

Esta misma preocupación se encuentra, por ejemplo, en el pensamiento de OLIVÁN. Para él «el Gobierno es el Poder supremo considerado en su impulso y acción para ordenar y proteger la Sociedad, y la Administración constituye el servicio general o el agregado de medios y el sistema organizado para transmitir y hacer eficaz la acción de Gobierno» (33).

Desde esta perspectiva, su preocupación ilustrada por la cosa pública les lleva a intentar conformar una Administración dentro de «una esfera distinta y separada de la política, en un terreno que pueda considerarse neutral para los partidos» (34). Con gran sentido anticipatorio, COLMEIRO llegaría a afirmar que uno de los elementos que debe caracterizar a la Organización administrativa de cualquier Estado es que «debe ser independiente» (35). Cansados, quizás, de la excesiva relación entre política y Administración, son partidarios de proclamar la superioridad, por lo menos ocasional, de la Administración respecto de la Política. «De poco vale, —vendrá en resumidas cuentas a decir OLIVÁN— que la Política levante y decore los muros y la techumbre del edificio social. Si la Administración no arregla las estancias, si las habitaciones son molestas y el método de vida es desagradable, porque en este segundo caso el desorden que se produce llevaría incluso al abandono del edificio» (36). Por eso, concluye que en su época la Ciencia de la Administración ocupa un puesto principal —o debe ocuparlo— porque en la actitud de estos moderados hay a menudo lo que los anglosajones denominan un *wishfull thinking*» (37).

En definitiva, y como señala GARCÍA DE ENTERRÍA, «extremando la idea, podría decirse de ellos con justicia que tienen vocación de *servidores del Rey*, es decir, de una empresa y de una institución impersonal y objetiva que los trasciende, y no de románticas cabezas de ratón, a que el juego democrático tentaba cada día» (38).

(33) Op. cit. pág. 33-34.

(34) OLIVÁN, Op. cit. pág. 306.

(35) Op. cit. pág. 14.

(36) OLIVÁN, Op. cit., págs. 308-309.

(37) OLIVÁN, Op. cit., pág. 308.

(38) Op. cit. pág. 21.

SUPRESIÓN DE LA DISTINCIÓN ENTRE SUELO URBANIZABLE PROGRAMADO Y SUELO URBANIZABLE NO PROGRAMADO (*)

(Comentario al art. 1 de la Ley 7/1997 de 14 de abril y del art. 1 del R.D.L. 5/1996 de 7 de junio)

ÁNGEL AGUIRRE PARDILLOS

SUMARIO: — INTRODUCCIÓN. — I. SUPRESIÓN DE LA DISTINCIÓN ENTRE SUELO URBANIZABLE PROGRAMADO Y SUELO URBANIZABLE NO PROGRAMADO. ASPECTOS JURÍDICO MATERIALES: 1. El período transitorio respecto de S.U.N.P. abierto por el párrafo 2.º de la disposición transitoria de la Ley 7/97, y antes del R.D.L. 5/96; 2. La desaparición del suelo urbanizable no programado en los futuros planes generales de ordenación urbana. — II. LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD, POR INCOMPETENCIA DEL LEGISLADOR ESTATAL, DEL ARTÍCULO 1 DE LA LEY 7/1997 DE 14 DE ABRIL Y ANTES DEL R.D.L. 5/1996 DE 7 DE JUNIO. — III. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

La Ley 7/1997, de 14 de abril, de Medidas Liberalizadoras en materia de Suelo y Colegios Profesionales (1) recoge en su art. 1, que habrá que analizar en unión de sus disposiciones transitoria y final, la supresión de la distinción entre suelo urbanizable programado y suelo urbanizable no programado establecida en el R.D. Legislativo 1/92, de 26 de junio (2), por el que se aprobó el último texto refundido de la Ley del Suelo. Dicha distinción ya venía recogida, desde hace más de

(*) Abreviaturas utilizadas: P.G.O.U.: Plan General de Ordenación Urbana. P.A.U.: Programa de Actuación Urbanística. R.G.U.: Reglamento de Gestión Urbanística. R.D.U.: Revista de Derecho Urbanístico. S.N.U.: Suelo No Urbanizable. S.U.P.: Suelo Urbanizable Programado. S.U.N.P.: Suelo Urbanizable No Programado. TR/76: Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana aprobado por Real Decreto Legislativo 346/76, de 9 de abril. TR/92: Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio.

(1) B.O.E. n.º 90 de 15 de abril de 1997.

(2) En adelante T.R. 92.

veinte años, en el anterior texto refundido de la Ley del Suelo aprobado por R.D. Legislativo 1346/76, de 9 de abril (3).

La redacción que la Ley 7/1997, de 14 de abril, presenta respecto de la cuestión que se analiza es idéntica a la que formulaba, tras la corrección de errores, el R.D.L. 5/1996, de 7 de junio. Esta circunstancia permite afirmar que, ya desde la fecha de publicación de éste, la idea de la supresión de la distinción y consiguiente homologación de las distintas categorías de suelos urbanizables pasa a incorporarse a la legislación estatal, alterando una dinámica de más de dos décadas.

La Ley que analizamos y su antecedente el Decreto Ley 5/1996 presentan un esquema regulador bastante escueto, pretendiendo por una parte determinar una situación de futuro con una única categoría de suelo urbanizable y, por otra parte, y en paralelo, procurando diseñar, hasta que llegue ese momento, un esquema de tránsito, ya que la modificación que se introduce sólo operará en aquellos municipios que aprueben un Plan General de Ordenación Urbana que haya completado íntegramente su tramitación bajo la vigencia de esta Ley (4).

Ese diseño, por la parquedad de su redacción y por las peculiaridades que inciden en los siempre complejos procesos urbanísticos, y en la propia normativa afectada, plantea todo un catálogo de problemas jurídico materiales que trataremos a lo largo de este trabajo.

La situación viene a complicarse aún más, sin salir todavía del plano jurídico material, si se considera que el Tribunal Constitucional, en sentencia de 20 de Marzo de 1997 (5), declara inconstitucionales casi todos los arts. del T.R. 92 a los que afecta el art. 1 de la Ley 7/1997, resucitando los homólogos del antiguo T.R. 76 (que habían quedado derogados según la disposición final del T.R. 92). Ocurre además que, en el momento de publicarse la Ley 7/1997 (15 de abril de 1997), la sentencia del Tribunal Constitucional aludida ha sido ya pronunciada pero aun no publicada, circunstancia que hace que técnicamente no haya operado todavía la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos del T.R. 92. Por esta razón y a lo largo del trabajo que sigue, haremos siempre referencia a los pre-

(3) En adelante T.R. 76.

(4) Si nos atenemos a la literalidad de la disposición transitoria de la Ley 7/1997, habrá que considerar que se está refiriendo a los municipios que inician la tramitación de un P.G.O.U. a partir del 15 de abril de 1997. No obstante si se tiene en cuenta la identidad literal de la disposición transitoria de la norma antecedente (R.D. Ley 5/1996 de 7 de junio), cabrá sostener que este esquema es aplicable a los municipios que iniciaron la tramitación de un P.G.O.U. a partir del 8 de junio de 1996.

(5) En adelante S.T.C. 61/97.

ceptos de ambos dos textos refundidos (76 y 92) que resulten afectados por la norma que estamos analizando.

Con todo y si lo anterior no resulta ya de por sí algo complejo, la S.T.C. 61/97 introduce una nueva problemática, no tanto de corte jurídico material como de carácter competencial, que podría llevar a pensar que el art. 1 del R.D. Ley 5/1996 de 7 de junio está declarado inconstitucional y que esta Ley 7 /1997 devendrá inconstitucional con la publicación oficial de la S.T.C. 61/97, y ello porque el Alto Tribunal ha considerado que el Estado no es competente para dictar legislación supletoria en materia de urbanismo y, al tener carácter supletorio la supresión de la distinción entre S.U.P. y S.U.N.P., el contenido del art. 1 de la Ley 7/1997 incurre en vicio de inconstitucionalidad por incompetencia. A esta cuestión dedicaremos el segundo punto del estudio que se desarrolla a continuación y que, en primer lugar, se centra en los aspectos jurídico materiales.

I.- SUPRESIÓN DE LA DISTINCIÓN ENTRE SUELO URBANIZABLE PROGRAMADO Y SUELO URBANIZABLE NO PROGRAMADO. ASPECTOS JURÍDICO MATERIALES

Esta cuestión viene regulada en el art. 1 de la Ley 7/1997 (y antes en el art. 1 del R.D.L. 5/96) que hay que analizar en unión del párrafo segundo de la disposición transitoria. Transcribimos ambos preceptos a continuación:

«Art. 1.- Supresión de la distinción entre suelo urbanizable programado y suelo urbanizable no programado.»

Uno. Queda suprimida la distinción entre suelo urbanizable programado y suelo urbanizable no programado establecida en el Real Decreto Legislativo 1/92, de 26 de junio, refundiéndose ambas clases de suelo, denominándose suelo urbanizable.

Dos. Constituirán el suelo urbanizable los terrenos que el planeamiento general declare adecuados para ser urbanizados.

Tres. Para el desarrollo urbanístico del suelo urbanizable serán de aplicación las disposiciones contenidas en el Real Decreto 1/1992 para suelo urbanizable programado».

«Disposición transitoria (párrafo 2.º).»

El suelo clasificado como urbanizable no programado en el planeamiento vigente o en tramitación a la entrada en vigor de la presente Ley, mantendrá el régimen jurídico previsto en la normativa urbanística anterior. No obstante podrán promoverse y ejecutarse directamente programas de actuación urbanística sin necesidad de concurso, bien por iniciativa pública o por iniciativa privada, mediante cualquiera de los sistemas de actuación previstos en la legislación urbanística».

A partir de la lectura de los preceptos aludidos se pueden establecer unas primeras e inmediatas consideraciones, en el plano jurídico material, que habrán de servir como esquema o hilo conductor de la exposición posterior.

En primer lugar se ha de destacar que esta Ley 7/1997, como previamente hizo el Decreto-Ley antecedente, está contemplando *dos situaciones* (6): por una parte, *una primera* situación prevista para un *futuro* con una única categoría de suelo urbanizable, que será aplicable a los municipios que aprueben en adelante un P.G.O.U., nuevo o revisado, siempre que no hayan iniciado la tramitación del mismo antes del 15 de abril de 1997 (7). Por otra parte, *una segunda* situación, actual o *de presente*, obviamente transitoria, en la que siguen coexistiendo las dos categorías de suelo urbanizable, programado y no programado, básicamente en las condiciones de la legislación anterior, salvo en lo que señalaremos, y que se mantendrá hasta la aprobación definitiva de los P.G.O.U., nuevos, revisados o adaptados, que hayan cubierto toda su tramitación a partir de la fecha indicada.

Abordaremos por separado la situación transitoria de presente (1.1) y la situación de futuro (1.2) a partir del contenido de estas disposiciones, centrando el análisis en los contenidos jurídico materiales y dejando diferidos al punto 2 los posibles problemas de inconstitucionalidad.

1.- El período transitorio respecto del S.U.N.P. abierto por el párrafo 2.º de la disposición transitoria de la Ley 7/1997 y antes del R.D.L. 5/96

El principio general a tener en cuenta respecto de esta situación, según estas normas, es el de que el suelo urbanizable no programado, existente a la entrada en vigor de la Ley 7/1997 y antes del R.D.L. 5/96, mantendrá el régimen jurídico vigente en la normativa urbanística anterior. Es decir, continuará considerándose suelo urbanizable no programado y le serán de aplicación las normas establecidas para esta clase de suelo en el Texto Refundido de 1992 (8), así como las que

(6) A salvo de la posible inconstitucionalidad de una u otra, o de las dos, cuestión que se pasará a analizar en el punto 2.

(7) Nótese, conforme a lo señalado anteriormente en la nota 4, que podría interpretarse que esa fecha es la de entrada en vigor del R.D.L. 5/96.

(8) En el momento de publicarse la Ley 7/97 todavía esta técnicamente en vigor en su integridad el TR.92 porque la S.T.C. 61/97 no se ha publicado. A partir de la publicación de la S.T.C. 61/97 las referencias al suelo urbanizable no programado deberán ser entendidas tal y como esta categoría de suelo venía definida en el TR. 76.

recojan las distintas legislaciones autonómicas aplicables al respecto. Esta situación en cuanto a la clasificación de estos suelos se mantendrá hasta tanto se apruebe un nuevo P.G.O.U. (9), momento en el que esos terrenos perderán obligatoriamente la condición de SUNP ya que dicha clase de suelo habría quedado suprimida.

Para el período de tiempo que transcurra hasta entonces esta reforma puntual introduce una importante novedad. La innovación en cuestión consiste en que durante este tiempo «podrán promoverse y ejecutarse directamente Programas de Actuación Urbanística (10) sin necesidad de concurso, bien por iniciativa pública o por iniciativa privada mediante cualquiera de los sistemas de actuación previstos en la legislación urbanística».

En orden a ser precisos habrá que señalar que la innovación, en puridad, hace referencia a la posibilidad de la promoción y ejecución directa de PAUS, sin concurso, por la iniciativa privada, dado que, en relación con la iniciativa municipal la cuestión ya venía contemplada en el art. 180.1 del T.R. 92 (11). La única duda respecto de la iniciativa municipal en este sentido estaba en la de la posibilidad de señalar el sistema de compensación en terrenos que no fueran de propiedad pública. Sin perjuicio de que mi opinión era que sí se podía (12), la reforma puntual que analizamos admite la utilización de cualquier sistema.

Referida pues la innovación a la iniciativa privada, será necesario determinar el alcance o incidencia de un inciso de esta disposición transitoria en todo el conjunto integrado formado por la sección 5.ª del Cap. II del título IV del T.R. 92, relativa a la ejecución de los programas de actuación urbanística (arts. 177 a 184) (13), y disposiciones concordantes. La parquedad de esta regulación transitoria provoca la aparición de un conjunto de interrogantes que, básicamente, podrán ser los siguientes, y que en el plano jurídico material se mantienen

(9) En las condiciones relativas a plazos señaladas en las notas 4 y 7.

(10) En adelante PAUS.

(11) Y anteriormente en el art. 141 del Texto Refundido de 1976 y art.215 y 216 del Reglamento de gestión urbanística (en adelante RGU).

(12) En ese sentido y a pesar de la poca utilización del PAU, en general, como técnica de desarrollo de los SUNP, algunos Ayuntamientos habían considerado ya la posibilidad de la ejecución directa de los mismos, por iniciativa pública y según el sistema de compensación.

(13) Desde que se publique la S.T.C. 61/97 esta referencia habrá de entenderse hecha al Capítulo VI del Título III del T.R. 76 (arts. 146 a 153), así como a los arts. (213 a 227 del R.G.U.) manteniéndose el art. 184.2 del TR. 92 que no ha sido declarado inconstitucional.

tras la S.T.C. 61/97 (si bien siempre con la reserva de la hipótesis, que se tratará en el punto siguiente, de que la Ley 7/1997 este viciada de inconstitucionalidad por incompetencia del legislador estatal):

a) ¿Está obligada la Administración Pública actuante a la puesta en programación de un S.U.N.P. siempre que exista una iniciativa privada al respecto?

b) Cuando se establece que «podrán promoverse PAUS sin necesidad de concurso por la iniciativa privada» ¿a quién se refiere la Ley 7/1997 y antes el R.D.L. 5/96?: ¿A los propietarios de la totalidad del suelo que se prevé programar?. ¿A un porcentaje de los mismos?, o ¿a cualquier particular tenga o no relación con el suelo?

c) Si se desarrollan estas iniciativas ¿cuáles son las cargas de cesión y las posibilidades de apropiación de aprovechamiento?. ¿Las de suelo urbanizable programado en su versión nueva? o ¿en la anterior a la Ley 7/1997 y antes el R.D.L. 5/96?. ¿O siguen vigentes los arts. 156 y 177 y ss. del T.R. 92 (o sus homólogos 123 y 146 del TR. 76), que permitían el establecimiento de cargas y cesiones adicionales en los PAUS?

d) ¿Ha desaparecido o pervive todavía la noción de urbanismo concertado para el desarrollo de Suelos Urbanizables no Programados?

Fijados los anteriores interrogantes como dudas principales, establecidas a partir de la parca regulación para este período transitorio, intentaremos en la medida de lo posible ir respondiendo a cada una de las cuestiones apuntadas.

a) La puesta en programación

De las cuestiones relacionadas, la primera es, a mi entender, capital, en el sentido de que resulta clave determinar si la iniciativa particular de desarrollar un PAU sobre suelo urbanizable no programado exige, de forma automática, desde la entrada en vigor de la Ley 7/1997 y antes del R.D.L. 5/96, que la Administración urbanística declare en situación de programación dicho suelo o, si por el contrario, se mantiene la discrecionalidad de la Administración urbanística a este respecto y la única innovación se produce en orden a la no necesidad de convocar concurso una vez que la Administración ha acordado discrecionalmente la puesta en programación.

Señalo que esta cuestión es capital puesto que la interpretación que se considere procedente sobre la disyuntiva planteada vendrá a determinar, respecto de la medida adoptada por la Ley 7/1997 y antes por el R.D.L. 5/96, que ésta se aproxime a una reclasificación

automática de suelos, y por tanto determine para los propietarios el inicio de la transformación de meras expectativas urbanísticas en derechos susceptibles de adquisición, o bien que sea tan sólo un mecanismo, controlable por los Ayuntamientos, que simplemente permita de una forma más ágil, anticipar el desarrollo de ciertos suelos de reserva, que la Administración urbanística considere necesarios, sin tener que esperar a la aprobación de un nuevo P.G.O.U. revisado, ni tener que someterse a aquél excesivamente complejo y poco operativo sistema de concursos.

Dicho de otro modo: lo primero que está por ver es si, en el período transitorio abierto, la incorporación al desarrollo urbanizador de los actuales suelos urbanizables no programados depende única y exclusivamente de la voluntad de sus propietarios, o realmente sigue dependiendo de una decisión de la Administración Pública y, sólo en el caso de que ésta entienda que debe producirse ese desarrollo, tendrá incidencia esta reforma que simplifica (o quiere simplificar) el cómo, a partir de ahí, se desarrollan, tramitan, aprueban y ejecutan los instrumentos de planeamiento necesarios.

El art. 177 del T.R. de 1992 y el anterior art. 146 del T.R. 76 (muy similar) contienen la regulación de una competencia de la entidad local actuante que es la de la «puesta en programación» de un suelo urbanizable no programado. Hasta la fecha y con carácter previo o simultáneo a la convocatoria del concurso para la formulación y ejecución de un P.A.U., la Administración urbanística competente tenía la facultad de decidir qué suelos se necesita incorporar al desarrollo urbanizador, de entre los de reserva, en función de las necesidades urbanísticas del municipio. Y era a partir de esa decisión de puesta en programación cuando se activaba el mecanismo procedimental que llevaba al concurso (o bien a la formulación directa en caso de una actuación pública directa).

Esa decisión se venía configurando como discrecional por cuanto ante la iniciativa particular de formular un PAU el art. 177, en la redacción del TR 92 (146 en la redacción del TR.76), es muy claro al decir que la Administración simplemente «podrá» convocar un concurso para la ejecución y formulación del PAU. Igualmente, y respecto de la actuación pública la facultad de formular de oficio un PAU era claramente discrecional.

El carácter discrecional de esa decisión de incorporar todo o parte del suelo urbanizable no programado al proceso de urbanización, mediante la formalización de PAUS, resulta más claro tras la lectura del

art. 215.1 del Reglamento de Gestión Urbanística (14) y más claro aún si cabe de la lectura del art. 217. 1 y 2 (15), y en ese sentido son diversos los autores que se han pronunciado con rotundidad sobre esa discrecionalidad (16).

Bien, sentadas así las cosas con respecto a esta cuestión para el período anterior a junio de 1996, se puede pasar al análisis de esta específica duda a partir del R.D.L. 5/96 y la posterior Ley 7/1997.

La primera de las interpretaciones posibles de la disposición transitoria, al respecto de esta concreta cuestión, pasará por considerar que la Administración mantiene la facultad discrecional de determinar, en este período transitorio que se abre, qué suelos urbanizables no programados son susceptibles de ser puestos en programación y cuáles no.

Y evidentemente, según esta forma de ver las cosas, aun siendo discrecional la facultad decisoria, habrá que entender que los elementos reglados presentes en esa facultad finalmente discrecional exigirán que esa decisión de poner o no poner en programación un suelo se justifique en razones lógicas, tales como necesidades reales de desarrollo de dichos terrenos, posibilidades físicas de incorporación de los mismos al proceso urbanizador en función de la previsión de infraestructuras necesarias, articulación de políticas locales de vivienda, determinación de modelos de configuración de periferias urbanas y posibilidades de garantizar en el futuro una continuidad de la trama urbanizable evitando la constitución de isletas urbanizadas con futuros suelos no urbanizables alrededor, etc. etc.

En ese sentido, cabrá la posibilidad de entender que, cuando la disposición transitoria de la Ley 7/1997 y antes del R.D.L. 5/96 establece que «no obstante podrán promoverse y ejercutarse directamente P.A.U.S. sin necesidad de concurso», está manteniendo esa facultad discrecional decisoria de la Administración que ya estaba en el art.

(14) Este precepto, encuadrado en el Capítulo II del Título VI del RGU, relativo a «Actuaciones preparatorias para la Ejecución de Programas de Actuación Urbanística» establece lo siguiente: «Las Entidades Locales, de oficio o a instancia de parte, podrán acordar que se incorpore la totalidad o parte del suelo urbanizable al proceso de urbanización mediante la formulación de uno o varios programas de actuación urbanística».

(15) Este último precepto, al respecto de una solicitud de particulares para desarrollar un suelo de este tipo establece: «Si la administración estima conveniente admitir a trámite tal solicitud...». (V. RGU, art. 217).

(16) Véase en ese sentido COSCULLUELA, *Teoría General de la Gestión Urbanística*, RDU n.º 53, pág. 35 y véase también GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios a la Ley del Suelo (TR 92)*, Civitas, Madrid 1993, pág. 1344.

177 del T.R. 92 (17), del que *sólo* quedaría eliminado el requisito del concurso.

Además del argumento basado en el sentido de la expresión «podrán», cabe apuntar otro razonamiento, de mayor profundidad, basado en la consideración de que, de no existir esta facultad discrecional de las Administraciones, lo que existiría es un «derecho absoluto» de los propietarios al desarrollo de esos suelos sin la existencia de un correlativo deber. La legislación del suelo tras la reforma del 90-92 no contempla la existencia de derechos de los propietarios del suelo sin los correlativos y consiguientes deberes. Esta cuestión, en lo sustancial, no ha sido alterada por la S.T.C. 61/97, que considera los deberes, correlativos a los derechos, como parte de la arquitectura esencial del derecho de la propiedad urbana (18). Por tanto, en ese sentido, resulta muy claro que el propietario de un suelo urbanizable programado no sólo tiene derecho a su urbanización sino que además está obligado a realizarla en unos determinados plazos.

Dicho de otro modo, el contenido urbanístico de la propiedad del suelo se configura en el T.R. de 1992 como un todo integrado por cuatro distintos derechos o facultades que además son de «adquisición obligatoria», en los plazos señalados, bajo la posibilidad, caso contrario, de su extinción.

Si no se sigue manteniendo el requisito de la puesta en programación del suelo, como facultad discrecional de la Administración en este período transitorio, llegaríamos a una de estas dos conclusiones: O bien que la Ley prevé, hasta que se adecúen los planes, un trato más favorable para el propietario de SUNP (derecho sin correlativo deber) que para el propietario de SUP (derecho con correlativo deber), o bien, por el contrario, que existe el deber de los propietarios de SUNP de adquirir el derecho a urbanizar en los términos y plazos que señale la legislación urbanística de aplicación (19).

(17) Entiendase art. 146 del TR. 76 a partir de la publicación de la S.T.C. 61/97.

(18) El fundamento jurídico 17 f) de la S.T.C. 61/97, al tratar las impugnaciones al art. 20 del TR.92, relativo a los «deberes legales para la adquisición gradual de facultades», determina que este precepto es perfectamente constitucional por cuanto el establecimiento de la relación de los deberes urbanísticos y el principio general de adquisición gradual de facultades por cumplimiento paulatino de deberes constituye la fijación de la arquitectura elemental del derecho de la propiedad urbana, condición básica del mismo que puede entenderse amparada para el legislador estatal en el título competencial del artículo 149.1.1.º de la Constitución Española.

(19) En ese sentido la S.T.C. 61/97, en su fundamento jurídico 17, contempla al analizar las impugnaciones al art. 30 del TR.92 que el incumplimiento de los deberes legales exige ex-art. 47 de la Constitución Española una reacción del ordenamiento jurídico pro-

No parece que ninguna de estas dos conclusiones sea medianamente lógica, circunstancia que en principio llevaría a pensar que la Administración Municipal, discrecionalmente, deberá seguir decidiendo sobre la puesta en programación de un SUNP y a partir de ahí lo que sí se produce tras la entrada en vigor de la Ley 7/1997 y antes del R.D.L. 5/96 es la posibilidad de poder llevar a cabo un desarrollo fácil y fluido (20) como consecuencia de la desaparición de la figura del concurso que dificultaba gravemente, no sólo por la dilación en el tiempo sino también por la introducción de un serio ingrediente de incertidumbre, el desarrollo de estos suelos.

Pero al margen de lo anterior, la parquedad de la disposición transitoria permite una *segunda interpretación* que partiría de considerar que desaparece la facultad discrecional de puesta en programación de suelos por parte de la Administración y que esta posibilidad pasa a ser un derecho de los promotores de este tipo de desarrollos urbanísticos.

Ese derecho a promover un PAU en SUNP sería, según esta segunda interpretación, análogo al derecho a promover un Plan Parcial en SUP y podría argumentarse que, como consecuencia de la Ley 7/1997 y antes del R.D.L. 5/96, cabe entender incluidos los PAUS como planes de iniciativa particular en el art. 104 del TR 92 (o en su análogo art. 52 del T.R. 76, que será el referente a tener en cuenta una vez se publique la S.T.C. 61/97).

Estos preceptos configuran como un derecho del particular redactar y elevar a la Administración competente, para su tramitación, los instrumentos de desarrollo de planeamiento general que, en cada caso, establece la legislación urbanística aplicable.

Apoyaría esta teoría el hecho de que el PAU viene configurado en el art. 82.1 del TR.92 (cuya redacción es idéntica a la del art. 16.1 del T.R. 76) como un planeamiento de desarrollo, luego, si la Ley 7/1997 (y antes el R.D.L. 5/96) como «legislación urbanística aplicable» lo permite, resultaría que, redactado por particulares y elevado a la Administración Pública actuante, conforme al art. 104.1, (si contiene los documentos exigidos en el art. 105), el PAU resultaría ser

tectora de la finalidad esencial de incorporación de los propietarios al proceso urbanizador y edificatorio. Esa reacción es imprescindible si bien se remite al Legislador Autonómico la dosificación y regularización pormenorizada de la misma.

(20) Sobre la posible desaparición del urbanismo concertado véase más adelante en este mismo punto 1.1 el apartado d).

de tramitación obligatoria conforme al art. 106, siempre del TR 92 (21).

Bien es verdad que esto no determinaría que el PAU, así promovido, fuese de aprobación obligatoria, pero aquí sí estaríamos ante un procedimiento reglado y, en su caso, una hipotética desestimación deberá estar basada en motivos de estricta legalidad y no de mera oportunidad urbanística (22).

A esta línea de razonamiento le falla, a mi entender, el que el apoyo en el art. 104 del TR 92 no puede ser unidireccional. Este precepto configura el planeamiento de iniciativa particular como un derecho (en la línea clásica del TR 76), pero también, y ésta es la innovación de la reforma de los años 90-92, como un deber. La existencia del *derecho* a la tramitación del Plan, como antes se ha apuntado, parece que sólo se puede comprender a partir del momento en que la legislación ha establecido el *correlativo deber* de llevar a cabo ese desarrollo (23). No parece desprenderse de la Ley 7/1997 y antes del R.D.L. 5/96 que el SUNP que transitoriamente pervive desde su entrada en vigor, se haya visto gravado en su totalidad con ese deber. Parece lógico, por tanto, que la Administración Municipal pueda seguir dosificando su incorporación al desarrollo de la ciudad hasta la entrada en vigor de los futuros planes adaptados en los que habrá desaparecido esta categoría de suelo. También parece lógico, conforme a la filosofía de la Ley 7/1997 y antes del R.D.L. 5/96,

(21) Al mismo resultado se llegaría por aplicación de los arts. 52, 53 y 54 del T.R. 76, que serían los preceptos a tener en cuenta tras la publicación de la S.T.C. 61/97.

(22) A este respecto es interesante transcribir, por lo válido que resulta como resumen, el fundamento Tercero de la STS, Sala 3.ª de 18 de febrero de 1992 (ponente Excmo Sr. D. Juan Ramos Iturralde), Jurisprudencia Urbanística 1992, Ed. Montecorvo, pág. 185, que se incluye a continuación:

Con relación al alcance de las potestades municipales en orden a la posible denegación de los Planes Urbanísticos promovidos por la iniciativa particular, la jurisprudencia viene haciendo declaraciones que responden a un criterio restrictivo respecto de la mencionada posibilidad de denegación de la aprobación inicial. En Sentencia de 7 de marzo de 1987, reiterando lo declarado en otra de 10 de febrero de 1986, este Tribunal manifestó que sólo cabe la denegación de la aprobación inicial cuando se aprecien defectos que de manera "manifiesta e incuestionable" predeterminen la denegación de la aprobación definitiva. Y en Sentencia de 14 de abril de 1987 se indica que la Corporación Municipal puede rechazar la aprobación inicial cuando entienda que infringe "claramente" la normativa urbanística. Habida cuenta de la doctrina que acaba de señalarse será preciso en el caso que nos ocupa determinar si de las actuaciones aparece que el Plan litigioso se opone de forma clara y manifiesta al correspondiente Plan General.

(23) Aunque la S.T.C. Urb declara inconstitucional el art. 104 del T.R.92 y rescita el 52 del T.R. 76, hay que considerar que se debe seguir entendiendo que existe un correlativo deber al derecho a formular planeamiento de desarrollo, según se desprende del fundamento 17 de la S.T.C. al que hacíamos referencia en las anteriores notas 18 y 19.

que una vez decidida por un ayuntamiento la puesta en programación de un suelo desaparezcan los requisitos concursales que sí suponían trabas accesorias al desarrollo de estas actuaciones.

Personalmente, ciñéndome al ámbito jurídico material, y sin perjuicio de lo que se señale en el punto 2 de este estudio, me inclino a pensar que la solución correcta a la disyuntiva planteada hay que encontrarla en la primera de las posturas apuntadas (mantenimiento transitorio de la discrecionalidad de la administración respecto a la puesta en programación del SUNP). Se trata de adoptar una línea de interpretación más urbanística, si se quiere, concentrando los efectos económicos de incrementar la oferta de suelo solamente allí donde los ayuntamientos lo estimen necesario, estableciendo, eso sí, a partir de ahí y sólo a partir de ahí, un proceso de desarrollo urbanístico más rápido que el hasta ahora vigente al desaparecer la figura del concurso, circunstancia que permite, si se simultanea la tramitación de PAU y de Plan parcial, que el proceso a seguir a partir de la puesta en programación sea bastante análogo en tiempo real al previsto para el SUP.

b) Legitimación para promover un PAU

Sin perjuicio de reiterar que, probablemente, la duda más importante respecto del período transitorio que se abre, en relación con la pretendida futura unificación de las categorías de suelo urbanizable, es la apuntada en el apartado anterior, existen otros problemas que la reforma introduce, que también tienen su interés.

Independientemente del alcance, mayor o menor, que se dé al requisito de la puesta en programación, como se ha visto, lo cierto es que esta modificación hace desaparecer el requisito del concurso y, que si la administración da el visto bueno (o aun sin necesidad de que lo diese, si siguiésemos la segunda de las interpretaciones apuntadas en el apartado anterior), el PAU puede ser formulado y ejecutado por iniciativa particular. Pero la norma no señala quién constituye a estos efectos esa iniciativa particular. No se hace referencia a los requisitos que deben reunir los promotores del PAU en este período transitorio.

La Ley 7/1997 y antes el R.D.L. 5/96 se limitan a referirse a la «iniciativa privada» como promotora de actuaciones de formalización y ejecución de PAU sin concurso, sin precisar a qué se están refiriendo como iniciativa privada.

En principio, a este respecto, en la medida que se está hablando de promover y ejecutar directamente PAUS, habrá que pensar que esa «iniciativa privada» hace referencia a los propietarios de suelo. Ahora

bien, si es indiscutible que no se plantearán problemas cuando una actuación venga promovida por la totalidad de los propietarios del suelo (competentes para la ejecución de la futura intervención por un sistema de actuación privado o mixto), sí que pueden existir dudas cuando la iniciativa promotora no abarque a la totalidad de los propietarios.

En este supuesto, y ante la nueva falta de concreción de la Ley 7/1997, también pueden darse básicamente *dos interpretaciones* distintas. O bien cabe considerar que de no concurrir en esa iniciativa privada el 100% de la propiedad del suelo la iniciativa es inviable, o bien cabe pensar que es suficiente la presencia de aquéllos que tengan capacidad de promover planeamiento privado conforme al art. 104 del TR 92 o en el art. 52 del T.R.76 y de aquéllos que tengan capacidad de promover la ejecución por el sistema de compensación de una unidad de actuación conforme a lo dispuesto a este respecto en el TR 76 y disposiciones reglamentarias de desarrollo, sin perjuicio de la existencia de legislación autonómica que resultaría de directa aplicación.

Ahora bien, aunque parece lógico que quepa acogerse a estos efectos al art. 104 del TR 92 o al 52 del T.R. 76, la cuestión se puede complicar si, no representando la iniciativa promotora de la actuación al 100% de los propietarios del suelo, el PAU propuesto incorpora la asunción de cargas urbanísticas superiores a las del suelo urbanizable programado. En estos supuestos que conllevan la aceptación de sobrecargas parece evidente que, si se ha suprimido el concurso, deberá exigirse en la iniciativa promotora del PAU la concurrencia, o al menos la aquiescencia, expresa o tácita, del total de la propiedad del ámbito sobre el que se pretende actuar.

Si no se van a aceptar cargas o cesiones superiores a las del SUP, cabrá considerar válida la asimilación al art. 104 del TR 92 o 52 del T.R. 76, siempre que no haya oposición frontal de alguno de los propietarios, que no esté dispuesto a aceptar los correlativos deberes (24) que surgen junto a los derechos que determina la aprobación de un PAU, que incida en terrenos de su propiedad.

En cualquier caso, la falta de precisión a este respecto se configura igualmente como fuente potencial de conflicto, e igualmente como fuente de inseguridad jurídica, al dificultar la verdadera concreción de las determinaciones legales vigentes para la iniciativa privada que pretenda actuar sobre estos suelos en el período transitorio en el que acabamos de entrar.

(24) Véase lo señalado en notas 18 y 19 respecto de la estructura de los deberes urbanísticos como correlativos a la adquisición de derechos.

c) *Determinación de cargas y parámetros de cesión*

En importante conexión con lo anterior, otra de las cuestiones que no quedan claras respecto del período transitorio abierto por esta reforma en el SUNP es la relativa a las cargas urbanísticas que deben asumir los particulares que promuevan un PAU.

Parecía en un principio que las cosas al respecto de este tema podrían estar más claras. La disposición transitoria de la Ley 7/1997 y antes del R.D.L. 5/96 señala que *el suelo calificado como urbanizable no programado en el planeamiento vigente o en tramitación a la entrada en vigor de este R.D.L., mantendrá el régimen jurídico previsto en la normativa urbanística anterior*. Parece obvio a este respecto que el régimen jurídico es el del TR 92 hasta que se publique la S.T.C. 61/97 (según el cual los propietarios de estos suelos tendrían derecho a apropiarse el 85% del aprovechamiento tipo del «área de Reparto sin perjuicio de que pudiesen exigírseles mayores cargas urbanísticas o menores derechos de apropiación de aprovechamiento al amparo de lo previsto en los arts. 156 y 177 del TR 92). A partir de la publicación de la Sentencia, el régimen jurídico será el del T.R. 76 según el cual los propietarios tendrían que ceder a la Administración actuante el 10% del aprovechamiento medio de la unidad de actuación, sin perjuicio del establecimiento de cargas superiores al amparo de lo dispuesto en los arts. 123 y 146.

Bien, pues parece desprenderse de la literalidad de la Ley que la administración tiene la posibilidad de exigir mayores cargas y cesiones. Ahora bien, a pesar de que lo anterior parece deducirse del texto de la Ley, no parece muy lógico que la Administración aumente excesivamente las cargas por cuanto, en un futuro, cuando se apruebe el Plan General adaptado o revisado y haya terminado, en el municipio de que se trate, el período de transitoriedad, se dará una de estas dos circunstancias (siempre a salvo de lo que al respecto pudiesen determinar los legisladores autonómicos): o bien los terrenos hoy clasificados como SUNP pasan a ser considerados como Suelo Urbanizable, o bien pasan a tener la consideración de Suelo No Urbanizable.

En el primero de los supuestos se da el contrasentido de que las cargas urbanísticas de futuro habrán resultado inferiores, o a lo sumo iguales, a las del presente, circunstancia que más parece invitar a retener suelo que a ponerlo en circulación. En el segundo de los supuestos, habrá resultado que el futuro no permite actuación urbanística de ningún tipo sobre ese tipo de suelos (o lo que es lo mismo, la ciudad no considera ni positivo ni necesario su desarrollo), circunstancia que asimismo no concuerda bien con una norma

que se dice liberalizadora. Estos contrasentidos de futuro no pueden evitarse desde la parquedad de la dicción o tenor literal de la Ley 7/1997 y antes del R.D.L. 5/96.

d) *El urbanismo concertado sobre SUNP*

Estando interconectados todos y cada uno de los problemas y dudas que se vienen planteando y analizando no se ha hecho alusión todavía a la posibilidad de que como hilo conductor de toda esa indefinición se encuentre el hecho de que la Ley 7/1997 y antes el R.D.L. 5/96, además de pretender determinar la *desaparición de futuro del SUNP*, han venido a suponer la *desaparición de inmediato del urbanismo concertado asociado al SUNP*, a través de la mecánica del concurso para la formulación y ejecución de PAUS, sin rellenar ese hueco con nada para el período de derecho transitorio que se avecina.

Para una parte importante de la doctrina española, el llamado «urbanismo concertado», bien para formular y ejecutar Programas de Actuación Urbanística, o bien para simplemente ejecutarlos supone una *Concesión* a unos particulares de la ejecución de algo que, en principio corresponde a los Entes Públicos, teniendo lugar lo anterior en virtud de un contrato (25).

A partir de ahí, un significativo número de autores (González Pérez, Leyva, González Berenguer, González Navarro, Salas y López Pellicer (26), entre otros), han venido considerando la existencia de un auténtico contrato de adjudicación de la formulación y ejecución de PAUS, cuya naturaleza jurídica era la de un contrato administrativo, en cuanto por él, una Administración Pública confiere al particular la facultad de realizar una actividad, que en principio es pública, de acuerdo con unas condiciones establecidas (27).

Sin que pretenda este trabajo desarrollar una teoría sobre lo que venía considerándose como urbanismo concertado respecto del SUNP, sí que parece inevitable afirmar que el derecho de la contratación ad-

(25) Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, op. cit., pág. 1343 en el comentario al art. 177 del TR 92.

Asimismo cfr. CARCELLER, *Reparcelación y Compensación en la Gestión Urbanística*, Madrid 1980, pág. 85.

(26) Cfr. LÓPEZ PELLICER, *Régimen y naturaleza de las actuaciones concertadas en materia de urbanismo*, RDU n.º 73, pág. 23. En este trabajo este autor se refiere a estos contratos como contratos administrativos de naturaleza especial en cuanto tienen por objeto una actuación compleja de carácter urbanizador y planificador.

(27) Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, op. cit., pág. 1346.

ministrativa, presente de modo supletorio o como telón de fondo de estas actuaciones concertadas, tenía su principal exponente en el *Concurso para la formulación y ejecución de PAUS*. Y era precisamente ese concurso, con su complejo sistema de bases y aceptación de cargas y obligaciones (que podían ser superiores a las del SUP), el que determinaba con carácter específico el régimen jurídico-urbanístico preciso para una actuación urbanizadora concreta en suelo urbanizable no programado. Este esquema era coherente en cuanto a sus diferencias con el suelo urbanizable programado. En el caso del *Suelo Urbanizable Programado*, el propietario del suelo se encuentra afectado directamente por el *binomio derecho-deber* al desarrollo urbanizador de sus terrenos, ya que no hay que olvidar que en última instancia, con la legislación existente hasta la Ley 7/1997 y antes el RDL 5/96, la atribución a un suelo de la calificación de SUP se hace porque la ciudad necesita en un período concreto de tiempo de su efectiva urbanización y edificación.

En el caso del *Suelo Urbanizable no Programado*, la situación era conceptualmente distinta. Cuando un plan general atribuía esta clasificación a unos concretos suelos lo hacía a sabiendas de que, de momento, la ciudad no precisaba de su urbanización pero, eso sí, ésta podría ser conveniente en un futuro. En este supuesto, por tanto, *no existía un deber, ni tampoco el correlativo derecho a la urbanización desde la aprobación del Plan General* dotando a un terreno de esta clasificación. *Los derechos y deberes surgían más adelante a través del contrato de formulación y/o ejecución del PAU y el régimen jurídico de los incumplimientos potenciales de los deberes asumidos venía asimismo asociado a la figura del contrato o concierto* (28), que, en última instancia, configuraba la justificación de que cada ámbito de PAU constituyese un área de reparto al margen de las áreas de reparto (únicas por cuatrienio) del suelo urbanizable programado (29). De modo análogo, en el T.R. 76 cada ámbito de PAU se configuraba al margen de la integración en cuatrienios de los sectores de S.U.P.

(28) Véase a este respecto el art. 184 del TR 92 que conecta en estos casos el incumplimiento potencial con la figura del contrato o convenio (Véase también el art. 153 del TR 76). Téngase en cuenta que la S.T.C. 61/97 no ha declarado inconstitucional el art. 184.2 del TR 92 a diferencia de lo que sí hace con su análogo para el SUP.

(29) La coherencia del esquema contrasta con la dificultad, rayana en la incoherencia, del mecanismo previsto para el desarrollo de estos suelos. Esta circunstancia es la que ha motivado la práctica inoperancia de la figura del PAU que las más de las veces ha sido orillado, y sustituido o más bien soslayado por la, a su vez incorrecta (pero en este caso muy frecuente), práctica de la modificación puntual de plan general reclasificando SUNP en SUP.

La disposición transitoria de la Ley 7/1997 y antes del RDL 5/96 respecto de los SUNP incurre en una grave contradicción en el plano jurídico.

Por una parte determina el mantenimiento del régimen jurídico vigente hasta tanto se aprueben nuevos PGOU revisados o adaptados, cuya tramitación se inicie a partir de sus entradas en vigor, y por otra parte específica que se mantiene ese régimen jurídico, pero sin concurso, pudiendo promoverse y ejecutarse directamente PAUS sin necesidad de aquél bien por la iniciativa pública o por la iniciativa privada.

O se ha eliminado para el período transitorio la figura del contrato, o si ésta no ha desaparecido, se está autorizando con carácter general la contratación directa.

Como el Real Decreto Ley tan sólo hace referencia a la desaparición del requisito del concurso, pero mantiene el resto de la legislación transitoriamente en vigor, habrá que pensar que, en contra de lo que ha sido la reciente reforma de la legislación de contratación, se está admitiendo para estos casos la contratación directa. Dicho de otro modo: no ha desaparecido por completo el urbanismo concertado asociado al desarrollo de SUNP, pero dicho concierto ha pasado a ser meramente formal, además de directo.

e) Conclusiones respecto del período transitorio.

Sentado todo lo anterior, y procurando llegar a un esquema de conclusiones respecto de las controversias planteadas para el período transitorio que se avecina, habrá que reconocer que esta conclusión a la que hemos llegado respecto del urbanismo concertado no arroja luz sobre quién es el sujeto privado del contrato y, menos aún, sobre quién lo debería ser si las cargas que el PAU establezca son superiores a las del suelo urbanizable programado.

Sin embargo sí que esta interpretación abunda en la línea de que la decisión sobre la puesta en programación de un suelo tratada en el punto a) anterior (la decisión de contratar si se utiliza la terminología del urbanismo concertado) sigue siendo discrecional del Ayuntamiento y también apunta en el sentido de que cabe convenir cargas superiores a las previstas para el suelo urbanizable programado.

La consideración, por el contrario, de la desaparición concreta de la figura del contrato (no sólo del concurso), en mi opinión incorrecta pero también sostenible, habida cuenta de la parquedad de la disposición transitoria, podría llevar a mantener que la iniciativa de formulación y ejecución directa de PAUS puede apoyarse en el art. 104 del

TR. 92, ó 52 del T.R. 76 siendo aplicables analógicamente las normas que se siguen para la iniciativa privada que promueve y ejecuta planes parciales.

La última de las dudas que se plantean al respecto de este período transitorio es la de cuál es el valor que ha de otorgarse a las iniciativas particulares habidas en este tipo de suelos en orden a su calificación como urbanizables, en los planes generales futuros. Dicho de otro modo, cabe plantearse el interrogante de hasta qué punto proponer desde la iniciativa privada actuaciones de este tipo (formular un PAU y presentarlo a la Administración) genera *per se* derechos que determinarían la posibilidad de exigir indemnizaciones si en el futuro la calificación de estos terrenos no fuera la de suelo urbanizable, e incluso cabe plantearse el mismo interrogante en el sentido de considerar en qué medida la adopción de iniciativas de este tipo durante el período transitorio que se abre condicionará el futuro planeamiento.

En principio siguiendo la línea de que la Administración mantiene la competencia discrecional de puesta en programación del SUNP, y de que no desaparece durante este período transitorio el carácter de urbanismo concertado que la legislación otorga a estos desarrollos de suelo, la respuesta sería clara en la línea de afirmar la no generación de ningún tipo de derechos por la mera formulación de un PAU. Partiendo de esta teoría y en la medida en que el Ayuntamiento hubiese rechazado la propuesta de la iniciativa privada de desarrollar un PAU, no existirá condicionamiento o inconveniente alguno para que dichos suelos pasen a ser considerados como S.N.U. Dicho de otro modo, conforme a esta línea de interpretación la futura consideración como S.N.U. de unos suelos que hoy están clasificados como SUNP no genera derecho indemnizatorio alguno (30).

Por el contrario, la adopción de la otra línea de interpretación, que parte de la pérdida de la discrecionalidad respecto a la puesta en programación de un suelo y conecta con la iniciativa particular de planeamiento, sí que determinaría que la adopción de iniciativas de desarrollo de estos suelos por la iniciativa privada, durante este período transitorio, afecte al futuro planeamiento.

El tema queda aquí apuntado y será retomado al final de este punto, una vez se haya hecho referencia a la situación de futuro que determinará la desaparición del SUNP y será retomado una última vez

(30) Sólo quedaría condicionado el futuro planeamiento a partir de la decisión municipal de puesta en programación y siempre y cuando el PAU fuese tramitado y aprobado en los plazos previstos, adquiriendo así el suelo la condición de SUP.

después de tratar el tema de la posible inconstitucionalidad de la Ley 7/97.

2.- La desaparición del suelo urbanizable no programado en los futuros Planes Generales de Ordenación Urbana

Conforme al art. 1 de la Ley 7/97, en el futuro, es decir para aquellos municipios que superen el período transitorio al que antes nos hemos referido, con la aprobación de un Plan General nuevo, adaptado o revisado, el suelo del término municipal se clasificará en urbano, urbanizable y no urbanizable, con la particularidad de que todo el suelo urbanizable tendrá una consideración unitaria, equivalente a la del urbanizable programado, desapareciendo la noción de suelo urbanizable no programado.

En ese sentido, el art. 1 de la Ley 7/1997 y antes del RDL. 5/96, como ya se señaló, considera que sólo existirá una categoría de suelo urbanizable, que estará constituida por *los terrenos que el planeamiento general declare adecuados para ser urbanizados*, siendo de aplicación para su desarrollo las disposiciones del TR 92 (del TR 76 a partir de la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional) para suelo urbanizable programado.

También en este caso, y ciñendonos al plano jurídico material, cabe señalar que la parquedad de la nueva regulación introduce una serie de dudas que afectarán en primer lugar al planificador urbanístico, siendo probablemente la más importante la que se analiza a continuación.

Se reproduce a partir del art. 1 de la Ley 7/1997 la duda genérica, que ya surgió con el R.D.L. 5/96, de si los futuros planes generales deben de configurar como suelo urbanizable (y por tanto programado) la totalidad de los suelos calificados *actualmente* como urbanizables (programados y no programados) o no.

La duda surge del propio concepto de suelo urbanizable de futuro que la Ley 7/1997 y antes el RDL 5/96 utilizan (*terrenos a los que el plan general declare adecuados para ser urbanizados*), que es prácticamente el mismo que utiliza el TR 92, en su art. 11, para definir el suelo urbanizable, y asimismo es prácticamente el mismo que emplea el art. 79 del Texto Refundido de 1976.

A partir de esta consideración, podría sostenerse que el hecho de que un plan general haya calificado en el pasado algún terreno como suelo urbanizable no programado, al amparo del art. 11 del TR.92, ó 79 del TR.76, significa que ese terreno se consideraba «adecuado» o

«apto», en principio, para ser urbanizado, y los terrenos que el planeamiento general declare adecuados para ser urbanizados tendrán según el art. 1 de la Ley 7/1997 y antes del R.D.L. 5/96, en el futuro la consideración de suelo urbanizable de categoría única (refundida), equivalente a suelo urbanizable programado.

La aplicación por parte del planificador urbanístico de esta línea de interpretación comportaría, en los futuros planes generales, la inclusión de todos los actuales SUNP en la categoría de ese suelo urbanizable de categoría única equivalente al programado. Y ello vendría a determinar que los propietarios de ese tipo de terrenos no tendrían simplemente derecho a su desarrollo urbanístico sino que además tendrían el deber de ejercitar ese derecho, so pena, caso de no hacerlo, de su extinción por el transcurso de plazos (31).

Si se sigue esta línea se llegará al absurdo práctico de que, al menos en su propia formulación, el planeamiento general presentará una sobrecarga de suelo urbanizable. Desde el punto de vista urbanístico son difíciles de comprender las políticas de suelo excesivamente economicistas o liberalizadoras, ya que generan gravísimos problemas prácticos que los diseños teórico-numéricos son incapaces de prever, pero, a pesar de todo ello, el principal absurdo de esta política se produce a partir del momento en que aboca a una situación de inflación de suelo urbanizable, unido a la obligatoriedad de desarrollarlo en su totalidad.

El TR 92, aunque partió de sentar la obligación urbanizadora del propietario de SUP, en última instancia dejó sin terminar de clarificar del todo el alcance específico de dicha obligación. Del juego de los arts. 23 y 20 (32), que recogen las facultades o derechos y los correla-

(31) Véase lo señalado en las notas 18 y 19. El suelo urbanizable programado lleva indisolublemente unido, junto al derecho a su desarrollo urbanístico la exigencia de cumplimiento de una serie de deberes según la S.T.C. 61/97. En este sentido es interesante transcribir lo que sigue extraído del fundamento jurídico 17-f): *finalmente, en otro orden de consideraciones, ha de destacarse, para la cabal comprensión del precepto y por lo que atañe al deber de solicitar la licencia de edificación en plazo, que no existe invasión de la competencia autonómica sobre urbanismo por esta sujeción a plazo del deber de solicitar el acto autorizador. Esta dimensión temporal de la propiedad urbana y de su ejercicio mediante la materialización del aprovechamiento urbanístico, es decir, del derecho a edificar, tiene su respaldo en el mandato del constituyente de regular la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación, en conexión con el derecho de todos los españoles al disfrute de una vivienda digna y adecuada (art. 47 C.E.), directrices constitucionales éstas que quedarían desatendidas si la incorporación de los propietarios al proceso urbanizador y edificatorio quedase diferida a su libre y omnimoda decisión desde una perspectiva temporal.*

(32) La S.T.C. 61/97 no ha afectado al contenido de estos preceptos que siguen vigentes.

tivos deberes de los propietarios de suelo, no se infiere como facultad del propietario la de proposición del planeamiento (33). Esta cuestión implica, y en ese sentido los preceptos son claros, que los plazos para el cumplimiento de los deberes de cesión, equidistribución y urbanización comienzan a computarse desde la aprobación del instrumento de ordenación más específico (34) para cada clase de suelo. Por tanto también se iniciará, con referencia a ese momento, el cómputo de tiempo de los potenciales incumplimientos (35). Ahora bien, sin embargo, no hay ninguna precisión temporal respecto del deber correlativo de proponer planeamiento.

La facultad para proponer planeamiento ha venido recogida en el art. 104 del TR 92 que, en su número uno, contempla el derecho de los particulares a redactar y elevar a la Administración el planeamiento de desarrollo, y en su número dos, recoge la obligación de presentar dichos instrumentos cuando lo establezca la legislación urbanística aplicable, con sujeción a los plazos previstos en el planeamiento. La desaparición del art. 104 del TR. 92 por imperativo de la S.T.C. 61/97 y su sustitución, a partir de la publicación de ésta, por el art. 52 del TR. 76 que no expresa esa obligatoriedad, no implica que ésta haya desaparecido ya que la S.T.C. 61/97 mantiene en vigor como deber constitucional la exigencia de incorporación del propietario de suelos urbanizables al desarrollo urbanizador y edificatorio. Existe pues una obligación correlativa al derecho de proponer planeamiento, pero no se establece a nivel de legislación del suelo estatal una previsión de reacción concreta para el supuesto de que el particular titular de este derecho-deber no proponga el planeamiento en los plazos previstos (36).

El incumplimiento de deberes, correlativos a derechos, a partir de la aprobación del planeamiento más específico, abre la vía de la extinción de los derechos, mientras que el incumplimiento del deber de formular y elevar para su aprobación el planeamiento más específico, constituyendo inequívocamente un incumplimiento, no tiene prevista una consecuencia concreta.

(33) Cfr. LASO MARTÍNEZ, José Luis y LASO BAEZA, Vicente, *El aprovechamiento urbanístico*, Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña, M.Pons, Madrid 1995, pág. 255 y ss.

(34) Plan Parcial, Plan Especial e incluso, para algunos autores, Estudio de detalle según los casos.

(35) Véase notas 18 y 19.

(36) Esta reacción, según la S.T.C. 61/97, no puede ser precisada por el legislador estatal. Sin embargo la sentencia constitucional, en su fundamento 17, establece que el legislador autonómico, sí deberá precisarlas por cuanto es obligatorio que el ordenamiento jurídico reaccione ante el incumplimiento de deberes fundamentales (Véase complementariamente notas 19 y 31).

Esta situación no resulta excesivamente problemática en el contexto de la legislación del suelo anterior al R.D.L. 5/96 por cuanto el SUP está claramente acotado y sujeto a programación (incluido en el primer o segundo cuatrienio del plan general) y, por tanto, sujeto muy de cerca a la posibilidad de un desarrollo de planeamiento de oficio por parte de la administración actuante, que ha minimizado la posibilidad potencial de incumplimiento por los particulares del deber de proponer planeamiento.

Ahora bien, en el futuro, si lo que se pretende es aumentar la oferta de suelo urbanizable, y, sin cambios legislativos más profundos, se amplía la delimitación del suelo urbanizable se producirá la siguiente paradoja:

— Podría completarse el actual esquema e introducirse un componente de reacción del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento del deber de proponer planeamiento. En este supuesto se daría la circunstancia, absolutamente ilógica, de que los propietarios se verían forzados a promover más suelo del que la ciudad puede absorber. Esta situación podría llevar a un abaratamiento del suelo por la vía de convertirlo en inviable para aquellos operadores llamados a promover su urbanización.

— Podría por el contrario ampliarse la oferta de suelo urbanizable (añadiendo al actual programado todo el no programado hoy existente) sin fijar una obligación concreta de proponer planeamiento de desarrollo. Esta situación, amén de potencialmente inconstitucional por contravención de derechos fundamentales que nacen del art. 47 C.E., podría acabar resultando un acicate para la retención de suelo convirtiéndose a la postre en la antítesis de lo que la norma pretendía, que era la liberación del sector en lo que a suelo potencialmente urbanizable se refiere.

Lo anterior lleva a la conclusión de que no cabe incorporar en el futuro todo el S.U.N.P. como Suelo Urbanizable de categoría única (equivalente a S.U.P.).

Esto, a fin de cuentas, permite tachar de absurda la modificación introducida por el art. 1 de la Ley 7/1997 (y antes del R.D.L. 5/96), si no va acompañada de una reforma en profundidad del marco del derecho de propiedad urbana y de la concepción de la adquisición gradual de derechos o facultades en función del cumplimiento de correlativos deberes.

Mientras esta modificación no se produzca, y a lo mejor no tiene por qué producirse, la inflación de S.U.P. a la que llevaría la propues-

ta desaparición del S.U.N.P., raya lo absurdo e ilógico si se tienen en cuenta los términos en los que se ha planteado.

Además de lo anterior, habrá que considerar que la modificación del marco básico del derecho de la propiedad urbana, que se requeriría para reconducir a una lógica urbanística esta ampliación del S.U.P. (medida liberalizadora de suelo), no resulta fácil de diseñar. El Tribunal Constitucional, en su reciente sentencia de 20 de Marzo de 1997, si bien se ha ceñido básicamente al análisis de cuestiones competenciales, también en ocasiones de modo más o menos directo ha señalado que determinados aspectos de la arquitectura básica del estatuto del derecho de la propiedad urbana, contemplados en el TR. 92, entroncan directamente con la Constitución. Y en concreto cabe pensar, aunque se pueda discutir, que el fundamento jurídico 17 establece una conexión entre el derecho al desarrollo urbanizador y edificatorio de los suelos y el deber de llevar a cabo dicho desarrollo en plazos determinados, como consecuencia del contenido del art. 47 de la Constitución Española (37) (materia ésta que excede el ámbito del presente estudio).

Además de la gran duda analizada, que nos ha llevado a tachar el art. 1 de la Ley 7/1997 (antes R.D.L. 5/96) de inaplicable, podrían plantearse otras dudas menores al planificador urbanístico. El análisis de esas dudas pierde sentido a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de Marzo de 1997, de cuyo contenido puede inferirse la inconstitucionalidad de este precepto y abrirse asimismo importantes dudas sobre la validez de la disposición transitoria tal y como se pasa a analizar a continuación.

II.- LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD, POR INCOMPETENCIA DEL LEGISLADOR ESTATAL, DEL ARTÍCULO 1 DE LA LEY 7/1997, DE 14 DE ABRIL Y ANTES DEL R.D.L. 5/1996, DE 7 DE JUNIO

El art. 1 de la Ley 7/1997, y su antecedente del R.D.L. 5/96, presentan en sí mismos las dificultades y complejidades jurídico materiales que se han analizado en el apartado anterior. Dichos problemas tienen un interés propio, aunque sólo sea como catálogo de complicaciones que pueden plantearse a la hora de instrumentalizar medidas liberalizadoras de suelo. Por ello se ha preferido no renunciar a su aná-

(37) Recuérdese lo señalado en nota 19 y más específicamente en nota 31 respecto del fundamento jurídico 17 f) de la sentencia del Tribunal Constitucional.

lisis y por tanto se ha dejado para el final la cuestión de su posible inconstitucionalidad.

Como cuestión previa, se señalará que no se pretende en este punto hacer un análisis de la S.T.C. 61/97 y que simplemente se van a traer a colación determinadas consideraciones y pronunciamientos que ésta contiene, que pueden tener relación directa con el R.D.L. 5/1996, de 7 de junio y por tanto con la posterior Ley 7/1997, que en la parte que se analiza en este trabajo tiene un contenido idéntico.

Hecha la precisión anterior, pasaremos a señalar que la sentencia constitucional, en su fundamento jurídico 12, desarrollando la doctrina de las S.T.C. 147/91 y S.T.C. 118/96, ha venido a determinar que, habida cuenta que todas las Comunidades Autónomas tienen atribuidas, en sus propios Estatutos de Autonomía, competencias exclusivas en materia de urbanismo, el Estado no puede a este respecto dictar normas supletorias al carecer de un título competencial específico que así lo legitime, no pudiendo invocar para ello la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 de la Constitución Española.

Partiendo de este planteamiento el Tribunal Constitucional da un paso más al afirmar que ni tan siquiera puede el legislador estatal derogar sus propias normas previas al proceso de transferencia de competencias, por haber sido éstas a partir de ese momento atribuidas en exclusiva a las Comunidades Autónomas.

En este sentido, transcribimos a continuación, literalmente esta conclusión sobre la imposibilidad de la derogación:

«Si, como hemos señalado, la cláusula de supletoriedad no es una fuente atributiva, en positivo, de competencias estatales, ni aun con carácter supletorio, tampoco puede serlo en negativo; es decir, tampoco puede ser un título que le permita al Estado derogar el que era su propio derecho, en este caso sobre urbanismo, pero que ya ha dejado de serlo o, más exactamente, que ya no se encuentra a su disposición, ya sea para alterarlo (aun con eficacia supletoria) o para derogarlo». (Fundamento Jurídico 12).

El art. 1 de la Ley 7/1997 no tiene carácter básico (38), no sólo porque no se declara así expresamente, sino porque la materia que regula no es amparable en títulos competenciales estatales. Por ello habrá que considerar que tiene carácter supletorio, y si tiene este carácter habrá que concluir que carece de fuerza derogatoria del antiguo derecho del Estado sobre urbanismo.

(38) Véase la disposición final primera de la Ley 7/1997.

Si añadimos a esto que, tras la S.T.C. 61/97 que ha declarado inconstitucional el art. 11 del TR.92, la vigente distinción entre las categorías de Suelo Urbanizable es la del art. 79 del TR.76 deberemos concluir que el art. 1 de la Ley 7/1997 no tiene fuerza para derogar normativa urbanística contenida en el TR.76.

Parece difícil oponer al razonamiento anterior que la desaparición de la supresión de las dos categorías de Suelo Urbanizable y la subsiguiente derogación del art. 11 del TR.92 se había producido desde la entrada en vigor del R.D.L. 5/1996, de 7 de junio.

La teoría de la prederogación de normas del TR.92 por el R.D.L. 5/1996 puede considerarse que ha sido rechazada por la sentencia del Tribunal Constitucional que hace expresa referencia a esta cuestión en tres momentos, dos de los cuales se transcriben a continuación:

«Debe advertirse, finalmente, que el Decreto-Ley 5/1996, de 7 de junio, no impugnado, ha derogado algunos preceptos del T.R.L.S. Al margen de que esa derogación puntual afecte sólo a algunos de los artículos del T.R.L.S. impugnados, como se verá más adelante, ello no supone la pérdida de objeto de los recursos deducidos contra éste, habida cuenta de que la disputa sigue viva y a la luz de las circunstancias concurrentes». (Fundamento Jurídico 3).

«Clases de suelo e instrumentos de planeamiento —apto para urbanizar por normas subsidiarias, y urbanizable programado— que no son sino expresión de una mera opción de la política urbanística y para cuya configuración o enunciado carece de título competencial el Estado. ... Por lo demás, nuestra declaración de inconstitucionalidad en nada cambia por el hecho de que el art. 1.1 del Decreto-Ley 5/96, de 7 de junio, al que ya nos hemos referido en el fundamento jurídico 3, haya suprimido la subdivisión entre suelo programado y no programado refundiéndola en una sola clase de suelo urbanizable». (Fundamento Jurídico 15).

Lo anterior llevaría a poder concluir que, si bien no de forma expresa, sí de modo indirecto cabe considerar la inconstitucionalidad del art. 1 de la Ley 7/1997 y del R.D.L. 5/1996 (39).

III.- CONCLUSIONES

La conclusión principal extraíble de todo lo anterior, llevaría a considerar, a partir de la publicación de la S.T.C. 61/97, que no se ha

(39) Cfr. ENERIZ OLAECHEA, Francisco Javier, *En torno a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Texto Refundido de la Ley del Suelo*, ACTUALIDAD JURÍDICA ARANZADI, n.º 289, pág. 4, Pamplona, abril, 1997.

producido la supresión de la distinción entre Suelo Urbanizable Programado y Suelo Urbanizable no Programado a pesar de la Ley 7/1990 y de su antecedente el R.D.L. 5/1996, manteniéndose en vigor ambas categorías de suelo conforme a lo que determina el art. 79 del Texto Refundido de 1976.

Como conclusión subsiguiente habrá que pensar, de modo automático que, de pretenderse suprimir esa distinción, tendrá que ser el Legislador Autonómico, el que aborde la tarea.

En tercer lugar, cabrá advertir que la futura intervención del Legislador Autonómico, en orden a producir resultados liberalizadores de suelo, mediante la técnica de ampliación de los suelos potencialmente urbanizables, presenta un importante riesgo de incurrir en vicio de inconstitucionalidad material si no se tiene en cuenta la arquitectura básica del derecho de propiedad urbana. Según el Tribunal Constitucional, esta arquitectura básica, definida actualmente en los restos no declarados inconstitucionales del T.R. 92, viene constituida por una estructura correlativa de derechos y deberes que obligatoriamente exigen, en mayores o menores plazos, pero siempre con sujeción a plazo, la urbanización efectiva y posterior edificación de los suelos urbanizables.

Por último habrá que afirmar que, al no haber de momento, hasta que intervengan los Legisladores Autonómicos, supresión de la distinción entre S.U.P. y S.U.N.P., tampoco hay período transitorio propiamente dicho. Ahora bien, puede sostenerse sin embargo que, al amparo de la disposición transitoria de la Ley 7/1997 y antes de la transitoria del R.D.L. 5/1996, sí que se ha suprimido el requisito del concurso para la formulación y posterior ejecución de programas de actuación urbanística en ámbitos de S.U.N.P.

En efecto, podría sostenerse que, en la medida que se esté hablando de urbanismo concertado, el Estado sí es competente, al amparo del art. 149.1.18 de la Constitución Española, para dictar normas en materia de contratación administrativa. Y esta norma que suprime el concurso podría materialmente configurarse como una norma básica en materia de contratación y no como una norma supletoria en materia urbanística. Lo anterior, no obstante, suscita dudas y debería ser interpretado con cautela. De lo que no parecen inferirse dudas, desde la S.T.C. 61/97, es del mantenimiento de la facultad discrecional de la Administración urbanística de acceder o no a la puesta en programación de un suelo urbanizable no programado, cuando una iniciativa privada lo proponga, con todo lo que ello implica.

La situación seguirá así hasta que los legisladores autonómicos aborden la cuestión si es que consideran necesario alterar el régimen

de la doble categoría de suelos urbanizables (programados y no programados), que ha estado en vigor durante los últimos veinte años. La Ley 7/1997, en el aspecto que hemos analizado, y a salvo de la duda razonable de la eliminación del requisito del concurso, a pesar de no haber sido objeto directo de recurso de inconstitucionalidad, es una Ley que ha nacido prácticamente sin vida.

Zaragoza, abril de 1997.