

El control de la legislación delegada en materia urbanística y el principio de autonomía local (Comentario al Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 6 de abril de 1993)*

José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña
Profesor Asociado de Derecho Constitucional de la Universidad de Barcelona

I

El Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 6 de abril de 1993, al decidir el planteamiento ante el Tribunal Constitucional de la cuestión de inconstitucionalidad contra determinados preceptos del Texto Refundido de los Textos Legales vigentes en Cataluña en materia urbanística, aprobado por Decreto Legislativo del Gobierno de la Generalidad 1/1990, de 12 de julio, y del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobada por Decreto 1346/1976, de 9 de abril, ordena con rigor una de las cuestiones jurídicas más controvertidas en el ámbito del Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo: la impugnación directa ante la jurisdicción contencioso-administrativa de la legislación delegada y el deslinde de competencias entre los Tribunales ordinarios y el Tribunal Constitucional en el control de estas normas emanadas del Gobierno que se revisten con fuerza de ley ¹.

El artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa somete al control de este orden las disposiciones de categoría inferior a

* Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Tercera) de 6 de abril de 1993, dictado en el recurso 937/1990, instado por la Federación de Municipios de Cataluña contra la Generalidad de Cataluña. Ponente: MANUEL TABOAS BENTANACHS

¹ La posición administrativista que confía en la plena justiciabilidad de los Decretos Legislativos por los Tribunales Contencioso-Administrativos es encabezada por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA. *Legislación delegada, potestad reglamentaria y poder judicial*. Ed. Cívitas. Madrid, 1981. *Vid.* también su doctrina expuesta en: *Curso de Derecho Administrativo*. Ed. Cívitas. Madrid, 1983. 4.ª ed. La doctrina constitucionalista en líneas generales reserva el juicio de los Decretos Legislativos al Tribunal Constitucional. *Vid.* Ignacio de OTTO. *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*. Ed. Ariel. Barcelona, 1987.

la Ley; precepto cuya interpretación literal, aunada con los artículos 153 y 161 de la Constitución que establecen en favor del Tribunal Constitucional el enjuiciamiento de las disposiciones normativas con fuerza de ley, resolvería el extrañamiento de la jurisdicción ordinaria del control de los Decretos Legislativos al no poseer el rango de norma reglamentaria por expreso deseo constitucional (Art. 82.1 CE) ².

Sin embargo, el Tribunal Contencioso-Administrativo de Cataluña no va a dictar un precipitado Auto de inadmisión del recurso interpuesto por la Federación de Municipios de Cataluña contra el Decreto Legislativo 1/1990 en demanda de su nulidad, por exceder de su competencia objetiva, consciente de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre la compatibilidad de la jurisdicción ordinaria y constitucional en el control de los excesos cometidos en el ejercicio de la delegación legislativa, emitidas desde la cláusula del artículo 82.6 de la Constitución ³.

Pero cautelosamente, admitida su competencia, tampoco va a dictar una Sentencia sobre el fondo de las pretensiones de la actora, que solicitaba en su suplico de la demanda, de modo concretizado, la declaración de nulidad plena del Texto Refundido urbanístico dictado por el Gobierno de Cataluña por defectos formales en su tramitación y, alternativamente, la nulidad de aquellos preceptos singulares que supusieran exceso de la delegación legislativa por omisión o por adición imperfecta, sino que va a seguir el procedimiento hasta la promoción de la cuestión de inconstitucionalidad.

E implícitamente va a señalar la frontera entre las cuestiones jurídicas de «legalidad» que sobre un Decreto Legislativo pueden conocer los Tribunales contencioso-administrativos, y aquellas cuestiones de «constitucionalidad» que le están vetadas y que exigen el pronunciamiento previo del Tribunal Constitucional, a través de la cuestión de inconstitucionalidad, porque el Tribunal catalán sólo atrae a la formulación

² Una crítica contundente a la asunción por los Tribunales ordinarios del control de los Decretos Legislativos, y a la conversión de éstos en normas reglamentarias cuando incurren en *ultra vires* puede leerse en Javier JIMÉNEZ CAMPO «El control jurisdiccional y parlamentario de los Decretos Legislativos». *RDP* núm. 10 (1981). Una comprensión conciliadora del artículo 82.6 de la Constitución puede advertirse en Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA «Consideraciones sobre la fiscalización de los Decretos Legislativos». *Estudios sobre la Constitución española*. Ed. Civitas. Madrid, 1991. Tomo I. Pág. 407 y ss.

³ *Vid.* STC 51/1982, de 19 de julio; 83/1984, de 24 de julio; 205/1993, de 17 de junio. STS de 19 de diciembre de 1990. Ar. 10408.

objetiva de este recurso indirecto, que permite enjuiciar la constitucionalidad de las normas con rango de ley, determinados preceptos de los textos refundidos estatal y comunitario urbanísticos que pudieran colisionar con el principio de autonomía local consagrado en el artículo 140 de la Constitución, despreciando todos aquellos preceptos a los que se les imputaba meros excesos sobre la ley de delegación ⁴.

Tampoco retiene en favor de la jurisdicción del Tribunal Constitucional el examen de aquellos vicios procedimentales que la parte actora detectaba en el trámite de aprobación del Texto refundido autonómico, por desconocer el principio de participación en la elaboración de disposiciones de carácter general, que refiere el artículo 105 de la Constitución. Y tampoco suscita pasiones en el Tribunal Contencioso-Administrativo las alegaciones sobre la debilidad e ineficacia del control del Parlamento de Cataluña sobre el Texto Refundido, que se quiere se realice no *ex post* sino con anterioridad a la aprobación por el Consejo Ejecutivo, siguiendo las directrices del Reglamento del Parlamento de Cataluña ⁵.

El primer interrogante que nos suscita la admisión por el Tribunal Superior de Cataluña del recurso contencioso-administrativo contra el Texto Refundido en materia urbanística aprobado por el Gobierno catalán, es si no se ha producido una desnaturalización de la cuestión de inconstitucionalidad, asumiendo aparentemente las funciones del recurso directo de inconstitucionalidad.

La segunda reflexión que debemos hacer es si la aceptación de este recurso contencioso-administrativo, cuyo objeto directo e inmediato es el Decreto Legislativo 1/1990, no provoca una devaluación normativa y funcional de los preceptos legales objeto de refundición y de los mismos Textos Refundidos en que se vierte la Ley de delegación que no suscitan ningún bloqueo, a pesar de su rango legal incontrovertido, de la actividad de fiscalización de la jurisdicción contencioso-administrativa.

⁴ La posición del Tribunal catalán parece aproximarse a la opinión doctrinal sostenida por Fernando SANTAOLALLA LÓPEZ cuando afirma que el Tribunal Constitucional debe exclusivamente conocer de las infracciones materiales, directas, de los Decretos Legislativos a la Constitución, mientras que el único control que procede en lo relativo a la estricta conformidad de los Decretos Legislativos con las Leyes delegantes es el correspondiente a los Tribunales ordinarios. «Tribunal Constitucional y control de legalidad de los Decretos Legislativos». *RAP* núm. 132 (1993).

⁵ Sobre el control parlamentario de los Decretos Legislativos, *vid.* el interesante trabajo con amplias anotaciones de Derecho comparado de Teresa FREIXAS SANJUÁN «La legislación delegada». *REDC*. Núm. 28 (1990).

La cuestión de inconstitucionalidad es en la mentalidad del supremo intérprete de la Constitución, como se expresa en la Sentencia 36/1991, de 14 de febrero, no una acción concedida a los órganos judiciales para impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de una ley, sino un instrumento puesto a disposición de aquéllos para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la Ley y a la Constitución:

El artículo 163 de la Constitución determina la procedencia de plantear por un órgano judicial la cuestión de inconstitucionalidad, cuando en un proceso concreto, estime que una norma con rango de Ley aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, de modo que es un requisito inexcusable para su admisión por el Tribunal Constitucional la expresión motivada del juicio de relevancia.

Pero en el recurso contencioso-administrativo instado contra el Texto Refundido de las normas urbanísticas legales vigentes en Cataluña, se desborda la función de control concreto e incidental de la constitucionalidad de las leyes, que asume la cuestión de inconstitucionalidad, como señala el Tribunal Constitucional en la Sentencia 221/1992, de 11 de diciembre, porque en la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Superior se confunde el objeto del proceso jurisdiccional con el objeto del proceso constitucional, difuminando la separación entre el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad ⁶.

El Tribunal Contencioso-Administrativo delimita el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad en estos términos:

«En la perspectiva enunciada (consideración de poderse plantear una cuestión de inconstitucionalidad) no cabe plantearse la conveniencia de añadir preceptos que no han sido rigurosamente controvertidos e impugnados, puesto que ello vulneraría las exigencias propias de la Cuestión de Inconstitucionalidad (...), además de desbordar el ámbito del presente recurso contencioso-administrativo, por lo que deberá ser en el correspondiente proceso donde se detecte su relevancia y donde quepa dar lugar a pronunciamientos de rigor.

⁶ Vid. STC 385/1993, de 23 de diciembre. Recursos de inconstitucionalidad contra determinados artículos del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local. FJ 2.

E igualmente en esta perspectiva debe destacarse que no se juzga procedente acentuar el alcance de las cuestiones a plantear, habida cuenta de que para el resto de preceptos en cuestión y argumentaciones hechas valer, se considera que no existen elementos ni méritos suficientes para el planteamiento formal de Cuestión de Inconstitucionalidad».

Y, de modo genérico, se expresa la extensión de la cuestión de inconstitucionalidad a preceptos enclavados en normas preconstitucionales, a pesar de poder invitar el instituto de la derogación constitucional, para poder discernir definitivamente el eventual exceso en la norma delegada si incorporase preceptos ya extintos; y de pertenecer a la legislación estatal y tener un especial carácter al presentarse la norma a refundir ya como Texto Refundido (Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 9 de de abril de 1976), en cuanto se trata de normas vigentes en Cataluña al no haber sido modificadas por las Leyes urbanísticas de la Comunidad Autónoma; y también en este mismo razonamiento se revela el juicio de relevancia:

«En esta tesitura, se juzga procedente no sustraer del conocimiento del Tribunal Constitucional ni la constitucionalidad de la norma preconstitucional a refundir, en el amplio espectro anunciado, ni la misma norma que se patentiza como refundidora de aquélla, aunque lo fuere a título de aclaración, regularización y armonización, y tanto desde la perspectiva del principio de autonomía municipal —artículo 137 de la Constitución— como desde la perspectiva de haberse podido vulnerar los principios y normas de la delegación legislativa operada para el caso de autos —artículo 85 de la misma—».

El Tribunal Contencioso-Administrativo al exponer en el Auto analizado las normas legales urbanísticas que el legislador de Cataluña autoriza a refundir, y a realizar las operaciones de aclarar, regularizar y armonizar, al Gobierno de la Generalidad, según los artículos 1 y 2 de la Ley 12/1990, de 12 de julio, prescinde de la influencia de la Ley estatal 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen urbanístico y Valoraciones del Suelo, y del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, que podría provocar en determinados preceptos derogaciones respecto del texto normativo matriz, lo que les haría inservibles para ser objeto de refundición al haber desaparecido del ordenamiento jurídico, o en aquéllos que se desplegasen en su contenido desligados de las normas de carácter básico, inconstitucionalidades sobrevenidas.

El propio Tribunal Constitucional ha alertado en la Sentencia 385/1983, de 23 de diciembre, sobre la diferente naturaleza del recurso de inconstitucionalidad y la cuestión de inconstitucionalidad, en lo que se refiere a examinar la inconstitucionalidad de normas derogadas, al perder objeto el recurso directo, o normas que susciten discrepancias sobre el ámbito de las competencias respectivas del Estado y de las Comunidades Autónomas, que pueden ser declaradas en ambos tipos de recursos, lo que evidencia que la elección de la cuestión de inconstitucionalidad, a pesar de plantearse un control abstracto de la norma a enjuiciar, propio del recurso de inconstitucionalidad, tiene un alcance de enjuiciamiento constitucional más allá del comprensivo en este recurso.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña decididamente expresa su rechazo a considerar la relación del Texto Refundido con las normas legales posteriores, que pueden incidir en su vigencia o en su inconstitucionalidad sobrevenida, por haber podido producir efectos en el tiempo no conflictivo de los citados textos autonómico y estatal, aunque no lo podrá obviar el Tribunal Constitucional en su juicio plenario de constitucionalidad:

«No obstante, sí que interesa apuntar que la posterior incidencia tanto de la Ley 8/1990, de 25 de julio, como del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, como igualmente de los recursos de inconstitucionalidad que sobre los mismos se ha actuado, se considera irrelevante a fin y efecto de poder pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los preceptos que se señalarán de los textos normativos precedentes —en los ámbitos correspondientes—, cuando menos, si se considera la vertiente intertemporal que discurre hasta la vigencia de los nuevos textos legales, con el alcance que pueda resultar de los recursos de inconstitucionalidad en trámite».

Interesa resaltar que un eventual fallo de inconstitucionalidad de los preceptos sometidos al examen del Tribunal Constitucional, dejaría sin efecto la pretensión anulatoria esgrimida ante la jurisdicción contencioso-administrativa que no puede desconocer los efectos *erga omnes* de la Sentencia constitucional, haciendo perder el objeto del recurso contencioso-administrativo entablado contra el Texto Refundido del Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, que desvela su única faz de constituir el vehículo promocional de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Alto Tribunal ⁷.

⁷ Vid. María del Carmen BLASCO SOTO. «Reflexiones en torno a la fuerza de cosa juzgada en la Sentencia dictada en cuestión de inconstitucionalidad». REDC núm. 41 (1994).

El Tribunal Administrativo catalán parece reservarse para su fallo, ya sólo el examen de aquellos preceptos a los que se imputa un exceso sobre la Ley de delegación, y no ninguna infracción material de la Constitución, aunque el Tribunal Constitucional asume su capacidad de enjuiciar también la infracción de los requisitos formales que se aprecien en un Decreto Legislativo, a través de una cuestión de inconstitucionalidad, como se manifiesta en la Sentencia 205/1993, de 17 de junio, al no poder eludir el juicio de inconstitucionalidad de modo escindido, según los motivos alegados, estando obligada a resolver prioritariamente los vicios formales sobre los materiales ⁸.

Estos preceptos que se apartan de la Ley de delegación, para poder ser objeto de conocimiento por la Sala contencioso-administrativa, deben mecánicamente asumir la naturaleza de norma reglamentaria, y no ser considerados como norma con fuerza de ley, a pesar de que la potestad que ejerce el Gobierno al aprobar un Decreto Legislativo, por delegación conferida expresamente por el Parlamento, es una potestad legislativa que no puede caracterizarse sin quebrar el sistema de fuentes diseñado en la Constitución como el ejercicio de una potestad reglamentaria.

El Tribunal Contencioso-Administrativo Superior de Cataluña, al asumir veladamente la competencia de declarar la nulidad de preceptos contenidos en el Decreto Legislativo por *ultra vires* respecto de la Ley habilitante, no impetrando el auxilio de la jurisdicción exclusiva del Tribunal Constitucional para enjuiciar las normas con rango de Ley, aun siguiendo la jurisprudencia constante del Tribunal Supremo, degrada efectivamente el valor de los preceptos legales urbanísticos que rigen en Cataluña a normas con simple rango reglamentario, lo que las hace en todo caso inservibles para ocuparse de materias, como la ordenación del régimen jurídico del suelo en donde se concretiza el *ius aedificandi*, como emanación del derecho de propiedad, reservadas a la Ley, por lo que con indiferencia de desbordar la Ley de delegación serían igualmente nulas por vulnerar el artículo 53.1 de la Constitución ⁹.

⁸ Vid. STC 47/1984, de 4 de abril.

⁹ Teresa FREDAS reserva a la jurisdicción contencioso-administrativa el planteamiento, en su caso, de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional y el control sobre aquellos puntos del Decreto Legislativo que pueden comportar una quiebra del principio de legalidad, es decir, que se opongan a la ley de delegación sin comportar *ultra vires*, mientras que el Tribunal Constitucional retiene las infracciones formales y materiales a la Constitución. «La Legislación delegada». *Opus cit.* nota 5. Pág. 163.

La lectura del artículo 82 de la Constitución, y el artículo 33 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, implican que el Texto Refundido de los textos legales vigentes en Cataluña en materia urbanística, dictado por el Gobierno de la Generalidad de Cataluña, ejerciendo el poder derivado que le confiere el Parlamento por la Ley 12/1990, tiene sin fisuras rango de Ley, quedandó bloqueado al control de constitucionalidad depurativo por el Tribunal Superior de Cataluña.

La participación en el control del Decreto Legislativo 1/1990, de 12 de julio, del Tribunal Constitucional y los Tribunales ordinarios, debilita su normatividad, porque su rango de norma con fuerza de ley se descubre entrecomillada, en apariencia, con elementos de provisionalidad, como si los Tribunales ejercieran más allá de una función jurisdiccional de control jurídico una función exorbitante de ratificación, extraña a la disciplina constitucional de los Decretos Legislativos; operando funcionalmente su calidad de norma con valor de ley, como una presunción que puede ser controvertida tanto ante la jurisdicción constitucional como ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

El mismo contenido material de los preceptos que se encontraban en las leyes urbanísticas objeto de refundición, y que se encontraban inmunes ante un eventual recurso directo de constitucionalidad, y ante la fiscalización de los Tribunales contencioso-administrativos, al pasar al Texto Refundido pueden sufrir su confrontación en ambas sedes jurisdiccionales, en cuanto la aclaración, regularización o armonización efectuadas contraría el mismo texto constitucional o la Ley de delegación.

Observemos la pretensión de la defensa legal de la Federació de Municipis de Catalunya en el recurso contencioso-administrativo de solicitar la intervención del Tribunal Superior de Justicia, para que sancione el exceso del Gobierno al suprimir en el Texto Refundido el artículo 91.2 de la Ley estatal del suelo, que establecía que, para aplicar la expropiación forzosa a territorio ajeno al propio término municipal, se precisará autorización del Ministerio de la Gobernación, previo informe del de la Vivienda, que no se transcribe en el artículo 133 del Decreto legislativo 1/1990.

Este precepto, enclavado en una norma preconstitucional, podía ser objeto de derogación por el propio Tribunal contencioso-administrativo por infringir el principio de autonomía local, al hacer interferir potestades propias de los Ayuntamientos con la actuación de autoridades autonómicas, como había estimado el Consejo Ejecutivo al excluirlo de

refundición por considerarlo obsoleto desde la perspectiva constitucional, y por infringir también la Ley de Bases de Régimen local.

El Tribunal Contencioso-Administrativo no se reserva acertadamente la declaración anulatoria de este pretendido *ultra vires* para su conocimiento, consciente, en todo caso, de que las operaciones de refundición no pueden suponer la derogación de preceptos legales en vigor ni la creación de normas nuevas, sino que decide solicitar la acción del Tribunal Constitucional promoviendo la cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 133 del Decreto Legislativo 1/1990 y sobre el artículo 91.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, con este razonamiento:

«En esencia, la duda surge desde la consideración de si la exclusión producida es rigurosamente nítida desde la perspectiva elegida, y al objeto de vedar toda posibilidad de validez y vigencia del invocado artículo 91.2 del Texto Refundido de 1976, para no crear un diferente tratamiento para todos aquellos casos en que se abogue por la aplicación del mismo.»

«Todo ello obliga a cuestionar constitucionalmente tanto el artículo 133 del Decreto Legislativo 1/1990, como el número 2 del artículo 91 del Texto Refundido de 1976, para que, en su caso, pueda analizarse si el precepto pretendidamente refundidor responde puntual y estrictamente al ámbito de refundición conferido y al ámbito de autonomía municipal que debe preservarse en la forma y términos que se fijarán en la parte dispositiva.»

II

El Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, de 6 de abril de 1993, dedica seis fundamentos jurídicos a exponer las dudas de constitucionalidad de aquellos preceptos del Texto refundido de la Legislación urbanística vigente en Cataluña, previamente seleccionados, respondiendo a las pretensiones anulatorias de la Federación recurrente, que pueden lesionar materialmente la Constitución.

El artículo 15 del Decreto Legislativo 1/1990 establece en favor de las autoridades de la Comunidad Autónoma la potestad de atraer, en beneficio de la Comisión de Urbanismo, atribuciones de la Corporación municipal o la de nombrar un Gerente que asuma competencias ejecutivas de las autoridades municipales para el supuesto de que el Ayunta-

miento inclumpliese gravemente las obligaciones que se deriven de esa Ley o del planeamiento urbanístico, o actuasen en general con notoria negligencia.

Este precepto, que reproduce literalmente el artículo 218 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976, puede considerarse sólo formalmente de naturaleza urbanística, al afectar al Régimen local al imponer una subrogación forzosa de competencias y potestades sectoriales de los municipios, en favor de la Comunidad Autónoma, y debe destacarse su carácter de básico en cuanto sirve para concretar el modelo constitucional de autonomía local, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional expuesta *ad exemplum* en la Sentencia 213/1988, de 11 de noviembre.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña vierte sus dudas de inconstitucionalidad de estos preceptos, que podría suponer la resurrección por el Gobierno de la Generalidad de Cataluña de un precepto no vigente, derogado por la Disposición derogatoria tercera de la Constitución de 1978 por contradecir el núcleo de la garantía institucional de la autonomía local; y aún, sin cita expresa de la jurisprudencia constitucional más ilustrativa, expresa que este supuesto de subrogación forzosa desborda el marco que ofrece el artículo 60 de la Ley de Bases de Régimen local, que se desenvuelve en el plano de meros requerimientos de la Administración del Estado o de la Comunidad Autónoma, según la titularidad de las competencias afectadas que tuvieren cobertura económica garantizada, al cumplimiento de las obligaciones legales por una Entidad local, y en el supuesto de inobservancia contumaz, por la adopción de las medidas necesarias para su cumplimiento a su costa, lo que desvela su acotación en medidas de ejecución:

«Las disposiciones de los artículos 15 del Decreto Legislativo 1/1990, y 218 del Texto Refundido de 1976, de un carácter específico concluyente, no encuentran acomodo en las normas de régimen local contenidas en el aludido artículo 60 de la Ley 7/1985. Y ello es así, puesto que si se distorsiona, ampliando notablemente, el supuesto de hecho con la invocada actuación "en general con notoria negligencia". Y, a mayor abundamiento, todavía más se incide en el régimen local desde la vertiente de las consecuencias jurídicas que se imponen —tanto procedimentales como de fondo—, sin detectarse causa o título que dé cobertura a ese proceder».

El Tribunal catalán al expresar de modo concluyente que ambos preceptos «no son respetuosos con el principio de autonomía local, ni con

el mandato refundidor, en la medida en que pueden conllevar una intervención sobre competencias municipales no ajustada a la Constitución», desvela que, en todo caso, la Ley de Delegación 12/1990 no imponía refundir preceptos preconstitucionales, como los advertidos en la Ley del Suelo de 1976, que fueren notoriamente incompatibles con la Constitución, y que consecuentemente no estaban vigentes, porque la cláusula derogatoria constitucional opera *ex radice*, de forma automática, y se impone a todos los poderes públicos sin excepción, y no sólo al poder judicial, de acuerdo con el principio vinculatorio que establece el artículo 9.1 de la *prima Lex*.

Esta sustitución orgánica que establecen estos preceptos examinados, que por su extensión desmedida se imponen como un medio ordinario de control de la legalidad urbanística desarrollada por las autoridades locales, en beneficio indiscriminado del Consejero de Gobernación de la Generalidad de Cataluña, resulta contraria al principio de autonomía local, en cuanto que, como enseña el Tribunal Constitucional en las Sentencias fundacionales de 2 de febrero y 29 de abril de 1981, es incompatible con la previsión de controles genéricos e indeterminados que sitúan a las Entidades locales en una posición de subordinación o dependencia cuasi jerárquica de la Administración del Estado u otros Entes territoriales ¹⁰.

La atención del Tribunal Contencioso-Administrativo proponente de la cuestión de inconstitucionalidad se detiene seguidamente en cotejar el artículo 25.2 b) del Decreto Legislativo 1/1990, con el artículo 13.2 b) de Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, y el artículo 17.1 a) de la Ley del Parlamento de Cataluña 3/1984, de 9 de enero, porque frente a la determinación en el primer texto legislativo citado, de considerar como objeto de los Planes Parciales de Ordenación el señalamiento de reservas de terrenos para parques y jardines públicos, que fija uno de los elementos del régimen de cesiones obligatorias y gratuitas en suelos clasificados como urbanizables programados, el Texto Refundido de 1990 parece extender estas reservas a toda clase de parques y jardines, sean públicos o privados.

Los interrogantes que suscitaba al Letrado de la Federación de Municipios de Cataluña este precepto refundido, eran si se podrían computar los parques y jardines privados en la estimación de las reservas que

¹⁰ Vid. Antonio EMBID IRUJO, «Autonomía municipal y Constitución». REDA, núm. 30 (1981). Antonio FANLO LORAS. *Fundamentos constitucionales de la Autonomía Local*. CEC. Madrid, 1990.

han de establecer por ministerio de la Ley los Planes Parciales de Ordenación, y si se había desprendido de este texto la exigencia de reserva de zonas verdes en Planes Parciales no residenciales que no se interfería con la anterior reserva en el texto original de la Ley del Suelo estatal.

Aunque una interpretación sistemática de los artículos 25.2 b) y 121. 3. a) del Decreto Legislativo 1/1990, incitaba a no considerar los parques y jardines privados en la previsión de reservas en suelo urbanizable programado y apto para urbanizar, como afirma el Letrado de la Generalidad en su escrito de contestación a la demanda; el Tribunal está advertido de la delicadeza con que la Ley urbanística debe establecer el contenido de los Planes Parciales de ordenación, como uno de los instrumentos más activos del planeamiento urbanístico, en cuanto a través de ellos se delimita el estatuto jurídico del derecho a edificar en esta clase de suelos, de modo que conviene evitar *ab initio* cualquier género de discrecionalidad o indeterminación que pudiera propiciar la redacción de preceptos oscuros en esta materia, por lo que anuncia su intención de recurrir al Tribunal Constitucional, en estos rigurosos términos:

«Los esfuerzos de interpretación que se hacen valer en el sentido de que debería entenderse el precepto del Decreto Legislativo 1/1990, en sintonía con los preceptos que refunde —limitando sus dictados a los parques y jardines “públicos”— quizá puedan ser atendibles en cierta medida, pero se compadecen poco con el mandato de regularizar, aclarar y armonizar cuyo alcance se cuestiona, y si de lo que se trata es de mantener incólume y a la altura de sus exigencias el mandato de refundición, inclusive el principio de seguridad jurídica, se forma cumplida convicción de que la interpretación que pueda propiciar el Tribunal Constitucional, haciendo las declaraciones y razonamientos a que haya lugar, puede y debe despejar alguna interpretación tendenciosa que no se comparte, pero que tropieza con la duda de su posible alcance».

Parece innecesaria la formulación de la cuestión de inconstitucionalidad sobre este artículo 25 del Decreto Legislativo 1/1990, porque se suscita la resolución de un mero problema hermenéutico que no le corresponde resolver al Tribunal Constitucional, porque como ha expresado este Alto Tribunal en la Sentencia 341/1993, de 18 de noviembre, el juicio de constitucionalidad no es un juicio de técnica legislativa, ni le corresponde dictar fallos de alcance interpretativo, salvo que busquen la conservación de la norma, porque no es en modo alguno Juez de la corrección técnica, oportunidad o utilidad de las Leyes; y porque además se desvela que esta cuestión se introduce en las funciones jurisdic-

cionales exclusivas de los Tribunales ordinarios de interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico.

El artículo 47 del Decreto Legislativo 1/1990, establece la competencia para la formulación de Planes intermunicipales —aquéllos que afecten a términos municipales vecinos y estén indicados para satisfacer determinadas necesidades urbanísticas de un municipio— en las autoridades urbanísticas de la Comunidad Autónoma; excepcionando de este modo, en razón de su mayor ámbito territorial, la regla general de que son los Ayuntamientos a quienes corresponde la formación de los Planes municipales.

Se omite respecto del texto original advertido en el artículo 32 del Texto Refundido de la Ley estatal del Suelo de 9 de abril de 1976, la previsión de los Planes Comarcales, que estaban sometidos al mismo régimen de formulación que los Planes supramunicipales, y la necesidad de que la intervención de la Comisión de Urbanismo o del Ministro de la Vivienda —según el Plan desborde o no el ámbito provincial— lo sea «en defecto de acuerdo de las Corporaciones afectadas» ¹¹.

La Federación de Municipios de Cataluña, aun conociendo que la Comisión de Política Territorial del Parlamento de Cataluña, en su Dictamen de 28 de junio de 1991, había realizado una única observación puntual al Texto Refundido de las normas urbanísticas vigentes que coincidía con este precepto legal, limitando las facultades de la Comisión de Urbanismo y del Consejero de Política Territorial en la formulación de los denominados Planes municipales de conjunto, a que no hubiere acuerdo entre las Corporaciones implicadas, comprende que se ha producido al cumplimentar el Gobierno de la Generalidad el mandato refundidor, una lesión del principio de autonomía local al expandir las competencias de las Comisiones de Urbanismo indebidamente.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña analiza adecuadamente cuál es el valor jurídico de la interpretación de este precepto, realizada por el Parlamento de Cataluña en su función de control del Decreto Legislativo 1/1990, una vez aprobado definitivamente éste, y resalta que en ningún caso puede considerarse como una interpretación auténtica, ni incorporarse al texto legal conformando Derecho positivo, ni eludir consecuentemente el control jurisdiccional:

¹¹ Vid. FRANCISCO LLISSET BORRELL «El principio de impenetrabilidad territorial de la competencia municipal en materia de urbanismo. Las actuaciones de conjunto del artículo 32 de la Ley del Suelo». *RDU* n.º 116, 1990.

«Ciertamente, el esfuerzo de la Resolución citada es plausible y encomiable. No obstante, desde la presente resolución judicial no debe desconocerse que la más que prudente constatación parlamentaria, de innegable resultado condicional, dirigida sustancialmente a una praxis administrativa, por más relevancia que se quiera pretender de la misma, carece de efectos jurídicos concluyentes e inamovibles, y queda empañada por los dictados del precepto sobre el que se pronuncia, al ser notorio que ninguna limitación determina sobre la formulación de los Planes de conjunto, bien por la Comisión de Urbanismo correspondiente, bien por el Consejero de Política Territorial, en relación con un siempre posible y deseable acuerdo de las Corporaciones afectadas».

El Auto del Tribunal Contencioso-Administrativo examina la interpretación textual del reparto de competencias que para la formulación de los Planes municipales de conjunto establece el artículo 47 del Decreto Legislativo 1/1990, haciendo oscurecer la capacidad de los municipios vecinos para acordar la formación de Planes que comprometan sus intereses urbanísticos comunes sobre el territorio acordado, que pertenece al círculo de gestión de sus intereses, al menos en los prolegómenos de elaboración del Plan intermunicipal. Y resuelve que esa redacción puede vulnerar el principio de seguridad jurídica, por su concreción, y el principio de autonomía local, por su contenido; detectando, además de estas infracciones materiales a la Constitución, un supuesto de *ultra vires*, al haber superado el Gobierno de la Generalidad sus funciones de refundir, aclarar e integrar los textos legales precedentes, por lo que decide su envío al Tribunal Constitucional:

«Por tanto, desde la vertiente del precepto que se examina y de sus conaturales efectos, nuestro convencimiento se decanta en considerar, ante los términos empleados en el reiteradamente invocado artículo 47 del Decreto Legislativo 1/1990, que la interpretación tan singularmente señalada —que no otra— escapa del perímetro de las disposiciones del precepto, al punto de poder cuestionarse si nos hallamos ante una mera labor interpretadora y proyecta su alcance en una labor integradora o hasta incluso creadora, respecto al precepto que debió refundirse en los términos del mandato refundidor y si además, impropriamente, tal cometido no se alcanzó en la medida de lo deseable y exigible, con incidencias especialmente afectantes al principio de seguridad jurídica y al principio de autonomía municipal».

El Tribunal, con nitidez, establece las limitaciones del poder ejecutivo en actualizar la potestad legislativa que por delegación asume cuando se trata de aprobar un Texto Refundido, impuestas por el ar-

título 82. 5 de la Constitución. Las funciones típicas de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos, conforme a la Ley de Delegación, en la dicción constitucional, asumen un contenido propio de ordenación y sistematización de los preceptos matrices, evitando antinomias o discordancias, no pudiendo, sin embargo, crear preceptos *ex novo*, más allá de la explicitación de contenidos subyacentes, cuyo significado queda en manos del Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución y no en la discrecionalidad de los Tribunales contencioso-administrativos.

III

El artículo 50 del Decreto Legislativo 1/1990, establece en favor del Consejero de Política Territorial la competencia para aprobar definitivamente, entre otros instrumentos de planeamiento, los Planes que se refieran a los municipios de Barcelona, Tarragona, Lleida y Girona y a poblaciones de más de 50.000 habitantes, procediendo a la refundición y actualización del artículo 35 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, que la atribuía al Ministro de la Vivienda.

Pero este texto normativo estatal había sido objeto de modificación por el Real Decreto-Ley 16/1981, de 16 de octubre, una vez aprobado el Estatuto de Autonomía de Cataluña y asumida por la Generalidad su competencia plena en materia de ordenación del territorio y urbanismo, que en su artículo 5 atribuía a los Ayuntamientos de capitales de provincia y ciudades de más de cincuenta mil habitantes la competencia para la aprobación definitiva de Planes Parciales y de Planes Especiales que desarrollen y se ajusten a las determinaciones del Plan General.

El ámbito material de la autorización de refundición establecido en el artículo 1 de la Ley del Parlamento de Cataluña 12/1990, comprendía la legislación dictada por la Generalidad —Leyes 9/1981 y 3/1984—, y la legislación urbanística vigente en Cataluña, que apelaba a la legislación estatal introducida como Derecho supletorio; y por eso el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña encuentra serias dificultades en señalar el Derecho aplicable antes de la aprobación del Texto Refundido de los textos legales vigentes en Cataluña en materia urbanística, a propósito de resolver la competencia para aprobar esta clase de Planes, que pudiera evidenciar la utilización *ultra vires* de la delegación, ante la «timidez» de la Ley 3/1984, y las dudas sobre la aplicación del Decreto-Ley 16/1981.

La Federación de Municipios de Cataluña advertía, en su escrito de demanda, que ésta era la cuestión más conflictiva de las «novedades legislativas» que aportaba el Texto Refundido y atrayendo una Ponencia dictada por el Profesor Carles PAREJA ante el silencio de la Ley 3/1984, en modificar expresamente el contenido del artículo 5 del Decreto-Ley 16/1981, opta por su plena vigencia y aplicabilidad, ratificando la competencia de los municipios enumerados en esta norma para aprobar Planes Parciales y Especiales determinados. A esta alegación respondería el Letrado de la Generalidad con apoyo de un Dictamen del Consejo consultivo de 27 de noviembre de 1981, sobre la inaplicabilidad del Decreto-Ley 16/1981, y con el apoyo también de la doctrina especializada —CARCELLER FERNÁNDEZ—; y por ello el Tribunal Contencioso-Administrativo, consciente de la relevancia de su pronunciamiento, decide no eludir «penetrar en el ámbito de la distribución competencial que debe corresponder al Estado y a la Comunidad Autónoma» en la fijación del régimen resultante para los Entes locales.

El Tribunal Superior de Cataluña discurre pormenorizadamente en el examen de la normativa legal y reglamentaria urbanística dispersa y desigual —Decreto-Ley 5/1974, Decreto 3276/1974, Ley de 2 de mayo de 1975, Decreto 1385/1978, Decreto de la Generalidad de 11 de octubre de 1978, Real Decreto-Ley 7/1979, Real Decreto-Ley 16/1981, Ley de la Generalidad 3/1984 y Decretos 146/1984 y 143/1984, Ley 7/1987, de 4 de abril— y no en el bloque de constitucionalidad, para dirimir su posición en favor de la residencia de esta competencia en los entes municipales correspondientes, por lo que decide plantear cuestión de inconstitucionalidad en estos términos concluyentes:

«En consecuencia, surgiendo la duda sobre si el precepto pretendidamente refundidor —artículo 50 del Decreto Legislativo 1/1990— responde puntual y estrictamente al ámbito de refundición conferido y al ámbito de autonomía municipal que debe preservarse, habida cuenta de las competencias que sobre el caso debieran detentar las Corporaciones afectadas, se está en el deber de cuestionar la constitucionalidad del precepto que se ha señalado conforme se establecerá en la parte dispositiva.»

La distribución de competencias entre las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales en la aprobación de los instrumentos de planeamiento no puede obviar que el urbanismo, como subrayara el profesor PAREJO, hace alusión a una magnitud local, al espacio de convivencia urbana, a la acción pública de regulación directa y precisa del uso del suelo; de modo que el legislador estatal y el legislador autonómico no

gozan de discrecionalidad para seleccionar la autoridad capacitada para elaborar y aprobar un determinado Plan, por lo que objetiva y racionalmente deben considerar en qué medida se ven afectados intereses exclusivamente de carácter local, como cuando se trata de un Plan derivado o de desarrollo de un Plan General de Ordenación Municipal, o intereses supracomunitarios, para respetar el núcleo de atribuciones en materia urbanística de las Comunidades Autónomas para velar por intereses supramunicipales y la garantía institucional de la autonomía local ¹².

IV

Se desvela en el Auto del Tribunal Superior de Cataluña, de 6 de abril de 1993 analizado, la complejidad jurídica que suscita la aplicación del ordenamiento urbanístico en Cataluña por los Tribunales de Justicia, desde el punto de vista de la disciplina de las fuentes del Derecho, ante la refundición en un texto de materiales normativos dispersos y de diferentes calidades, de distintos autores y pertenecientes a períodos legislativos muy distanciados, que hace que activamente necesite impetrar el auxilio del Tribunal Constitucional para enjuiciar la validez de determinados preceptos del Decreto Legislativo 1/1990, por su confrontación directa con la Constitución.

Y, sin embargo, si los preceptos concretamente elevados al juicio del Tribunal Constitucional pueden incurrir en inconstitucionalidad sobrevenida, por su relación conflictual con la Ley estatal 8/1990, de 26 de julio, en aquellos preceptos considerados básicos; aquellos otros artículos no impugnados inmediatamente en el recurso contencioso-administrativo formulado por la Federación de Municipios de Cataluña, y en aquellos otros en que no considera el Tribunal Contencioso-Administrativo su promoción por falta de méritos, no quiere decir que deban considerarse pacíficos, aplicables directamente sin que el juez pueda cuestionarse nuevamente su conformidad con la Norma Fundamental, al menos desde otro contraste diferente, que no sea el propiciado por el principio de autonomía local y los presuntos excesos detectados en el ejercicio de la delegación legislativa por el Gobierno de la Generalidad.

¹² Vid. Luciano PAREJO ALFONSO «La ordenación territorial: un reto para el Estado de las Autonomías». *REALA* núm. 226 (1985). Fernando LÓPEZ RAMÓN «Urbanismo municipal y ordenación del territorio». *REDA*, n.º 82, 1994. María Jesús MONTORO CHINER. «Distribució de competències en matèria d'ordenació del territori i urbanisme». Seminari sobre el Règim urbanístic. Generalidad de Cataluña. *IEA* núm. 42. Barcelona, 1994.

Y debemos afrontar algunas reflexiones últimas sobre este Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, admitido a trámite por el Tribunal Constitucional, significando los daños que puede provocar al principio de seguridad jurídica el doble control jurisdiccional indiscriminado de los Decretos Legislativos.

La participación en el control de las extralimitaciones de la delegación legislativa del Tribunal Constitucional y de los Tribunales ordinarios, que propicia la jurisprudencia del Superior intérprete de la Constitución, puede producir declaraciones de los Tribunales contencioso-administrativos contradictorias y descoordinadas temporalmente con las declaraciones del Tribunal Constitucional. Así, podrán advertirse Sentencias de los Tribunales ordinarios que declaren en un recurso directo la nulidad de un artículo del Decreto Legislativo 1/1990, por exceder de la Ley de delegación, confiados en sus propias habilidades, sin impetrar el enjuiciamiento de constitucionalidad del Tribunal Constitucional; *ultra vires* de la delegación que, sin embargo, pueden no ser estimados por el Tribunal Constitucional en una intervención posterior en un recurso indirecto contra actos de aplicación de la norma legal cuestionada. Y este peligro puede detectarse también en la dirección contraria, en que el pronunciamiento del Tribunal ordinario sea corregido por el Tribunal Constitucional con una declaración de inconstitucionalidad, que recaída en un proceso concreto, en todo caso sólo tendrá efectos *pro futuro* ¹³.

Se aprecia una cierta pérdida de la funcionalidad de los Decretos Legislativos como instrumentos idóneos de técnica legislativa, dada su imprecisión y la vulnerabilidad que informan su ejercicio por el poder ejecutivo y su control por los Tribunales, a diferencia de su inserción más acomodada entre las fuentes normativas que suministra el Derecho comparado.

Marcar la frontera entre el campo del Texto Refundido cuyo enjuiciamiento corresponde en exclusiva al Tribunal Constitucional y el área que corresponde a los Tribunales ordinarios de modo nítido, evitando zonas compartidas entre ambas jurisdicciones; deslindar con claridad el objeto y el contenido del control, no sólo representaría una satisfacción y superación de los esfuerzos doctrinales desplegados en una y otra dirección monopolística, sino una contribución decidida a devolver a

¹³ Vid. Fernando SANTAOLALLA LÓPEZ. «Tribunal Constitucional y control de legalidad de los Decretos Legislativos.» *RAP*, n.º 132, p. 220.

los Decretos Legislativos su operatividad entre las fuentes del Derecho con rango de Ley, sirviendo a la extensión de esta colaboración normativa surgida entre los Parlamentos y el poder ejecutivo a través de la delegación limitada de la potestad legislativa.

Para no sacrificar la cláusula constitucional contenida en el artículo 82.6 de la Constitución —«Sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales»—, en una interpretación armónica y sistemática de la Norma Fundamental, el Juez contencioso-administrativo estaría capacitado en el ejercicio de su función jurisdiccional típica de aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico para respetar la disciplina constitucional de las fuentes del Derecho, no a enjuiciar la Ley de delegación ni el Decreto Legislativo, por su rango y valor normativo con fuerza de ley, al estar sólo habilitado para plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

El Tribunal Contencioso-Administrativo tiene competencia para desestimar, por infundados, los presuntos excesos en el ejercicio de la delegación que se le confien en la aplicación del Texto Refundido; es decir, a realizar el juicio positivo, no de rechazo, de constitucionalidad material y formal. Y se encuentra capacitado para poder inaplicar, en su caso, aquellos preceptos discutidos del Texto Refundido que, aun sin perder su valor de norma con rango de ley, estimara desviados respecto de los textos legales objeto de refundición, por estimar la conservación de la vigencia de éstos, su conservación eficiente, por estimar que el órgano refundidor hubiere oscurecido o se hubiere extralimitado en observar la inteligencia de estos preceptos en la labor que le ha confiado la Ley de delegación.

De este modo, el Juez contencioso-administrativo se enfrentaría a cuestiones de legalidad, decidiendo efectivamente cuál es la norma legal aplicable, si las leyes objeto de refundición que subsisten por la impericia o la desidia en ejecutar la Ley de delegación, y que no abrazan la cláusula derogatoria, o la norma refundida; reservando al Tribunal Constitucional el enjuiciamiento de las infracciones materiales y formales a la Constitución emergentes en los Decretos Legislativos, producidos *intra vires* y *ultra vires* de la delegación sin excepción ¹⁴.

¹⁴ Vid en este sentido Tomás DE LA QUADRA SALCEDO. «La delegación legislativa en la Constitución». *Estudios sobre la Constitución española. Opus cit.* nota 2. Pág. 327 y ss.

