto autonómico (166.6 de la Lotencan [RCL 2000/1230 y LCAN 2000/90]) que, desde el enjuiciamiento que puede realizarse en la pieza separada, impediría el haber obtenido la licencia de forma presunta, circunstancia que, en el supuesto de autos, no puede afirmar cuando no resulta evidente su obtención. Tal conclusión es deducida por la sala de instancia tras analizar la certificación que se cita del Colegio Oficial de Arquitectos de Canarias –sobre el cumplimiento de la legalidad urbanística por el proyecto presentado para la obtención de la licencia–, en relación con el contenido de la resolución municipal así como con la de la Agencia de Protección del Medio Urbano y Natural de Canarias, de 22 de mayo de 2002, igualmente suspensiva –desde su perspectiva competencial– de las mismas obras realizadas por los recurrentes.

La sala de instancia rechaza, igualmente, poder deducir –en este momento y lugar procesal– la existencia de causa de nulidad de pleno derecho de la decisión municipal cuya suspensión pretende, ya que, en este momento, no puede pronunciarse sobre el hecho de la ubicación de la obra en suelo urbano o –al menos parcialmente– urbanizable, circunstancia que obviamente le impide decidir sobre la existencia de acto presunto concesionario de licencia. Igualmente, analiza los posibles perjuicios derivados de la no-adopción de la medida, insistiendo en la situación de inicio de las obras y señalando, como consecuencia de tal circunstancia, que las consecuencias económicas que se derivarían para la empresa serían mucho mayores a las que puedan resultar en el momento actual, en el que la edificación se encuentra muy en sus comienzos.

La sala, por último, niega la posible pérdida de finalidad del recurso, como consecuencia de la no-adopción de la medida cautelar solicitada, y apela al interés público ínsito en la aplicación de la normativa urbanística.

En consecuencia, la sala de instancia –como hemos expuesto– ha contemplado en su valoración y ponderación de las circunstancias concurrentes los expresados criterios legales del *periculum in mora*, la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) y la comparación de los intereses en conflicto, tomando, además, en consideración la naturaleza negativa del acto, y, señalando, como conclusión, lo ya expuesto con anterioridad, que ha justificado la denegación de medida cautelar judicial solicitada y el mantenimiento de la suspensión administrativa acordada por el alcalde de La Matanza de Acentejo. No sólo, pues, las pretensiones –sino incluso las argumentaciones de la parte recurrente– han

contado con una sólida y motivada respuesta que nos obliga a rechazar este segundo motivo. En el cuarto motivo se denuncia igualmente vulneración de las normas reguladoras de la sentencia (en este caso, autos) al justificarse, según se expresa, la desestimación del recurso de súplica en una manifiesta confusión entre el expediente de concesión de licencia y el de control de su ejecución.

Al margen de no citarse precepto alguno como infringido debemos insistir en que la línea argumental de la sala ha sido, justamente, la delimitación del ámbito del incidente o pieza de medidas cautelares insistiendo, en los dos autos, en la imposibilidad de llevar a cabo, anticipados pronunciamientos sobre la pretensión del recurso.

Como apoyo del quinto motivo [ya al amparo del artículo 88.1.d)] la parte recurrente parte de una evidente afirmación jurisprudencial, cual es que las medidas cautelares contenidas en los artículos 129 y 130 de la LJCA (RCL 1998/1741) se encuentran directamente relacionadas con el derecho a la tutela judicial efectiva ex artículo 24 de la CE (RCL 1978/2836), afirmación de la que deduce que es necesario un análisis *prima facie* de los actos administrativos con la finalidad de evaluar el conceder preponderancia al principio de ejecutividad o proceder a la suspensión cautelar, posición que ha sido transgredida por la sala de instancia al no acceder a la suspensión.

Con lo manifestado, anteriormente, en relación con la remisión del expediente y sobre el ámbito de los pronunciamientos a realizar en la Pieza Incidentar de Medidas Cautelares, en el sexto motivo [88.1.d) de la LJCA [RCL 1998/1741]] la recurrente considera infringida la jurisprudencia de esta sala que cita (STS 20 de enero de 1988 [R] 1988/319], 26 de septiembre de 1986 [R] 1986/5992], 21 de marzo de 1988 [R] 1988/2241], 17 de julio de 1990 [R] 1990/6568] y 18 de abril de 1995 [R] 1995/4168]) de la que la recurrente deduce, según expresa, la procedencia de acceder a las medidas cautelares instadas cuando nos encontramos en supuestos dudosos respecto a la obtención de licencia y ello porque siempre será posible la restauración del orden urbanístico, quedando con ello servidos los intereses públicos.

Examinadas las STS de precedente cita, si bien –alguna– se refiere a la cuestión relativa a la obtención por vía de silencio administrativo de licencia de obras, sin embargo ninguna de ellas contempla la cuestión que aquí nos ocupa relativa a las medidas cautelares. El motivo, pues, ha de ser rechazado.

Por último, en el séptimo y último motivo [igualmente al amparo del 88.1.d) de la LJCA [RCL 1998/1741]] la recurrente considera vulnerada la jurisprudencia –que sin embargo no cita– que ha establecido, según manifiesta, la procedencia de acceder a las medidas cautelares instadas cuando nos encontramos en supuestos en los que la Administración ha actuado por la vía de hecho frente a la adquisición de licencia de obras por aplicación del silencio administrativo positivo.

La respuesta ha de ser la misma, puesto que, con reiteración, la sala de instancia ha insistido –como hemos sobradamente expuesto– en la imposibilidad de pronunciarse, en la Pieza de Medidas Cautelares, sobre la obtención de la licencia solicitada por vía de silencio, habiendo argumentado al respecto en que tal decisión no implica la pérdida de la eficacia del recurso, en que el examen de la legalidad de fondo le impide tal pronunciamiento al no poder deducir una ostensible nulidad de pleno derecho de la resolución que se impugna, y en que los intereses –públicos y privados– en juego hacen aconsejable la denegación de la medida cautelar de suspensión de la paralización y precinto de las obras al encontrarse las mismas en el momento de su inicio. Por todo ello, el motivo ha de ser igualmente desestimado.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5) de 5 de octubre de 2005 (RJ 2005/8465). Suspensión de la ejecución del acto administrativo o de la disposición objeto de impugnación. Requisitos: daños o perjuicios de reparación imposible o difícil; suelo y ordenación urbana; demolición de edificación; examen; suspensión precedente.

Alega la representación procesal de la Administración autonómica, comparecida como recurrida, que el recurso de casación es inadmisibles porque en el escrito de preparación no se ha realizado el imprescindible juicio de relevancia sobre el derecho estatal que pudiera ser determinante del fallo de la sentencia que recaiga sobre el fondo.

Esta causa de inadmisión, como hemos declarado en nuestra sentencia de esta misma fecha, dictada en el recurso de casación 3207 de 2003, es manifiestamente rechazable por cuanto la procedencia o no de adoptar durante la tramitación de un proceso medidas cautelares se basa exclusivamente en los preceptos recogidos al respecto en la Ley de esta jurisdicción (RCL 1998/1741) (artículos 129 a 136), frente a cuyas decisiones el artículo 87.1.b) de la misma Ley permite deducir el oportuno recurso de casación, sin que, por tanto, sea aplicable, lógicamente,

te, lo establecido en el apartado 4 del artículo 86 de la propia Ley jurisdiccional.

El primer motivo de casación, alegado por la representación procesal del recurrente, se basa en que la sala de instancia, al denegar la medida cautelar de suspensión solicitada, ha infringido lo dispuesto en el artículo 130 de la vigente Ley jurisdiccional (RCL 1998/1741), dado que la acción ejercitada en el proceso principal perdería su finalidad si es demolida la nave, según ordena la resolución administrativa, causando con ello un grave perjuicio irreparable no sólo al titular de la misma sino a los terceros que en ella tienen instalados sus negocios o industrias y a los empleados de éstos, mientras que, de no demolerse hasta la definitiva resolución del pleito, el interés público no experimentaría perjuicio alguno.

El segundo motivo de casación, basado en infracción de la doctrina jurisprudencial recogida en los autos y la sentencia de esta sala del Tribunal Supremo transcritos en dicho motivo, es complementario del anterior, al contemplar reiterados supuestos en que hemos suspendido órdenes de demolición por el carácter irreversible de ésta.

La sala de instancia justifica la denegación de la suspensión por entender que la acción ejercitada, de anularse la orden de demolición, no dejaría de ser eficaz por cuanto resultaría indemnizable el perjuicio causado y cabría la reconstrucción de lo indebidamente derruido.

Sin negar que tal reconstrucción sería posible, no cabe negar la pérdida de la finalidad del proceso en el que se pretende la declaración de ilegalidad de dicha orden de demolición, que, de llevarse a cabo, se habría consumado cuando recayese sentencia, mientras que, al señalar la Administración comparecida, autora de dicho acto, la perturbación que la suspensión produciría en los intereses generales, no apunta otra que la falta de ejemplaridad *erga omnes*, que supone que no se ejecute una demolición acordada por no haberse ajustado al planeamiento la obra realizada.

Entendemos nosotros, sin embargo, que la demora en ejecutarla, hasta la resolución del pleito, no priva de eficacia ejemplarizante a la decisión, mientras que, si se declarase improcedente la orden de derribo, el proceso habría logrado su objetivo, que, de lo contrario, perdería su finalidad por cuanto sólo cabría, como apunta la sala de instancia, una indemnización compensatoria.

Si ponderamos, además, ese interés general en ejecutar de inmediato la demolición y el esgrimido por el solicitante de la medida en evitación del

cierre de su negocio y el de los demás que ocupan la nave, entendemos que la demora en ejecutar el acto impugnado, hasta la finalización del proceso, no le priva de su eficacia ejemplar, mientras que se evita paralizar las actividades empresariales ejercidas en la nave y tener que reconstruirla de prosperar la acción de anulación que se ejercita por el peticionario de la medida cautelar. A estas razones, se debe añadir la circunstancia acreditada, en virtud de las sentencias aportadas al amparo de lo dispuesto en el artículo 271.2 de la vigente Ley de enjuiciamiento civil 1/2000 (RCL 2000/34, 962 y RCL 2001/1892), que el planeamiento urbanístico general del municipio, aplicado para ordenar la demolición de la nave, ha sido anulado en sendas sentencias dictadas por la propia sala de instancia, con lo que la doctrina de la apariencia de buen derecho aconseja también, aun aplicada con la necesaria prudencia en evitación de prejuzgar el fondo de la cuestión planteada en el proceso principal, acceder a dicha suspensión provisional de la orden de demolición, razón por la que ambos motivos de casación deben ser estimados.

Por las mismas razones expresadas para la estimación de los motivos alegados procede, en cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 2.d) del artículo 95 de la vigente Ley jurisdiccional (RCL 1998/1741), que declaramos la suspensión cautelar de la orden de demolición de la nave, contenida en la resolución administrativa impugnada, hasta tanto se resuelva el pleito principal, sin que proceda exigir para ello la prestación de fianza o caución por entender que tal suspensión no es susceptible de causar perjuicios al interés general ni a terceros.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5), de 14 de junio de 2002 (RJ 2002/5931). Suspensión de la ejecución del acto o disposición objeto del recurso. Requisitos: ponderación de intereses; licencias de obras; prórroga; otorgamiento de suspensión improcedente.

Entrando ya en el examen del único motivo de casación formulado, vamos a confirmar el criterio de la sala de instancia. La fundamentación del motivo aduce una serie de consideraciones muy generales sobre la pérdida de la finalidad legítima del recurso, el supuesto *periculum in mora* o el *fumus boni iuris* de la pretensión cautelar que no enervan la sólida apreciación de la sala de instancia.

No cabe olvidar que lo que se impugna en los autos principales es la prórroga de una licencia municipal en suelo urbano consolidado. La licencia primitiva resulta *prima facie* como concedida –como correctamente

subraya la sala *a quo*— por otra Administración pública en el ejercicio de sus competencias y en el marco de las responsabilidades que la Ley le confiere. La Administración municipal demandada sostiene que esa licencia primitiva no había caducado cuando se prorrogó. En tal estado de cosas las alegaciones sobre el afirmado incumplimiento de los trámites que se aducen no alcanzan a beneficiarse del criterio de la apariencia de buen Derecho que se sostiene, ya que precisan necesariamente de un examen de la cuestión de fondo, que es lo que se discute en el proceso principal. Tampoco se ha demostrado que pierda su finalidad el recurso en la hipótesis de una sentencia favorable a las tesis de la actora. La valoración de los intereses en conflicto efectuada por las resoluciones recurridas es correcta ya que al interés público superior que invoca la Administración recurrente se opone el interés, también público, de una Administración local en la ejecución de sus actos, al que se añade el interés particular del titular de la licencia a no verse perjudicado por la medida de suspensión. Todo ello nos lleva a desestimar el motivo.

2. El Derecho Urbanístico conoce también otro tipo de medidas cautelares que, tomadas a préstamo del Derecho civil, introdujo con carácter general en nuestro ordenamiento el Texto refundido de la Ley del suelo de 1992. El artículo 307.6, expresamente declarado vigente por la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, dispone que será inscribible en el Registro de la Propiedad la interposición de recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de instrumentos de planeamiento, de ejecución del mismo o de licencias.

Los artículos 67 a 72 del Real decreto 1093/1997, de 4 de julio, que desarrolla las normas hipotecarias urbanísticas establecen las normas de la anotación preventiva, poniendo fin a la polémica existente con anterioridad al exigir para la anotación en el registro que el recurrente ofrezca indemnización por lo perjuicios que pudieran seguirse de tal forma que, la falta de caución, que, en su caso, exija el tribunal para evitar daños al titular de la finca o derecho anotado impedirá la práctica de la anotación. Precepto éste que es lógico para prevenir el uso torticero de los recursos contenciosos en materia urbanística, pero cuya legalidad es más que discutible al no tener base bastante en la Ley hipotecaria y suponer una mediatización de las potestades del juez o tribunal de lo contencioso.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5), de 30 de noviembre de 2005 (RJ 2006/1396), medidas cautelares (LJCA/1998): Anotación preventiva; interposición de recurso

contra proyecto de reparcelación; criterios y proporcionalidad; examen; medida procedente.

Como decimos, la sala de instancia adoptó la medida cautelar de anotación preventiva del recurso, condicionada a la previa prestación de la caución exigida, y se basó para ello, en síntesis, y por lo que aquí interesa, en la siguiente argumentación:

a) En el auto de 9 de mayo de 2002 se expresa una triple argumentación, que podemos extraer de su contenido:

1. La existencia de la medida cautelar: La posibilidad de la anotación preventiva como medida cautelar para garantizar la ejecutividad de la sentencia que en su día se dicte, si es estimatoria, está contemplada en el procedimiento previsto en los artículos 129 y siguientes de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (RCL 1998/1741).

2. La acreditación de los requisitos: Habiéndose acreditado por la recurrente la concurrencia de los dos factores requeridos legal y jurisprudencialmente: que se le pueden causar perjuicios de imposible o difícil reparación y que la actividad de la Administración no sufre con ello merma o perjuicio en el servicio público.

3. La oferta de la caución necesaria: Ante la hipotética posibilidad de que de la medida cautelar acordada pudiera derivarse algún perjuicio a los intereses públicos o de terceros, procede exigir a la parte recurrente la previa prestación de caución por la cantidad de 1927.419 euros, que viene a ser representativa de la cuantía del recurso.

b) Y, en el auto resolutorio del recurso de súplica, de 19 de julio de 2002:

1. Se subsana el defecto de no haberse aportado la certificación registral que reglamentariamente exige el Real decreto 1093/1997 (RCL 1997/1861).

2. Se insiste en el carácter cautelar de la medida: estamos ante una medida cautelar no decidiendo el fondo del recurso, por lo que la anotación no es más que eso, dejar constancia en el registro advirtiendo de la pendencia del recurso sobre las fincas afectadas por el mismo, con el fin de que la sentencia que en su día se dicte, si fuere estimatoria, no se encuentre con terceros adquirentes de buena fe y se imposibilite de ejecución o se haga excesivamente gravosa.

3. En relación con la cuantía de la caución exigida se señala que se ha fijado la misma teniendo en cuenta lo manifestado por el Ayuntamiento de Orihuela de forma subsidiaria en el escrito de 26 de julio de 2001 y la efectividad de la medida está condicionada a la prestación de la misma.

Contra los mencionados autos ha interpuesto recurso de casación la entidad Cucheto, SL en el cual esgrime tres motivos de impugnación articulados (según deducimos, a la vista de sus contenidos, y sin perjuicio de lo que mas adelante diremos) respectivamente, al amparo de los apartados d) –el primero y segundo–, y c) –el tercero–; apartados todos ellos del artículo 88.1, en relación con el 87.1.b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio (RCL 1998/1741), reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA); esto es, (1) por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate, y por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales generadoras de indefensión.

El Tribunal Supremo tras una extensa y precisa exposición de la regulación que en materia de adopción de medidas cautelares hace la LJCA de 1998, se manifiesta en los siguientes términos, empezando a analizar [...] justamente este tercer motivo que se fundamenta –según se expone– en la existencia de incongruencia omisiva, con infracción de la jurisprudencia que se cita del Tribunal Supremo (STS de 19 de diciembre de 2001 [RJ 2002/657]) y del Constitucional (STC 139/97 [RTC 1997/139] y de 26 de octubre de 1998 [RTC 1998/206]), al haber resuelto la sala de instancia ignorando por completo y sin hacer referencia a las razones esgrimidas en oposición a la medida cautelar solicitada, tanto en el escrito de alegaciones como en el recurso de súplica.

En relación con este motivo [que, sin duda –y dado su contenido– se articula a través del apartado c) del artículo 88.1 de la LJCA [RCL 1998/1741], debemos recordar, en lo referente a la mencionada incongruencia omisiva, que la misma se produce cuando, por dejar imprejuzgada la pretensión oportunamente planteada, el órgano judicial no tutela los derechos e intereses legítimos sometidos a su jurisdicción provocando una denegación de justicia, lo cual requiere la comprobación de que existe un desajuste externo entre el fallo judicial y las pretensiones de las partes, debiendo, no obstante, tenerse en cuenta que no toda falta de respuesta a las cuestiones planteadas por las partes produce una vulneración del derecho a la tutela efectiva, pues resulta preciso ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar, primero, si la cuestión fue suscitada realmente en el momento oportuno [...] y, segundo, si el silencio de la resolución judicial representa una auténtica lesión del derecho reconocido en el artículo 24.1 de la CE (RCL 1978/2836) o si, por el con-

trario, puede interpretarse razonablemente como una desestimación tácita que satisface las exigencias de la tutela judicial efectiva. En consecuencia, se insiste en que debe distinguirse entre lo que son meras alegaciones o argumentaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones, sin que las primeras requieran una respuesta explícita y pormenorizada, mientras que, por el contrario, las pretensiones sí exigen de respuesta congruente [...] sin más excepción que la de una desestimación tácita de la pretensión, de modo que del conjunto de razonamientos de la decisión pueda deducirse. Y, a todo lo anterior, habremos de añadir que la incongruencia omisiva es un quebrantamiento de forma que sólo determina vulneración del artículo 24.1 de la CE si provoca la indefensión de alguno de los justiciables (extractado de la STC 8/2004, de 9 de febrero [RTC 2004/8]).

Por nuestra parte, hemos señalado (STS de 10 de marzo de 2003 [R] 2003/3019) que el cumplimiento de los deberes de motivación y de congruencia se traduce, en síntesis, en una triple exigencia: por un lado, la exteriorización de un razonamiento que, siendo jurídico, por discurrir sobre aquello que en Derecho pueda ser relevante, se perciba como causa de la decisión a la que llega el juzgador; por otro, la extensión de tal razonamiento, explícita o implícitamente, a las cuestiones que, habiendo sido planteadas en el proceso, necesiten ser abordadas por depender de ellas la decisión; y, en fin, una decisión cuyo sentido abarque, inequívocamente, todas las pretensiones deducidas. La congruencia de las sentencias no requiere una exhaustiva argumentación que discurra paralela con las alegaciones de las partes, bastando con un razonamiento suficiente que dé cumplida respuesta a las pretensiones de los sujetos de la relación procesal. Y que, tal como afirma la doctrina constitucional, tratándose, no de las pretensiones, sino de las alegaciones aducidas por las partes para fundamentarlas, no es necesaria una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, siendo suficiente, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global y genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales.

Partiendo de la doctrina jurisprudencial anteriormente citada y, vistas las concretas –suscintas, pero ciertas– respuestas de la sala de instancia en relación con la pretensión de tutela cautelar (concretada en la anotación registral de la demanda), tal como hemos anticipado, es evidente que no puede accederse a la estimación del motivo fundamentado en la anterior argumentación.

La sala de instancia, de conformidad con la exigencia de congruencia, da cumplida respuesta a la mencionada y concreta pretensión cautelar de la parte recurrente (pretensión contemplada en el artículo 31.2 de la citada LJCA [RCL 1998/1741]), pero atendiendo y valorando las argumentaciones de la demandada en oposición a la misma. El contenido y sentido de las respuestas, y la valoración de sus argumentaciones, podrá ser tomado en consideración por la parte recurrente, discutirse o rechazarse, pero el pronunciamiento jurisdiccional ha existido, en los términos requeridos por la jurisprudencia, y ha constituido una respuesta motivada y razonada a la pretensiones contradictorias de ambas partes.

Debe insistirse en la distinción –ya puesta de manifiesto– que la jurisprudencia realiza entre pretensiones y argumentaciones, y reiterar la ausencia de vicio de incongruencia aun cuando los autos de instancia no respondieran a todas las argumentaciones de las partes, que es lo que en realidad ha podido ocurrir en el supuesto de autos, al poner de manifiesto la entidad recurrente la falta de respuesta de la sala a sus argumentaciones efectuadas en oposición a la medida cautelar solicitada, tanto en el escrito de alegaciones como en el recurso de súplica.

Pues bien, en el supuesto de autos que ahora examinamos, ha existido respuesta expresa suficiente, por parte de la sala de instancia, en relación con la pretensión de oposición a la medida cautelar de anotación de demanda, por lo que el motivo debe rechazarse.

Los otros dos motivos, que evidentemente cuentan con conexión en su planteamiento, podemos analizarlos de forma conjunta, teniendo ambos que ser rechazados.

El primer motivo se considera infringido el artículo 130 de la vigente LJCA (RCL 1998/1741) (que la recurrente analiza desde la perspectiva del artículo 3 del Código civil [LEG 1889/27]), considerando, según expresa, que una medida cautelar nunca podrá exceder el ámbito de otorgar mayor cobertura que la que se persigue en la pretensión procesal cuya eficacia se pretende salvaguardar, y, significando, que ello es lo que acontece en el supuesto de autos en el que la decisión adoptada sobrepasa con mucho la pretensión procesal legítima formulada por el demandante, ya que la pretensión de la recurrente en la demanda afectaba a una finca de 13.026 m² (que, tras el procedimiento reparcelatorio se reduciría aproximadamente a la mitad) mientras que las fincas resultantes sobre las que se proyecta la anotación preventiva de demanda cuentan con una superficie total de 48.098 m², estándose, en realidad, ante una medida

confiscatoria en el patrimonio de propietarios cuyas fincas no tenían por qué verse afectadas.

En el segundo motivo la recurrente considera que se ha vulnerado el artículo 103 de la Constitución (RCL 1978/2836), precepto que, según se expresa, obliga a la función jurisdiccional y que, en relación con el artículo 7 del Código civil, obliga a los tribunales a apreciar el abuso del derecho en la petición de tutela cautelar efectuada, teniendo en cuenta las expresadas dimensiones de las fincas afectas; tal medida ha situado al recurrente en una posición negocial de dominio.

En concreto, si bien se observa, las argumentaciones de la recurrente cuentan con un solo hilo conductor, cual es la relativa a la proporcionalidad y adecuación de la medida cautelar adoptada, a la vista de la participación de la recurrente. Por ello, el recurso nos obliga –tratándose la anotación del recurso de una medida cautelar– a su análisis desde la perspectiva del ya expuesto sistema cautelar (fundamento cuarto) de la vigente LJCA (RCL 1998/1741).

Pues bien, de las anteriores características del nuevo sistema de medidas cautelares establecido en la Ley 29/1998, de 13 de julio, debemos destacar, ahora, dos aspectos: En primer término, sin ninguna duda, debe destacarse la apuesta del legislador por el criterio o presupuesto legal del denominado *periculum in mora* como fundamento de las innominadas medidas cautelares; y, en segundo lugar, como contrapeso o parámetro de contención del anterior criterio, el nuevo sistema exige, al mismo tiempo, una detallada valoración o ponderación del interés general o de tercero. No obstante ello, como veremos, la jurisprudencia posterior a la LJCA continúa concediendo amplia virtualidad a la doctrina de la apariencia de buen derecho, si bien con ciertas modulaciones en relación con su inicial proclamación.

En relación con el citado primer aspecto, la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, posterior a la LJCA, con reiteración lo ha destacado y precisado. Así, en los ATS de 22 de marzo (RJ 2000/3218) y 31 de octubre de 2000 (RJ 2000/9884) se señala que esta Sala ya ha declarado de manera reiterada, en el artículo 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio (RCL 1998/1741), reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, el criterio elegido para decidir la suspensión cautelar es que la ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso. Y esta exigencia viene a representar lo que tradicionalmente se ha denominado el requisito del *periculum in mora*; resoluciones que señalan que el mismo opera como criterio decisor de la suspensión cautelar.

Por su parte, los ATS de 2 de noviembre de 2000 (RJ 2000/9844) y 5 de febrero (RJ 2001/1398), 21 de marzo (RJ 2001/5914) y 25 de junio de 2001 (RJ 2001/5801) exponen que en el nuevo régimen de medidas cautelares, ya no sólo limitado a la suspensión, instaurado por la Ley 29/1998, de 13 de julio (RCL 1998/1741), reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, partiendo de aquel principio general –no otro sentido puede tener el adverbio únicamente del artículo 130.1–, se permite al órgano jurisdiccional en sus artículos 129 y 130, la adopción de las medidas cautelares teniendo en cuenta una doble referencia: valorando no sólo la posibilidad de que la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, sino también la de que con la medida cautelar pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el juez o tribunal ponderará de forma circunstanciada.

La exégesis del precepto conduce a las siguientes conclusiones:

a) la adopción de la medida, exige de modo ineludible, que el recurso pueda perder su finalidad legítima, lo que significa que, de ejecutarse el acto, se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad, en el caso de estimarse el recurso;

b) aun concurriendo el anterior presupuesto, puede denegarse la medida cautelar, siempre que se aprecie perturbación grave de los intereses generales o de tercero, lo que obliga a efectuar siempre un juicio comparativo de todos los intereses en juego, concediendo especial relevancia, a la hora de decidir, a la mayor perturbación que la medida cause al interés general o al de un tercero afectado por la eficacia del acto impugnado; y,

c) en todo caso el juicio de ponderación que al efecto ha de realizar el órgano jurisdiccional debe atender a las circunstancias particulares de cada situación, y exige una motivación acorde con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción o no de la medida cautelar solicitada.

Como hemos señalado en nuestra STS de 18 de noviembre de 2003 (RJ 2004/58) la finalidad legítima del recurso es, no sólo, pero sí prioritariamente, la efectividad de la sentencia que finalmente haya de ser dictada en él; de suerte que el instituto de las medidas cautelares tiene su razón de ser, prioritaria, aunque no única, en la necesidad de preservar ese efecto útil de la futura sentencia, ante la posibilidad de que el transcurso del tiempo en que ha de desenvolverse el proceso lo ponga en riesgo, por poder surgir, en ese espacio temporal, situaciones irreversibles o de difícil o costosa reversibilidad.

La pérdida de la finalidad legítima del recurso es, así, la causa que legitima la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas, suficientes y no excesivas, para evitarla en el caso en concreto, valorando para ello, de manera circunstanciada, esto es, atendiendo a las circunstancias del caso, todos los intereses en conflicto.

De ahí, también, que no quepa entender vedada, en esa valoración y para apreciar si concurre o no aquella causa, la atención, en la medida de lo necesario, al criterio del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, pues los intereses en conflicto no pueden dejar de contemplarse, en un proceso judicial, dentro del marco jurídico por el que se rigen.

La sala de instancia –como hemos expuesto– ha contemplado, en su valoración y ponderación de las circunstancias concurrentes, los expresados criterios legales del *periculum in mora*, y la comparación de los intereses en conflicto, y, señalando, como conclusión, lo ya expuesto con anterioridad, que ha justificado la adopción de medida cautelar judicial solicitada y la correspondiente anotación del recurso en el Registro de la Propiedad.

Así, la sala:

a) Aplica con corrección el preferente criterio legal del *periculum in mora* cuando afirma que el recurso formulado por los recurrentes podría perder su eficacia y finalidad legítima como consecuencia del rechazo de la medida cautelar interesada. Como expresa, con precisión, el primero de los autos impugnados la anotación preventiva es una medida cautelar para garantizar la ejecutividad de la sentencia que se dicte; añadiendo el segundo de los autos impugnados, que la medida se adopta con el fin de que la sentencia que en su día se dicte, si fuere estimatoria, no se encuentre con terceros adquirentes de buena fe y se imposibilite de ejecución o se haga excesivamente gravosa. Esto es, que la adopción de la medida cautelar de anotación no va a influir en el análisis que, desde una perspectiva de legalidad, se pretende del tribunal de instancia en relación con la pretensión articulada acerca de la legalidad del Decreto aprobatorio del Proyecto de Reparcelación del Sector T-2 Las Filipinas Oeste, el PGOU de Orihuela. Pues, como el mismo auto expone la anotación no es mas que eso, dejar constancia en el registro advirtiendo de la pendencia del recurso sobre las fincas afectadas por el mismo.

b) En relación con la valoración de los intereses en conflicto, considera la sala de instancia que la medida cautelar de referencia tiene –justamente– como finalidad preferente el evitar unos perjuicios de imposible o

difícil reparación –propios de la ejecución de la sentencia– los cuales son considerados como de preferente protección a los de carácter económico de la ahora recurrente, adoptado la sala, no obstante, para la protección también de estos particulares intereses, la contracautela de la exigencia de la correspondiente caución, cuya exigencia, para mayor objetividad, se ha realizado en los términos expresados por el Ayuntamiento de Orihuela, según se expresa.

En apretada síntesis, pues, lo expuesto en los párrafos anteriores pone de manifiesto, sin lugar a ningún género de dudas, que la sala de instancia ha tomado en consideración, con precisión absoluta, los criterios legales y jurisprudenciales de precedente cita, y ello, tras una pormenorizada confrontación de los diversos intereses en conflicto.

La limitación territorial de la dimensión de la medida cautelar de anotación preventiva planteada por la entidad recurrida, alegando el principio de proporcionalidad en relación con la misma y, tomando en consideración la comparación entre la finca de la entidad recurrente y las parcelas resultado de la reparcelación que se impugna, no resulta factible teniendo en cuenta que es este acto de reparcelación –justamente– el objeto de las pretensiones deducidas en el recurso.

Dada la mencionada imposibilidad es por lo que la sala de instancia exige a la recurrente la importante caución solicitada, protegiendo así los futuros e hipotéticos intereses de la recurrida y terceros afectados, sin que pueda olvidarse, por otra parte, y de cara a la interpretación de la dimensión de la anotación practicada que, cualquiera que sean las fincas a las que la misma afecte, tal afectación sólo puede ser entendida en función de las concretas pretensiones parcelarias de la recurrente (partiendo de las actuales dimensiones de su finca), y, por otra parte, de las variaciones que puedan producirse en la ubicación concreta de las parcelas resultantes, lo cual en modo alguno implica una absoluta indisponibilidad del resultado de la reparcelación que se impugna.

Procede la desestimación del recurso, con la consiguiente imposición de las costas del mismo a la parte recurrente, por imperativo del artículo 139 de la LJCA, 29/1998, de 13 de julio (RCL 1998/1741).

Presentación

Antonio ARROYO GIL, letrado de la Fundación Democracia y Gobierno Local 9

Martín BASSOLS COMA: Panorama del Derecho Urbanístico Comparado 11

Javier BARNES: El reparto de competencias en materia de urbanismo. El vicio de incompetencia 27

Rafael FERNÁNDEZ MONTALVO: Legislación urbanística estatal y autonómica. Principios e instituciones comunes 77

Joaquín GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS: La interacción entre planificación territorial y planificación urbanística 105

Dimitry BERBEROFF AYUDA: Las implicaciones ambientales del urbanismo: la evaluación ambiental de los planes urbanísticos 149

Diego CÓRDOBA CASTROVERDE: Influencia de la jurisprudencia comunitaria en materia de contratación pública sobre el urbanismo 193

Domènec SIBINA TOMÀS: Régimen jurídico del suelo urbano consolidado. En especial, el deber de conservación y rehabilitación 223

Jesús María CHAMORRO GONZÁLEZ: Los principios del Derecho Administrativo Sancionador y su incidencia en el ámbito de la disciplina urbanística 275

José Antonio SANTANDREU MONTERO: Las medidas cautelares jurisdiccionales en materia de urbanismo 307



PVP: 20 euros