

José Luis Martínez Morales

*Profesor Titular de Derecho Administrativo
Abogado*

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas *versus* la autonomía urbanística de las Comunidades Autónomas. El caso de la LRAU

SUMARIO: I. ANTECEDENTES. 1. LAS PERVERSIONES DEL SISTEMA. 2. OTRO AMAGO DE INCONSTITUCIONALIDAD. LAS DUDAS SOBRE LA OBSERVANCIA DEL PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA. II. PREMISAS SOBRE LAS QUE SE SUSTENTA LA PRETENDIDA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LRAU, EN EL AUTO DEL TSJ CV DE 15 DE OCTUBRE DE 2001. III. EQUÍVOCA EQUIPARACIÓN DEL AGENTE URBANIZADOR CON EL CONCESIONARIO. IV. LA INSUSTANCIAL COMPARACIÓN CON OTRAS LEYES AUTONÓMICAS. V. INEXPLICABLE SILENCIO SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS AGROPACIONES DE INTERÉS URBANÍSTICO, CUANDO OSTENTEN LA CONDICION DE AGENTE URBANIZADOR. VI. LA ASIMETRÍA ENTRE LA LEGISLACIÓN ESTATAL Y LA AUTONÓMICA. VII. LA BÚSQUEDA Y DETERMINACIÓN DE LO BÁSICO EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL. VIII. ALCANCE DE LA EXCLUSIVIDAD COMPETENCIAL URBANÍSTICA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. IX. LA DIFÍCIL COEXISTENCIA DE LAS COMPETENCIAS EXCLUSIVAS AUTONÓMICAS Y ESTATALES. X. EL DEFINITIVO AVAL QUE A LA LEY 6/1994 (LRAU) OTORGA LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA DE LA LEY 6/1998. XI. EXAMEN DE LOS PRECEPTOS EN TRANCE DE INCONSTITUCIONALIDAD. XII. CONCLUSIONES. XIII. PROPUESTA DE ACTUACIÓN.

I. ANTECEDENTES

1. LAS PERVERSIONES DEL SISTEMA

Este trabajo toma como punto de partida el Auto del TSJ CV de 15 de diciembre de 2001, que planteó sobre una quincena de artículos de

la LRAU de la Comunidad Valenciana (6/1994 de 24 de noviembre) su presunta inconstitucionalidad, por infringir preceptos básicos de la Ley —a la sazón vigente— 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas.

El número y sustancialidad de los preceptos amenazados en la articulación del sistema permite aventurar —caso de prosperar la cuestión de inconstitucionalidad (en este momento pendiente ante el Tribunal Constitucional)— un desmoronamiento del entramado normativo urbanístico de la Comunidad Valenciana.

Las consecuencias, como no es difícil aventurar, surtieron efectos colaterales en otras Comunidades Autónomas que tomaron como punto de referencia la LRAU.

No estará de más, que antes de abordar el análisis estrictamente jurídico del Auto, y la hipotética inconstitucionalidad de la LRAU, efectuemos una breve reflexión, a modo de balance, sobre las sensaciones que suscita nuestro peculiar sistema urbanístico.

Los efectos en estos siete años han sido deslumbrantes, y tal su fuerza expansiva que ha servido de modelo inspirador a muchas Comunidades Autónomas. Lo cual es posible que nos haya hecho perder capacidad crítica, un tanto ensobrecidos por la eficacia de un sistema que parecía alejar, definitivamente, los procelosos trámites a los que se veían abocados los modelos de ejecución del Planeamiento de la Legislación Estatal. Especialmente el de compensación, cuando no se obtenía la unanimidad de los propietarios y había que acudir a la expropiación, para tener la disponibilidad del suelo antes de su gestión urbanística.

El artículo 168.2 del Reglamento de Gestión Urbanística y la jurisprudencia que lo desarrolló, no permitía otra opción, lo cual estrangulaba la gestión o ponía en manos de propietarios renuentes a colaborar todo el proceso. Propietarios a quienes había que convencer a fuerza de dinero. Lo que acarreaba injusticias y desigualdades.

No sólo, en su concepción, el nuevo régimen urbanístico autonómico era altamente satisfactorio, sino que con él todo el mundo quedaba contento, salvo los propietarios. Pero éstos escasamente tienen medios para hacer sentir su voz discrepante. Nosotros así lo hemos hecho notar en algunas ocasiones.

De todas formas, las quejas de los propietarios nunca han sido muy agudas —al margen de las injusticias que se hayan podido cometer—, porque la evolución alcista del mercado todo lo ha hecho bueno. Aunque la tendencia ya ha comenzado a frenarse, todavía no hemos visto la otra cara de la Ley.

Los Ayuntamientos felices porque consiguen la urbanización de la ciudad, sin ver lastrado su presupuesto con cargas que consumían prác-

ticamente todos sus recursos. De hecho, se han transformado barrios, periferias abandonadas, intersticios urbanos....., con rapidez y eficiencia espectaculares.

Tampoco los Ayuntamientos se han percatado de que los urbanizadores que no tienen asegurados sus compromisos inversores al cien por cien, pueden ser una fuente de conflictos sin límite. Incluso aunque se haya garantizado en su integridad la obra urbanizadora por el Agente Urbanizador. Pensemos que los numerosos litigios en curso contra Programas que hoy existen, pueden concluir después de que el Agente Urbanizador haya entregado la obra y cancelado la fianza. El acto impugnado es del Ayuntamiento, y él va a tener que responder, por ejemplo de valoraciones insuficientes de suelo o de sobreprecios de obras de urbanización. Responsabilidades que llegarán cuando ya las fianzas hayan sido devueltas, pues no se vinculan al resultado de los litigios en curso.

El agente urbanizador ha dado lugar a una nueva clase empresarial. Impensable para los que asistimos a la gestación de la Ley, ni tan siquiera vislumbrable en sus inicios. Empresas, sin duda, florecientes, que han visto surgir mercados insospechados, y han obtenido rendimientos mayores que en otras ramas de la construcción o promoción inmobiliaria.

La benevolencia con la que la Ley trata al Agente urbanizador es manifiesta, si tenemos en cuenta que la obra puede llegar a hacerse con una fianza del 7%, y anticipando el cobro de las cuotas hasta con una antelación de 6 meses a la inversión real (artículo 72.1.B de la LRAU reminiscencia del régimen municipal de las Contribuciones Especiales). Con lo cual el principio del riesgo empresarial es nulo. ¿Con estas facilidades, quién puede dudar de los resultados?

Ciertamente que el Reglamento de nuestra Ley Autonómica, si es que no se detiene por el suceso de la inconstitucionalidad al que aquí nos vamos a referir, tendrá que hacer –sin duda– numerosos ajustes en cuanto a las ventajas que se ofrecen al agente urbanizador que, en muchos casos, ha secuestrado la voluntad municipal con el aliciente de acceder a cuantos requerimientos y dádivas se le soliciten, que en definitiva no le causan el menor quebranto, puesto que los va a repercutir entre los propietarios. A pesar de que el artículo 30, en relación con el 67.a) de la LRAU, tan sólo permita repercutir los objetivos imprescindibles de los Programas (letras A a la E del precitado artículo 30) en la propiedad del terreno (*«el coste de las inversiones necesarias para cumplir estos objetivos es repercutible en la propiedad del terreno»*).

Los propietarios, la parte más débil del sistema, están abocados en la mayoría de los casos, por la ya dicha complacencia de algunos Ayuntamientos con el agente urbanizador, a retribuir su labor bajo una no

muy sutil operación de ingeniería económico-urbanística; consistente en valorar el suelo con el que se ha de retribuir al urbanizador a *precio de saldo*, y la urbanización a *precio de catálogo*. De esta forma es muy posible que el propietario con menos recursos, que opte por el pago en suelo tenga la posibilidad de ser doblemente engañado, y el que pague en dinero sólo una. Obviamente la actuación legislativa inmediata debe tender a la corrección de estas desvirtuaciones del sistema.

Esta breve descripción inicial no encierra un juicio desfavorable o enmienda la totalidad de la Ley, ni tampoco pretende generalizar —lo que sería injusto— estas dosis de negatividad a todos los Ayuntamientos y Agentes Urbanizadores. La Ley ha tenido el acierto de concebir un nuevo urbanismo, pero se ha envilecido con una aplicación perversa, en tantos casos, que comienza a ser preocupante.

A esas preocupaciones tendremos que añadir las que lleguen como consecuencia del decaimiento de un mercado, por el momento floreciente. Pero no dudemos que llegaran los ciclos del mercado inmobiliario en sus horas bajas; y entonces, quienes van a tener que administrar el fiasco serán los Ayuntamientos, que es seguro permanecerán. Lo que no puede afirmarse de algunos (o muchos) Agentes Urbanizadores.

Recién publicado un trabajo del Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA¹ («El Derecho Urbanístico Español a la vista del Siglo XXI»), nos pareció un juicio un tanto dramático y desfavorable el que allí se hacía, basado sobre todo en la ruptura de la unidad del sistema jurídico del urbanismo. Partiendo de esta noción desfavorable a tal fragmentación decía, el citado Profesor, «la ruptura del sistema urbanístico puede implicar la creación de micro mercados, con el riesgo añadido de un *dumping* urbanístico *«ya visible, por cierto desde la entrada en vigor de la Ley valenciana de 1994 con los poderes exorbitantes otorgados al «agente urbanizador», lo que ha ocasionado una concentración de la inversión en todo el suelo urbanizable de las Ciudades de esta Comunidad, que parece que está virtualmente agotado, lo que tampoco parece convenir tanto a la propia Comunidad Valenciana, me parece».*

Estas palabras que no suscribíamos en absoluto en su primera lectura, hoy no nos parecen tan injustificadamente alarmistas.

Creemos —ésta es nuestra personal percepción— que bajo este ambiente y aunque los Tribunales tienen que sustraerse a él, el Auto que comentamos puede tener cierta explicación metajurídica, tras las numerosas vivencias de los Magistrados que han constatado cómo paulatinamente la actuación desbocada del agente urbanizador había que frenarla. Eso sí, desde un estricto punto de vista jurídico y sin que ello

¹ *Revista de Derecho Administrativo* n.º 99. Julio/Septiembre 1998 «El Derecho Urbanístico Español a la vista del Siglo XXI».

suponga cuestionar su rigor en el análisis de la Ley; con independencia de que puedan ser discutibles sus conclusiones.

2. OTRO AMAGO DE INCONSTITUCIONALIDAD. LAS DUDAS SOBRE LA OBSERVANCIA DEL PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA

Ya antes de dictarse el Auto de 15 de octubre de 2001, se había promovido por la propia Sala otro incidente, por la presunta vulneración del artículo 9.3 de la Constitución española, en cuanto a la necesaria observancia del principio de jerarquía normativa, por aquellos preceptos de la LRAU que posibilitaban la subversión de la escala gradual normativa; al posibilitarse que planeamientos de rango inferior alterasen las previsiones de otros de rango superior. De ahí que se suscitase la inconstitucionalidad, entre otros, del artículo 54.1.b) y punto 2 de la LRAU.

No obstante, el incidente suscitado por Auto de fecha 2 de mayo de 2001 fue resuelto mediante Auto de fecha 15 de octubre de 2001 abdicando la Sala de su planteamiento.

La razón fundamental que estimamos produjo esta inhibición del planteamiento de la cuestión de constitucionalidad, hay que buscarla en la Sentencia del Tribunal Constitucional 164/2001, de 11 de julio, que diluyó toda diferencia entre «*Planeamiento general*» y «*Planeamiento de desarrollo*», al matizar que la Ley 6/1998 cuando se refería a Planeamiento general y Planeamiento de desarrollo no lo podía hacer en términos que supusieran un concreto tipo de Plan urbanístico, pues *«una interpretación como la precedente –sin duda posible conforme a las reglas de la hermenéutica– lesionaría la competencia urbanística de las Comunidades Autónomas podemos interpretar, así, que la LRSV no se refiere, con las expresiones Planeamiento "general" y de "desarrollo", a concretas formas de Planeamiento urbanístico, sino a aquellos Planes o decisiones de ordenación urbanística que, en atención a las clases primarias de suelo previstas en la LRSV (urbano, urbanizable y no urbanizable) contengan las determinaciones necesarias para armonizar el efectivo disfrute de derechos de propiedad urbana con la estructura y política urbanísticas propias de cada Ciudad»*.

Aunque se salvó esta presunta inconstitucionalidad, se trasluce la severidad con que la Sala observa esta Ley, productora de situaciones indeseadas como aquellas a las que nos hemos venido refiriendo.

II. PREMISAS SOBRE LAS QUE SE SUSTENTA LA PRETENDIDA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LRAU EN EL AUTO DEL TSJ CV DE 15 DE OCTUBRE DE 2001

El Auto de 15 de octubre de 2001 en diversos pasajes alude a la inconstitucionalidad de aquellos preceptos relativos a la selección

del agente urbanizador, así como la ejecución material de las obras a las que dé lugar esta aplicación, *«debe ajustarse a las normas contempladas en la LCAP con carácter de normas básicas, ello atendido que, según el artículo 149.1.18ª de la Constitución, el Estado tiene competencia exclusiva sobre la materia relativa a la legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas. Siendo así, es claro que habrá de plantearse la duda de constitucionalidad respecto de aquellos preceptos de la Ley Autonómica que regulen la figura del urbanizador sin el debido ajuste a la normativa de contratos de las Administraciones Públicas de carácter básico y ello porque, según el artículo 28.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, son inconstitucionales las Leyes Autonómicas que no se ajusten a las normas que contengan la legislación básica»* (FD 4º).

La Sala entiende, según el FD 2º, que *«la LRAU no sustenta que la ejecución material de las obras deba sujetarse a las exigencias que derivan de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 18 de mayo de 1995 (en adelante, LCAP), y menos que la selección del urbanizador, responsable de ejecutar la actuación urbanística haya de adecuarse a las prescripciones de dicha Ley. Por otra parte, tampoco resulta coherente que se entienda aplicable la LCAP a la selección de quien ha de llevar a cabo la ejecución material de las obras, y no se entienda de aplicación para la selección del urbanizador, siendo que puede ser él mismo quien ejecute las obras, y quien en todo caso responde de la ejecución de las mismas»*.

Bajo este supuesto requiere la aplicación de la LCAP tanto a la selección del urbanizador, como a la ejecución de la obra urbanizadora. Desde su lógica jurídica el punto de partida está constituido por el hecho de que cuando el urbanizador no es la propia Administración, estamos ante la ejecución de una obra pública por empresa privada (pues la urbanización o transformación del suelo es la misión fundamental del designado agente urbanizador), por lo que resulta encuadrable dentro del artículo 120 de la LCAP en cuyo apartado b) se entiende por obra pública *«la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia de los terrenos o del suelo actuaciones urbanísticas u otros análogos»* (FD 3º).

Como primera objeción a estas premisas, debemos manifestar nuestro desacuerdo con que la selección del agente urbanizador venga condicionada con las reglas contractuales —en su caso— aplicables al ejecutor de la obra.

La LRAU diseña un procedimiento para elegir al posible agente urbanizador, no al constructor. Bien es cierto que lo uno puede conllevar lo otro, pero no necesariamente. La contundencia de una cuestión de inconstitucionalidad no puede fraguarse desde una hipótesis verosímil, sino desde la certeza y con la correspondiente carga argumentativa, que exige el TC, para quien la plantea.

Bien es cierto que sería conveniente, en la opción reglamentaria a la que nos reenvía el artículo 29.13 de la LRAU, que se desarrollaran las condiciones y requisitos a observar para la ejecución de la obra pública. El comienzo deseable comportaría redactar unas bases, o pliego de condiciones de ámbito municipal o autonómico.

III. EQUÍVOCA EQUIPARACIÓN DEL AGENTE URBANIZADOR CON EL CONCESIONARIO

Afirma el FD 3º, del Auto: *«Específicamente contempla la LCAP la figura del contrato de concesión de obras en su artículo 130 diciendo que queda sujeto a las normas generales de los contratos de obra y, en particular a la publicidad de los mismos, con las especialidades previstas en el artículo 139, y que el concesionario deberá ajustarse en la explotación de la obra a lo establecido en el artículo 162».*

Afirmación de la que nos permitimos discrepar, puesto que en el artículo 130 se aborda el contrato de concesión de obra pública como *«aquel en el que, teniendo su objeto en alguno de los cometidos en el artículo 120, la contraprestación a favor del adjudicatario consista en el derecho a explotar la obra o en dicho derecho acompañado del de percibir un precio».*

El Urbanizador no adquiere ningún derecho a la explotación de la obra, sino simplemente el de ejecutar la obra urbanizadora por un precio, ya sea en suelo o en dinero; pero no se da en él ni la contraprestación pura de la explotación, ni la explotación más el precio. Sólo media precio (artículo 29.9.B).

Bien es cierto que se ha tildado por alguna doctrina al urbanizador como una especie de concesionario, como gestor indirecto de fines públicos, pero tras el depurado análisis jurídico que la afirmación requeriría, tan sólo tiene el valor de mera aproximación terminológica; carente de la precisión y rigor jurídicos necesarios, y como justificación conceptual del ejercicio de la función pública urbanizadora por un particular que se convierte en *«agente público responsable de ejecutar la actuación»* (artículo 29.6 de la LRAU).

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 12 de julio de 1998 (Ar. 6043) ratifica la Sentencia recurrida, en cuanto que *«la solución adoptada ha de ser calificada de acertada, porque las obras públicas municipales no pierden su carácter por el hecho de ser ejecutadas por particulares, ya se trate de la delegación o sustitución derivada de la legislación del suelo, en el caso de obras de urbanización ejecutadas por promotores privados, en aplicación del Planeamiento, o se trate —como en este caso— de las realizadas por concesionarios en vía contractual para la ejecución de las previsiones de los Ayuntamientos en cuanto a servicios, como son la construcción de estacionamientos de vehículos».*

Al ejecutor de una obra pública, desde siempre, como deja ver el TS, nunca se le ha otorgado la cualidad de concesionario.

Lo que se sigue de este principio es que las invocaciones que hace la Sala referidas a la aplicación de los preceptos relativos a la concesión de obra o de servicio (artículos 139 y 159.2 y 162) son inadecuadas.

La Sala abunda en la identificación de la relación de la Administración con el agente urbanizador como concesión, en el FD 3º al decir *«y que tal relación contractual posee carácter concesional resulta a su vez, de que el urbanizador, como ya se dijo, gestione indirectamente una función pública»*.

Al margen de que no se corresponde esta afirmación con el artículo 130.1 de la LCAP, el afianzamiento en esta posición hace dudar más, si cabe, de la proclamada inconstitucionalidad de la LRAU, puesto que el TC en la Sentencia 61/1997 de 20 de marzo en el FJ 13º dijo *«ya se ha dicho que con la nueva Ley 8/1990 la gestión urbanística asignada a los particulares —a condición de que tengan la propiedad del suelo— es una gestión indirecta de un nuevo servicio público. La situación del propietario se asemeja, pues a la del concesionario de la Administración, aunque la técnica empleada por ésta Ley para encomendar la gestión a quienes tienen esa condición sea distinta. Pues bien, conviene advertir que la competencia estatal sobre la legislación básica de concesiones administrativas y contratos no legitimaría una regulación estatal detallada del régimen de concesión de la gestión urbanística a los propietarios como la que se hace en la Ley 8/1990, ni tan siquiera interpretando en un sentido muy lato la noción de concesión administrativa»*.

Nos parece fundamental la afirmación del TC en cuanto a:

a) La no identificación de la situación del propietario con la del concesionario.

Tampoco debe ser distinta la conclusión con la situación del promotor no propietario, puesto que al fin y al cabo unos y otros ejercen indirectamente una función pública.

b) Que la legislación básica sobre contratos no legitima una regulación estatal detallada de la gestión urbanística, que es lo que se pretende desconocer en el Auto objeto de análisis.

Afirmación concorde con el principio de la competencia de las Comunidades Autónomas en materia urbanística (comprensiva de planeamiento más gestión), y del contenido material de la legislación básica, que nunca puede constituir una reglamentación detallada, hasta el punto de producir la ablación de las competencias autonómicas urbanísticas.

c) La reafirmación de que sólo en un sentido muy lato podía identificar la gestión que la Ley 8/1990 asigna a los particulares con un régimen concesional.

IV. LA INSUSTANCIAL COMPARACIÓN CON OTRAS LEYES AUTONÓMICAS

En el FD 3º el Auto utiliza como ejemplo las leyes urbanísticas de las Comunidades Autónomas de Castilla-La Mancha (Ley 2/1998 de 4 de junio), y Ley 10/1998, de 2 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja, para apoyar sus apreciaciones de inconstitucionalidad. Como si de sus artículos se desprendiesen enunciados de explícito acatamiento a la legislación contractual del Estado.

Referencias que, a nuestro juicio, no colaboran al fin propuesto. Ambas Leyes disponen que la normativa afectante al agente urbanizador será la dimanante de la propia Ley, con aplicación supletoria de la de Contratos de las Administraciones Públicas, lo cual no difiere en gran medida del artículo 29.13 de la LRAU, que dice *«las relaciones derivadas de la adjudicación del Programa se regirán por las normas rectoras de la contratación administrativa en lo que éstas no contradigan lo dispuesto por esta Ley, ni sean incompatibles con los principios de la misma en los términos que reglamentariamente sean desarrollados»*.

En los tres textos legales autonómicos que acabamos de citar (incluido el nuestro), se otorga carácter prevalente a la legislación autonómica con la supletoriedad estatal.

Los ejemplos no se agotan con los expuestos en la Sentencia, sino que podíamos aportar otros como el que nos ofrece la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León, que en su artículo 87 y al referirse al *«sistema de concurrencia»* (el más afín al nuestro) dice:

«Especialidades del Proyecto de Actuación.

1. En el sistema de concurrencia el Proyecto de Actuación podrá ser elaborado por el Ayuntamiento o por un particular, conforme a lo dispuesto en el artículo anterior.
2. Mediante el Acuerdo de aprobación inicial del Proyecto, el Ayuntamiento convocará un concurso para la selección del urbanizador, señalando las bases para su adjudicación, vinculados a las condiciones económicas y de colaboración de los propietarios y a la idoneidad de los terrenos de cesión, obras de urbanización y demás contenidos del proyecto».

Ni el concurso, con sus reglas de selección y adjudicación, se some directamente a la legislación contractual, lo que evidencia que no somos una heterodoxia en el Derecho autonómico comparado.

V. INEXPLICABLE SILENCIO SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS AGRUPACIONES DE INTERÉS URBANÍSTICO, CUANDO OSTENTEN LA CONDICIÓN DE AGENTE URBANIZADOR

Las Agrupaciones de Interés Urbanístico, de acuerdo con su artículo 49.3.A, pueden tener como «objeto competir por la adjudicación de un Programa o colaborar con su urbanizador legal de forma convenida con él».

Es obvio que nada de lo dicho en el Auto promoviendo la inconstitucionalidad de la LRAU sería predicable respecto de los propietarios agrupados a quienes resulta ontológicamente imposible cumplir con las condiciones del empresario urbanizador. Modelo único en el que parece haber pensado el Auto, sin plantearse la existencia de este importante contingente de agentes urbanizadores que constituyen las A.I.U. Los sujetos a quienes pretende favorecer la Ley, por elementales razones de potenciación de los propietarios que deseen ser urbanizadores de su suelo.

La A.I.U. puede concurrir tanto por la vía de la adjudicación preferencial del artículo 50, como concurriendo en paridad con otros aspirantes a urbanizador. Tanto da cual sea la fórmula utilizada; lo que es seguro es que no podrían ser jamás agentes urbanizadores por el imposible cumplimiento que se les exige de condiciones atinentes a un régimen mercantil-empresarial, del que no participan en absoluto.

Frente a estas restricciones con las que podría encontrarse el propietario/s constituido en Agente Urbanizador, se opondría el artículo 4º de la LRSV (6/1998), dirigido al fomento de la participación de los propietarios, que el TC lo hace extensivo al empresario urbanizador, por lo que la rigidez interpretativa circunscrita a la propiedad no es válida.

En ningún caso puede estimarse como hermenéutica razonable hacer caso omiso de esta dual condición de los agentes en el proceso urbanizador, sin tan siquiera distinguir su condición de propietarios o no del suelo urbanizado. Podíamos llegar, incluso, a la desmesurada atribución de inconstitucionalidad a las actuaciones urbanizadoras de los propietarios constituidos en Agrupación de Interés Urbanístico que no cumplimentasen los requisitos de la legislación contractual del Estado bajo cuyo envoltorio se nos quiere reducir a la LRAU.

VI. LA ASIMETRÍA ENTRE LA LEGISLACIÓN ESTATAL Y LA AUTONÓMICA

No deja de ser llamativo que un régimen jurídico urbanístico que, aun singular y propio, guarda notables concomitancias con el estatal, no pueda diseñar para sí lo que el Estado no se exige a sí mismo.

El Estado en su TR de la Ley del Suelo RD 1346/1976, y para la ejecución de los Programas de Actuación Urbanística, previó un procedimiento concomitante con la legislación contractual, aunque sin mencionarla, al fijar el concurso como la pieza clave para la formulación y ejecución de los Programas de Actuación Urbanística (P.A.U.).

A tal efecto, se establecían unas bases para fijar las zonas aptas para la localización de actuaciones, magnitud de superficies, etc. (artículo 146.2). Bases que concretarían las obligaciones a asumir por los adjudicatarios (artículo 146.3). Regulando las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones contraídas por el adjudicatario (resolución del convenio y a la caducidad del Programa (artículo 153).

Nunca se reclamó para los PAU, ni por legislación complementaria ni por la jurisprudencia, su necesaria homologación con la legislación contractual.

Desde este punto de partida, será difícil, en términos de razonabilidad jurídica, justificar por qué se requiere de la Administración autonómica, de acuerdo con el Auto promotor del recurso de inconstitucionalidad, lo que el Estado no pide para sí; pues, según hemos visto, se limitó a fijar unas determinaciones esenciales con un cierto aroma de legislación contractual; pero sin más precisiones ni llegar a las exigencias de corte ordenancista que se pide a nuestra legislación autonómica respecto de la adjudicación de los Programas de Actuación Integrada y su ejecución.

El problema se plantea en legislaciones que mucho más allá de fijar estos mínimos básicos, como la de Contratos, establecen una casuística difícilmente superable en términos normativos convencionales, con perfiles más propios de reglamento que de legislación básica. Es en estos casos, donde el Tribunal Constitucional debe extraer esas reglas determinantes del común denominador normativo al que deben someterse las Comunidades Autónomas, lejos del puntillismo del que hace gala nuestra legislación de contratos.

VII. LA BÚSQUEDA Y DETERMINACIÓN DE LO BÁSICO EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL

Los conflictos que puedan plantearse entre la legislación autonómica y la básica del Estado, deben abordarse desde el control de la legislación básica, porque su exuberancia y proliferación pueden reducir a la nada ámbitos de legislación autonómica, tan insospechadamente unida a legislación de contratos como la urbanística.

Puede plantearse la solución mecanicista por la que opta el Auto objeto de este comentario (superposición de la legislación básica del Estado sobre la Autonómica y exclusión de aquello que no sea coincidente), o efectuar un análisis más sutil —y sin duda con mas riesgo jurídico—

respecto de las normas que gozan del carácter de la transversalidad, como es la de Contratos de las Administraciones Públicas, respecto del ordenamiento urbanístico. Opción por la que sin duda nos decantamos.

Como dice el TC en Sentencia de 5 de abril de 2001 n° 98/2001 FJ 5º, *«desde la STC 69/1998 FJ.5, hemos venido insistiendo en que el control de la normativa básica exige valorar en la misma un halo de esfera, material y formal. La primera responde a la necesaria «evitación de que puedan dejarse sin contenido o inconstitucionalmente cercenadas las competencias autonómicas». La segunda trata de «velar porque el cierre del sistema no se mantenga en la ambigüedad permanente que supondría reconocer al Estado facultad de oponer sorpresivamente a las Comunidades Autónomas, como norma básica, cualquier clase de precepto legal o reglamentario al margen de cual sea su rango o estructura». A la misma dimensión formal de la normativa básica «atiende el principio de Ley formal en razón a que solo a través de éste instrumento normativo se alcanzará una determinación cierta y estable de los ámbitos de ordenación de las materias en las que concurren y se articulan las competencias básicas estatales y reglamentarias autonómicas».*

De acuerdo con el criterio material de legislación básica *«corresponde al legislador estatal delimitar su contenido y alcance, pero sin alterar el orden constitucional y estatutario de competencias y sin que ello suponga que deba aceptarse en todo caso el criterio del legislador estatal, pues si la calificación de un precepto como básico, resulta impugnada, corresponde a este Tribunal en tanto que intérprete supremo de la Constitución, revisar dicha calificación y deducir, en última instancia, si la norma es o no materialmente básica»* (Sentencias STC 69/1998, y, reiterada en la de 22 de abril de 1993 n° 141/1993).

En esta misma Sentencia se hace expresa manifestación de que la dilucidación de qué aspectos de una regulación *«deben considerarse básicos y cuales propios de una legislación de desarrollo es, sin duda, una operación compleja»*. Operación que al TC le corresponde realizar y que debe emplear *«como criterios orientadores, los mismos objetivos que expresamente se propone el legislador y que justifican el establecimiento de bases orientativas, salvo que fundadamente parezcan irrazonables o incompatibles con descripciones constitucionales»*.

Como cierre argumental, y por lo que a nuestro caso interesa deja claro que esa función que se autoasigna el TC *«en materia de contratación administrativa tiene principalmente por objeto, aparte de otros fines de interés general, proporcionar las garantías de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica que aseguren a los ciudadanos un tratamiento común por parte de todas las Administraciones Públicas. Objetivo éste que refuerzan y extienden subjetivamente las directivas de la CEE sobre la materia, a la que es preciso adaptar nuestro Derecho interno, razón que*

motivó tanto la modificación de la Ley de Contratos del Estado por el Real Decreto Legislativo 931/1986, como la subsiguiente modificación del Reglamento General de Contratación operada por Real Decreto 2528/1986, ahora impugnado. Quiere decirse pues, que todos los preceptos de este último que tiendan directamente en complemento necesario de la Ley de Contratos a dotar de efectividad práctica aquellos principios básicos de la contratación administrativa deben ser razonablemente considerados como normas básicas. Mientras que no lo serán aquellas otras prescripciones de detalle o de procedimiento que, sin merma de la eficacia de tales principios básicos, pudieran ser sustituidas por otras regulaciones asimismo complementarias o de detalle, elaboradas por las Comunidades Autónomas con competencia para ello».

La dificultad en este caso estriba en que nos enfrentamos ya con una Ley de Contratos que autoproclama como básicos preceptos de corte netamente reglamentario, que nada tienen que ver con esos principios básicos garantes de la publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica, que deben constituir la médula de una legislación básica.

Precisamente es esa denominada legislación básica que traspasa ampliamente lo que pudiera considerarse básico en la contratación administrativa. Lo que pone en tela de juicio la constitucionalidad de nuestra legislación urbanística autonómica, por lo que deberá ser el propio TC, en el incidente de inconstitucionalidad que ante su sede existe planteado, quien deberá dilucidar si con esos criterios objetivos a los que más arriba nos referíamos, nuestra legislación urbanística debe quedar desapoderada en los que son sus planteamientos fundamentales.

Será el T.C. quien deberá resolver si esa legislación básica de contratos que desarbola nuestra legislación autonómica (caso de aplicarse en su interpretación más literal y drástica) no supone un desconocimiento de las competencias exclusivas de nuestra legislación autonómica, para la redacción de los instrumentos de planeamiento y de su desarrollo *como, cuando y donde* estime más oportuno. Y si además no se está vulnerando la explicitación habilitación de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 6/1998 a desarrollar directamente el suelo urbanizable no programado, sin necesidad de concurso.

Abunda en esta misma orientación de lo que debe considerarse realmente básico, más allá de lo que expresamente declare el legislador ordinario, la Sentencia de TC de 4 de julio de 1991 n° 147/1991 al señalar que *«en principio, debe entenderse que excede lo básico toda aquella ordenación que, por su minuciosidad y detalle, no deja espacio alguno a la competencia autonómica de desarrollo legislativo, produciéndose en tal caso, por regla general, un resultado de vulneración competencial que priva a lo presentado como básico de su condición de tal».*

Bien es cierto, que esta Sentencia dice que tal consecuencia se evita con la norma emanada del poder legislativo del Estado, que es *«la que*

mejor garantiza la generalidad y estabilidad de las reglas básicas y, por consiguiente, el respeto debido a las autonómicas de desarrollo». Aun así, cuando estemos en presencia de normas básicas asfixiantes de una determinada competencia exclusiva autonómica, cuya aparente primacía desaparece, tendrá que decidir el TC.

En definitiva, la LCAP dista mucho del concepto que de lo básico da el TC en Sentencia 102/95 de 26 de junio en su Fundamento de Derecho 8º, donde *«lo básico consiste en asegurar en aras de intereses generales superiores a los de las Comunidades Autónomas, un común denominador normativo en consecuencia, la legislación básica ofrece un perímetro amplio por su formulación genérica, con un contenido esencialmente normativo»*. Noción completada en el Fundamento de Derecho 9º, donde la perfila diciendo que *«cumple más bien una función de ordenación mediante mínimos que han de respetarse en todo caso, pero que pueden permitir que las Comunidades Autónomas con competencias en la materia establezcan niveles»*.

VIII. ALCANCE DE LA EXCLUSIVIDAD COMPETENCIAL URBANÍSTICA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

El Auto afirma que la competencia exclusiva en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda atribuida a las Comunidades por el artículo 148.1.3ª de la Constitución española, en su conexión con el artículo 31.9 del Estatuto de Autonomía de la Generalitat Valenciana, no puede traspasar los límites que le impone la legislación básica estatal en cuanto a las normas a las que deben someterse las Administraciones Públicas en la contratación; remitiéndonos a la aplicación superpuesta de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, sobre la Ley 6/1994.

La Sala no se plantea ninguna duda sobre la absoluta prevalencia del texto íntegro de la Ley de Contratos (en sus preceptos autodenominados básicos) sobre nuestra legislación urbanística, para de este modo hacer un minucioso rastreo del texto autonómico, concluyente con la estigmatización por presunta inconstitucionalidad de todos aquellos artículos que no se adaptan milimétricamente a lo prescrito en la Ley de Contratos del Estado².

Con carácter previo a dilucidar si el criterio de superposición absoluta de la legislación básica estatal de contratos produce el efecto eliminador de cuanto no sea coincidente con ella (que es el seguido por la Sala), deberemos precisar cuál es sentido y alcance de la autonomía normativa urbanística.

² Hagamos caso omiso de esta Ley, ya que está expresamente derogada en la Disposición Transitoria del TR 2/2001, ya que carece de sustantividad el efecto derogatorio, a los fines propuestos en este trabajo.

Es obligado comenzar por las citas más relevantes que nos sugiere la Sentencia del TC de 20 de marzo, 61/1997, cuyos asertos sobre la exclusividad competencial de las Comunidades Autónomas en materia urbanística zanján cualquier propósito reduccionista. Ahora bien, hemos de convenir como dice esta misma Sentencia en su FJ 5º, que *«la exclusividad competencial (de las Comunidades Autónomas) sobre el urbanismo no autoriza a desconocer la competencia que, con el mismo carácter viene reservada al Estado en virtud del artículo 149.1 CE tal como ha prescrito la STC 56/1986 (FJ 3º)»*.

Por su parte, el TC en su Sentencia 164/2001 sobre las impugnaciones de inconstitucionalidad de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones, dice en su FJ 1º que cabe *«afirmar que la competencia autonómica en materia de urbanismo ha de coexistir con aquellas que el Estado ostenta en virtud del artículo 149.1 CE, cuyo ejercicio puede condicionar, ilícitamente, la competencia de las Comunidades Autónomas sobre el mencionado sector material»*.

Ahora bien, esa coexistencia cuando puede llegar a eliminar el ordenamiento autonómico habrá que analizarla con extrema cautela, puesto que la superposición de dos ordenamientos sobre una misma materia, de acuerdo con dicha Sentencia, en sus efectos excluyentes, es de incumbencia del TC, para *«en primer lugar constatar si los preceptos impugnados están amparados en alguna materia competencia del Estado. Y si se incumple esta premisa, aún corresponde al Tribunal enjuiciar si la incardinación a priori de la norma impugnada en una materia estatal lleva consigo una ingerencia o restricción de la competencia urbanística autonómica»*. Apreciación que nos parece de capital importancia, cuando por la aplicación a ultranza de la normativa básica contractual del Estado se produce la ablación del ordenamiento urbanístico autonómico y su completa desvertebración. Éstos serían los efectos de la supeditación de nuestra legislación urbanística a la contractual del Estado, hasta el punto de llegar a desfigurar el sistema decidido por el legislador autonómico en virtud de su exclusividad competencial.

No basta que haya un virtual amparo en la impugnación por vicios de inconstitucionalidad en la legislación básica, sino que se impone efectuar un análisis pormenorizado del sistema urbanístico que se pretende declarar inconstitucional, para no hacerle perecer bajo la invocación del título competencial del Estado que transversalmente recorre toda la legislación autonómica, al menos en sus consideraciones y aspectos de mayor relevancia y singularidad.

Como dice la STC 164/2001, saliendo al paso de los distintos recursos que contra la Ley 6/1998 se plantearon, en su FJ 6º que *«cuál sea el tipo jurídico que tenga ese Planeamiento, como se denomine y cuál sea su contenido, son decisiones urbanísticas que corresponden a cada Comunidad Autónoma»*.

Estamos, entonces, ante una exigencia de Planeamiento u ordenación urbanística que, por un lado, resulta claramente instrumental respecto de la regulación de la propiedad urbana (ex artículo 149.1.1 CE) y que, por otro lado, respeta la competencia de cada Comunidad Autónoma para disponer que instrumentos urbanísticos deben ordenar sus ciudades. En estos términos es claro que las reiteradas alusiones de la LRSV al "planeamiento", sin más, son conformes con el orden constitucional de competencias».

El concepto de la *instrumentalidad* o ausencia de contenido esencial en el ordenamiento al que tangencialmente se le aplica la norma «*externa*», nos vale para recordar que los aspectos contractuales de nuestra legislación urbanística no son más que eso, medios o técnicas al servicio de un orden urbanístico nuevo.

Para refutar los argumentos que se contienen en el Auto promotor de la inconstitucionalidad, nos dice este FJ 6º que «*nada impone, en este sentido, que las determinaciones necesarias para la transformación del suelo urbanizable —o de concretas partes de éste— se contengan en Planes urbanísticos específicos; o que la regulación de los usos y obras en suelo urbano se incluyan en un Plan que abarque toda la ciudad*». Si con esta interpretación colige el TC que el Estado no invade competencias urbanísticas de las Comunidades Autónomas cuando el Estado prevé la existencia de «*Planeamiento General*» o «*Planeamiento de Desarrollo*», *a contrario sensu*, también podrá afirmarse que la normación autonómica de los instrumentos gestores no constituirá injerencia en la ordenación contractual del Estado.

Precisa el FJ 7º (STC 164/01) que «*Planeamiento urbanístico es, en el contexto del artículo 2.1 de la LRSV, cualquier instrumento de ordenación urbanística que permita, en cada concreta ciudad, el ejercicio de las facultades urbanizadoras y edificatorias establecidas por la LRSV para cada clase de suelo*». Si para el TC el planeamiento (competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas) permite hasta determinar el ejercicio de las facultades urbanizadoras y edificatorias, fácilmente se posibilitará la interpretación de que irrumpir en la regulación de las facultades urbanizadoras comporta una injerencia no compatible con el concepto de autonomía para el ejercicio de la potestad de planificación (entendida en la doble faceta de previsión ordenadora y actuación gestora, como viene reconociendo paladinamente en esta Sentencia el TC).

Al plantearse la constitucionalidad del artículo 4º de la LRSV donde se atribuye a los entes públicos la dirección de la política urbanística, al tiempo que se impone el fomento de la participación privada, dice este FJ 9º «*no podemos dudar ahora, como tampoco lo hicimos en nuestra STC 61/97 (FJ 14.c), que esta regulación establece condiciones básicas de ejercicio de derechos constitucionales de propiedad y de libertad de empresa. En el marco de esta regulación corresponde a cada Comunidad Autónoma*

la concreta articulación de la acción urbanística pública con la participación o iniciativas privadas (así, mediante la regulación de los sistemas o técnicas de gestión del Planeamiento y, en relación con ello, del derecho a promover la transformación del suelo urbanizable). Es precisamente en el marco de la legislación autonómica donde han de quedar delimitados los ámbitos de participación e iniciativa propios del propietario y, en su caso, del empresario urbanizador».

Hasta tal punto para el TC la transformación del suelo, y como concepto sinónimo su urbanización, es fruto del patrimonio de la exclusividad autonómica competencial que, dice este FJ 9º *«además, la transformación urbanística del suelo es sin discusión uno de los núcleos centrales que integran la materia urbanismo. Sobre estas premisas debemos de concluir que la previsión de la dirección urbanística (aunque con mandato de participación privada) es una opción legislativa que queda fuera de la competencia estatal ex artículo 149.1.13.CE)».*

Aunque el título constitucional de referencia en este caso es el apartado 1.13 del artículo 148 de la Constitución, no podemos dejar de tener en cuenta que en este mismo Fundamento fue asimismo invocado el artículo 149.1.18 de la CE.

Para el TC, la equiparación en *«el mandato de participación en la acción urbanística pública del artículo 4 LRSV se refiere a propietarios y empresarios, no a público en general»* (FJ 9º).

En este mismo FJ 9º se continua diciendo que *«la participación o iniciativa de los propietarios en la transformación del suelo (urbanización) vendrá determinada, entonces, por la regulación de los sistemas o instrumentos de ejecución en cada legislación urbanística autonómica. Esa participación podrá ir desde el reconocimiento de un derecho a la transformación del suelo (en sistemas de ejecución privada) hasta la situación jurídica del interesado (en sistemas de ejecución pública)».*

Si la competencia autonómica en la gestión del Planeamiento y en la adopción de sistemas privados para la transformación del suelo es plena, cuestionar la pretendida inconstitucionalidad por no haber superpuesto la legislación contractual del Estado a la potestad planificadora (en su doble acepción de gestión y previsión) de las Comunidades Autónomas, es una posibilidad más que razonable.

La autonomía que así propugna el TC (FJ 9º STC 164/01), se expresa diciendo que *«en el precepto impugnado no se impone sistema alguno de ejecución, tampoco se determina quién, cómo, o cuándo puede o debe participar. Estas opciones normativas corresponden al legislador autonómico».*

El quién, el cómo y el cuándo en la gestión del planeamiento es lo que ha decidido nuestra legislación autonómica, identificando los sujetos que pueden participar en el proceso urbanizador; cómo pueden ser adjudicatarios (procedimiento concursal), y en qué plazos (cuándo).

Como corolario de cuanto viene afirmando el TC en este Fundamento, destacamos que *«Será entonces, en la legislación urbanística de cada Comunidad Autónoma, donde se precise el régimen de los posibles sistemas de actuación pública y, en la misma medida, el grado de participación o iniciativa de los distintos sujetos económicos (no necesariamente propietarios)»*.

Mayor y más amplia autonomía en la concepción autonómica de las competencias urbanísticas difícilmente puede configurarse, como aquella a la que han dado lugar la doctrina del TC. Por tanto, ¿hasta qué punto una legislación que tangencialmente roza el urbanismo, puede erigirse en invalidante de la plenitud ordenadora de una legislación sólo concebible como un todo armónico y ajustado?

En el *Fundamento jurídico 15* de la STC 164/01 y al plantearse la constitucionalidad del artículo 10 de la LRSV, a propósito de la *«transformación (del suelo urbanizable) en los términos establecidos en la legislación urbanística y en el Planeamiento aplicable»* abunda en lo que nos decía el FJ 9º *«en suma, el artículo 10 LRSV no impone a las Comunidades Autónomas ni como ni cuando el suelo urbanizable debe pasar a ser ciudad»*. ¿Podemos entender que este amplio reconocimiento de las competencias para determinar el cómo, el cuándo y el dónde queda cercenado por la legislación contractual? Legislación que, ciertamente no puede coexistir con estos modos adverbiales configuradores de las más amplias cotas de competencia.

En el *Fundamento jurídico 17* y al plantearse las impugnaciones frente al artículo 12 de la LRSV, regulador de los derechos y deberes de los propietarios de suelo regulado por la Ley, dice que *«se ejercerán de acuerdo con la normativa que sobre Planeamiento, gestión y ejecución del Planeamiento establezca la legislación urbanística en cada caso aplicable»*. Insistiendo en que *«la mención a la gestión y ejecución del Planeamiento, es claro que no predetermina ni impone modelo urbanístico alguno a las Comunidades Autónomas»*. Remisión a lo que establezca la legislación autonómica, que implica que es a ellas a quienes *«corresponde regular por entero»* cuando se refiere a la gestión y ejecución.

El *Fundamento jurídico 28* declara la constitucionalidad del artículo 16.2 de la LRSV que, en la fijación de las reglas básicas para el ejercicio del derecho a la transformación del suelo urbanizable, atribuye a las Comunidades Autónomas *«a través de la legislación urbanística la regulación de la tramitación, determinaciones y contenido de la documentación necesaria para proceder a esa transformación»*. La transformación del suelo no es otra cosa más que su urbanización, con lo que nos encontramos reforzados por esta norma básica en la omnímoda prerrogativa autonómica, en orden a establecer el *contenido documental* de los instrumentos de gestión necesarios para la urbanización.

A partir de aquí, nos va a resultar muy difícil compatibilizar tan amplio entendimiento de la autonomía, con la remisión a las obligaciones de publicación, fianzas, procedimientos de adjudicación y cuantas más exigencias resultan de las supuestamente infringidas normas básicas de la LCAP.

Este mismo FJ 28 incluye, dentro del concepto Planeamiento de Desarrollo, cuanto se refiera a «*cualquier instrumento de ordenación urbanística que contiene las determinaciones necesarias para la transformación urbanística del suelo*». Transformación en la que comprende el costeamiento o ejecución de la urbanización del sector o ámbito correspondiente, de acuerdo con el artículo 18.6 de la LRSV.

El mayor reforzamiento de la noción de autonomía que extraemos de la doctrina constitucional, frente al Auto objeto de este examen de constitucionalidad, resulta del análisis de constitucionalidad que ha efectuado el TC de la Ley 6/1998.

IX. LA DIFÍCIL COEXISTENCIA DE LAS COMPETENCIAS EXCLUSIVAS AUTONÓMICAS Y ESTATALES

Las competencias exclusivas que al Estado reconoce en el artículo 149.1 tienen una constatada dificultad de convivencia, con las que a las Comunidades Autónomas reconoce como asumibles en el artículo 148.1. Los numerosos conflictos que vienen suscitándose, aunque mayores en tiempo pasado, lo atestiguan. El papel de cada cual ya comienza a conocerse por sus protagonistas, aunque bajo la tutela del TC.

Un claro exponente de estas dificultades nos lo ofrece en toda su dimensión la abierta confrontación que resulta del artículo 149.1.18ª con el 148.1.13ª de la CE, tras el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad de la LRAU por el TSJ C.V., al considerar, de acuerdo con el artículo 35 de la LOTC que algunos de los preceptos que debían ser aplicados en la resolución del recurso contencioso-administrativo 01/2136/97 podrían ser contrarios a la Constitución.

A priori, nadie podría imaginar que la exclusividad estatal para la legislación básica sobre contratos colisionaría con la exclusividad autonómica para el urbanismo. Pero la verdad es que cuando las técnicas urbanísticas alcanzan su pleno desarrollo, pueden llegar a tan alejados lugares como éste, o al menos estar sometidas a sospecha de extralimitación competencial.

Debemos anticipar que la norma autonómica urbanística no aborda, ni fue nunca su propósito, la materia contractual. Lo que ha hecho es acometer una regulación completa de técnicas urbanísticas ya manejadas con anterioridad y a las que se denominó urbanismo concertado. El urbanismo subsume cualquier apariencia contrac-

tual, que no tiene más función que la meramente instrumental, para alcanzar los objetivos urbanísticos fijados en pleno ejercicio de las potestades autonómicas.

Será necesario, en una correcta metodología jurídica, recordar los conceptos ya muy depurados de la exclusividad competencial urbanística, y ponerlos en relación con el poder que al Estado le confiere la legislación básica, de intensidad variable, según el criterio interpretativo que adoptemos. O con la rotundidad que lo hace el TSJ CV, forzando la expulsión del ordenamiento urbanístico de toda norma que no se acomode a la legislación básica, aunque sea tan detallista como la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. O, entendiendo que la coexistencia se debe dar sobre los principios esenciales merecedores de la denominación de básicos, despreciando los aspectos reglamentarios meramente accesorios y circunstanciales, que se contienen en dicha legislación.

Es cierto que las *«Comunidades Autónomas son titulares, en exclusiva de las competencias sobre urbanismo. La competencia legislativa sobre urbanismo permite a las Comunidades Autónomas fijar sus propias políticas de ordenación de la ciudad y servirse para ello de las técnicas jurídicas que consideren más adecuadas»* (164/2.001, F.J. 1º).

Principio que debemos casar con que *«la exclusividad competencial (de las Comunidades Autónomas) sobre urbanismo no autoriza a desconocer la competencia que, con en el mismo carácter viene reservada al Estado por virtud del artículo 149.1 C.E., tal como ha precisado la STC 56/1.986 (FJ 3º)»*. Por lo que sigue diciendo la Sentencia 164/2001 en este FJ 1º que cabe *«afirmar que la competencia autonómica en materia de urbanismo ha de coexistir con aquellas que el Estado ostenta en virtud del 149.1 CE, cuyo ejercicio puede condicionar, lícitamente, la competencia de las Comunidades Autónomas sobre el mencionado sector material»* (STC 61/97 FJ 5º).

Pero frente a la aparente superposición de ordenamientos en una misma materia, entendemos –siguiendo lo que nos dice la Sentencia 164/2001– que es de la incumbencia del TC *«en primer lugar, constatar si los preceptos impugnados están amparados en alguna materia competencial del Estado. Y si se cumple esta premisa, aún corresponde al Tribunal enjuiciar si la incardinación a priori de la norma impugnada en una materia estatal lleva consigo una injerencia o restricción de la competencia urbanística autonómica»*. Apreciación que nos parece de capital importancia por cuanto que la pretendida aplicación a ultranza de la normativa básica contractual del Estado, comporta una injerencia de magnitud tal, que produce la completa desvertebración del sistema jurídico-urbanístico establecido en nuestra legislación autonómica, en virtud de su exclusividad competencial.

No basta, por tanto, que haya un aparente amparo en la legislación básica para impugnar con éxito un vicio de constitucionalidad; hay que profundizar más y llegar al análisis interiorizado del sistema urbanístico que se pretende declarar inconstitucional, así como de la normativa básica de referencia, para no hacerle perecer bajo la invocación de un título competencial del Estado que transversalmente cruza toda la legislación autonómica, al menos en sus consideraciones y aspectos de mayor relevancia y singularidad.

X. EL DEFINITIVO AVAL QUE A LA LEY 6/1994 LRAU OTORGA LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA DE LA LEY 6/1998

Esta Disposición Transitoria, de acuerdo con la Disposición Final Única, tiene el carácter de legislación básica, lo que predetermina un marco de desarrollo para la legislación autonómica difícilmente compatible con una legislación contractual que forzosamente se trajera a colación, puesto que supondría la negación misma de esta explícita llamada al legislador autonómico a *desarrollar el suelo urbanizable no programado «sin necesidad de concurso»*.

En la *Disposición Transitoria Primera de la LRSV 6/1998*, refuerza el criterio de decisión autonómica que corresponde a la transformación del suelo al decir en su inciso último del apartado b) que *«el desarrollo del suelo urbanizable no programado podrá promoverse directamente, sin necesidad de concurso, mediante los instrumentos de Planeamiento previstos en la legislación urbanística»*.

Con esta fórmula, se descabalga definitivamente cualquier concomitancia que quisiera establecerse entre el desarrollo del planeamiento, en el ámbito estatal, y las reglas de la contratación administrativa, que eran en el fondo las que inspiraban el régimen de adjudicación de los Programas en la legislación estatal, como puede verse en los artículos 146 y siguientes del TR de 1976.

Si no tenía razón de ser la exoneración del Estado para sus propios PAU de más requisitos que aquellos que sucintamente hemos expuesto *ex artículo 146 y siguientes*, menos todavía puede resultar explicable que los requerimientos de inconstitucionalidad pervivan tras esta *Disposición Transitoria Primera*.

La promoción directa no puede referirse a la de la propia Administración. Es una obviedad que no precisaría la Administración de este reconocimiento, cuando el planeamiento es una función pública (artículo 1º de la LRAU). Se está hablando de promoción directa por particulares, al margen de concurso.

En el plano objetivo, el suelo urbanizable no programado es el que constituye objeto preferencial de los Programas (artículo 6.3 de la LRAU), por lo que ninguna duda cabe de que esta disposición básica faculta a que las Comunidades Autónomas en sus respectivos instrumentos legislativos establezcan las formas que estimen más idóneas para el desarrollo de esa clase de suelo, sin tener que mirarse en el espejo de la legislación contractual, de la que, a mi juicio, quedan expresamente excluidas. La mención a la innecesariedad de concurso es definitiva.

Descartada por la DT Primera de la LRSV la necesidad del desarrollo del suelo urbanizable a través de concurso, parece indudable que el criterio del legislador es desvincular cualquier connotación de la legislación de contratos con los instrumentos de Planeamiento propios de la legislación urbanística. Por tanto, ese *común denominador normativo* al que tienen que subordinarse las Comunidades Autónomas, de acuerdo con la legislación básica, no mantiene el referente del procedimiento del concurso y en definitiva a los procedimientos de adjudicación de la LCAP.

El legislador estatal entiende que se convertiría en una restricción y limitación inasumible para la competencia de las Comunidades Autónomas imponer la adjudicación de instrumentos a través de concurso. Cosa distinta es que las Comunidades Autónomas opten por esta fórmula o similares, pero de acuerdo con criterios procedimentales propios, que, en la medida que sigan normas contractuales, no podrían ser compelidas a un seguimiento de lo no esencialmente básico.

Luego, en la libertad legislativa que se configura en esta Disposición Transitoria Primera de la Ley 6/1998, pueden transfundirse normas de legislación básica de Contratos, porque sea lo prudente y razonable, pero no lo obligado.

XI. EXAMEN DE LOS PRECEPTOS EN TRANCE DE INCONSTITUCIONALIDAD

Aunque nos hemos mostrado proclives al mantenimiento de la constitucionalidad de la LRAU, no por eso vamos a renunciar a un examen de aquellos preceptos que se tratan de inconstitucionales por el TSJ CV.

Artículo 29.2 de la LRAU

Al que se tacha de prever las relaciones del urbanizador con la Administración, únicamente por referencia a la LRAU, y al margen de la LCAP.

Una invocación genérica de inconstitucionalidad precisa del esfuerzo argumentativo oportuno para alcanzar las consecuencias nihilizadoras que pretende, el TC así lo ha requerido siempre. Citamos aquí

y por todas las ocasiones en que hemos recurrido a esta doctrina el FJ 18º de la STC 164/01³.

En cualquier caso la definición del objeto del Programa al que se refiere el artículo 29.2 no puede tildarse en modo alguno de inconstitucional, desde el momento en que fija el marco en el que debe desenvolverse un documento de Planeamiento como son los Programas, sin que haya surgido todavía la posibilidad de un proceso selectivo, por lo que es prematura la invocación de la Ley de Contratos.

El artículo 29.6 de la LRAU tampoco puede considerarse vulnerador de la legislación básica de contratos, puesto que contempla en abstracto la gestión directa a cargo de la Administración o la indirecta adjudicada a particular –sea o no propietario del terreno, a quien denominamos urbanizador–.

Esta mera definición programática tampoco puede entenderse como atentatoria a principio alguno de la LCAP que. Se cita como presuntamente infringidos el artículo 50.1 y 50.2 de la LCAP regulador de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, que difícilmente pueden ofrecer contrapunto con la abstracta definición del agente urbanizador a la que se refiere el artículo 29.6.

Artículo 29.7

Lo mismo podemos decir en cuanto a la inexistencia de precepto de contradicción con la prefiguración legal de la responsabilidad del urbanizador.

Esa predeterminación de la responsabilidad del urbanizador podrá ser objeto de posteriores concreciones, pero en modo alguno puede decirse que atribuir al urbanizador la obligación de garantizar las obras, inversiones y compensaciones que tenga que ofrecer, tenga el menor viso de inconstitucionalidad, pues no pasa de ser el marco conceptual de futuras concreciones.

Artículo 29.8

En éste se alude al aseguramiento de las obligaciones de promoción, mediante un afianzamiento mínimo del 7%. Ya nos hemos ocupado de este aspecto anteriormente, y por tanto no puede vislumbrarse colisión alguna con los artículos 37 y 42 a 48 de la LCAP, reguladores de las garantías exigibles para los contratos con la Administración, cuando la seguridad que ofrece la LRAU para la Administración Pública y los

³ FJ 18º «Debemos rechazar, en primer lugar el reproche de inseguridad jurídica (artículo 9.3 CE) que los recurrentes proyectan sobre el precepto transcrito. Este reproche de inconstitucionalidad, al carecer de argumentación precisa, específica y adecuada, no cumple la carga de argumentación que pesa sobre los recurrentes (SSTC 61/1997, FJ 13 y 233/1999 FJ 12)».

particulares propietarios es mayor que la derivada de las escuetas garantías de la contratación estatal.

Artículo 29.10

Esta atribución de incompatibilidad cuenta con las mismas objeciones que las anteriores que se efectúan sobre los distintos apartados del artículo 29. El carácter enunciativo y programático de cuáles han de ser las relaciones entre el adjudicatario particular y la Administración no dan lugar, al menos por el momento, a pensar en confrontación con los artículos 96 y 97 de la Ley de Contratos, que disciplinan los supuestos de demora en la ejecución de la obra (artículo 96), y la resolución por demora y prórroga de los contratos (artículo 97).

Artículo 29.11

En este artículo se prevé que el urbanizador pueda ceder su condición a favor de tercero que se subrogue en todas sus obligaciones ante la Administración actuante. No se trata de una cesión unilateral e in-consentida, sino supeditada al no menoscabo del interés general, ni de fraudación de la pública competencia en la adjudicación.

Como antes indicábamos, la cesión de la condición de adjudicatario del Programa no equivale a la cesión del contrato de ejecución de obra, que es lo regulado en el artículo 115, hasta el punto de exigir que el cedente haya ejecutado *«al menos un 20% del importe del contrato»*. Lo que no es aplicable al supuesto que aquí se contempla.

Artículo 29.13

En cuanto se refiere a la resolución de la adjudicación a favor del urbanizador como una correlativa facultad que asiste al adjudicatario, respecto de las que tiene la Administración contratante, que por la especialidad del objeto contratado debe contener un régimen específico como el plasmado en este precepto.

No sería en modo alguno impedimento, ni distorsionaría el sistema la aplicación supletoria de los artículos citados como inconstitucionales, justamente por la remisión contenida en este artículo 29.13 a las *«normas rectoras de la contratación administrativa en la que éstas no contradigan lo dispuesto por esa Ley ni sean incompatibles con los principios de la misma»*.

Las relaciones *«derivadas de la adjudicación del Programa»* son las atinentes a su ejecución, y en este punto, sí que debiera avanzarse en la aproximación a la normativa contractual del Estado, predicable para la ejecución de la obra pública, sea o no su ejecutor el Agente Urbanizador.

Artículo 32.D de la LRAU

El contenido de la Proposición Jurídico-Económica queda determinado en este artículo de cuya constitucionalidad se sospecha en cuanto a que *«la retribución del urbanizador queda fijada en el documento del Programa denominado Proposición Jurídico-Económica»*, lo que a su vez acarrea la duda de constitucionalidad sobre los artículos 29.9, 66, 67, 71 y 72-1º y 2º de la LRAU, todos ellos relativos a la retribución del urbanizador *«en tanto no se define y configura en el ámbito de la correspondiente contratación administrativa»* (artículos 14, 50.1 *in fine* y 100.1º de la LCAP). Inconstitucionalidad extensiva al artículo 51 de la LRAU en cuanto resulten de la adjudicación condicionada que, asimismo, deberían quedar definidas en el ámbito contractual.

La previsión de la retribución del urbanizador es una de las propuestas de mayor contenido urbanístico de la LRAU, puesto que el sistema pivota sobre las posibilidades de colaborar con él incorporándose al Programa, o bien esperar a que se formule la oferta última tras la aprobación del Proyecto de Urbanización en curso de la aprobación del Proyecto de Reparcelación (artículo 71 de la LRAU).

La determinación de la retribución en suelo o en dinero, o los valores que se hayan manejado para llegar a su definición, no están dentro del ámbito contractual, sino del definitorio de los derechos y deberes de los propietarios respecto del Agente Urbanizador, lo que nada tiene que ver con la supuesta condición del urbanizador como concesionario, ni tampoco con la ejecución de una obra pública, que son los dos puntos de partida del Auto para proclamar la inconstitucionalidad de determinados preceptos de la LRAU.

La definición de los derechos y obligaciones de Urbanizador y propietarios dará lugar, más adelante, a un entramado de recíprocas relaciones, que siguen estando dentro del estricto ámbito urbanístico. Lo que en ningún caso puede ponerse en duda es que una acción definitoria del contenido de los derechos y deberes de los propietarios, así como los del Agente Urbanizador, tengan nada que ver con la legislación de contratos y sí un muy acusado perfil de gestión urbanística.

Al hilo de estas vulneraciones se plantea la Sala *«la duda de constitucionalidad respecto del artículo 32-C, en relación con el 29.6 ambos de la LRAU, referidos al convenio urbanístico»*.

La Sala, una vez más, alude sin la carga argumentativa necesaria a la *«quiebra de las garantías propias de la contratación administrativa en los términos que resultan de todo lo expuesto»*, pero negamos que sea bastante esa genérica referencia, sin una concreción demostrativa de la inconstitucionalidad, puesto que los preceptos que se están utilizando

para cotejo de la inconstitucionalidad del artículo 32-D y concordantes, son el 14, 50-1 y 100-1 de la LCAP.

El 14 se refiere al precio cierto. Lo cual no está en contradicción con el convenio urbanístico, que perfectamente lo define, o puede definirlo.

El artículo 50.1 vuelve a conducirnos al pliego de cláusulas administrativas particulares, del que con anterioridad ya nos hemos ocupado y el artículo 100.1 al derecho que tiene todo contratista al pago de la contraprestación realizada, lo que no queda entredicho ni carente de normas de regulación en la legislación autonómica.

Artículo 45.2 de la LRAU, por presunta vulneración de los artículos 50.1º y 52.1º de la LCAP relativos a los pliegos de cláusulas *administrativas particulares y pliegos de prescripciones técnicas, así como el artículo 68.1 de la LCAP*

La objeción que formula la Sala es que las bases que establezca el Ayuntamiento Pleno pueden ser meramente «*orientativas para la selección del urbanizador*»; lo cual dista mucho de la precisión con que el artículo 50.1 de la LCAP requiere de éstas que deben incluir «*los pactos y condiciones definidoras de los derechos y obligaciones que asumirán las partes del contrato*». Objeción que hace extensiva para los pliegos de prescripciones técnicas y administrativas particulares (52.1º y 68.1 de la LCAP) que requiere la aprobación previa de las cláusulas a la formalización del contrato. Lo que nos da idea del nivel de exigencia mimética con la LCAP, que requiere del legislador autonómico.

Los pliegos de condiciones, por las particularidades y múltiples variables que puede ofrecer la propuesta del agente urbanizador, pueden ser difícilmente encuadrables en unos pliegos excesivamente definidores, sin que supusiera coartar la amplitud de concurrencia que se pretende suscitar a través del concurso.

Estas invocaciones a la legislación estatal son desmedidas puesto que las está reclamando para la selección del urbanizador, que será o no ejecutor de la obra.

Olvidando que se trata de la adjudicación de una obra con presentación de proyecto por el empresario (anteproyecto o proyecto de urbanización) en la Alternativa Técnica, de acuerdo con el artículo 45.1 de la LRAU, lo que nos conduciría al artículo 125 de la LCAP que permite, en aquellos casos en que el «*empresario hubiere de presentar el proyecto de obra*», que la Administración pueda «*limitarse a redactar las bases técnicas a que la misma haya de ajustarse*». Luego, está de más aludir a supuestas contravenciones de una legislación básica que ni aun en la más estricta hermenéutica sería inaplicable (artículo 68.1 LCAP).

No obstante, nos parecería de suma utilidad que, para concordar los principios de libertad e igualdad en la concurrencia, se elaborasen pliegos de prescripciones técnicas determinantes de los estándares mínimos de urbanización.

A pesar de lo dicho, abordar con carácter general un tipo de pliego de condiciones sería una fórmula satisfactoria y que resolvería parte de los problemas que pueden producirse como consecuencia de Proyectos de Urbanización, por desmesurados o insuficientes, que los Ayuntamientos, o bien la Administración Autonómica.

Establecer una norma equivalente a la base técnica a la que se refiere el artículo 125, de la LCAP garantizaría las calidades mínimas —o en su caso máximas— requeribles, con lo que evitaríamos urbanizaciones de calidad inaceptable o, suntuosa, en contra de los intereses de la propiedad que soporta con las cuotas de urbanización estos excesos, que aunque provengan del Urbanizador o de la Administración actuante, nunca soportan ellos.

Artículo 46.1 de la LRAU presuntamente infractor de los artículos 80 y 81 de la LCAP

En primer lugar debemos negar el carácter enteramente básico del artículo 80.1, expresamente excluido en la relación de preceptos básicos que contiene la Disposición Final Primera de la Ley 13/1995, que niega el carácter de básico al *«segundo inciso del apartado 1 del artículo 80»*.

El apartado 1º sólo podía ser presuntamente inconstitucional en cuanto a que la Alternativa Técnica no fuera secreta, pues sí lo es la Proposición Jurídico-Económica. Frente a esta afirmación debemos argumentar que ha sido una técnica tradicional administrativa la de la presentación de proyectos en competencia, que perderían por completo este carácter y finalidad excitadora de la concurrencia, si fuesen secretos.

Tampoco alcanzamos a comprender en qué beneficiaría a los principios básicos de la contratación administrativa el carácter secreto de la Alternativa Técnica. Más bien sería perjudicial al principio de la concurrencia competitiva. Todo ello al margen de que la exigencia de secreto en esta fase atenta directamente a la línea de flotación del sistema urbanístico autonómico, por un afán mimetizador injustificable con la legislación básica de contratos, inaplicable en el estadio de selección del Agente Urbanizador que nos encontramos.

El apartado 2º del artículo 80 se refiere a las condiciones de personalidad, capacidad, mérito y solvencia del empresario concursante; así como al resguardo de la garantía provisional y la justificación de otras obligaciones tributarias y de seguridad social, sin perjuicio de las particularidades para las empresas extranjeras.

Éste es un modelo de insoportable casuismo para la concepción autonómica del urbanismo, y en modo alguno afectante a los principios básicos de la contratación administrativa. Se trata de una serie de requisitos administrativos, de dudoso carácter básico, en ningún caso y de acuerdo con la doctrina más arriba expuesta como para desplazar a la potestad autonómica urbanística, que puede determinar por los procedimientos más variados las formas de justificación de requisitos como los requeridos en el artículo 80 u otros semejantes.

Por ejemplo, el resguardo acreditativo de la garantía provisional al que alude el apartado c) está plenamente sustituido por la garantía de promoción del 7%, como mínimo, que exige el artículo 46.4 de la LRAU. Régimen de garantías mucho más riguroso que en la legislación contractual del Estado, que como máximo es el 2% en la garantía provisional (artículo 36 LCAP), y el 4% como garantía definitiva del presupuesto (artículo 37 LCAP) y, sólo en casos especiales puede llegar al 6% (artículo 37.3 de la LCAP).

Con el criterio de la Sala, se podría llegar a minorar las garantías que requiere la legislación urbanística autonómica, por el innecesario mimetismo con la legislación estatal.

Las garantías que ofrece nuestra legislación urbanística son más concretas y exhaustivas que la de Contratos del Estado, pues no sólo está esa garantía mínima de promoción del 7%.

Además, el artículo 73.2 ofrece una garantía de simultaneidad mediante la prohibición de que una parcela se edifique antes de obtener la condición de solar, salvo que se le garantice la urbanización simultánea de la edificación, mediante el compromiso y afianzamiento que exigen las letras A y B del nº 2 del artículo 73 de la LRAU.

La prohibición de presentar proposiciones simultáneas que se opone desde el artículo 81 de la LCAP al 46.1 de la LRAU, no tiene ninguna justificación, puesto que la propia legislación estatal lo acepta siempre que el pliego lo consienta.

La precaución que se adopta al contraponer el artículo 81 es desmedida, si tenemos en cuenta que no hay una explícita llamada a la presentación de proposiciones simultáneas en el artículo 46.1. Tampoco este precepto atenta a lo que son los principios esenciales de la contratación administrativa, según hemos entendido debe interpretarse y aplicarse a las bases de la contratación de las Administraciones Públicas.

Artículo 46.3 de la LRAU en cuanto a la posible contravención de los requisitos de publicidad que puedan derivar del artículo 79 en relación con el 135.2 de la LCAP

El artículo 46.3 de la LRAU ha sido ya analizado por el TSJ CV sin que en su momento hallase óbice de constitucionalidad. La Sentencia de 4/12/2000,

recurso 1/1316/1997 examina el cumplimiento de «*las prevenciones de publicidad que dispone el artículo 46.3*» hallándolas conformes a derecho.

La deficiencia achacada al mencionado artículo 46.3, consiste en la no publicación en el BOE y, cuando proceda, en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, de los actos aprobatorios de los Programas.

Requisito de publicidad que no es concorde ni con el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma ni, por supuesto, de la Administración convocante.

Es incongruente que el P.G.O.U., documento de mayor rango (salvo los supramunicipales) tan sólo requiera de su publicación en el D.O.G.V. (artículo 59.4.B de la LRAU), que no ha sido objetado en cuanto a su constitucionalidad, y que el documento fiduciario o subsiguiente que es el Programa sí que lo requiera, a pesar de que el Programa es un instrumento de ordenación, según el artículo 12.G de la LRAU (y por tanto subordinado a las determinaciones del Plan General).

Obviamente, los plazos de publicidad de las licitaciones también se consideran incumplidos, lo que no deja de ser otra aplicación ordenancista más en demérito de la competencia exclusiva autonómica y sin que haya una justificación razonable que acredite que el régimen de plazos de la LRAU produzca indefensión, frente a una mayor defensa de los establecidos en el artículo 79 de la LCAP.

Esta aplicación de plazos, variable según se trate de procedimientos abiertos, restringidos o negociados, supone que también estas modalidades contractuales tendrían que ser transfundidas a la legislación autonómica, como más adelante explicita el Auto.

El artículo 48 de la LRAU también se cita como infringido, con las mismas razones alegadas frente a los párrafos 1 y 3 del artículo 46, por lo que damos por reproducida la crítica.

Las particularidades que ofrece el artículo 48 frente a los anteriores, y que radican en la simplificación procedimental, aunque en realidad no lo consigue, no tienen más diferencias que la iniciativa de la presentación de la Alternativa ante Notario, pues *a posteriori* deberá someterse a los mismos plazos de publicidad, de concurrencia, y de aprobación administrativa que los otros tipos de Programas.

Artículos 47 y 50 de la LRAU

Se objeta su constitucionalidad al estimar que el ejercicio de la potestad de aprobación puede contradecir la legislación básica de contratos, establecida en los artículos 74, 75 y 76, en relación con el 137, 138, 139, 140 y 141⁴ de

⁴ Aunque el Auto no efectúa esta apreciación, el artículo 141 que se declara básico en su totalidad, no lo es, al quedar excluido «*el último inciso de la letra f) del artículo 141*». Tampoco

la LCAP en tanto que «*la selección del urbanizador no se ajuste a los procedimientos y formas de adjudicación previstos en los mismos*».

La selección del urbanizador está dentro del más estricto reducto de las competencias exclusivas en materia de urbanismo, puesto que ni tan siquiera en este caso estamos en presencia —siguiendo la tesis del Auto— ante un supuesto de ejecución de obra pública. Se está seleccionando al adjudicatario que podrá o no reunir las condiciones de capacidad y competencia; pero en principio se trata de la selección de un sujeto que propone la ejecución de una obra pública, y que puede llegar a ser el adjudicatario o no, pero lo que aquí se está ventilando es la definición del promotor y no la del constructor.

Que la promoción es una actuación independiente de la construcción, creemos que no se precisa ningún razonamiento complementario para su justificación, por lo que su asimilación resulta un esfuerzo contrario al carácter restrictivo con el que debemos analizar cualesquiera imputaciones de inconstitucionalidad que pesen sobre el texto autonómico.

El sistema estatal de compensación (artículos 126 del TR/1976 y 157 y siguientes del Reglamento de Gestión Urbanística) no requiere de estas exigencias, como tampoco la convocatoria de los concursos para la formulación y ejecución de Programas de Actuación Urbanísticas en el artículo 146 del TR 1976 de la Ley de Ley del Suelo, lo que produce una peculiar asimetría entre la legislación estatal y la urbanística, a la que posteriormente nos referiremos.

El artículo 47, en definitiva, cumple la función de bases del concurso para adjudicar a quien mejor satisfaga los intereses públicos. El extenso enunciado de condiciones a cumplir por la Alternativa a seleccionar es un modelo *ex lege* de prioridades objetivas para motivar la adjudicación que en modo alguno puede considerarse atentatorio a los principios básicos de la contratación administrativa en cuanto a la verificación de la mayor idoneidad de las ofertas. El mismo escrúpulo opone al artículo 50 de la LRAU.

No creemos que sea muy afortunado el resultado que se colige de la aplicación de la LCAP en cuanto a someter a los procedimientos de selección abierto, restringido o negociado, desde el momento en que se opta por la adjudicación mediante concurso público, que es el procedimiento aplicable tanto para el procedimiento abierto como el restringido, de acuerdo con el artículo 75 de la LCAP, además del procedimiento normal determinado por el artículo 76 de la LCAP.

La propuesta de la Sala produciría una merma de las garantías de publicidad y libertad de concurrencia, en demérito del esquema legal autonómico.

lo es el «inciso último del primer párrafo de la letra c) del apartado 2 del artículo 160» citado más adelante por el Auto.

Artículo 47.5 y 8 de la LRAU por contravención, respectivamente, de los artículos 115 y 94 de la LCAP

El artículo 47.5 de la LRAU prevé la subrogación de quien formuló la Alternativa Técnica original en lugar del adjudicatario elegido. Previsión legal que no contraviene ningún principio de la contratación pública, desde el momento en que está explícitamente regulado y no se adjudica a favor de un ignoto empresario, sino de una persona que participó en el concurso y que tiene un derecho de preferente adjudicación, dentro de las facultades que le asisten a la legislación urbanística para modular la selección de concurrentes al Programa.

El resto de los preceptos invocados como antagónicos por nuestra ordenación urbanística se refieren a la regulación en los procedimientos abierto, restringido o negociado, en toda su amplitud.

Objetar frente al artículo 47.5 de la LRAU que no se adecua al artículo 115 de la LCAP no se corresponde con la dualidad de regímenes que resultan de la adjudicación de un Programa, y de la ejecución de las obras.

Se cuestiona la cesión de la adjudicación, como si estuviéramos hablando de la cesión de la ejecución de la obra urbanizadora, que es el supuesto al que se refiere el artículo 115 objeto de cotejo inconstitucional. Sin tener en cuenta que cuando el artículo 115 habla de la cesión de contratos en el apartado 2.b) alude a que «*el cedente tenga ejecutado al menos un 20% del importe del contrato*»; lo que supone que ha entrado en la fase de ejecución, que en este caso todavía no se ha planteado, pues estamos en la dilucidación de a quién puede otorgarse la condición de Agente Urbanizador.

Artículo 47.6 de la LRAU

En él se contempla la posibilidad de renunciar a la adjudicación cuando esta imponga obligaciones distintas de las que ofreció. No es aceptable, como ya hemos dicho, la cita innominada de preceptos básicos supuestamente infringidos, para pretender la inconstitucionalidad del precepto.

Artículo 47.8 de la LRAU, frente al 94 de la LCAP

En él se regula el derecho de los particulares a ejecutar el Plan o Programa «*en virtud del acto expreso que debe ser publicado*». No hay, por tanto, ningún déficit de publicidad para dudar de la constitucionalidad del precepto en referencia con el 94 de la LCAP. Si bien es cierto que esta publicidad no está prevista en el BOE ni en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Éstos son requisitos de mera instrumentalidad que no afectan a los principios esenciales de la contratación administrativa.

Si desde la invocación de la legislación básica se pueden imponer hasta los plazos de publicidad necesaria, previos a la ejecución de los Programas, es que la autonomía urbanística no existe ni para los propios procedimientos.

Artículo 51 de la LRAU

Se le atribuye la disconformidad con el artículo 115 de la LCAP. Ya nos hemos referido al dual régimen jurídico que comporta la adjudicación de un Programa, respecto de su ejecución material.

Artículo 79.2 de la LRAU

Finalmente, la última duda de constitucionalidad se plantea sobre este precepto, al no ajustarse al 111.2 de la LCAP.

La norma autonómica se refiere a la recepción provisional y definitiva de las obras de urbanización por la Administración.

A nuestro juicio, la cita del artículo 111.2 de la LCAP no es la que se correspondería aun en la propia lógica del Auto, puesto que allí se alude en abstracto al plazo de recepción o conformidad con el objeto del contrato *«dentro del mes siguiente a haberse producido la entrega o realización»*, mientras que, a nuestro juicio, el que debiera haber citado la Sala es el 147, específico del contrato de obras, dado que es la ejecución de la obra pública lo que motiva las dudas de constitucionalidad, desde el inicio mismo del Auto.

El artículo 147.3 dice que *«el plazo de garantía se establecerá en el pliego de cláusulas administrativas particulares atendiendo a la naturaleza y complejidad de la obra y no podrá ser inferior a un año, salvo casos especiales»*. Precepto de la suficiente amplitud, como para cobijar la previsión de aceptación provisional a los tres meses de su ofrecimiento a la Administración y el entendimiento de que a los 9 desde la aceptación provisional ésta devendrá definitiva, conforme previene el artículo 79.2 de la LRAU.

Éstas han sido, sumariamente expuestas, las objeciones que nos sugieren preceptos supuestamente inconstitucionales, desde la perspectiva de la autonomía urbanística de las Comunidades Autónomas, así como del recto entendimiento de la legislación básica que por parte de éstas debe observarse, para no llegar al vaciamiento de las competencias exclusivas, también garantizadas por la Constitución, de suerte que determinados ordenamientos sectoriales que pueden estar relacionados con el urbanismo no lo invaliden, cuando la previsión del legislador autonómico no ha sido abordar la contratación administrativa, sino un completo sistema de ordenación y gestión, dentro del estricto ámbito de sus prerrogativas competenciales.

De cuanto venimos exponiendo, podemos sustentar las siguientes

XI. CONCLUSIONES

PRIMERA. Las competencias exclusivas de nuestra Comunidad Autónoma comprenden tanto el Planeamiento como la gestión, según los distintos pronunciamientos del Tribunal Constitucional a los que nos hemos referido. Hasta el punto de que es el legislador autonómico quien puede fijar el *cómo, cuando y dónde* actúa en ejercicio de sus competencias exclusivas, de planeamiento y la transformación del suelo mediante sistemas de ejecución privada.

SEGUNDA. La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no responde a lo que de esencial debe conllevar la norma básica. Es una Ley que contiene unos preceptos básicos, y otros de carácter reglamentario, hasta un detallismo incompatible con los principios de las potestades legislativas autonómicas. Especialmente por tratarse de un ordenamiento transversal para la legislación urbanística, que no debiera ser directamente influyente en ella, hasta el vaciamiento de las competencias exclusivas de las que garantiza la Constitución a las Comunidades Autónomas.

TERCERA. Será el Tribunal Constitucional, en todo caso, quien deba de fijar si el legislador ordinario en la LCAP fue en exceso generoso en la Disposición Final Primera, al autoatribuir inmerecidamente carácter de legislación básica a muchos preceptos que no lo debieran ser, por su carácter netamente reglamentario.

CUARTA. La Disposición Transitoria Primera.b) de la Ley 6/1998 constituye un poderosísimo reforzamiento de nuestro sistema autonómico urbanístico, al prever expresamente la posibilidad de desarrollar el suelo urbanizable no programado, directamente, y sin necesidad de concurso. Lo que aleja, más si cabe, el supuesto vínculo de la legislación urbanística autonómica con la contractual básica del Estado.

QUINTA. El Auto proponente de la inconstitucionalidad parcial de la LRAU parte de las siguientes –y por supuesto cuestionables– premisas:

- Equipara al Agente Urbanizador con el concesionario del contrato de obra pública, lo que literalmente no tiene cabida en el artículo 130.1 de la LCAP, dado que el adjudicatario debe tener derecho «a explotar la obra o en dicho derecho acompañado del de percibir un precio». Explotación de la obra, lo que no se contempla en nuestra legislación urbanística.
- Asimila al Agente Urbanizador con el ejecutor de las obras, lo que le hace transfundir todo el sistema de la ejecución de obras a la selección del Agente Urbanizador. El Urbanizador podrá ser o no quien ejecute las obras, pero no necesariamente y, por tanto, no se le deben aplicar las reglas de la ejecución de obra.

- Subordina la autonomía urbanística al régimen contractual, contra lo afirmado por el FJ 13º de la STC 61/1997, de que no *«legitimaría una regulación estatal detallada del régimen de concesión de la gestión urbanística ni tan siquiera interpretando en sentido lato la noción de concesión administrativa»*. Lo que corrobora nuestro planteamiento de la ilegítima invasión competencial que supondría que la legislación puntillista de contratos de la Administración del Estado posibilitara una regulación detallada de la gestión urbanística, configurada desde nuestra autonomía (aun advirtiendo el TC de que la atribución de la noción concesión es *«en sentido lato»*).

XIII. PROPUESTA DE ACTUACIÓN

Con independencia de la consideración negativa que nos ofrece el Auto en cuanto propugna la inconstitucionalidad de la LRAU, no es menos cierto que la situación de hecho es insatisfactoria, como expusimos en los Antecedentes de este Informe, lo cual debiera aconsejar a esta Comunidad adentrarse en una regulación de:

- La ejecución de la obra pública, mediante normas bases o pliegos generales garantizadores del proceso material de urbanización.
- Elevando al 100% las garantías para el ejecutor de la obra urbanizadora.
- Estableciendo pliegos generales de condiciones técnicas que debieran observar los Proyectos de Urbanización y su ejecución.
- Criterios de valoración de suelo con mayores posibilidades de fiscalización que el resultado de un eventual litigio, supeditado, al fin y al cabo, a pruebas periciales de resultado variable y,
- Prever la prolongación de las garantías otorgadas por los urbanizadores, cuando existen litigios pendientes, puesto que su cancelación y devolución puede dejar inerte a la Administración frente a los litigantes vencedores.