

Herri-Ardura
laritzazko
Euskal
Aldizkaria

REVISTA VASCA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Barnés, Javier

*La distribución de competencias legislativas en materia
de urbanismo y vivienda*

IVAP

HERRI ARDURALARITZAREN
EUSKAL ERAKUNDEA

Erakunde Autonomiaduna
Organismo Autónomo del



EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO

IRAILA ABENDUA 2007 SEPTIEMBRE
DICIEMBRE

79 (II)

La distribución de competencias legislativas en materia de urbanismo y vivienda

Javier Barnés

LABURPENA: Hirigintza ez da Estatuaren eta autonomia-erkidegoen artean oinarriak-garapena moduan partekatutako eskumena. Autonomia-erkidegoei, hiriko eta lurraldeko eredia dagokie, hiri-sorrerakoa, eta hirigintza arloko gaitasunen eskurapeneko. Estatuari, berriz, esparru erkide bat finkatzea, osagai zehatz batzuen bidez. Estatuak, esan bezala, hirigintzan eragin dezake hainbat eskumenen bitartez; hiru dira eskumen estatal nagusiak: hiri-jabetza, dela alderdi juridiko-publikoan (jabetza horren edukia eta babesa zedarritzea, aginte publikoaren aurrean), dela izari publikoan edo partikularren arteko harremanetan; nahitaezko desjabetzea eta desjabetze bakoitzaren balioespeneko irizpideak, bai eta administrazioaren erantzukizuna ere. Estatuaren legegintza-esparrua pieza orokor eta abstraktuek osatu behar dute, baina ez dezake ezarri edo pentsatu hirigintzako eredu posible bakar batean.

HITZ GAKOAK: Jurisprudentzia konstituzionala. Jabetzaren gaineko eskumen estatalak. Desjabetzea. Erantzukizuna. Espainiako Konstituzioko 149.1.1. art. Toki-autonomia.

RESUMEN: El urbanismo no es una competencia compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas al modo bases-desarrollo. A las Comunidades Autónomas les corresponde el modelo de ciudad y de territorio, de creación de ciudad y de adquisición de facultades urbanísticas. Al Estado la determinación de un marco común a través de elementos puntuales. Tres son las competencias estatales más importantes mediante las cuales puede el Estado incidir sobre el urbanismo: la propiedad urbana, tanto en su vertiente jurídico-pública de delimitación de su contenido y su protección frente al poder público, cuanto en su dimensión civil o de relaciones entre particulares; la expropiación forzosa y los respectivos criterios de valoración; así como la responsabilidad administrativa. El marco legislativo del Estado se debe integrar por piezas generales y abstractas, pero no pueden imponer, ni pensar en un único modelo de urbanismo posible.

PALABRAS CLAVE: Jurisprudencia constitucional. Tribunal Constitucional. Competencias estatales sobre la propiedad. Expropiación. Responsabilidad. Art. 149.1.1.º CE. Autonomía local.

ABSTRACT: City planning is not a power shared between State and Autonomous Communities according to a basic legislation-implementation scheme. Autonomous Communities' job is to establish the model of city and land, the configuration of cities and acquisition of planning faculties. The State's job is to determine a common frame through detailed elements. The most important State powers by means of whom it can affect city planning are three: urban property, either in its public-legal side definition of its content and protection vis-à-vis public authorities, either in its civil side or in relationships between particulars; expropriation and the respective criteria of valuation; and also administrative liability. The State legislative frame is to be integrated by general and abstract parts but they cannot impose or think about a unique possible model of city planning.

KEYWORDS: Constitutional case law. State powers on property. Expropriation. Liability. Autonomy of local entities. Art. 149.1.1 of the Constitution.

SUMARIO:

- I. El urbanismo, tema-testigo de la problemática competencial del Estado autonómico.
 - II. 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.
 1. El urbanismo no es una competencia compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas al modo bases-desarrollo. A las Comunidades Autónomas les corresponde el modelo de ciudad y de territorio; de creación de ciudad y de adquisición de facultades urbanísticas. Al Estado la determinación de un marco común a través de elementos puntuales.
 - 1.1. Punto de partida: el protagonismo autonómico en la definición del respectivo Derecho Urbanístico.
 - 1.2. La competencia legislativa autonómica sobre el urbanismo y la vivienda no es una competencia exclusiva en sentido estricto o absoluto. Las competencias estatales enmarcan, condicionan e influyen la política urbanística autonómica, pero no lo transforman en una competencia «ejecutiva» o de desarrollo.
 - 1.3. Equilibrio o síntesis dialéctica: marco estatal polivalente integrado por elementos puntuales y asistemáticos y modelos autonómicos propios.
 - 1.4. Sobre el modo de ejercer sus competencias el legislador estatal: el modelo de una Directiva de mínimos.
 2. El art. 47 CE, como referente material obligado para el legislador del urbanismo.
 3. Análisis particular de las competencias estatales sobre la propiedad, la expropiación y el sistema responsabilidad
 - 3.1. Sobre la propiedad urbana
 - 3.2. Sobre la expropiación y el sistema de responsabilidad. El procedimiento administrativo
 - 3.3. Posible desarrollo del modelo subyacente en la jurisprudencia constitucional.
 - III. Distribución de competencias en materia de vivienda. En particular, la competencia estatal del art. 149.1.13.ª CE.
 - IV. Breve referencia a la autonomía local y el legislador del urbanismo.
 - V. Sobre los efectos del vicio de incompetencia.
 1. La declaración de nulidad de las sentencias de inconstitucionalidad de leyes a la luz de la CE, la LOTC y la jurisprudencia constitucional.
 2. La declaración de inconstitucionalidad implica el destierro de la norma. Los efectos de esa expulsión (hacia atrás o en origen; «ex nunc»; o diferidos hacia el futuro).
 3. Planteamiento inicial: la reparación del orden competencial por sí misma no requiere de ordinario la retroacción.
 4. La evolución de la jurisprudencia constitucional.
 - VI. Una reflexión final. En torno a la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo.
 1. El esfuerzo de interiorización del sistema de reparto.
 2. ¿Por qué la indebida e innecesaria utilización del art. 149.1.1.ª CE?
 3. La respetuosa sucesión de normas estatales y autonómicas y el ejercicio leal de las respectivas competencias.
 4. Cuando el art. 149.1.13.ª CE se utiliza para «hacer urbanismo» y «política de vivienda».
 5. Sobre las competencias generales del Estado y su traducción o expresión especial en cada sector o en razón de la materia.
 6. Sobre la forma de legislar.
-

El objeto principal de las páginas que siguen se contrae a sintetizar la jurisprudencia constitucional recaída en la materia. El Tribunal Constitucional no sólo hace de «legislador negativo», sino también, y aún más, de «legislador singular». Establece, primero, barreras infranqueables, de las que, con todo, no siempre es fácil inferir lo que tiene o no encaje en el sistema constitucional; menos aún cuáles sean en positivo los criterios de excelencia o de maximización de los valores en juego, pues se limita a fijar el umbral de lo indisponible, no el de la más alta calificación (lo que, por cierto, parece de ordinario olvidarse). Y ofrece, en segundo término, una respuesta «en singular», esto es, no sistemática, completa o abstracta, sino parcial, apegada al caso y a las cuestiones formuladas y, por tanto, insuficiente. Ello significa, obvio es decirlo, que ha de procederse con suma cautela para destilar con acierto lo que de válido o extrapolable tienen las afirmaciones hechas más allá del supuesto enjuiciado. Restan, pues, espacios vacíos en esa especie de telaraña que se va tejiendo con el correr del tiempo. En ocasiones, la interpretación resulta inequívoca o meridiana; en otras, cuando la jurisprudencia sólo ha podido aportar algunos materiales —parámetros incompletos o aislados—, la labor se hace más compleja y dudosa y es necesario inducir hasta donde sea posible cuáles sean las soluciones más coherentes con los referentes ya consolidados. En todo caso, aquí se dejará constancia de tal circunstancia: hasta dónde llega la indubitada regla extraída o sentada por el Tribunal Constitucional y cuándo comienza, en su caso, una reconstrucción o una inferencia del intérprete. Aun cuando un buen resumen sea la mejor investigación, como dijera Jean Guitton, se hace necesario avanzar algunos pasos, cuando menos al objeto de entender el espíritu de la doctrina constitucional, su contexto (normas enjuiciadas y recursos formulados en cada caso) y su proyección. Por último, aunque innecesaria advertencia: no es éste el lugar para hacer una valoración crítica de esa jurisprudencia o del modelo de reparto subyacente; éste, por el contrario, se observa como un dato que nos viene dado; se busca en cambio toda la coherencia y desarrollo que de la jurisprudencia constitucional quepa extraer.

I. El urbanismo, tema-testigo de la problemática competencial del Estado autonómico

La conflictividad que ha experimentado la «cuestión urbanística» desde el bienio 1990-1992 no hay que buscarla exclusivamente en causas intrínsecas. Antes al contrario, 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 difícil juego de las competencias estatales a que se refieren las reglas 1.^a, 13.^a ó 18.^a

del art. 149.1 CE, entre otras, sobre sectores especiales de la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas y, en términos más generales, el complejo «modelo» de distribución; la inexistencia de un sistema de fuentes propio de un Estado compuesto; la ausencia de una Cámara de representación territorial y la intervención, siempre a posteriori, del Tribunal Constitucional como única instancia de arreglo pacífico de controversias; el esquematismo o simplicidad de la LOTC en lo que hace a los efectos de la inconstitucionalidad; etc., parecen guardar alguna relación con esa problemática (1). Resulta necesaria la reforma del sistema general para asegurar tanto el funcionamiento eficaz del Estado como la consecución de más altas cotas de autonomía (2) y, en lo que aquí interesa, para una distribución (reparto y colaboración) más racional y eficaz de las políticas públicas. Ello no empece, claro es, a que hayan de atenderse asimismo las singularidades que el sector del urbanismo presenta (piénsese por ejemplo en la dimensión económica de las actividades urbanizadoras y constructivas; en el peso específico del urbanismo en la financiación y en la hacienda locales; o en las intensas potestades discrecionales de que se ha visto investido el ente local en la definición de la ciudad; etc.).

II. 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

1. El urbanismo no es una competencia compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas al modo bases-desarrollo. A las Comunidades Autónomas les corresponde el modelo de ciudad y de territorio; de creación de ciudad y de adquisición de facultades urbanísticas. Al Estado la determinación de un marco común a través de elementos puntuales

1.1. PUNTO DE PARTIDA: EL PROTAGONISMO AUTONÓMICO EN LA DEFINICIÓN DEL RESPECTIVO DERECHO URBANÍSTICO

La competencia legislativa sobre urbanismo ha sido atribuida a las Comunidades Autónomas, como se desprende de la Constitución (art. 148.1.3.º y 149.1 CE) y de los Estatutos de Autonomía de primera ge-

(1) Con carácter general, sobre el tema me remito a Javier BARNÉS, *La distribución de competencias en materia de urbanismo. Estado, Comunidades Autónomas, Entes locales*, Editorial Bosch, Barcelona, 2002.

(2) La modernización y actualización del esquema de reparto competencial; la introducción de un sistema de fuentes y de normas de diálogo entre ordenamientos; la previsión nuevos mecanismos de resolución de conflictos; o de instrumentos de colaboración administrativa y legislativa; etc. se ha hecho aún más acuciante a resultas de la segunda generación de Estatutos de Autonomía. Me remito a mi trabajo «Un Estatuto de Autonomía y una Constitución del siglo XXI», en *RAP* núm. 173 (mayo-agosto 2007).

neración. 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 se desprende del orden constitucional de distribución de competencias. Sobre el esquema «bases-desarrollo» se ha articulado la distribución en muchos otros casos, como en el medio ambiente, la sanidad, la Seguridad Social, contratación, 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 relación en esencia con la propiedad urbana y su valoración) determina que la competencia autonómica deba cohererse con aquélla.

Así lo expresa la STC 61/1997:

«... la competencia autonómica exclusiva sobre urbanismo ha de integrarse sistemáticamente con aquéllas 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

(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 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 61/1997 rechaza expresamente que el Estado ostente una pretendida competencia sobre el «régimen jurídico-administrativo básico del urbanismo» (cfr. fundamento jurídico 36).

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)

Es más, las competencias generales que ostenta el Estado sobre procedimiento administrativo común, la expropiación forzosa o el sistema de responsabilidad de las Administraciones públicas (art. 149.1.18.º CE) no suponen que al legislador estatal le esté permitido toda regulación específica o en razón de la materia (en este caso, del urbanismo), más allá de la legislación general (garantías comunes, etc.). (5)

1.2. LA COMPETENCIA LEGISLATIVA AUTONÓMICA SOBRE EL URBANISMO Y LA VIVIENDA NO ES UNA COMPETENCIA EXCLUSIVA EN SENTIDO ESTRICTO O ABSOLUTO. LAS COMPETENCIAS ESTATALES ENMARCAN, CONDICIONAN E INFLUYEN LA POLÍTICA URBANÍSTICA AUTONÓMICA, PERO NO LO TRANSFORMAN EN UNA COMPETENCIA «EJECUTIVA» O DE DESARROLLO

Tres son las competencias estatales más importantes mediante las cuales puede el Estado incidir legítima y puntualmente sobre el urbanismo: la propiedad urbana, tanto en su vertiente jurídico-pública de delimitación de su contenido y su protección frente al poder público (6), cuanto en su dimensión civil o de relaciones entre particulares (7); la expropiación forzosa y los respectivos criterios de valoración (8); así como la responsabilidad administrativa (9). 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) (10).

(4) Cfr. fundamento jurídico 6.b) segundo párrafo. La cursiva no es original.

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.

(5) Véanse los fundamentos jurídicos 30 y 31 de la STC 61/1997. Sobre ello habremos de volver (núm. II.3).

(6) Arts. 33 y 149.1.1.º CE)

(7) Art. 149.1.8.º CE)

(8) Art. 149.1.18.º CE

(9) Arts. 149.1.18.º, 33 y 106.2 CE

(10) Véase STC 61/1997 fundamento jurídico 11).

Hay otras competencias que también podrán incidir, de algún modo, sobre urbanismo (y, por extensión, sobre la vivienda y la 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 (11), sin perjuicio de las reglas de procedimiento especial cuya regulación compete a las Comunidades Autónomas (como punto de partida, la jurisprudencia constitucional 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) (12). 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 (13).
- b) Las competencias sectoriales con dimensión espacial o física (14), para cuyo ejercicio el Estado podrá recurrir a la planificación territorial y a fórmulas 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 (15). Esos títulos sectoriales podrán atribuirle también competencias de ejecución (16).

Ha de notarse, en este contexto, que la jurisprudencia 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

(11) Cfr. STC 61/1997 fundamento jurídico 25.c), 34.a) y, sobre todo, 35; 40.

(12) Cfr. STC 61/1997 fundamento jurídico 26.a). Tal es la razón por la que se anula el art. 135.2TRLR. Véase asimismo el fundamento jurídico núm. 35.

El artículo 135.2TRLR (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.»

(13) 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).

(14) Cfr. STC 61/1997 fundamentos jurídicos 22, antepenúltimo párrafo; 25.c), último párrafo; 26.a); 27.a).

(15) Cfr. STC 61/1997 fundamento jurídico 22.

(16) Cfr. STC 61/1997 fundamento jurídico 27.a).

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. 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.

- c) Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (17), que podrían autorizar la fijación de bases relativas a un sector específico como es el que ahora se considera (18).
- 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 (19), no a la regulación, v.gr., del derecho de propiedad (20).
- e) La competencia sobre las bases del régimen estatutario funcional (art. 149.1.18.º CE), en particular en lo que hace a los Notarios y Registradores de la Propiedad (21).

Naturalmente, en función del proyecto político subyacente podrán ejercerse éstas u otras competencias. Así, por ejemplo, si el legislador estatal quiere establecer algunos criterios en punto a la protección del medio ambiente urbano y rural o la protección del paisaje, por ejemplo, podrá utilizar en las condiciones establecidas la competencia sobre las bases del medio ambiente a que se refiere el art. 149.1.23.º CE, condicionando de esta forma la legislación urbanística autonómica. (22)

1.3. EQUILIBRIO O SÍNTESIS DIALÉCTICA: MARCO ESTATAL POLIVALENTE INTEGRADO POR ELEMENTOS PUNTUALES Y ASISTEMÁTICOS Y MODELOS AUTONÓMICOS PROPIOS

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 tan-

(17) Cfr. STC 61/1997 fundamento jurídico 26.a) en relación con el art. 135TRLR y el deber de información y notificación que consagra. Asimismo, véanse núms. 28.c) y 34.a).

(18) Cfr. fundamento jurídico 26.a).

(19) Cfr. fundamento jurídico 36.

(20) Cfr. fundamento jurídico 24.d). Extremo éste del que pareció separarse la Ley estatal 6/1998.

(21) Cfr. STC 207/1999, señaladamente, fundamentos jurídicos 4, 8 y 9.

(22) Véanse por ejemplo los fundamentos jurídicos 16, 16.c) de la STC 61/1997. Habrán de ser determinaciones estrictamente medioambientales: el art. 149.1.23.º CE permite al legislador estatal dictar normas de obligada aplicación que aseguren un mínimo de protección de los elementos naturales, pero no puede ser utilizado para establecer el régimen de usos del suelo, por ser éste un aspecto propio de la legislación urbanística (*ibidem*).

to 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 el entero proceso urbanizador y edificatorio, desplazando la competencia en materia de urbanismo (art. 148.1.3.º CE) a aspectos instrumentales y de desarrollo (exceso en el que sí pudo incurrir el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992).

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.ª del art. 149.1 CE, susceptible de configurar algunos trazos generales de la propiedad urbana y su valoración en unión con la regla 18.ª 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).

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 mar-

(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.

(24) Art. 148.1.3.º CE

co abierto compuesto de algunos elementos puntuales (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).

1.4. SOBRE EL MODO DE EJERCER SUS COMPETENCIAS EL LEGISLADOR ESTATAL: EL MODELO DE UNA DIRECTIVA DE MÍNIMOS

La jurisprudencia constitucional no ha establecido o impuesto una conclusión tan rotunda como la que en el epígrafe, por un ejercicio de síntesis y a efectos didácticos, se apunta. Pero sí se encuentra en su espíritu. En otras palabras, no es la única opción posible (una Directiva de mínimos), hay otras, pero esa imagen se ajusta con mayor fidelidad a la doctrina constitucional.

Baste notar, en efecto, dos cosas: a) que, aun cuando el Tribunal no haya concluido que expresar las «condiciones básicas» *ex art.* 149.1.1.ª CE a través de «legislación básica» sea, por ese mero hecho, inconstitucional, si ha venido a advertir que esa competencia estatal habilita para establecer, en su caso, algún elemento puntual de los derechos concernidos, no un «sistema», como permite la legislación básica (27); y b) que las competencias del art. 149.1.18.ª CE en lo que hace al procedimiento, expropiación y responsabilidad no autorizan a establecer las especialidades que en razón de la materia (aquí el urbanismo) tenga por conveniente cuando la competencia legislativa exclusiva la ostenta la Comunidad Autónoma, pues no todo lo que sea «procedimiento», «expropiación» o «responsabilidad», más allá del sistema general, corresponde al legislador estatal. Pues bien, si a ello añadimos, en fin, que la competencia a que se refiere el art. 149.1.13.ª CE, en la forma en que luego se dirá, no legitima para «hacer urbanismo» o «diseñar la política de vivienda», cabe concluir que lo que el Estado puede hacer por referencia al urbanismo no es sino establecer algunas medidas «sueltas».

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

(25) Reglas 1.ª, 8.ª y 18.ª del art. 149.1 CE

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

(27) *Vid*, por ejemplo, Javier BARNÉS, «Legislación básica y artículo 149.1.1 CE» en *Informe Comunidades Autónomas 2003*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2004, pp. 816-828; del mismo autor, *Problemas y perspectivas del artículo 149.1.1.ª CE*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2004. Asimismo, Iñaki AGIRREAZKUENAGA, «Reflexiones sobre el art. 149.1.1 de la Constitución: la clasificación del suelo y la imposible igualdad en el ejercicio del derecho de la propiedad urbanística», *Revista ACE* número 3 febrero 2007, pp. 86 y ss.

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 a su *contenido* concierne, 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 sector (28) y, en su caso, de determinadas piezas *especiales* en razón del urbanismo (29), 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 art. 149.1.1.ª y 18.ª CE*), ante una competencia legislativa autonómica, podrá encontrar su mejor expresión, si el Estado ha de «legislar para todos» (marco plural y abierto), a través de una regulación provista del suficiente grado de abstracción (criterios, principios, directivas o reglas polivalentes) y, lo que es aún más importante, alejada de la sistematicidad, universalidad e intensidad propias de la legislación básica (30). Se trata, más bien, de regular algunas piezas 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 (31), mediante la regulación estatal de las condiciones básicas, a los efectos y en el sentido del art. 149.1.1.ª CE y con respeto de la competencia autonómica (32), 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 (33).

(28) 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 art. 149.1 CE

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

(30) *Vid.*, por ejemplo, STC 61/1997, fundamento jurídico 10 *in fine*

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

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

(33) *Vid.* Capítulo Quinto, núm. XII.5; Capítulo Sexto, IX.2, de la obra *La distribución de competencias en materia de urbanismo* (cit. nota 1).

El art. 149.1.1.^ª CE no persigue 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 o la del promotor del suelo, esto, es la identidad de las situaciones jurídicas (34) o, si se prefiere, la «igualdad final» de todos los sujetos intervinientes. Eso no sería posible tampoco en un Estado fuertemente centralizado y autoritario. El Estado *en su conjunto* puede aspirar, eso sí, a fijar el marco o el mercado, el foro o el escenario en el que intervienen los distintos titulares de derechos y deberes constitucionales. Y la intervención del legislador central por virtud de este título se mueve en la línea de garantizar las condiciones de igualdad en el acceso y en el ejercicio de tales derechos y deberes en un ámbito dado. El objeto del art. 149.1.1.^ª CE, en otras palabras, no puede consistir en la búsqueda de la «unidad jurídica» por sí misma, como si «igualdad» y «unidad del ordenamiento» fueran magnitudes funcionalmente equivalentes. Se trata, por el contrario y en su caso (pues no es una competencia «fija» o de «obligado ejercicio»), de establecer algunas reglas elementales (unitarias por definición, claro es) que tengan por objeto directo la igualdad, no la mera unidad jurídica (facilitar la igualdad en el acceso y en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes). Algo así como determinar las reglas de acceso en condiciones de igualdad. En tal sentido, ello habrá de encontrar su expresión antes en algunos principios o directivas, que en un conjunto 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 al sector privado (35). 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

Téngase en cuenta que el art. 149.1.1.^ª CE no es un precepto destinado a establecer una carta de derechos y libertades directamente invocables ante los poderes públicos. Lo que al art. 149.1.1.^ª CE, como al resto de las reglas del art. 149.1 CE le preocupa, es el *reparto de competencias*. Tal es su función inmediata. Tampoco la visión microscópica de la igualdad de cada individuo, sino la perspectiva «macroeconómica».

(34) 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, f.j. 9.

(35) 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 de 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.

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 (36).

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 (37).

En suma, pues, cuando el reparto entre dos instancias o niveles territoriales no se cierne sobre la misma actividad o sector (como ocurre en la lógica de las bases-desarrollo o, más en general, en la relación de la ley y su reglamento ejecutivo), sino que convergen e interactúan competencias específicas en razón de una materia (urbanismo) y competencias generales (expropiación, responsabilidad, condiciones básicas del ejercicio de los derechos constitucionales en juego, bases del medio ambiente, etc.) desconectadas de toda materia, la legislación estatal, como lo sería una Directiva comunitaria, habrá de ser más abierta y finalista, en lugar de condicional; más genérica y abstracta, antes que una ley de concreto contenido técnico-urbanístico; más preocupada por establecer garantías de resultado, criterios y pautas, objetivos, etc., que reglas específicas y detalladas en el ámbito urbanístico.

2. El art. 47 CE, como referente material obligado para el legislador del urbanismo

«(S)i 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 (art. 47 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 (art. 47 CE, párrafo primero); y la

(36) 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). Asimismo, mi trabajo *Problemas y perspectivas del art. 149.1.1.º C.E.*, cit.

(37) Cfr. Capítulo Segundo, III.b) de la obra *La distribución de competencias en materia de urbanismo* (cit. nota 1).

participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística de los Entes públicos (art. 47 CE, párrafo segundo). Con arreglo a lo establecido en el art. 53.3, inciso primero, CE, el reconocimiento, el respeto y la protección de tales contenidos del art. 47 CE "informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos" (SSTC 19/1982, fundamento jurídico 6.º y 45/1989, fundamento jurídico 4.º).» (38) El art. 47 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 art. 47 CE a los efectos del art. 53.3 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 art. 47 CE un principio rector en el sentido del art. 53.3 CE, y otra, muy distinta, que en clave negativa o de prohibición implícita 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 art. 31 CE) (39). La ubicación sistemática del urbanismo en el art. 47 CE y el

(38) Cfr. STC 61/1997 fundamento jurídico 6.a.

(39) 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

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 art. 47 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 (art. 106.1 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 art. 47 CE habrá de ser colmado en términos positivos, tal como prescribe el art. 53.3 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 inferir del art. 47 CE, en el plano de la información de la legislación positiva (art. 53.3 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, por su estructura, posición o potestades, resulten poco conciliables, cuando no opuestas, a ese desideratum del art. 47 CE

En ese sentido, una de las disfunciones que muestra el urbanismo tradicional consiste en el, en ocasiones, relativo silencio de las Leyes del

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 art. 133.2 de la Constitución ni con la general reserva de Ley establecida en este ámbito por el art. 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 igualdad de los ciudadanos dentro de él y no se compadece, 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 15% de aprovechamiento (legislación 1990-92) al 10% (legislación 1997-98) 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 art. 142 CE llame a la ley formal. La reserva de ley en materia de propiedad (arts. 33.2 y 53.1 CE), sin embargo, sí que es capaz de ofrecer mayores reparos a estas prácticas.

Suelo en punto a estándares de calidad, zonas verdes, paisaje urbano y rural, 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 cabe añadir dos elementos, que han de ser enjuiciados asimismo a través del art. 47 CE: a) que la Administración local, no es apta para definir por sí sola los intereses supralocales; y b) que ésta tiene en las actividades constructivas y edificatorias una fuerte fuente de financiación

3. Análisis particular de las competencias estatales sobre la propiedad, la expropiación y el sistema responsabilidad

De acuerdo con cuanto ha quedado dicho, en el esquema de la doctrina jurisprudencial las competencias estatales más cercanas a los distintos modelos autonómicos de urbanismo son la propiedad, la expropiación y el sistema de responsabilidad.

3.1. SOBRE LA PROPIEDAD URBANA

El Tribunal Constitucional recuerda que tanto el título estatal *ex art. 149.1.1.º CE*, como el que luce en el art. 149.1.8.º 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 art. 149.1.1.º 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.ª del mismo precepto...» (40).

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 (art. 149.1.1.º CE) o la dimensión horizontal, esto es, la de las relaciones jurídico-privadas (art. 149.1.8.º CE) (41).

(40) Cfr. fundamento jurídico 9.b), 2.º párrafo.

(41) Cfr. STC 61/1997 fundamento jurídico 9.b), 2.º párrafo; 16.b).

Así, por ejemplo, podrá entender que la protección registral o las normas registrales inmobiliarias tienen su acomodo en el art. 149.1.8.º CE, no en el art. 149.1.1.º CE (42); 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 art. 149.1.8.º CE («legislación civil») (43); o que el Estado puede en virtud de su título competencial *ex art.* 149.1.8 CE regular los efectos civiles (transmisión, subrogación y afectación real) que se anudan a los proyectos de reparcelación (44); etc.

Por lo demás, el art. 149.1.1.º CE no polariza ni es capaz de absorber toda la intervención pública sobre el dominio (de lo contrario, ello 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 (45).

La regulación de las condiciones básicas (regla 1.ª) y la legislación civil (regla 8.ª) 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 art. 149.1 CE, que la STC 61/1997 ha rechazado (46) o, menos aún, la regla 18.ª (tratamiento común de los administrados) (47).

Por lo que se refiere a la competencia del art. 149.1.1.ª CE (48), baste decir que, según la jurisprudencia, se trata de una competencia que se circunscribe al ámbito de lo *normativo* (el precepto habla de «regulación»), lo que excluye la posibilidad de su invocación en el plano ejecutivo (49); 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

(42) Cfr. STC 61/1997 fundamento jurídico 17.k) y m).

(43) Cfr. STC 61/1997 fundamento jurídico 26.b).

(44) Cfr. STC 61/1997 fundamento jurídico 28.f).

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

(46) Cfr. STC 61/1997 fundamento jurídico 24.d).

(47) Cfr. STC 61/1997 fundamento jurídico 24.c).

(48) Sobre este título competencial remito a la obra *Problemas y perspectivas del art. 149.1.1.ª CE* cit (nota 27).

(49) Cfr. STC 61/1997 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 art. 53.1 CE, que esa regulación habrá de tener rango de ley formal. Si las bases estatales (art. 149.1 CE), que tienen una extensión e intensidad superior a las condiciones básicas del art. 149.1.1.ª CE, están reservadas a la ley formal, sin perjuicio del complemento reglamentario (SSTC 69/1988, f.j. 5; 188/2001, f.j. 8), con mayor razón las normas jurídicas del Estado emanadas con la cobertura del art. 149.1.1.ª CE

norma estatal que pese sobre la legislación autonómica (50); tiene contenido propio y específico; «la *igualdad* de todos» representa el *elemento teleológico* o finalista del título competencial, su razón de ser (51); 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 1.^a y 2.^a), no así los «derechos» del Capítulo III (52). 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 art. 149.1.1.^a 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» (53) para garantizar esa igualdad primaria (54). 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 fundamental (55). El Tribunal Constitucional cita expresamente, por lo que a esta vertiente *ad intra* del derecho concierne, «*facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas*». (56)

En segundo término, las condiciones básicas pueden comprender «*ciertas premisas o presupuestos previos*» (57), en rigor externos al derecho mis-

(50) 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.^o CE un límite a la acción del legislador autonómico, señaladamente en materia sancionatoria, y según el cual, el art. 149.1.1.^o CE prohíbe una divergencia desproporcionada o irrazonable respecto de la legislación estatal. Con todo, desde el art. 139.2 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, pp. 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), pp. 39-40.

(51) Cfr. fundamento jurídico 7.b).

(52) Así se infiere de los fundamentos jurídicos 7.b y 8 de la STC 61/1997.

(53) Cfr. fundamento jurídico 8, párr. 1.^o. 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, párr. 1.^o).

(54) *Vid.* fundamento jurídico 8 párr. 1.^o).

(55) Cfr. fundamentos jurídicos 7.a), 7.b) y 8.

(56) Cfr. fundamento jurídico 8, párr. 1.^o.

(57) *Ibidem*. La cursiva no es original

mo, siempre y cuando guarden «una relación necesaria e inmediata» con esas condiciones (58), «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.º); 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.º); 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.º); etc.» (59) 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 art. 149.1 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.» (60)

En otras palabras, las condiciones básicas pueden regular «algo de contenido interno» y «algo de sus presupuestos o premisas previas o externas». En cualesquiera de sus modalidades (61), estamos ante una regulación limitada, *per se*, que no equivale tampoco a «bases», «legislación básica» o «norma básica» (62), 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 (63).

(58) Cfr. fundamento jurídico 8, párr. 2.º.

(59) Cfr. fundamento jurídico 8, párr. 2.º.

(60) Cfr. fundamento jurídico 8, párr. 1.º.

(61) 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, párr. 1.º), sistemática (fundamento jurídico 7.a) y teleológica (fundamento jurídico 9.b), entre otros.

(62) Cfr. fundamento jurídico 7.a).

(63) Es ésta una conclusión que se infiere con naturalidad, en primer término, del fundamento jurídico 7.a), segundo párr., 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).

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.ª del art. 149.1 CE (64), 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 art.* 149.1.18.ª CE (valoración e indemnización) (65). En tal hipótesis, aunque a través de un complejo argumental indirecto, el art. 149.1.1.ª CE, en su resultado, terminaría por asemejarse a la lógica competencial que anima a la secuencia bases-desarrollo, en contra de la doctrina constitucional (66).

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* (67), la legislación habrá de observar dos límites más: uno, *absoluto*, en el sentido de que no podrá utilizarse para regular la política sectorial correspondiente (la materia habrá de quedar intacta, aunque constreñida desde fuera) (68); 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

(64) Cfr. fundamento jurídico 9.a).

(65) Véase Capítulo Quinto, núms. IV y XII, entre otros, de la obra *La distribución de competencias en materia de urbanismo* (cit. nota 1).

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

(67) Cfr. fundamento jurídico 8, párr. 1.º.

(68) «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 art.* 149.1.1.º 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 (art. 149.1.1.º CE), sin que a su través le sea permitido configurar el modelo urbanístico y territorial.» (cfr. fundamento jurídico 17.b).

no guardan esa relación inmediata y directa, necesaria, con el derecho o deber (69). 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 (art. 149.1.1.ª 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 anularles 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 urbanismo (70) (cálculo del aprovechamiento tipo o medio; unidades de ejecución; reparcelación (71); expropiación y ocupación directa en los programas de actuación (72); reglas para la aprobación de la delimitación del suelo urbano (73); etc.). De ahí la observación del Tribunal en punto a que las competencias estatales, para coherencia 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 una *presupuesto de hecho* y una *consecuencia jurídica* (74). O, igualmente, que la referencia a ciertos supuestos (clases de suelo; zonas o áreas; licencia; etc.) sea puramente instrumental (75). 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. De 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

(69) Cfr. fundamento jurídico 9.b) segundo párrafo.

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

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

(72) Cfr. fundamento jurídico 30, argumento 2.º.

(73) Cfr. fundamento jurídico 42 *in fine*.

(74) 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.).

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

competencias coextensas, las reglas *especiales* de valoración e indemnización (art. 149.1.18.º CE); y las relativas a las posibles reacciones ante el incumplimiento de aquellos deberes en que consista la función social (sanciones (76); 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.

3.2. SOBRE LA EXPROPIACIÓN Y EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

El art. 149.1.18.º 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» (77). Entre las garantías comunes, se encuentran los criterios generales para la determinación del justiprecio para impedir que los bienes puedan ser evaluados con criterios diferentes en unas y otras partes del territorio nacional (78). 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— (79) 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.» (80) 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

(76) Véase fundamento jurídico 34.d), penúltimo párrafo.

(77) Cfr. fundamento jurídico 17.f), con cita de las SSTC 37/1987, fundamento jurídico 6; 17/1990, fundamento jurídico 10.

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

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

(80) 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*).

(art. 148.1.3.º CE).» (81) 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 art. 149.1.18.ª 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. (82)

Por lo que hace al sistema de responsabilidad administrativa, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, el art. 149.1.18.º 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. 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.» (83)

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 (art. 149.1.18.ª CE) (84), no sólo la legislación básica o las condiciones básicas del derecho, sino la institución en sí misma considerada (85). 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» (art. 148.1.18.ª 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

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

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

(83) Cfr. STC 61/1997 fundamento jurídico 33.

(84) Véase el Capítulo Segundo, núms. V y VI de la obra *La distribución de competencias en materia de urbanismo* (cit. nota 1).

(85) Por ejemplo, SSTS 37/1987, fundamento jurídico 6; 61/1997, fundamentos jurídicos 21 y 31, entre otros.

fundamental reside, en efecto, en determinar cuáles sean las materias que ingresan en esos conceptos competenciales del art. 149.1.18.^a 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 (86). 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 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.

El Tribunal no ha dicho la última palabra sobre esta rica temática, aunque no se le ha escapado que es mucho más relevancia que el uso, constraído o desviado, que pueda hacerse de la competencia residenciada en la regla 1.^a del art. 149.1 CE:

«Como es evidente, el art. 149.1.18.^a CE contiene en su conjunto un bloque de materias de mayor espectro que el que representa el art. 149.1.1.^a 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. Adelantando lo que, al enjuiciar las correspondientes impugnaciones, habrá que resolver, el problema capital reside en determinar si, y en qué medida, el Estado, a partir del art. 149.1.18.^a CE (cuya heterogeneidad impide, sin embargo, un tratamiento unívoco), puede aprobar normas especiales, circunscritas a un sector específico, como el urbanismo, más allá de la legislación general de expropiación forzosa y de las garantías comunes del expropiado; o del sistema general de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas. Con todo, nuestro examen habrá de contraerse a las concretas impugnaciones formuladas respecto de determinados preceptos, sin que tampoco sea necesario elaborar una doctrina general sobre la indicada cuestión.» (87)

(86) Véase el análisis de las SSTC 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. f.j. 11). Asimismo, y en relación con la expropiación, véase, por ejemplo STC 61/1997, f.j. 21 ó 31; respecto del procedimiento administrativo, f.j. 35, 25.c); 25.d); 40.Y, en cuanto a la responsabilidad administrativa, f.j. 33.

(87) Cfr. STC 61/1997, fundamento jurídico 11.

3.3. POSIBLE DESARROLLO DEL MODELO SUBYACENTE EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

A partir de esos parámetros, 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 disociables 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, aquélla 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 el 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. (88)

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 expropiatorios (89) o «todas las garantías que rodean la institución..., de cualquier especie expropiatoria y en todos los sectores del ordenamiento» (90), 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» (91). Dicho de otro modo, de la competencia exclusiva del art. 149.1.18.^a CE no 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.» (92)

b) Por la misma razón, «más allá de las normas de procedimiento administrativo “común”, la regulación de los procedimientos administrati-

(88) 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 art. 149.1.18.^a CE.

(89) Jurisprudencia reiterada desde la STC 37/1987.

(90) Cfr. STC 61/1997, fundamento jurídico 31, tercer párrafo.

(91) *Ibidem*.

(92) Cfr. STC 61/1997, fundamento jurídico 21.

vos "especiales" ha de seguir a la competencia principal» (93). 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 art. 149.1.18.ª 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» (94); las reglas sobre la publicidad y eficacia de las normas reglamentarias (95); o las relativas a la Administración demandada en subrogación a los efectos de los recursos administrativos (96).

c) E, igualmente, como consecuencia de ese esquema de articulación «general-especial», el «art. 149.1.18.º 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.» (97)

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

(93) Cfr. STC 61/1997, fundamento jurídico 35

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

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

(96) Cfr. STC 61/1997, fundamento jurídico 40, respecto del art. 300TRLR 1992.

(97) 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.»

urbanismo (98). Acaso también lo sea que el tema relativo a cómo armonizar o cohesionar 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 (99). 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.

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 art. 149.1.18.^a 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

(98) Cfr. STC 61/1997, entre otros, fundamento jurídico 12.a; así como el voto particular del Magistrateo Jiménez de Parga, núm. 3.º.1.

(99) 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 doble hacer. *Vid. supra* núm. II.3.b).

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* (art. 148.1 CE, EE.AA.) y, a tal propósito, según dispone la jurisprudencia constitucional (100), 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 ocasión 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 responsabilidad (101) *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 art. 33.3 CE). Cuestión distinta es qué entendamos por regula-

(100) *Supra* núm. 1 anterior y jurisprudencia citada a pie de página.

(101) Véase la obra colectiva *La Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho Europeo y Comparado*, (Coordinador, Javier Barnes), Editorial Tecnos, Madrid, 1995.

ción «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 completud que le autoriza el art. 149.1.18.^a CE, para adentrarse en un sector determinado del art. 148.1 CE? De entrada, se trata de una hipótesis que parece haber sido formulada en términos de *excepcionalidad* y, como habrá ocasión de abundar (102), habrá de justificarse por su conexión con el tronco común de la institución y la necesidad de modular o matizar la norma general (103).

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).

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 (104), expropiación (105) o supuesto indemnizatorio en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración (106); la segunda, en cambio, se dicta para derogar o matizar el régimen general, en razón de las singularidades de la materia (107). 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.

(102) *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).

(103) Recuérdesse 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, de una lado, y las «garantías especiales», también de procedimiento, que, en función del sector, corresponda a las Comunidades Autónomas.

(104) Por ejemplo, la Ley 30/1992, respecto del procedimiento común.

(105) V.gr.: el Título I y II de la Ley de Expropiación forzosa de 1954.

(106) *Rej.:* la regulación que de la responsabilidad hace la Ley 30/1992, en sus arts. 139 y ss.

(107) 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 unas garantías expropiatorias propias de una clase de expropiación, como la agraria.

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 art. 149.1.18.º 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 normas principales y de contenido mínimo. Pero, aún 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 (arts. 148 y 149 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 es-

peciales 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 art. 149.1.18.^a CE con las competencias compartidas al modo «bases-desarrollo» es muy limitado. No es que unas, las citadas materias del art. 149.1.18.^a 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 (art. 149.1.18.^a 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 completud 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.

III. Distribución de competencias en materia de vivienda. En particular, la competencia estatal del art. 149.1.13.ª CE

Las políticas públicas en materia de «urbanismo», «ordenación del territorio» y «vivienda» se encuentran profundamente interrelacionadas. Acaso por ello la Constitución (art. 148.1.3.ª CE) y todos los Estatutos de Autonomía de primera generación le hayan atribuido la competencia *legislativa* a las Comunidades Autónomas sobre estas tres materias. Los criterios de reparto, pues, se sustentan sobre las mismas bases, parámetros y conceptos. Se trata de competencias legislativas que corresponden con carácter general a las Comunidades Autónomas.

En lo que ahora interesa, las competencias estatales susceptibles de proyectarse sobre la legislación autonómica en materia de vivienda tienen menor alcance e incidencia que en el urbanismo y en la ordenación del territorio, habida cuenta de la naturaleza de la actividad y del tradicional carácter promocional de la política pública de vivienda.

En efecto, la regla 1.ª del art. 149.1 CE no autoriza a fijar regla alguna en punto al derecho a una vivienda (art. 47 CE), puesto que su ámbito se circunscribe a los derechos de la Sección 1.ª y 2.ª, como ya notábamos. (108) Y, en la medida en que no se haga un uso particular de la expropiación o del instrumento de la responsabilidad, por ejemplo, poca influencia adicional puede desplegar el art. 149.1.18.ª CE.

La única competencia estatal que, en los modelos habituales en el que se inserta la política de vivienda, puede ejercer un mayor peso específico es la relativa a las «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica» residenciada en el art. 149.1.13.ª CE.

Aun cuando el Tribunal Constitucional, en la STC más relevante en la materia, la 61/1997, no tuviera ocasión de desentrañar en profundidad el alcance y extensión de esta competencia por referencia al urbanismo, sí pudo, sin embargo, en coherencia con una jurisprudencia reiterada, establecer unos parámetros claros, que podríamos resumir en un límite indisponible: la competencia se refiere a la *dirección* de la economía general, sin que por ello significa que el legislador quede apoderado para regular cualquier política sectorial por el mero hecho de que la actividad de que se trate tenga una dimensión económica (109). No se olvide que todas las actividades que contemplan los títulos competenciales estatales o autonómicos presentan una indudable dimensión económica. Una competen-

(108) Cfr. STC 61/1997, fundamentos jurídicos 7.b y 8.

(109) La competencia estatal sobre las bases y coordinación de la planificación económica general de la actividad económica (art. 149.1.13.ª CE) no puede prestar cobertura para regular la *propiedad urbana*. Cfr. fundamentos jurídicos 24.d y 36 de la STC 61/1997. Por lo mismo, tampoco puede servir para establecer las clases de suelo, por ejemplo (así, los arts. 7 a 11 de la LRSV no podrían entenderse amparados en el art. 149.1.13.ª CE).

cia de esta naturaleza no se puede medir sin más por los efectos económicos (sea de la actividad constructiva o deportiva, por ejemplo).

El título competencial en favor del Estado habla de «bases», «coordinación» y de «actividad económica general». Parece moverse en el terreno macroeconómico. De acuerdo con la jurisprudencia, norma estatal, para ampararse en este concreto título, ha de guardar una relación directa y principal con la dirección de la economía, de un lado y, de otro, ha de respetar la política sectorial de competencia exclusiva autonómica, aunque pueda condicionarla.

En otras palabras y en lo que ahora importa: puede hacer muchas cosas, pero *no puede hacerse urbanismo* desde este título para promocionar la vivienda protegida. Es éste un límite que deriva con claridad de la doctrina jurisprudencial.

En ese sentido, el Tribunal recuerda que, en relación con este extremo, por referencia al art. 98.3 TRLS de 1992, que aunque la vivienda y la actividad promocional puedan enmarcarse dentro de las facultades de dirección general de la economía que al Estado atañen en virtud del art. 149.1.13. CE, «el art. 47 CE no constituye por sí mismo un título competencial autónomo en favor del Estado, sino un mandato o directriz que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (art. 53.3 CE), de modo que su consecución ha de instrumentarse "a través de", no "a pesar de» los sistemas de distribución de competencias, para concluir que, en este caso, no se pretendían canalizar determinados fondos estatales para la promoción de viviendas de protección pública, ni tampoco regular de forma directa o inmediata tal promoción. Muy al contrario, el objeto directo del art. 98.3 TRLS es la regulación de uno de los elementos del aprovechamiento tipo, sin que su clara conexión con la promoción indirecta y mediata de viviendas de protección pública pueda tener la virtualidad de atraer hacia el art. 149.1.13. CE la regulación con carácter básico de la materia, máxime cuando las Comunidades Autónomas han asumido competencias sobre la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, título más directamente implicado que, en el presente caso, ha de prevalecer. Es evidente, además, que el art. 98.3 TRLS establece determinadas prescripciones estrictamente urbanísticas (calificación de uso específico; asignación de un coeficiente de ponderación y sus reglas), con lo que invade la competencia urbanística que corresponde a las Comunidades Autónomas.» (110)

Lo mismo puede decirse respecto de la «política del suelo en su sentido más amplio, por su impacto directo sobre la política económica general». *No puede hacerse urbanismo a su través*. No cabe negarle al Estado, ex art. 149.1.13. CE, toda competencia para fijar algunos criterios genera-

(110) Cfr. STC 61/1997, fundamento jurídico 24.d).

les, cuando sólo el asentamiento de actividades industriales y empresariales y la construcción de viviendas tienen una repercusión de gran magnitud sobre la entera economía general. El problema radica, sin embargo, en determinar el alcance de esa competencia cuando, como es el caso, incide sobre una competencia autonómica sectorial. Es obligada, por ello, afirma el Tribunal, una inteligencia restrictiva del art. 149.1.13. CE cuando afecta a la competencia urbanística de las Comunidades Autónomas, que ha de verse complementada además por una interpretación finalista o teleológica, de modo que tan sólo aquellas normas básicas que respondan efectiva y estrictamente a la planificación general de la actividad económica podrían encontrar cobijo en el referido título, que impide la producción de normas que, aunque relacionadas con esa planificación general, no guarden esa inmediata y directa relación con la dirección de la economía. Desde esta perspectiva, podría encontrar cobertura en el citado título estatal la mera determinación de la existencia de una figura como la que contemplaba el art. 276 TRLS (el patrimonio municipal del suelo), no en cambio la concreta regulación *urbanística* que disponían los arts. 282.2, 284.3, 285 y 286 TRLS. (111)

Y, para mayor reiteración, a propósito del Plan Nacional de Ordenación regulado en el TRLS de 1992, sostendrá que al amparo del art. 149.1.13.^a CE podrá el legislador estatal establecer las adecuadas fórmulas de coordinación, con la ineludible consecuencia de que las decisiones de la Administración estatal con incidencia territorial, adoptadas en el ejercicio de tales competencias, condicionen la estrategia territorial que las Comunidades Autónomas pretendan llevar a cabo (STC 149/1991 y 36/1994). Pero sin que el Estado pueda imponer los medios o instrumentos urbanísticos. (112)

Por lo demás, la STC 152/1988, por la que se resuelve un conflicto de competencias en materia de vivienda, poca luz puede aportar hoy día, por lo poco matizada de esa inicial jurisprudencia en punto al poder de gasto del Estado y la reiterada rectificación ulterior que ha tenido la doctrina del ámbito material del art. 149.1.1.^a CE, en la línea de lo que luego insistiría la STC 61/1997, y en cuya virtud tal título no puede proyectarse sobre el derecho a una vivienda digna. En ese contexto, el voto particular del Magistrado Rubio Llorente tiene interés en lo que hace a la artificiosidad de invocar el art. 149.1.13.^a CE para introducirse en la política de vivienda de competencia autonómica (no, por el contrario, para reivindicar el amparo de la regla 1.^a del art. 149.1 CE).

(111) Cfr. STC 61/1997, fundamento jurídico 36. Véase asimismo el fundamento jurídico 37.

(112) *Ibidem*, fundamento jurídico 22 en relación con los antecedentes 33-35.

Para un estudio más detenido me remito a mi trabajo *La distribución de competencias en materia de urbanismo*, cit. (nota 1), capítulo quinto, núm. II.3.2.

IV. Breve referencia a la autonomía local y el legislador del 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. (113)

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, de un lado, tanto los rasgos definitorios de la autonomía local, concreción directa de los arts. 137, 140 y 141 de la CE, como, de 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 arts. 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 art. 149.1.18.^a 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 establece la LRBRL: "En el sistema arbitrado por el art. 2.1 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 efectivi-

(113) Puede verse la síntesis de la jurisprudencia constitucional sobre la autonomía local en general en la STC 159/2001, f.j. 4.

dad a la garantía de la autonomía local, ya que no se descende 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 arts. 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 arts. 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 art. 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" (art. 28.1 LOTC), según dijimos, entre otras, en las SSTC 27/1987, de 27 de febrero, FJ 5, y 109/1998, de 26 de mayo, FFJJ 5 y 12. Por consiguiente, sólo en estos términos, y partiendo de la dualidad de contenidos de la LRBRL (de un lado, aspectos que se refieren a la autonomía local constitucionalmente garantizada y, de otro, aspectos de simple regulación legal de los entes locales), puede afirmarse que el encaje constitucional esencial de la LRBRL se encuentra en los arts. 137, 140 y 141 de la CE (114), aunque por razones competenciales (que ahora, hemos de notar, no vienen al caso) también halle fundamento en el título competencial estatal del art. 149.1.18.^a CE, pues

(114) Este último inciso resulta, a nuestro juicio, equívoco.

“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).» (115)

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 arts. 137 y 140 CE se configura como una garantía institucional 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 atañen, 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 art. 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 la 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

(115) Cfr. f.j. 4.

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 (SSTC 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 disponer en el art. 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 art. 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".» (116)

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

(116) Cfr. STC 40/1998, fundamento jurídico 39 (la cursiva no es original); reiterada por la STC 159/2001, f.j. 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 art. 113.2 TRLS 1992 (audiencia a las Entidades locales afectadas), en la misma doctrina: «No se puede olvidar que el art. 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 art. 137 CE, como, por lo demás, ya ha tenido ocasión de expresar nuestra jurisprudencia en otros supuestos análogos (STC 149/1991, fundamento jurídico 7.º D).»

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 (117). 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 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.» (118)

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, de un lado, y la escasa intervención del legislador urbanístico, de otro, bien

(117) *Ibidem.*

(118) Cfr. STC 159/2001, f.j.4.

para establecer estándares materiales de obligado cumplimiento, bien para aprobar o controlar determinadas ordenaciones, constituyen dos elementos para una reflexión más detenida, de cara hacer realidad los principios que el art. 47 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 (119).

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.

V. Sobre los efectos del 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 (art. 1.1 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. (120)

(119) En sentido crítico, *vid.* J.M. BAÑO LEÓN, «La actividad urbanística en la financiación de las Haciendas Locales», en *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, núm. 2 (2001), pp. 33-50.

(120) Sobre el tema, me remito a la obra *Distribución de competencias*, cit. (nota 1), capítulo tercero. Anterior en el tiempo, véase mi trabajo «Reflexiones sobre los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de leyes por vicio de incompetencia. A propósito de los efectos de la STC 61/1997 sobre el Derecho Urbanístico (legislación, planeamiento y ejecución)», en la obra colectiva *La Constitución y la práctica del Derecho*, Arazandi - BCH, Madrid, 1998, pp. 217-240.

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 (TRLRHL), 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.

1. La declaración de nulidad de las sentencias de inconstitucionalidad de leyes a la luz de la CE, la LOTC y la jurisprudencia constitucional

Conviene destacar de entrada una consideración: la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC) 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...» (art. 39.1 LOTC). Por su parte, el art. 40.1 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 so-

bre 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; etc.

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, en 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 desentrañar 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» (121), ni es siempre necesaria la vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad en la justicia constitucional (122).

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 art. 161.1.a) 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 art. 40.1 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. (123)

(121) Por ejemplo, SSTC 45/1989, y 146/1994.

(122) Cfr. STC 45/1989.

(123) Vid. el trabajo de J. JIMENEZ CAMPO, «¿Qué hacer con la ley inconstitucional?», en *La Sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 41-42.

Pues bien, si la regla descansa en la Constitución (art. 161.1.a) y la excepción en la LOTC (art. 40.1), ésta habrá de ser interpretada en sentido estricto y de acuerdo con su finalidad. Desde ese ángulo, podría decirse que el art. 161.1.a) CE encarna la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) al postular la no remoción de las situaciones consolidadas en el sentido más amplio del término, mientras que el art. 40.1 CE salvaguarda la libertad del individuo, demandando por contra la retroacción de los efectos en su beneficio. En cierto modo, el art. 40.1 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 sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada» (art. 161.1.a CE).

A nuestro limitado propósito, conviene desentrañar el alcance de la retroacción dispuesta por el art. 40.1 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 (arts. 24 y 25 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 art. 161.1.a) CE. El art. 40.1 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.

2. La declaración de inconstitucionalidad implica el destierro de la norma. Los efectos de esa expulsión (hacia atrás o en origen; «ex nunc»; o diferidos hacia el futuro)

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 gene-

rales desde el momento en que se publica la Sentencia en el Boletín Oficial del Estado (art. 38.1 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 (art. 9.3 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».

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 aquéllos 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.

3. Planteamiento inicial: la reparación del orden competencial por sí misma no requiere de ordinario la retroacción

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 (124).

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

(124) 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, pág. 357 (núm. XII).

y desproporcionados que poco se compadecen con la Constitución, no se impone con rotundidad a partir de la LOTC. Antes al contrario, la propia Constitución (arts. 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»; etc.).

4. La evolución de la jurisprudencia constitucional

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 (Santona), seguida más tarde por la 208/1999, de 11 de noviembre (defensa de

la competencia). 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 arts. 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 (art. 66 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.» (125)

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 de la eficacia «ex nunc». Téngase en cuenta, a mayor abundamiento, que la *ratio decidendi* última, con independencia de las circunstancias singulares del 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

(125) 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, pp. 110 y ss.

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 (126), 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». (127) 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 (128).

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 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

(126) *Vid.* fundamento jurídico 7.

(127) *Cfr.* fundamento jurídico 8.

(128) *Ibidem.*

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 art. 42 L.D.I.E.C. (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 (art. 39.1 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, consecutiva 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 SSTC 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 art. 42 L.D.I.E.C., 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 (SSTC 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 L.D.J.E.C. 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 art. 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 art. 39.1 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 (art. 9.3 CE), al que responde la previsión contenida en el art. 40.1 LOTC, según el cual las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes "no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada" 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 art. 40.1 LOTC debemos declarar que el principio constitucional de seguridad

jurídica (art. 9.3 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 SSTC 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 Ley balear reguladora del impuesto sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente, entre otras, el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 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 art. 142 CE.»

VI. Una reflexión final. En torno a la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo

Finalmente, y sin pretensión alguna de exhaustividad, puede resultar oportuno ilustrar cuanto ha quedado dicho a propósito de la Ley estatal 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, con alguna breve consideración de carácter competencial. Se trata, pues, de una simple aproximación con fines instrumentales y al servicio de la exposición.

1. El esfuerzo de interiorización del sistema de reparto

Ha de comenzarse por destacar el dato positivo más sobresaliente, a nuestro juicio. Y es que estamos ante una Ley que aspira a interiorizar, no ya la interpretación del Tribunal Constitucional en la materia, sino la distribución que de la Constitución de 1978 y de los Estatutos de Autonomía

se infiere con naturalidad (competencia legislativa específica y exclusiva vs. competencias generales del Estado). Es, sin duda, un texto inteligente. Y resulta cierta, a nuestro juicio, la afirmación de la Exposición de Motivos (129) según la cual el legislador estatal no había asumido plenamente el sistema (130). La Ley sube varios grados en abstracción a la hora de ejercer las competencias estatales y prescinde, en consecuencia, de concretas técnicas urbanísticas de libre disposición autonómica (como, por ejemplo, de las técnicas de la clasificación y categorización del suelo, etc., admitidas «in extremis» y con carácter instrumental, respecto del TRLS de 1992 y la LRSV de 1998, por el Tribunal Constitucional en las SSTC 61/1997 y 164/2001, respectivamente). Ello supone aceptar que «menos es más», no ya porque no sea necesario legislar para un único modelo de urbanismo al objeto de garantizar el pleno ejercicio de las competencias generales del Estado, sino porque el establecimiento de normas de carácter detallado y condicional, atadas a supuestos de hecho muy específicos y propios de la técnica urbanística, deviene ineficaz e ingenuo, mientras que las normas abiertas y finalistas muestran en este contexto una mayor eficacia.

2. ¿Por qué la indebida e innecesaria utilización del art. 149.1.1.º CE?

Cuestión distinta es que, acto seguido, la Ley pretenda crecer en otros frentes artificiosamente. La Ley, en efecto, estira otros títulos competenciales para proyectarlos sobre realidades que le están inequívocamente vedadas. Es el caso paradigmático del art. 149.1.1.º CE, invocado ya desde la misma Exposición de Motivos (131), para amparar normas relativas al derecho a una vivienda digna (art. 47 CE), al derecho al medio ambiente (art. 45 CE) o a la «participación ciudadana en los asuntos públicos» (sic). El art. 149.1.1.º CE sirve, por el contrario, tan sólo para dictar normas relativas a la propiedad privada o a la libertad de empresa (132), pero no para los derechos (principios rectores) del Capítulo Tercero, como se ha insistido. (133) Los arts. 45 y 47 CE no contienen títulos atributivos de competencias.

(129) Cfr. núm. I.

(130) En la LRSV de 1998, la principal norma estatal después de la STC 61/1997, esa conclusión es, a nuestro juicio, evidente, a pesar de la cierta «benignidad» o «indulgencia» con que es contemplada en la STC 164/2001. Para fundamentar tal aserto, me remito a mi trabajo *Distribución de competencias*, cit. (nota 1), capítulos quinto y sexto.

(131) Cfr. núm. I.

(132) Nada impide que el legislador estatal decida regular las condiciones básicas de la libertad de empresa, como consecuencia del proyecto político subyacente, y lo puede hacer con toda legitimidad a la luz de la jurisprudencia constitucional, como ya la propia STC 61/1997 recordara.

(133) Véanse fundamentos jurídicos 7.b y 8 de la STC 61/1997; *supra* núm. II.3.

Pero es que, además, el técnicamente incorrecto —e ilegítimo— amparo en el art. 149.1.1.^ª CE resulta innecesario si se tiene en cuenta que el Estado ostenta otros títulos para decidir algo en esas mismas materias:

- a) traer aquí el art. 45 CE para sumarle la competencia del art. 149.1.1.^ª CE carece de explicación aparente, puesto que el Estado ostenta la competencia sobre la legislación básica sobre protección del medio ambiente (art. 149.1.23.^ª CE); (134)
- b) lo mismo cabe decir de la artificiosa construcción de un «derecho a la participación ciudadana en los asuntos públicos» en versión urbanística (aludiéndose implícitamente al derecho del art. 23.1 CE, según parece, aunque luego se limite, sin embargo, a sencillos derechos procedimentales, por lo demás bien conocidos en el ordenamiento) (135). El legislador estatal podría haber hecho uso, caso de pretender realmente establecer alguna norma general (derechos, deberes de procedimiento o en relación con la Administración), de la competencia sobre la legislación de procedimiento administrativo común; (136)
- c) tampoco tiene sentido invocar el derecho del art. 47 CE para predicar de él unas supuestas condiciones básicas, cuando, primero, la Ley no regula el derecho a una vivienda digna, sino una técnica urbanística (art. 10) (137) y, segundo, posee una competencia, como la que luce en el art. 149.1.13.^ª CE, en virtud de la cual puede decir algo en materia de vivienda, eso sí, sin hacer urbanismo.

El problema radica, como a nadie escapa, en ese «algo» que al legislador estatal le está permitido decidir. Y es que el error de perspectiva —el artificio de utilizar un título que le está vedado, cuando cuenta con otros títulos— acaso no lo sea tal, puesto que el recurso a la «igualdad» (138), así sin más, no es ya sólo un salvoconducto o una fórmula de fácil aceptación, sino, lo que es más importante, una vía para decir más de lo que diría en otro caso, si establece una suerte de legislación básica (normación sistemática y completa en cuanto a los fundamentos) en materia de urbanismo, para seguir transformando el Derecho Urbanístico en

(134) Véase más arriba núm. II.1.2.

(135) Cfr. Exposición de Motivos núm. I. Pese a la calculada ambigüedad del texto legal, parece que el art. 4, recogería la expresión de ese supuesto derecho constitucional al que le uniría la regla 1.^ª del art. 149.1 CE: derecho a acceder a la información de que dispongan las Administraciones públicas sobre la ordenación del territorio, la ordenación urbanística, la evaluación ambiental, etc; y a ser informado del régimen y las condiciones urbanísticas aplicables a una finca determinada; a participar efectivamente en los procedimientos de elaboración y aprobación; a ejercer la acción pública.

(136) *Ibidem*.

(137) Véase más abajo núm. VI.4.

(138) Véase ahora el núm. II.1.4.

una competencia compartida. Esa pretendida sistematicidad y completud de un tramo de regulación urbanística luce en el Título I («condiciones básicas de la igualdad de los derechos y deberes constitucionales de los ciudadanos»), de la mano del art. 149.1.1.^a CE (139) y, por conexión o extensión, en el Título II, sorprendentemente alejado ya de esas y otras competencias como su propio enunciado anuncia, y otros preceptos de la Ley, aunque a medida que se avanza en la Ley la amalgama de títulos utilizados, en una calculada ambigüedad (140), dificulta sensiblemente el análisis racional.

Dicho en positivo: el legislador estatal cuenta con títulos suficientes para decir algo relevante —no importa ahora qué— en punto al medio ambiente rural y urbano; a las relaciones del ciudadano con la Administración y la participación en los procedimientos; y en lo que hace a los instrumentos de dirección económica y su relación con la vivienda. En ese contexto, recurrir por el contrario al art. 149.1.1.^a CE, habida cuenta la claridad de la jurisprudencia constitucional en este extremo, no se explica fácilmente.

3. La respetuosa sucesión de normas estatales y autonómicas y el ejercicio leal de las respetivas competencias

El mayor grado de abstracción que la Ley ofrece hace más patente la necesidad de establecer mecanismos de diálogo entre la nueva norma estatal (en este caso, del suelo) y la autonómica, que habrá de verse derogada como consecuencia de la reforma sobrevenida. (141)

Es ya positivo que el legislador estatal sea consciente de que la falta de «desarrollo» autonómico resta plenitud o eficacia a la competencia estatal, de la misma manera que la extemporánea o indebida transposición de una Directiva comunitaria bloquea o cercena la competencia europea. Y eso es lo que ha previsto la Disposición Transitoria Segunda de la Ley, por vez primera: «Si, transcurrido un año desde la entrada en vigor de esta Ley, dicha legislación (autonómica) no tiene establecidas las reglas precisas para su aplicación, desde dicho momento y hasta su adaptación a esta Ley serán aplicables las siguientes...» Se disponen así, en clave de-

(139) La misma literalidad del rúbrica Título I parece representativa de la pérdida del significado finalista que la regla 1.^o del art. 149.1 CE posee (garantía de la igualdad, que no es lo mismo que «unidad jurídica»). Si se examina el contenido del propio Título I (lo mismo podría decirse del Título II) se observa que su regulación poco tiene que ver con la garantía de la igualdad, sino en su caso una regulación unitaria en cuanto que emana de las instituciones centrales del Estado.

(140) Cfr. Disposición Final Primera.

(141) Me remito, para un simple apunte, a mi trabajo «Un Estatuto de Autonomía y una Constitución del siglo XXI», en *RAP* núm. 173 (mayo-agosto 2007).

fensiva, una serie de reglas que conforman una especie de «Derecho supletorio estatal de carácter transitorio», implícitamente fundando, no ya en la cláusula de supletoriedad del art. 149.3 CE, sino, más precisamente, en la misma competencia estatal.

Y es positivo porque permitirá entender, en un segundo momento, que el problema se produce igualmente a la inversa. La legislación autonómica, válidamente dictada, puede quedar derogada, con un evidente efecto sísmico, y la Administración actuante paralizada, ante el escenario o hipótesis de una nueva norma estatal de principios con inmediata entrada en vigor y una todavía inexistente legislación autonómica de adaptación. El legislador estatal habrá de dar mayores plazos de transposición, no podrá operar con la clásica «vacatio legis», puesto que el interlocutor inmediato de la ley estatal no es la Administración, sino el legislador autonómico. Y éste requiere un lapso de tiempo razonable para la necesaria «transposición». (142)

4. Cuando el art. 149.1.13.^a CE se utiliza para «hacer urbanismo» y «política de vivienda»

De conformidad con cuanto ha quedado dicho (143), cabría cuestionar la concreta regulación de la Ley en punto a la vivienda sujeta a algún régimen de protección (art. 10.b). Con ello, obvio es decirlo, no se niega que le esté vedada al legislador estatal toda medida desde la referida competencia, sino más bien que se introduzca en un sector que no le pertenece para decidir el *cómo*: a través de las reservas de suelo, con un determinado porcentaje, límites y actuaciones del instrumento de ordenación. Lo que establece el art. 10.b, señaladamente, en sus párrafos segundo y tercero, es una medida estrictamente urbanística. No parece que las bases y coordinación de la actividad económica general (art. 149.1.13.^a CE) puedan amparar una técnica como la contemplada en el referido precepto. O, si se prefiere: la regulación contenida en el art. 10.b no es regulación de las bases de la actividad económica, ni es coordinación de la planificación general (144). Otra consideración podría merecer una previsión legal más principal, a modo de garantía de resultado, que estableciera, por ejemplo, un mínimo de vivienda protegida en el mercado, dentro de cada área geográfica, cualquiera que sea su régimen de acceso y tenencia y su formación.

(142) *Ibidem*.

(143) Véase más arriba núm. III.

(144) *Ibidem*.

Ninguna justificación adicional o subsidiaria puede encontrar el legislador estatal, puesto que el art. 10.b de la Ley no constituye regulación del derecho de propiedad, menos aún de sus condiciones básicas, como es fácil inferir no ya sólo desde el propio encabezamiento del Título II, sino desde un plano conceptual(145).

5. Sobre las competencias generales del Estado y su traducción o expresión especial en cada sector o en razón de la materia

Como ya notábamos, aquí reside la verdadera dificultad en lo que hace a la articulación competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas(146), en tanto no sea modernizado y actualizado el sistema constitucional de reparto de competencias (147), aun antes que en el art. 149.1.1.ª CE, y ello pese a la creciente, y paradójica, expansividad que éste ha experimentado en los últimos años (148). ¿Cuáles son los límites y las condiciones de ejercicio de las muchas competencias estatales de carácter general cuando, apartándose de sus propias reglas comunes, se introducen en un sector de competencia autonómica? Tal es la cuestión planteada ya por la propia jurisprudencia (149).

La Ley, aunque más ceñida y abstracta que la anterior LRSV de 1998 como se ha subrayado, suscita igualmente algunos interrogantes en ese sentido. Acaso por pura inercia histórica, se mantienen en ocasiones reglas e instituciones propias de nuestro esquema urbanístico tradicional de una forma poco meditada desde una perspectiva competencial. No quiere decirse que el legislador estatal no pueda decir nada respecto de la responsabilidad extracontractual en el ámbito del urbanismo, además del establecer el sistema general de responsabilidad de las Administraciones públicas; o de la reversión urbanística, además de regular la re-

(145) La función social de la propiedad no es sinónimo de política social; función social y reserva de suelo no guardan ninguna relación.

(146) Véase más arriba núm. II.3.

(147) Me remito a mi trabajo «Un Estatuto de Autonomía y una Constitución del siglo XXI», en *RAP* núm. 173 (mayo-agosto 2007).

(148) El deslinde operado por el Tribunal Constitucional en la segunda parte de la década de los noventa para disciplinar el alcance de esta competencia (entre otras, por la STC 61/1997) ha producido el «efecto perverso» y previsible de toda delimitación: ambas partes, en este caso el legislador estatal, apura hasta el extremo señalado por el Tribunal como umbral insoslayable. Antes, acaso por prudencia, podría no llegarse a la frontera, se dejaba un cinturón de seguridad. Otro efecto, no tan previsible, aunque no menos pernicioso, ha sido el redescubrimiento de este título competencial, para, primero, utilizarlo aun cuando no es necesario por ostentar el Estado otros más específicos y, segundo, en una clara tensión frente a la jurisprudencia, para introducirse más allá de la frontera. Ejemplos de ambas cosas se encuentran, a nuestro juicio, en la Ley, como se ha notado.

(149) Véase más arriba núm. II.3.

versión en general; o del procedimiento en materia urbanística, además de establecer el común; de las causas expropiatorias y de la valoración, además de la legislación general de expropiación forzosa; del acceso a la información medioambiental en general y del urbanístico en particular; etc. Lo que sí quiere decirse, siguiendo al Tribunal Constitucional, es que el juego y articulación de esas competencias generales ha de encontrar presupuestos, condiciones y límites.

Un simple ejemplo puede hallarse en el art. 15 de la Ley («Evaluación y seguimiento de la sostenibilidad del desarrollo urbano»). De entrada, y sin entrar en mayores detalles, cabe interrogarse sobre la necesidad técnica de un precepto específico en razón de la materia, cuando las Cortes Generales han aprobado una Ley general (9/2006), aplicable sin duda al sector. El examen de esta Ley, en efecto, no permite concluir que requiera una cierta matización o una «refracción» en razón de la materia. Otra cuestión es que no se desee aguardar a la «transposición» y concreción autonómica de esas reglas, por lo demás a su vez tardíamente incorporadas del ordenamiento comunitario. Que la evaluación haya de contar con la participación de la Administración hidrológica, de costas o de las Administraciones «competentes en materia de carreteras y demás infraestructuras afectadas» (art. 15.3) —y de otras Administraciones no citadas—, es algo que está en la «naturaleza de las cosas». Si lo que preocupa es la defensa de las competencias estatales (art. 15.3) que puedan verse afectadas por la ordenación territorial, o bien asegurar el estudio económico y financiero (art. 15.4), puede hacerse siempre una consideración más contenida, no es necesario —de nuevo— establecer una regulación tan completa como la que ofrece el art. 15, precepto éste que podría quedar resumido en muy pocas líneas.

No se trata, por lo demás, de una mera cuestión de necesidad (todo legislador tiene derecho a decir cosas superfluas, a repetirse o a desdecirse), sino de conciliación con la competencia autonómica. Al fin y al cabo, la evaluación estratégica ambiental se resuelve en un procedimiento administrativo de intensa participación y colaboración para hallar la mejor solución posible desde el punto de vista de la sostenibilidad. La ley renuncia a predeterminar por sí misma cuál sea la solución en cada caso correcta y se remite al procedimiento. Pues bien, si el legislador estatal regula la institución de la evaluación estratégica ambiental con carácter general (en virtud de sus competencias sobre el medio ambiente y procedimiento administrativo común, en esencia) y, además, se introduce en cada sector, aun cuando no sea de su competencia, para establecer las especialidades que tenga por conveniente —y esa secuencia se reproduce en la sede de toda competencia general a favor del Estado—, bien poco, todo sumado, podría restarle a la política pública de competencia autonómica.

6. Sobre la forma de legislar

En última instancia, buena parte de las críticas vertidas en este rápido y panorámico recorrido son reconducibles a una cuestión de concepto. Y de lo cual es demostrativo la misma forma de legislar. La Ley 8/2007, de Suelo, ha hecho, sí, un notable esfuerzo, pero está lejos de presentarse como una ley breve, reguladora de elementos «suelos», y verdaderamente circunscrita al núcleo temático de las competencias estatales (150). La Directiva de mínimos —que contiene algunas normas sobre algunos problemas— representa una imagen ilustrativa.

No se puede montar una ley sistemática y completa, al modo tradicional, en un afán de eficacia, cuando los materiales disponibles no dan para ello (151). Otra cosa es que la ley estatal pretenda por hipótesis adquirir una función distinta: la búsqueda de un efecto docente y orientador para todos los operadores; la información o publicidad; la expresión de un pacto con las Comunidades Autónomas, por ejemplo en materia de vivienda protegida; etc. Pero, en tal hipótesis, cabría recurrirse a otros instrumentos más idóneos de carácter cooperativo.

(150) La Ley está aún lejos de los criterios que se han apuntado en el núm. II.1.4.

(151) *Ibidem*.