

LOS PLANES AUTONÓMICOS CON INCIDENCIA EN EL URBANISMO MUNICIPAL

José M^a. Baño León

Los presupuestos de una discusión de actualidad: el urbanismo competencia autonómica y local

La aparición en algunas Comunidades Autónomas de planes de ordenación territorial que afectan de lleno a los Planes Generales de Ordenación urbana, así los Planes territoriales turísticos insulares (Baleares y Canarias), los Planes de Ordenación del litoral (Cantabria, Cataluña, Galicia, etc) ha suscitado una inquietud creciente en muchas Corporaciones locales afectadas, que han visto notablemente reducida la capacidad discrecional de sus Planes Generales. Aunque el fenómeno de la ordenación territorial supramunicipal cuenta con una amplia tradición legislativa (paradigmático el caso de los Planes Directores Territoriales de Coordinación del TRLS de 1976) había tenido escasa importancia en la práctica. Esta nueva planificación, sin embargo, tiene una relevancia social y económica destacadísima. Baste decir, por ejemplo, que muchos de estos Planes tienen competencia para clasificar suelo o para establecer techos de población residencial o turística, lo que significa que limitan directamente la edificabilidad posible. Van, pues, mucho más allá de establecer las directrices o el marco en el que puede moverse el Plan General, que es lo propio de la planificación supramunicipal, para sustituir en rigor al Plan General en muchos de sus aspectos. Por ejemplo, los Planes Insulares canarios permiten al planificador clasificar suelo u ordenar los límites de plazas turísticas y residenciales de los Planes parciales pre-existentes, e incluso establecer sistemas generales insulares. La Ley de Ordenación del Territorio y protección del paisaje valenciano faculta al planificador autonómico, incluso para establecer las tipologías edificatorias admisibles en el litoral,¹ de modo que todos estos ejemplos y muchos más que pudieran mostrarse ilustran la capacidad de penetración de estos planes en el seno mismo de los contenidos del Plan General.

Y si se suman las limitaciones derivadas de la planificación sectorial (por ejemplo, las zonas protegidas ambientalmente, Espacios naturales protegidos) bien puede decirse que el Plan General pierde gran parte de su contenido como instrumento central del urbanismo.

Queda así planteada una perspectiva nueva de un viejo asunto: si es legítima esta invasión del urbanismo local o si la afectación resulta ilegítima al desbordar a la autonomía local cuando las Comunidades Autónomas se dotan a sí mismas de planes que, en parte, no se circunscriben a establecer criterios de estrategia

1. Art. 54.3 de la Ley 4/2004 de ordenación del territorio y protección del paisaje.

territorial supramunicipal, sino que lisa y llanamente sustituyen al Plan General en algunas de sus funciones típicas. Al hilo de este problema, cuya importancia para los municipios afectados no resulta preciso justificar, abordaremos algunos aspectos más generales de la autonomía local y de su defensa.

Habría que comenzar por decir algo bastante elemental pero poco mentado habitualmente. Las Comunidades Autónomas tienen competencia en materia urbanística para ordenar normativamente los usos del suelo y la ocupación del territorio, de modo que inevitablemente la ley de cada Comunidad puede ampliar o reducir el campo de la ordenación local sobre el urbanismo.

Esta conclusión elemental es indiscutible. El artículo 148.1.3 CE atribuye a las Comunidades la competencia sobre ordenación del territorio, urbanismo y vivienda. La Constitución nada dice sobre el contenido competencial de los municipios, y la L.R.B.R.L. sólo puede atribuir a las Corporaciones locales competencias sobre ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística (artículo 25.2.d)), en los términos de la legislación de las Comunidades Autónomas (artículo 2.1). Como el Estado no tiene competencia en la materia propiamente urbanística (simplemente no la tiene en la planificación, gestión y disciplina urbanísticas), resulta que la L.R.B.R.L. sólo establece en principio un límite genérico e impreciso a la ley autonómica.

Sería inconstitucional una ley que no atribuyera ninguna competencia a la entidad local en urbanismo, pero no existe un contenido competencial atribuido a las entidades locales en esa ni en ninguna otra materia, de suerte que incluso la idea misma de Plan General municipal podría ponerse en solfa por una ley autonómica, sin que tal decisión, en principio, pudiera tacharse de contraria a la autonomía local. Sí pugnaría con la autonomía local la relegación municipal absoluta en la determinación de los usos del suelo, pero no necesariamente la sustitución de los instrumentos municipales habituales en nuestro urbanismo desde 1956 por otros. No hay, como es obvio, algo parecido a una reserva constitucional de Plan General municipal, en cuya virtud determinadas normas urbanísticas deban ser adoptadas por el municipio. El único límite que existe es el de garantizar a los municipios su «derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses», pero «atribuyéndoles las competencias que proceda» (artículo 2.1 L.R.B.R.L.). Entre la inconstitucionalidad de una ley que negara toda competencia urbanística a una entidad local y la constitucionalidad de una ley que le da determinadas competencias normativas y le resta otras hay una tierra de nadie difícilmente aprensible en términos jurídicos precisos.

¿Por qué esta conclusión tan obvia no aparece por lo común en las exposiciones sobre urbanismo y autonomía local? A mi juicio por una razón estrictamente histórica. La jurisprudencia constitucional y la administrativa del Tribunal Supremo se han enfrentado siempre con el hecho del Plan General municipal y de una legislación autonómica que ha seguido a pies juntillas el esquema de planeamiento de la Ley del Suelo de 1975. Esta jurisprudencia se ha puesto al día constitucionalmente juzgando la normativa urbanística desde la perspectiva de lo dado. Pero eso no quiere decir que esa sea la única perspectiva constitucional. Lo que quiere decir es que el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han juzgado preceptos concretos de la Ley Estatal de 1976 o de leyes autonómicas y

sobre ellos han construido límites derivados de la autonomía local. Por ejemplo, con la competencia de aprobación definitiva de los Planes Generales o con la competencia de modificación de esos mismos planes.

Si las normas autonómicas cambian, la perspectiva será distinta. Y un ejemplo acabado lo tenemos con el tema que aquí nos ocupa. La jurisprudencia constitucional y administrativa tiene un valor específico para juzgar, por ejemplo, los mecanismos de cooperación en la aprobación del Plan General, pero sirve aparentemente de bien poco si de lo que estamos hablando es de Planes Supramunicipales que condicionan el Plan General.

De ahí que, guste o no, haya que aceptar como regla de principio la plena competencia autonómica para aprobar planes con incidencia en el Plan General, de la misma manera que debe admitirse la viabilidad constitucional de que el P.G.O.U. tal y como se ha concebido desde la Ley de 1976 se reduzca o adelgace en beneficio de la planificación supramunicipal, si así lo dispone la Ley autonómica.

Invocar en contra genéricamente la autonomía local es vano, porque no existe constitucionalmente garantizado un contenido competencial de las Corporaciones locales ni, como se ha visto y es bien conocido, la L.R.B.R.L. puede garantizar más que la intervención local en algunas competencias. De modo que inevitablemente un análisis como el que aquí nos ocupa tiene que partir de esa realidad competencial autonómica para construir después las limitaciones que la garantía constitucional de la autonomía local impone al ejercicio de esas competencias autonómicas. Como ocurre incluso en algunos derechos fundamentales, la garantía que ofrece la Constitución es de configuración legal, en el sentido de que la ley autonómica y estatal, conforme con la distribución constitucional de competencias, definirá en cada materia el campo de la competencia local, aunque no tiene el legislador una libertad de configuración ilimitada. Justamente la garantía de la autonomía local en el plano competencial se condensa en una teoría de los límites al legislador. Mientras que en el plano organizativo y de las potestades la Constitución sí que atribuye un contenido positivo directa o indirectamente a la autonomía local derivado de su legitimación democrática, en el plano de las competencias la garantía es necesariamente negativa, lo que establece la Constitución son límites que el legislador no puede traspasar. A esos límites constitucionales me referiré mas adelante. Conviene ahora detenerse en la justificación material de estos planes y en la relatividad de los argumentos que los sostienen.

El problema de fondo: interés local y supralocal. Decisión administrativa y distancia: la centralización

La cuestión tiene raíces profundas. ¿Cómo negar que el urbanismo no es asunto exclusivamente local? Es fácil notar la influencia de las decisiones locales sobre la ordenación del territorio en el ámbito de la Comunidad Autónoma, e incluso mucho más allá. Una política de expansión urbanística casa mal con una política de protección medioambiental. Y si la Comunidad Autónoma es garante de la ejecución de la normativa ambiental y tiene una responsabilidad indudable en la ordenación del territorio, no cabe ninguna duda de que está justificada la existencia de planes de protección y adecuación de ámbito superior al Muni-

cipio, en algunos casos incluso de planes que comprendan el territorio entero de una Comunidad. Esto no es sólo apreciable en las Comunidades Insulares (cada isla es un espacio de ordenación cerrado y las interacciones entre las decisiones de los municipios muy notable); también lo es en otras Comunidades Autónomas, por ejemplo en aquellas que cuentan con litoral no es posible una planificación integral adecuada si no existe una planificación del territorio. Dígase lo mismo, respecto a Comunidades Interprovinciales, en las que el peso de la capital hace imposible una planificación municipal aislada. El caso de Madrid, justamente calificada de Comunidad Metropolitana es célebre pero no es el único. Piénsese también en un ejemplo como Murcia marcado por el eje capital-litoral, etc.

No faltan, pues, razones para justificar la oportunidad de un ejercicio supra-municipal de las competencias de ordenación del territorio que influyan en el Plan General Municipal, e incluso que le sustraigan algunos de sus contenidos.

Otro argumento distinto puede emplearse en la misma dirección. No hay —es cuestión conocida desde antiguo— una separación tajante entre la competencia local, autonómica o estatal. Probablemente no lo ha habido nunca, pero el desarrollo vertiginoso en el siglo pasado de las comunicaciones lo ha intensificado. Por poner un ejemplo obvio: en cualquier área metropolitana, existe una recíproca influencia entre los Municipios que la componen. El interés local y supra-local se mezcla o simplemente se confunde.

Puede, en fin, argüirse que hay decisiones administrativas que requieren cierta distancia entre la administración y sus «clientes». «Vexata questio» que aparece ahora esgrimida frecuentemente contra la competencia municipal. Un municipio de cinco o diez mil habitantes, por emplear cifras moderadas, no está —se dice— en condiciones de sufrir el acoso urbanístico de los grandes promotores cuyo resultado inmediato es una mejora significativa de la Hacienda Municipal. Hay pues que precaverse ante esta amenaza —tantas veces hecha realidad en nuestros municipios, todo hay que decirlo— atribuyendo ciertas decisiones normativas a una administración más resistente a los cantos de sirena del mercado. Este argumento aparece desde hace años agudamente planteado en los municipios más pequeños a los que el destino no dotó con litoral o una «ubicación estratégica» y que por eso mismo han preservado sus bellezas naturales. La tensión entre el interés en la preservación de un espacio idóneo para los visitantes de esos municipios y el interés de sus escasos habitantes en implantar actividades empresariales que generen empleo se traslada naturalmente a la esfera competencial: quién decide y qué asuntos debe decidir.

Ahora bien, tampoco puede negarse que estos argumentos no constituyen verdades universales sin un lado oscuro. Para empezar estas prudentes razones de buen gobierno también pueden utilizarse contra las Comunidades Autónomas, en favor del Estado (de hecho se han utilizado para convertir en una competencia estatal la titularidad del dominio público marítimo terrestre²) e

2. La STC 149/1991 se apoya en las competencias estatales del artículo 149.1, reglas 1ª y 23ª para defender la Ley de costas pero la justificación última de que el artículo 132 CE al calificar ciertos bienes de titularidad estatal permita al Estado una regulación completa (que no tiene amparo en los artículos 148 y 149 CE) reside en la idea de las ventajas de una

incluso contra el Estado en favor de la Unión Europea. En el fondo son argumentos razonables «pro centro», que defienden las bondades de ciertas centralizaciones. Difícil es ciertamente discutir la utilidad de que ciertas decisiones sobre el litoral sobrepasen la esfera competencial de las Comunidades Autónomas. Las decisiones de protección del litoral catalán influyen en el litoral valenciano, y de nada sirven en el litoral sur de la Comunidad Valenciana, si en la Comunidad de Murcia utilizan su política de ordenación del litoral en sentido contrario. Si seguimos la lógica de este razonamiento por vía ascendente desembocamos inevitablemente en una paradójica apología de la centralización, que es el enemigo abatido desde que en España el desarrollo de la Constitución de 1978 introdujo un sistema altamente descentralizado de poder, que las reformas estatutarias en ciernes incrementan sin género de duda alguna.

No pretendo en este trabajo hacer un elogio de la centralización, aunque nadando a contracorriente, tampoco es lógico que se considere un progreso incrementar la descentralización en todos los ámbitos; lo que intento significar es que la atribución de competencias a unos u otros niveles del gobierno no puede examinarse en términos de pura racionalidad, porque encierran concepciones políticas sujetas al principio de oportunidad. Y para demostrarlo bastará aludir a una experiencia urbanística española.

La principal afrenta contra nuestro maltratado litoral mediterráneo se produce en las tres décadas que van del año 1960 al año 1990. De nada sirvió la centralización del Estado franquista para evitar los desmanes en nuestras costas. Se dirá que el Estado dictatorial no es el mejor aliado de un uso prudente del poder. Y estoy de acuerdo, como no puede ser de otra manera. Pero se me concederá que los municipios democráticos desde el año 1979 no han puesto tampoco un valladar inexpugnable a lo que ahora con imprecisa pero plástica expresión se llama «depredación del territorio». Hasta tal punto que muchas Comunidades, cooperadoras necesarias en esas presuntas actuaciones predatorias a través de la aprobación definitiva de los Planes Generales, invocan como justificación de esos nuevos planes territoriales supramunicipales la idoneidad del nivel local para una

administración centralizada de la zona marítima terrestre. Véase el siguiente párrafo del Fundamento Jurídico 1º de la Sentencia: "... en lo que toca al régimen jurídico de los bienes que integran el dominio público marítimo-terrestre, el legislador no sólo ha de inspirarse en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembagabilidad, sino que además ha de adoptar todas las medidas que crea necesarias para preservar sus características propias" (...) el mandado del constituyente quedaría burlado si (...) aún reteniendo físicamente en el dominio público del Estado la zona marítimo-terrestre, tolerarse que sus características fuesen destruidas o alterada". Lo que no explica esta doctrina es la razón de atribuir al Estado la administración del dominio (las concesiones singularmente), pues una cosa es que el Estado pudiera oponerse a las que perjudiquen la integridad demanial y otra bien diferente que sea el Estado quien las gestione. La realidad de fondo es que al Tribunal Constitucional le parece más idóneo –aún cuando no lo diga– la administración centralizada de la zona marítimo-terrestre. Obsérvese por lo demás la contradicción entre esta Sentencia y las que han declarado la imposibilidad de atribuir competencias de gestión directa al Estado en materia de Espacios Naturales Protegidos, pese a la identidad de razón entre la protección medio-ambiental de la ZMT y la de cualquier otro espacio natural.

efectiva protección medioambiental del litoral, o incluso paisajística; dicho de otra manera, el jurista no debe dejarse enredar en los argumentos puramente políticos, para con ellos construir una teoría de la competencia, su misión mucho más modesta es poner en claro en la medida de lo posible la urdimbre del poder, para reducir a instituciones o simplemente a un cierto orden sistemático el complejo normativo. Desde esta perspectiva hay que analizar el reparto de competencias entre la Comunidad Autónoma y las Corporaciones Locales, sin el pie forzado de establecer previamente cuál sea el mejor nivel de gobierno posible.

Constitucionalidad de los planes autonómicos y límites impuestos por la autonomía local

Introducción

Ya he dicho que no cabe oponer argumentación de principio a planes de ordenación territorial y urbanística de las Comunidades Autónomas que inciden en los planes generales municipales al modificar o sustituir sus contenidos. La competencia autonómica sobre ordenación del territorio y urbanismo legitima los planes de ámbito superior al territorio municipal. Pero también existen límites constitucionales derivados de la autonomía local, estos requerimientos impuestos por la autonomía local pueden sistematizarse así:

- A) Garantía del procedimiento
- B) Garantía integral de ciertos contenidos
- C) Garantía de proporcionalidad

Dejo de lado en este trabajo la garantía jurisdiccional, acaso la más importante, que requeriría un tratamiento extenso incompatible con los objetivos de esta contribución.

El límite del procedimiento: la participación efectiva del municipio en los planes que les afectan. La inconstitucionalidad de los planes aprobados mediante Ley

La L.R.B.R.L. hace mucho hincapié en la participación local en los asuntos que atañen al círculo de interés propio del municipio. Eso impone naturalmente el derecho de cada municipio a intervenir en el procedimiento de elaboración de los planes autonómicos que les afecten.

El artículo 58.2 párrafo 2º L.R.B.R.L dice que «las Administraciones Públicas que tengan atribuidas la formulación y aprobación de instrumentos de planificación deberán otorgar a las restantes una participación que permita armonizar los intereses públicos afectados». No obstante en el párrafo siguiente limita esta garantía municipal al remitirla a la ley territorial correspondiente cuando se trate de planes generales de obras públicas. Independientemente de la crítica que cabe hacer a la ley, en cuanto es ilógico y contrario a la autonomía local que la participación efectiva de los municipios en los planes de obras públicas se defiera a la

ley sectorial³ importa ahora ocuparse de cuáles sean las exigencias constitucionales de esa participación.

Como es sabido la Constitución (artículo 140) se limita a reconocer la autonomía de los municipios, sin hacer alusión alguna a su contenido. Como quiera que los municipios no tienen atribuida reserva constitucional de competencia alguna, la participación en las decisiones que afecten a su círculo de intereses resulta vital. Uno de los aspectos de más relieve es, pues, la instrumentación de esa participación que puede calificarse con criterios positivos y negativos.

A) Positivamente la participación no puede quedar reducida a la información pública, pues entonces la corporación local no tendrá una posición distinta a la de cualquier persona que opine o sugiera propuestas. La intervención municipal y provincial tiene que ser específica, y las alegaciones que presente la corporación local tienen que ser debidamente sopesadas y en caso de ser desestimadas ha de haber una motivación suficiente.

B) El momento de la participación local tiene que ser previo y no posterior a la formulación acabada del plan. No cabe como es frecuente que se haga que la participación se produzca en un momento de la elaboración del plan que reduzca las alegaciones locales a un mero formulismo. Por emplear una terminología tradicional entre nosotros la participación debe producirse tanto en el momento de «avance» del Plan cuando no están definidos los detalles del Plan como en un momento posterior, cuando existe un documento ya formalizado.

C) La participación tiene que permitir un conocimiento preciso del punto de vista local y articularse como una garantía esencial «ex ante». La circunstancia de que sea muy complejo controlar la discrecionalidad del planificador hace imprescindible la colaboración municipal en un doble sentido:

1. La ausencia de invitación a participar en el procedimiento determina la nulidad de pleno derecho del plan por prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (artículo 62.1 L.R.J.P.C.).

2. La falta voluntaria de participación de la entidad local o la conformidad en vía administrativa con las propuestas impide después que jurídicamente el municipio pueda argumentar que el plan vulnera la autonomía local. Si existe un ámbito extenso de discrecionalidad para el planificador y la corporación local no se ha opuesto al Plan en vía administrativa en el ejercicio de su autonomía, no puede luego invocar la autonomía local para oponerse a una decisión de la Comunidad Autónoma, pues iría en contra del principio de cooperación leal entre administraciones públicas que el Tribunal Constitucional ha deducido directamente de la Constitución. Principio consagrado legalmente en los artículos 55 LRBL y 4 LRJPC. No se trata naturalmente de articular este principio como una causa de inadmisibilidad sino como razón para la desestimación del recurso. Estaríamos en este caso ante una manifestación de la regla «venire contra factum proprium non potest», por ser contrario a la buena fe que debe presidir el comportamien-

3. J. M^a. BAÑO LEÓN, “La ordenación de las normas reguladoras del Régimen Local”, en S. MUÑOZ MACHADO (Dir.) *Tratado de Derecho Local*, 2^a ed., Madrid 2004, pág. 492-493.

to entre administraciones públicas, la alegación de excesos en el ejercicio de la discrecionalidad, que han sido consentidos, y podrían acaso haberse corregido en el procedimiento administrativo correspondiente. Por el contrario, la corporación local, aunque no haya participado en el procedimiento administrativo, puede alegar cualquier otra causa de ilegalidad.

3. La Constitución veda que una Comunidad Autónoma apruebe un plan de ordenación con incidencia en el territorio municipal sin participación local, lo que supone que será inconstitucional el plan que se apruebe mediante norma con rango de ley, sin posibilidad efectiva de audiencia local. El procedimiento administrativo impone aquí un límite al legislador autonómico. La ley no es un instrumento hábil para aprobar planes de ordenación territorial, cuando impidan la participación local. Y esto ocurrirá siempre, pues el procedimiento legislativo no permite la participación local por regla general y aunque lo permitiera, no existe un cauce para que el legislador pueda ponderar adecuadamente las razones que aconsejan no tener en cuenta el punto de vista municipal.

Si la Constitución impone la participación local en todos los asuntos que afecten a sus intereses, no cabe ninguna duda tanto por razones históricas como de legitimidad democrática que un plan que modifica la ordenación municipal o le impone límites tiene que contar con la audiencia previa de las corporaciones afectadas. Un procedimiento como el legislativo que lo ignore abiertamente es contrario al artículo 140 CE.⁴

La supremacía de la ley o la inexistencia en nuestra Constitución de una reserva de administración, no constituyen objeciones a la tesis que se sostiene. La subordinación de la ley a la Constitución permite limitar la competencia del legislativo, cuando, como es el caso, el texto constitucional mismo impone la participación local, pues el ejercicio de esa competencia autonómica no puede ir en detrimento de la autonomía local. Por otra parte, una cosa es que en la Constitución no exista una reserva general de administración y otra que la autonomía local requiera de la existencia de un procedimiento administrativo previo al Plan Territorial para que en su seno puedan valorarse adecuadamente los intereses en presencia. Por último tampoco cabe argüir que la especial legitimidad democrática de la ley impide negar su competencia para la aprobación de planes aunque incidan en la ordenación urbanística local. Las corporaciones locales también están legitimadas democráticamente; no se trata de simples administraciones públicas sino de unos entes que encarnan la representatividad vecinal,⁵ de modo que no es lícito que la ley ignore

4. Así por ejemplo incurre en el exceso denunciado en el texto la Ley cántabra 2/2004, de 27 de septiembre del Plan de Ordenación del Litoral, cuyo contenido es el Plan mismo. Sobre esta Ley penden dos procedimientos ante el Tribunal Constitucional. El conflicto en defensa de la autonomía local nº 1501-2005 y el recurso de inconstitucionalidad nº 7826-2004.

5. Resume certeramente este punto de vista S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general*, Vol. II, marginales 618-621, págs. 1053 y ss. Con anterioridad han sido decisivas las aportaciones de L. PAREJO ALFONSO, en el sentido de conceptuar la autonomía local como autonomía también política. Vid., por ejemplo, "Una visión sobre el gobierno local", *Anuario del gobierno local 2004*, págs. 55 y ss. Desde la perspectiva de la teoría de las fuentes, me permito remitirme a mi monografía, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Madrid 1991, págs. 147 y ss.

la necesidad de una participación de los municipios en asuntos que les conciernen a través del expediente de aprobar el plan autonómico mediante ley.

Debe recordarse, en fin, que el Tribunal Constitucional ha afirmado en términos muy enérgicos que la participación local previa a los planes es inexcusable. En la STC 109/1998, de 21 de mayo lo expresó en estos términos:

«Ahora bien, la sustitución de los planes provinciales por el Plan Único no anula, ciertamente, el ejercicio de la competencia de cooperación económica (at. 36.1.b) LBRL), hasta el punto de hacerla desaparecer, toda vez que, como se desprende ya de la sola lectura del artículo 36.2.b) LBRL, aquélla no se agota con la aprobación anual de un plan provincial de obras y servicios. Pero es que, además de conservar en este ámbito competencial un margen de decisión propia –tal como reclama la garantía institucional de la autonomía local–, *no es superfluo recordar, a propósito de esta garantía, que las Diputaciones catalanas tienen asegurada su presencia en la confección del Plan Único de Obras y Servicios de Cataluña*. Así es; ya la Ley 5/1987 había previsto en términos imperativos dicha participación (art. 9.1.c)), en tanto que la Ley 23/1987 vino a precisar que la misma se produciría a través de la Comisión Local (art. 7.1), que constituye un órgano capital en el procedimiento planificador, por cuanto se le encomienda la tarea de formular anualmente el proyecto del Plan (art. 7.2), y que es definido por el Decreto de la Generalitat 112/1988, de 5 de mayo, regulador de la aludida Comisión, como «el órgano de participación y propuesta en relación con la cooperación económica destinada a financiar inversiones en obras y servicios de competencia municipal» (art. 1). *Por consiguiente, el parlamento catalán ha asegurado a las Diputaciones su intervención en la elaboración del Plan Único, mediante la presencia en la Comisión de Cooperación Local de sus representantes –que son sus respectivos Presidentes, según establece el art. 4.b) del Decreto 112/1988–*, actuando así el legislador autonómico en consonancia con el derecho de los entes locales a participar en los asuntos que les afecten inherente a la garantía institucional de la autonomía local; derecho cuya necesaria observancia, por lo demás, recuerda expresamente el artículo 2.1 LBRL, tanto al Estatuto como a las Comunidades Autónomas.

Pues bien, es indudable a mi juicio que si el Plan catalán hubiera sido aprobado mediante Ley las Diputaciones no hubieran tenido ninguna posibilidad efectiva de influencia en la elaboración. Es decir, *contrario sensu*, la ley hubiera sido inconstitucional al no permitir la participación local, lo que demuestra que no es la Ley un instrumento constitucionalmente hábil para contener planes de ordenación que vinculan a las Corporaciones Locales.⁶

6. Dejo aquí al margen el análisis de un importante hecho adicional: la aprobación de planes mediante leyes impide una tutela judicial eficaz de la Corporación afectada. La legitimación limitadísima que la LOTC impone para interponer conflicto en defensa de la autonomía local hace inviable su planteamiento en la mayoría de los casos. Cuando el plan se aprueba mediante norma con rango reglamentario, cualquier entidad local afectada puede discutir la conformidad al ordenamiento del Plan.

La garantía material del interés local en la ordenación del territorio municipal: la primacía de la ordenación municipal en la jurisprudencia constitucional

Interesa ahora ocuparse de los límites derivados del contenido material de las competencias locales. Si bien no existe un ámbito constitucionalmente prefijado de las competencias municipales si existen respecto a los asuntos de interés local (como es sin duda el que afecta al modelo de ciudad) un mínimo indisponible en la medida en que el ejercicio de una competencia autonómica no puede vaciar de contenido la competencia local. Recuérdese a este respecto las Sentencias del Tribunal Constitucional relativas a las Diputaciones Provinciales, en las que el Tribunal subraya esta idea (SS 32/1981; 38/1983; 109/1998): «el legislador ha de atenerse a un mínimo competencial, que como competencias propias ha de reconocer al ente local a cuyo fin los órganos representativos de éste han de hallarse dotados de aquellas potestades sin las que ninguna actuación autonómica es posible». Un ejemplo de legislación que vulnera este límite de la autonomía local lo ofrece el artículo 9.2 de la Ley 6/98, de 13 de abril, en la redacción dada por el R.D. Ley 4/2000, cuando admitía la posibilidad de que los municipios incluyeran como suelo no urbanizable el que consideraran inadecuado para el desarrollo urbano. De esta manera se impedía que los municipios pudieran decidir clasificar como suelo no urbanizable terrenos que, aunque, carentes de valores dignos de protección, pudieran estimarse por el municipio como incompatibles con su política de ordenación. El texto hacía imposible una política propia de ordenación del territorio de la Comunidad Autónoma, como señala la STC 164/2001, FJ 14. Pero también era contrario a la autonomía local, en tanto impedía cualquier posibilidad de que un municipio decidiera una ordenación del territorio propia: si todo el suelo no digno de protección por carecer de peculiaridades, debería ser urbanizable resultaba sencillamente imposible un modelo territorial que no fuera el de un urbanismo expansivo.⁷

El Tribunal Supremo, primero, y después el Tribunal Constitucional han sentido una importantísima doctrina sobre el contenido material de la autonomía local en el urbanismo. Con ocasión de la competencia autonómica de aprobación definitiva de los Planes Generales de Ordenación Urbana, el Tribunal Supremo declaró a raíz de la Constitución que la competencia de la Comunidad Autónoma no era omnímoda, como se deducía de la interpretación canónica del artículo 40.b TRLS de 1976 en relación con el artículo 132.2 del Reglamento de Planeamiento, a cuyo tenor –conviene recordarlo– «la autoridad y órgano que debe otorgar la aprobación definitiva examinará el Plan en todos sus aspectos». Sostuvo el Tribunal Supremo que la competencia autonómica debía interpretarse a la luz de la Constitución en el siguiente sentido: a la Comunidad Autónoma le corresponde la decisión de oportunidad sobre los intereses supramunicipales así como el control de la legalidad; el resto de decisiones de ordenación, las estrictamente locales corresponde al municipio. La aplicación de esta doctrina (SSTS 13 de julio de 1990, Ar.6034, 30 de enero de 1991, Ar. 614, entre otras muchas), constituye la «ratio decidendi» de muchas Sentencias que anulan Planes por no respetar la auto-

7. Vid. J.M^a. BAÑO LEÓN, «La clasificación del suelo: los imperativos del mercado y las competencias locales», *Anuario del gobierno local 2002*, págs. 69-70.

nomía local el acuerdo de aprobación definitiva la autonomía local, y de ellas puede extraerse una cierta guía sobre la definición del interés local y supralocal: Es contrario a la Ley, por ejemplo, los cambios introducidos en la aprobación definitiva en el suelo edificable por impacto visual, ya que es competencia municipal (STS 13 de julio de 1990, citada); también se opone a la autonomía local, la alteración del destino de una zona verde (STS de 30 de enero de 1991, citada); no puede la Comunidad Autónoma modificar un sistema general sin justificar que afecta a un interés supramunicipal (STS de 25 de febrero de 1992, Ar. 2974); tampoco es viable legalmente el cambio por la Comunidad Autónoma de la calificación de unos terrenos (STS 19 de mayo de 1993, Ar. 3499), ni el cambio de clasificación de suelo urbanizable o rústico por razones de oportunidad (STS de 21 de noviembre de 2002, Ar. 10353); el Tribunal Supremo también se opone a que una Comunidad Autónoma pueda cambiar la tipología y edificabilidad de un suelo urbano ordenado ante de la entrada en vigor de la ley de Costas (S de 14 de noviembre de 2003, Ar. 1190).

Importa observar que esta doctrina del Tribunal Supremo interpreta las leyes aplicables conforme a la Constitución, lo que no impide en pura teoría que el legislador urbanístico busque soluciones diferentes a las establecidas por el Tribunal Supremo, según advertimos más atrás. No obstante, todas las leyes urbanísticas de las Comunidades Autónomas se han movido dentro de los límites marcados por la jurisprudencia administrativa, limitando la competencia definitiva de aprobación del Plan General municipal al control de legalidad de los aspectos reglados del planeamiento y al control de oportunidad de aquellos otros que atañen a intereses supramunicipales, y que pueden resumirse en tres aspectos:

1º. La protección del suelo no urbanizable.

2º. La compatibilidad entre el Plan General y las decisiones sobre las grandes infraestructuras públicas.

3º. La compatibilidad entre el Plan General y los planes de ordenación territorial supramunicipales.

Este último aspecto es el capital, a mi juicio, pues la jurisprudencia del Tribunal Supremo no tiene a su vez criterios para combatir la constitucionalidad del Plan supramunicipal: su simple existencia presume que hay un interés que supera el círculo local. Es decir, la cuestión es si la autonomía local tiene un contenido mínimo en materia urbanística que no sólo sirve para interpretar la legislación «ex constitutione», sino que puede servir de límite a la ley misma: inconstitucionalidad de la ley autonómica que permite planes supramunicipales en fraude de la garantía local.

A esta preocupación ha contestado afirmativamente el Tribunal Constitucional en una notabilísima Sentencia, a mi juicio, que sorprendentemente ha suscitado escasa si no nula atención doctrinal. La STC 51/2004, de 13 de abril, declara la inconstitucionalidad de parte del inciso segundo de la disposición transitoria octava del texto refundido catalán aprobado por Decreto Legislativo 1/1990, de 12 de julio, «en la medida en que añade a la competencia municipal de iniciativa la de la Comisión de urbanismo de Barcelona cuando la modificación del Plan (metropolitano) afecta a elementos con una incidencia territorial limitada a un término municipal.»

La importancia de esta Sentencia reside en que su «ratio decidendi» otorga por primera vez un contenido material a la autonomía local, en relación al urbanismo, interpretando directamente los artículos 137 y 140 de la Constitución.

Observa en primer lugar la Sentencia (Fundamento Jurídico 14) que «la decisión sobre la configuración del asentamiento urbano municipal en que consiste el plan urbanístico –marco regulador del espacio físico de la convivencia de los vecinos– *es una tarea comprendida prioritariamente en el ámbito de los intereses del municipio*». Añade seguidamente que el hecho de que las leyes prevean la participación de otras Administraciones «es porque, con carácter general aquella decisión puede afectar también a intereses cuya gestión constituye el objeto de competencias atribuidas a otras organizaciones jurídico-públicas distintas del municipio» o por razones de colaboración interadministrativa, destacando las fórmulas previstas en el artículo 58.2 y 62 LRBRL. Dicho lo cual concluye el Tribunal constitucionalmente:

«Pero esta regulación de las relaciones interadministrativas no ha de oscurecer el principio de que la ordenación urbanística del territorio municipal es tarea que fundamentalmente corresponde al municipio, y que la intervención de otras Administraciones se justifica sólo en la medida en que concurren intereses de carácter supramunicipal o controles de legalidad que, de conformidad con el bloque de la constitucionalidad, se atribuyen a las Administraciones supraordenadas sobre las inferiores.»

He aquí recogida por el Tribunal Constitucional sintéticamente la doctrina del Tribunal Supremo que antes se ha citado, pero con un alcance mucho más amplio: la Constitución impone, según el Tribunal Constitucional, que las leyes urbanísticas no sustraigan al municipio la decisión sobre la ordenación del territorio municipal salvo que concurren intereses de carácter supramunicipal o controles de legalidad.

Y este límite material afecta naturalmente a los Planes Supramunicipales, no en balde la inconstitucionalidad declarada por la Sentencia se refiere al Plan General Metropolitano de Barcelona. En consecuencia, no basta con que la ley urbanística prevea planes de ordenación supramunicipales para justificar la limitación a la autonomía local; *es preciso, además, que la ley se circunscriba a los aspectos supramunicipales partiendo, como obliga la jurisprudencia constitucional, de la competencia local de ordenación del territorio municipal*.

La diferencia entre la jurisprudencia administrativa del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional es desde luego de rango, pues el Tribunal Supremo lo que hace es interpretar la legislación urbanística preconstitucional a la luz de la Constitución sin derogarla, mientras que en esta Sentencia el Tribunal Constitucional declara la nulidad de una Ley Urbanística. Pero también hay un rasgo peculiar en esta Sentencia Constitucional: el Tribunal se preocupa de imponer un límite al concepto de interés supramunicipal, en la medida en que no basta con invocarlo. No se trata de un concepto que caiga en la estimativa puramente política del legislador, sino que está sujeto al tamiz de la autonomía local.

El voto particular discrepante a esta Sentencia parte de una interpretación bien distinta que subraya más si cabe la importancia del fallo. Observan los ma-

gistrados firmantes:⁸ el hecho de que la ordenación urbanística del territorio municipal sea tarea que fundamentalmente corresponde al municipio, debe referirse al planeamiento municipal (Plan general, Planes parciales y especiales), pero no a un Plan General Metropolitano de ordenación urbana. La conclusión es: «la relación entre intereses municipales y supramunicipales, que es apta para servir como criterio delimitador de las competencias de la Comunidad Autónoma y la de los municipios en las fases de elaboración y aprobación de tal clase de planeamiento (y sobre todo en el alcance de la aprobación definitiva de los mismos) dicha relación, entiendo, no puede ser trasladada sin más a un Plan por completo diverso de aquéllos, como el Plan General Metropolitano....».

Pues bien, la discrepancia entre la tesis de la mayoría y la del voto particular estriba no tanto en la solución del caso en concreto, según creo, sino que trasciende a la concepción general de la autonomía local, a la que la mayoría del Tribunal ha dado en esta Sentencia un contenido material destacado: la primacía del municipio en la ordenación del territorio municipal, de dónde cabe extraer la necesidad de justificación por el legislador y no sólo por el Plan Supramunicipal de los intereses supralocales en presencia.

Por el contrario, para los magistrados discrepantes el hecho mismo de que exista un Plan Supramunicipal anula la garantía de un contenido mínimo de la autonomía local en materia urbanística. En la concepción de la Sentencia la primacía de la autonomía local en el urbanismo exige a mi juicio la aplicación del principio de proporcionalidad a las leyes urbanísticas y a los Planes Supramunicipales. En la visión de los magistrados discrepantes –siempre según mi particular apreciación– la ley autonómica es la que establece el linde entre interés local (Plan General) e interés supralocal (Plan de Ordenación Supramunicipal), de modo que el municipio frente al Plan de Ordenación Autonómico sólo podría invocar su derecho a la participación.

Esta Sentencia es capital para la concepción constitucional de la autonomía local. Por vez primera desde la entrada en vigor de la LRBRL el Tribunal constitucional deduce directamente de la Constitución la garantía de una competencia municipal. En todos los demás casos el Tribunal había interpretado la autonomía local, a la luz de la legislación básica de régimen local.⁹ La STC 51/2004 inquiere y halla respuesta en la Constitución misma advirtiendo que el sistema de relaciones interadministrativas de la LRBRL no oscurece el «principio» deducido de la Constitución que reza: «la ordenación urbanística del territorio municipal es tarea que fundamentalmente corresponde al municipio». Esta jurisprudencia creativa que matiza formidablemente el criterio general de que las competencias locales son las que la ley define, permite en esta materia un amplio juego al principio de proporcionalidad.

8. Voto particular de D. Pablo García Manzano al que se adhieren D. Vicente Conde Martín de Hijos y D^a M^a Emilia Casas Baamonde.

9. Antes de la LRBRL, puede verse STC 4/1981, Legislación local preconstitucional; 14/1981, Suspensión gubernativa de acuerdos locales; 32/1981, Diputaciones Provinciales; 32/1985, Comisiones informativas.

El principio de proporcionalidad como garante de la ordenación municipal frente a las inmisiones de la planificación supramunicipal

Algunas observaciones teóricas sobre el principio de proporcionalidad y su aplicación a la ordenación territorial supramunicipal

La imprecisión en el manejo de los principios jurídicos y el abuso en su utilización contribuyen con frecuencia a su inoperatividad, más allá de la pura retórica política. Baste ahora con citar el ejemplo de los principios de proporcionalidad y subsidiariedad en el Tratado de la Comunidad Europea para ilustrar cómo puede desnaturalizarse su contenido.¹⁰ Sin embargo, en la interpretación constitucional el uso del principio de proporcionalidad puede venir en auxilio de la autonomía local, a condición de que no se generalice su manejo y se precise su aplicación.

En mi opinión el principio de proporcionalidad puede rendir frutos si se sitúa en el seno de una relación entre medios y fines; pero pierde toda su sustantividad, y se convierte en una pura ponderación de valores, si se aplica a una relación entre fines públicos o competencias. El principio de proporcionalidad nace en el seno mismo del Derecho de policía y se aplica naturalmente en el Derecho Penal para medir la relación entre el hecho punible y la medida represiva. Dígase lo mismo de la intervención administrativa en la autorización clásica de policía. En ambos casos el principio puede jugar porque existe un fin claro que hay que proteger: el «favor libertatis». La represión que la Administración persigue –la restricción de la libertad– debe en definitiva, ser mínima, tal como dice el veterano artículo 6.2 del Reglamento de servicio de las Corporaciones Locales.

El principio de proporcionalidad como límite a la ordenación supramunicipal. La distinción entre competencia de ordenación territorial y competencias sectoriales de la Comunidad Autónoma

En el ámbito de la defensa de la autonomía local, el principio de proporcionalidad cuenta con un valioso precedente en el Derecho Comparado. En Alemania¹¹ la doctrina sigue manteniendo –a despecho de concepciones como la de BURMEISTER que casi nadie sigue a pesar del éxito obtenido en España– que en los asuntos típicamente locales la intervención del legislador del «Land» debe medirse en función del principio de proporcionalidad, si bien, a fuer de sinceros, el número de leyes declaradas inconstitucionales es mínimo.

A mi juicio, en la relación Plan Supramunicipal –Plan general de ordenación urbana el principio de proporcionalidad puede jugar un papel destacado, una vez que el Tribunal Constitucional, según ya se ha dicho, ha declarado que la regla

10. Cfr. T.R. FERNANDEZ RODRÍGUEZ, “Sobre la necesaria elevación del rango de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”, en García de Enterría/Alonso García: *La encrucijada constitucional de la Unión europea*, Madrid 2002, pág. 103 y ss.

11. Vid una referencia al estado de la cuestión, en G. PÜTTNER, *Handbuch des Staatsrecht*, Vol. IV, Segunda edición, Heidelberg 1999, págs. 1178-1180.

general es que el municipio es competente para la ordenación de su territorio, pues sólo partiendo de un fin prevalente –aquí la competencia del municipio en la ordenación de su territorio– es posible aplicar el principio de proporcionalidad a la Ley Autonómica o al Plan Supramunicipal que lo desarrolla. Con carácter general aquella ley o este Plan sólo serán constitucionales cuando la limitación que introduzcan en la ordenación municipal sea necesaria y proporcional. Es decir, que no exista un medio menos lesivo para la autonomía municipal de conseguir el fin previsto y que la restricción que se imponga sea en sí misma proporcional. Vale decir, en mi criterio, la proporcionalidad sólo puede aplicarse cuando existe una jerarquía entre fines públicos, de la que resulta que el ejercicio de una competencia se mide por el respeto a ese fin público. En el ejemplo clásico del Derecho de Policía el fin prevalente es la libertad, por eso las restricciones tienen que ser necesarias y proporcionales. En el caso de la autonomía local en la ordenación urbanística, hay un fin prevalente, porque así lo ha declarado la jurisprudencia constitucional, la ordenación corresponde en principio al municipio. Los planes supramunicipales son restricciones a ese principio, y sólo serán constitucionales cuando sean proporcionales las restricciones a los fines urbanísticos que incumben a las Comunidades Autónomas.

Por ejemplo: no resiste el test de la proporcionalidad una legislación que permite a la Comunidad Autónoma aprobar un plan¹² que establezca las tipologías de edificación admisibles en los municipios costeros, pues ni la defensa del litoral ni la protección del paisaje justifican la restricción en la capacidad municipal de ordenar su ciudad. Hay otras medidas menos restrictivas de la autonomía municipal para conseguir esos fines: la ley podrá prever medidas de protección o establecer zonas exentas de edificación, o limitar la densidad edificatoria. Todas estas medidas restringen la capacidad ordenadora de los municipios, pero no la anulan y son necesarias. Por el contrario la tipología edificatoria es innecesaria y supone una restricción en sí misma desproporcionada.

Es importante notar que en estos casos la Comunidad Autónoma desarrolla una ordenación supramunicipal que entra en el ámbito del urbanismo *latu sensu*. El supuesto debe diferenciarse del ejercicio de otras competencias por la Comunidades Autónomas, como desarrollamos a continuación.

La inoperancia del principio de proporcionalidad cuando la ley desarrolla competencias no urbanísticas.

Cuando la Comunidad Autónoma (o el Estado) ejerce su competencia sobre carreteras, puertos o aeropuertos, el principio de proporcionalidad no juega papel alguno. Hay una concurrencia de competencias entre el urbanismo y las otras competencias que se resuelven a favor de estas últimas, siempre que se respete el derecho de las Corporaciones Locales a la participación en los procedimientos correspondientes. Por el contrario cuando la Comunidad Autónoma ejerce competencias de ordenación urbanística por razón de un fin supramuni-

12. *Vid.* el art.53 de la Ley valenciana, citada *supra apud* nota 1

pal (protección del litoral, ordenación territorial de la Comunidad), la intervención se somete al principio de proporcionalidad, de modo que dichas competencias sólo se ejercen legítimamente cuando son necesarias y proporcionadas. Hay, en fin, en un supuesto intermedio que son aquellas competencias que afectan transversalmente al urbanismo, como la protección del medioambiente en cuyo ejercicio las normas de protección serán admisibles sin que puedan superar, como es lógico, el ámbito de la competencia misma.

Así un plan o una ley que declara un espacio natural protegido puede establecer que el suelo se clasifique como no urbanizable; pero existe extralimitación si clasifica directamente suelo urbanizable, ya que esa decisión corresponde exclusivamente al municipio, pues ningún fin medioambiental puede justificar una clasificación como suelo urbanizable. Dígase lo mismo de otras competencias como la de minas. Una Comunidad Autónoma puede condicionar el planeamiento urbanístico municipal estableciendo reservas mineras, o estableciendo medidas de regeneración de minas fuera de explotación incompatibles con la clasificación como suelo urbanizable. Pero lo que no puede hacer, porque invade la autonomía municipal en la ordenación urbanística, es imponer al municipio que los terrenos que ocupaban las minas sean suelo urbanizable ni mucho menos establecer una determinada ordenación urbanística.¹³

Expuesto de otra manera: el principio de proporcionalidad juega en el seno de la competencia de ordenación del territorio (el urbanismo es en esencia ordenación del territorio) como un límite que mide la necesidad y proporcionalidad «sensu strictu» de la inmisión en el planeamiento municipal.

Cuando la Comunidad Autónoma ejerce competencias sectoriales con incidencia territorial en el municipio la primacía de la competencia específica es indiscutible como proclamó tempranamente el Tribunal Constitucional (Sentencias 77/1984; 56/1986). Las decisiones sobre carreteras u otras grandes infraestructuras públicas no pueden limitarse por el principio de proporcionalidad pues no estamos ante una competencia urbanística. Ahora bien, de la misma manera que el Estado no puede desplegar su competencia sobre puertos para eximir de licencia a cualquier instalación sita en aquéllos,¹⁴ es decir, el Estado no puede ampliar el campo natural de la competencia para imponer una ordenación urbanística, tampoco pueden las Comunidades Autónomas utilizar sus competencias específicas (medio-ambiente, patrimonio-histórico, minas, etc) para hacer lo propio, más allá del ámbito de tales competencias, porque entonces lo que están haciendo es ejercer la competencia propiamente urbanística y ésta requiere superar el test de proporcionalidad.

13. Véase un ejemplo de esta extralimitación competencial en el proyecto asturiano de *Plan territorial especial de recuperación de los terrenos de HUNOSA en las cuencas mineras*, donde se ordena directamente que determinados terrenos desafectados de su utilización minera pasan a tener otros usos industriales o terciarios, o para VPO. De esta manera no se deja ningún margen a la autonomía municipal, pues se impone a los municipios afectados un modelo urbanístico predeterminado.

14. STC 40/1998, de 9 de febrero, Fº. Jº 39.

Conclusión

Tanto la vertiente procedimental como el contenido material de la autonomía local, en lo que atañe al urbanismo, imponen límites al legislador autonómico. La primera perspectiva implica la prohibición constitucional de una ley-plan que impida la participación «ex ante» de las corporaciones locales afectadas.

La jurisprudencia constitucional ha dotado también de contenido material a la competencia local sobre urbanismo. Lo cual da, a mi juicio, un amplio margen de juego a la aplicación del principio de proporcionalidad a los planes autonómicos, en garantía de la autonomía local.