

nable» a que hace referencia, como se ha dejado constancia, una reiterada doctrina constitucional sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

5. El otorgamiento del amparo debe limitarse en el presente caso a la declaración de violación del derecho fundamental, ya que en el momento de dictarse la presente Sentencia, según ha puesto de manifiesto la demandante de amparo en su escrito de alegaciones del trámite del art. 52.1 LOTC, la inactividad jurisdiccional lesiva del mencionado derecho fundamental ha cesado, al haberse acordado el sobreseimiento provisional de las diligencias previas (SSTC 198/1999, de 25 de octubre, FJ 7; 215/1992, de 1 de diciembre, FJ 6; por todas).

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar la demanda de amparo presentada por Changepoint, S.A. y, en su virtud:

Declarar que se ha vulnerado el derecho de la recurrente a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE), en las diligencias previas núm. 335-2000 seguidas en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Torremolinos.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a dieciocho de octubre de dos mil cuatro.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Elisa Pérez Vera.—Eugení Gay Montalvo.—Ramón Rodríguez Arribas.—Pascual Sala Sánchez.—Firmado y rubricado.

19639 *Pleno. Sentencia 178/2004, de 21 de octubre de 2004. Cuestiones de inconstitucionalidad 4104/99 y 1661-2002 (acumuladas). Planteadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en relación con el art. 11 de la Ley del Parlamento Vasco 17/1994, de 30 de junio, de medidas urgentes en materia de vivienda, de tramitación de los instrumentos de planeamiento y gestión urbanística: el art. 2.2 del Real Decreto-ley 5/1996, de 7 de junio, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de colegios profesionales; el art. 2.2 de la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de colegios profesionales; y el artículo único, apartado 2, de la Ley del Parlamento Vasco 3/1997, de 25 de abril, por la que se determina la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística.*

Competencias sobre urbanismo y derecho de propiedad: cesiones de aprovechamiento urbanístico en suelo urbano tras la nulidad de la ley estatal declarada por la STC 61/1997. Nulidad de preceptos estatales. Voto particular.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de

Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 4104/99 y 1661-2002, promovidas por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en relación con el art. 11 de la Ley del Parlamento Vasco 17/1994, de 30 de junio, de medidas urgentes en materia de vivienda, de tramitación de los instrumentos de planeamiento y gestión urbanística; el art. 2.2 del Real Decreto-ley 5/1996, de 7 de junio, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de colegios profesionales; el art. 2.2 de la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de colegios profesionales; y el artículo único, apartado 2, de la Ley del Parlamento Vasco 3/1997, de 25 de abril, por la que se determina la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística. Han comparecido el Abogado del Estado, en representación del Gobierno de la Nación, el Fiscal General del Estado, el Letrado del Parlamento Vasco y el Letrado de los Servicios Jurídico-Centrales de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Ha sido Ponente el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El 5 de octubre de 1999 fue registrado en este Tribunal oficio de fecha 30 de septiembre de 1999, remitido por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, al que se adjuntaba, entre otros testimonios, el del Auto del mismo órgano judicial, de 27 de septiembre de 1999, por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 11 de la Ley del Parlamento Vasco 17/1994, de 30 de junio, de medidas urgentes en materia de vivienda, de tramitación de los instrumentos de planeamiento y gestión urbanística. El precepto mencionado dispone:

«En el suelo urbano de todos los municipios de la Comunidad Autónoma del País Vasco el aprovechamiento susceptible de apropiación por el titular de un terreno mediante el cumplimiento de los deberes legalmente establecidos será el siguiente:

a) En los municipios en los que sea de aplicación íntegra el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, el resultado de referir a la superficie del terreno de su propiedad el 85 por 100 del aprovechamiento tipo del área de reparto en que esté comprendido, o, en su caso, y hasta tanto no se produzca en tales municipios la fijación de dicho aprovechamiento tipo, el resultado de referir a la misma superficie el 85 por 100 del aprovechamiento medio de la unidad de ejecución correspondiente, calculado en los términos de la disposición adicional segunda del citado real decreto legislativo.

b) En los municipios en los que no sea de íntegra aplicación el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, el resultado de referir a la superficie del terreno de su propiedad el 85 por 100 del aprovechamiento medio de la unidad de ejecución correspondiente, cal-

culado en los términos de la disposición adicional segunda del citado real decreto legislativo.

c) En cualquiera de los municipios comprendidos en las dos letras anteriores, y cuando el terreno de su propiedad no esté o no deba quedar incluido en una unidad de ejecución, el resultado de referir a la superficie del mismo el 85 por 100 del aprovechamiento permitido en él por el planeamiento en vigor».

2. El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, registrada con el núm. 4104/99, deriva del recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Banco Guipuzcoano, S.A., contra la Resolución del Alcalde de San Sebastián, de 27 de diciembre de 1995, por la que se otorgaba al mencionado banco licencia de obras para la construcción de edificio en la avenida de la Libertad, núm. 21, de la mencionada capital. En concreto se impugnaba la condición particular núm. 13 de la citada licencia, que imponía el pago de 26.944.405 pesetas en concepto de adquisición del 15 por 100 del aprovechamiento urbanístico del terreno. En la demanda formulada en aquel proceso el recurrente había alegado como argumento principal en el que se basaba la contrariedad a Derecho del acto administrativo impugnado que, tras la declaración de inconstitucionalidad del art. 27 del texto refundido de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio (LS de 1992), como consecuencia de la STC 61/1997, de 20 de marzo, habría quedado sin cobertura legal la mencionada obligación de pago, cobertura que tampoco le otorgaría el art. 11 de la Ley vasca 17/1994, cuya aplicación se habría hecho imposible, ya que remitiría a una fijación de aprovechamientos que también habría sido declarada inconstitucional (disposición adicional segunda LS de 1992).

Concluida la tramitación del recurso y con suspensión del plazo para dictar sentencia, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dictó providencia de 20 de mayo de 1999, por la que se acordaba oír a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 11 de la Ley vasca 17/1994, que contendría una regulación del aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación acorde con el anulado art. 27 LS de 1992, pero incompatible con lo dispuesto en el texto refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana, aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril (LS de 1976), por lo que el precepto legal vasco establecería una limitación al derecho de propiedad urbanística que pudiera infringir el art. 149.1.1 CE (competencia estatal para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales, en concreto, del derecho de propiedad).

La representación procesal del Ayuntamiento de San Sebastián presentó escrito en el que terminaba solicitando que se dictara resolución por la que se acordara no haber lugar al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, pues, en síntesis, el art. 27 LS de 1992 había sido declarado inconstitucional sólo por haberse dictado precisamente por el Estado con extralimitación de sus competencias y menoscabo de las autonómicas sobre urbanismo, pero nada podría reprocharse desde esta perspectiva competencial al precepto legal vasco que regulaba la misma materia. El Banco Guipuzcoano, S.A., reiteró los argumentos ya formulados en la demanda del proceso contencioso-administrativo para terminar solicitando que se acordara el planteamiento de la cues-

tion de inconstitucionalidad. El Ministerio Fiscal, con fundamento en idéntico argumento que el Ayuntamiento de San Sebastián manifestó en su escrito de alegaciones que no consideraba pertinente el planteamiento de la cuestión.

3. En el Auto de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco por el que se decide plantear la cuestión de inconstitucionalidad justifica el órgano judicial que el art. 11 de la Ley vasca 17/1994 es la norma aplicable al caso sobre el que debe resolverse. No podría aplicarse a dicho caso el art. 27 LS de 1992 porque, aunque estaba vigente cuando se dictó el acto administrativo impugnado, la declaración de inconstitucionalidad y consiguiente nulidad llevada a cabo por la STC 61/1997 afectaría al presente supuesto, dado que el acto administrativo no había alcanzado firmeza, por haberse interpuesto recurso contra él, cuando se publicó en el BOE la mencionada resolución del Tribunal Constitucional, el 25 de abril de 1997.

El Auto de planteamiento de la cuestión, tras hacer referencia a la doctrina sobre el art. 149.1.1 CE contenida en la STC 61/1997, centra la duda de constitucionalidad que se suscita en este proceso en determinar si una Comunidad Autónoma puede establecer, en ejercicio de su competencia exclusiva en materia de urbanismo, una cesión de aprovechamiento urbanístico en suelo urbano, sin que previamente, en el ejercicio de la competencia que el art. 149.1.1 CE reserva al Estado, éste haya fijado dicha cesión como condición básica del ejercicio del derecho de propiedad en suelo urbano. El art. 11 de la Ley vasca 17/1994 se enmarcaría en el contexto de la definición del contenido del derecho de propiedad sobre terrenos situados en suelo urbano que había llevado a cabo el art. 27 LS de 1992. Pero, declarada la inconstitucionalidad de dicho precepto estatal, se suscita la cuestión relativa a si es constitucionalmente posible aplicar el precepto legal vasco sin que exista una norma del Estado que prevea, no ya los límites de la cesión de aprovechamiento en suelo urbano, sino la misma obligatoriedad de esa cesión en dicha clase de suelo, no prevista en la LS de 1976.

La obligación de ceder aprovechamiento no sería una mera «carga urbanística», sino, más bien, un límite al derecho de propiedad sobre suelo urbano que sólo puede establecer el Estado en virtud del art. 149.1.1 CE. Esta obligación de cesión la ha vuelto a introducir el Estado para parte del suelo urbano (el no consolidado por la urbanización) en el art. 14.2 c) de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones (LRSV), pero no cabría otorgar a dicho precepto eficacia retroactiva (art. 2.3 del Código civil).

Por último argumenta el Auto de planteamiento de la cuestión de constitucionalidad que el art. 47, párrafo segundo, CE (participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística de los entes públicos) no es un título competencial que atribuya competencia legislativa alguna a la Comunidad Autónoma, sino un principio rector que obliga a todos los poderes públicos, entre ellos, al Estado, que deberá respetarlo cuando, al regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio del derecho de propiedad (art. 149.1.1 CE) defina el contenido de la propiedad de los titulares de terrenos en suelo urbano. Por todo ello se acuerda plantear la cuestión de inconstitucionalidad con respecto al art. 11 de la Ley vasca 17/1994, que podría ser contrario al art. 149.1.1 CE.

4. Por providencia de 26 de octubre de 1999 la Sección Tercera de este Tribunal acordó, conforme a la regulación del art. 37.1 LOTC, oír al Fiscal General

del Estado sobre la eventual concurrencia de la causa de inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad consistente en que ésta fuera notoriamente infundada. En su escrito de alegaciones expuso el Fiscal que no podría aceptarse el argumento del Auto de planteamiento de que la cesión de aprovechamiento urbanístico careciera de «cobertura legal». La cobertura legal se la prestaría una ley autonómica, lo que es sin duda compatible con las exigencias de los arts. 33.2 y 53.1 CE. Por otra parte la jurisprudencia de este Tribunal habría declarado que las Comunidades Autónomas no necesitarían del previo establecimiento por el Estado de condiciones básicas para poder legislar sobre materias de su competencia exclusiva. Y, por último, se alega en este escrito que la STC 61/1997 hizo valer la competencia autonómica sobre urbanismo frente a la invasión producida por parte de la legislación estatal, por lo que sería un contrasentido pretender ahora apoyar en la doctrina de esa Sentencia un juicio de inconstitucionalidad del precepto legal autonómico. Por ello concluye el Fiscal que el precepto cuestionado no es contrario al art. 149.1.1 CE e interesa que se dicte Auto de inadmisión por notoria falta de fundamento de la duda de constitucionalidad.

5. Por providencia de 18 de enero de 2000 la Sección Tercera de este Tribunal acordó incorporar a los autos el mencionado escrito de alegaciones del Fiscal General del Estado; admitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad; dar traslado de las actuaciones recibidas, conforme establece el art. 37.2 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, así como al Parlamento y al Gobierno vascos, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno de la Nación, por conducto del Ministerio de Justicia, y al Fiscal General del Estado, para que pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que tuvieran por convenientes; y publicar la incoación de la cuestión en el «Boletín Oficial del Estado» y en el del País Vasco.

6. El Abogado del Estado, en representación del Gobierno de la Nación, presentó su escrito de alegaciones el 7 de febrero de 2000. En él se argumenta, en primer término, que el precepto legal cuestionado incurriría en una «vulneración directa de la Constitución»: el art. 27 LS de 1992 habría sido expulsado del ordenamiento jurídico por la STC 61/1997, por lo que el art. 11 de la Ley vasca 17/1994 habría pasado a incidir directamente en un sector normativo de titularidad estatal, como es el establecimiento de las condiciones generales (*sic*) del derecho de propiedad urbana. A juicio del Abogado del Estado se estaría ante un supuesto de inconstitucionalidad producido por un cambio en la normativa básica estatal, «aunque en este caso el cambio o derogación se haya producido involuntariamente».

En segundo lugar considera el representante procesal del Gobierno que el precepto cuestionado incurriría en una «vulneración indirecta de la Constitución». La declaración de inconstitucionalidad del art. 27 LS habría dado lugar a una laguna legal que no debe llevar en el presente caso a contrastar el art. 11 de la Ley vasca 17/1994 con la regulación de los arts. 83 y 84 LS de 1976 (que no preveían cesión de aprovechamiento en suelo urbano), sino que, en este momento de enjuiciamiento, habría que aplicar la disposición transitoria cuarta LRSV, según la cual «en los procedimientos de distribución de beneficios y cargas que no hubieran alcanzado la aprobación definitiva a la fecha de entrada en vigor de esta Ley, será de aplicación, en cuanto a la cesión de suelo en que se deba materializar el porcentaje de aprovechamiento que corresponde a la Administración actuante, el régimen urbanístico establecido en la misma».

Esta disposición transitoria sería aplicable al caso, porque todavía no se ha dictado sentencia, lo que significaría que el procedimiento de equidistribución todavía no habría sido aprobado definitivamente. Con este supuesto entraría en juego el art. 14 LRSV (cesión del 10 por 100 en suelo urbano no consolidado e inexistencia del deber de cesión en el consolidado), que determinaría la inconstitucionalidad del precepto legal cuestionado. A juicio del Abogado del Estado el supuesto planteado sería análogo al que se dio como consecuencia de la STC 45/1989, que obligó a dictar nuevas liquidaciones tributarias de acuerdo con una ley dictada con posterioridad a la declaración de inconstitucionalidad de su predecesora (la denominada «laguna parcial», que sólo se refería a la ausencia temporal de reglas con las que determinar la cuantía concreta de la deuda tributaria). En atención a todo lo expuesto concluye este escrito con la solicitud de que se dicte Sentencia que declare la inconstitucionalidad del art. 11 de la Ley vasca 17/1994, por ser contrario al art. 149.1.1 CE.

7. El Letrado del Parlamento Vasco presentó su escrito de alegaciones el 11 de febrero de 2000. A su juicio, el planteamiento en el que se apoya la cuestión de inconstitucionalidad no guardaría sintonía con la jurisprudencia constitucional. De la doctrina sobre las condiciones básicas que se contiene en la STC 61/1997 se desprendería que el art. 149.1.1 CE permitiría al Estado, cuando éste lo considerase conveniente, regular las condiciones básicas que se imponen a la legislación de las Comunidades Autónomas. Pero la inactividad estatal no puede impedir, sin embargo, a las Comunidades Autónomas ejercer sus competencias en la forma prevista en sus respectivos Estatutos de Autonomía. Sobre esta cuestión sería expresiva la doctrina de la STC 173/1998, de 23 de julio, FJ 9, según la cual «el art. 149.1.1 CE, más que delimitar un ámbito material excluyente de toda intervención de las Comunidades Autónomas, lo que contiene es una habilitación para que el Estado condicione —mediante, precisamente, el establecimiento de unas condiciones básicas uniformes— el ejercicio de esas competencias autonómicas con el objeto de garantizar la igualdad de todos los españoles». Eso es lo que, según este escrito de alegaciones, sucedería con el art. 11 de la Ley vasca 17/1994, que sólo habría sido desplazado por una condición básica estatal cuando se dictó el art. 14 LRSV, precepto que, por su parte, determinó que el legislador vasco procediera a acomodar su legislación a la nueva condición básica estatal.

Por otra parte considera el Letrado del Parlamento Vasco que el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad no se apoya en una interpretación correcta de lo que el art. 47, segundo párrafo, CE permite legislar a las Comunidades Autónomas con respecto a la función social de la propiedad urbana. La recuperación de las plusvalías generadas por la actuación urbanística puede considerarse por la ley autonómica como una de las cargas y obligaciones derivadas de la función social de la propiedad (art. 33.2 CE), cual es el caso del precepto cuestionado, sin que ningún reproche de inconstitucionalidad pueda dirigirse contra esta regulación mientras el legislador estatal no establezca condiciones básicas incompatibles con ella en virtud del art. 149.1.1 CE. Por todo ello termina este escrito con la solicitud de que se desestime la cuestión de inconstitucionalidad planteada.

8. El Letrado de los Servicios Jurídico-Centrales de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco presentó su escrito de alegaciones el 11 de febrero de 2000, conjuntamente para las cuestiones de

inconstitucionalidad núm. 4104/99 y 5042/99 (planeada esta última por el mismo órgano judicial con respecto a idéntico precepto legal). La representación del Gobierno vasco comienza su escrito con la exposición del contenido de los títulos competenciales que entran en colisión en el presente caso, para lo que se sirve de la doctrina contenida en la citada STC 61/1997. Ante la inexistencia de condiciones básicas estatales garantizadoras de la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad que se refieran a la distribución de las plusvalías urbanísticas entre el titular de un terreno y la comunidad (art. 47, párrafo segundo, CE), se plantea en este escrito una doble posibilidad interpretativa: o bien se entiende que la inactividad legislativa estatal supone que el propietario del terreno patrimonializa el 100 por 100 del aprovechamiento urbanístico en suelo urbano; o bien se entiende que la falta de ejercicio de esa competencia legislativa estatal lleva consigo una entrega a la Comunidad Autónoma de la regulación del porcentaje de cesión. Esta segunda es la interpretación que se defiende en estas alegaciones, que concluyen con la solicitud de que se dicte sentencia en la que se declare la constitucionalidad del precepto cuestionado.

9. El Fiscal General del Estado presentó su escrito de alegaciones el 14 de febrero de 2000, en el que reiteró las ya formuladas en el trámite de admisión al que se ha aludido más arriba y solicitó que se dictara Sentencia por la que se declare que el precepto cuestionado se adecúa a las exigencias del art. 149.1.1 CE.

10. Por su parte, por escrito que tuvo entrada en este Tribunal el 14 de febrero de 2000, el Presidente del Congreso de los Diputados comunicaba que el Congreso no se personaría en este proceso constitucional, ni formularía alegaciones, si bien se ponían a disposición de este Tribunal las actuaciones de la Cámara que pudieran requerirse de la Dirección de Estudios y Documentación de la Secretaría General. Y por escrito registrado el 16 de febrero de 2000 la Presidenta del Senado comunicaba que, en virtud de la delegación conferida por la Diputación Permanente de este órgano constitucional, había adoptado el acuerdo de solicitar que se tuviera a la Cámara por personada en este proceso y de ofrecer su colaboración a los efectos de lo dispuesto en el art. 88.1 LOTC.

11. El 20 de marzo de 2002 fue registrado en este Tribunal oficio de fecha 6 de marzo de 2002, remitido por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, al que se adjuntaba, entre otros testimonios, el del Auto del mismo órgano judicial, de 21 de febrero de 2002, por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo único, apartado 2, de la Ley del Parlamento Vasco 3/1997, de 25 de abril, por la que se determina la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística; el art. 2.2 de la Ley estatal 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de colegios profesionales; y el art. 2.2 del Real Decreto-ley 5/1996, de 7 de junio, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de colegios profesionales; todos ellos relativos a la cesión de aprovechamiento urbanístico en suelo urbanizable. La cuestión se plantea por posible vulneración de los arts. 149.1.1 y 148.1.3 CE y 10.31 de la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco.

El art. 2.2 del Real Decreto-ley 5/1996 y el art. 2.2 de la Ley estatal 7/1997, de idéntica redacción, disponen:

«El aprovechamiento urbanístico que corresponde al titular de un terreno en suelo urbano incluido en una unidad de ejecución y en suelo urbanizable será el que resulte de aplicar a su terreno el 90 por 100 del aprovechamiento tipo del área de reparto en que se encuentre. Si no estuviera determinado el aprovechamiento tipo se tendrá en cuenta el aprovechamiento medio de la unidad de ejecución o del correspondiente sector en que se halle.»

El artículo único, apartado 2, de la Ley vasca 3/1997 establece:

«En suelo urbanizable o apto para urbanizar corresponde al Ayuntamiento el 15 por 100 del aprovechamiento urbanístico previsto en el planeamiento vigente.»

12. Los hechos de los que deriva el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, registrada con el núm. 1661-2002, son, en síntesis, los siguientes:

a) Por Acuerdos del Pleno del Ayuntamiento de Zeberio, de 19 de diciembre de 1997, fueron aprobados definitivamente el proyecto de reparcelación y el proyecto de urbanización del Plan parcial del sector industrial de Ariltza. En la reparcelación aprobada se adjudicaba al Municipio de Zeberio una finca a la que correspondía el 15 por 100 del aprovechamiento urbanístico del sector.

b) Doña María Ángeles Altuarana Zuloaga, copropietaria de terrenos incluidos en el sector, interpuso recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco contra los mencionados Acuerdos. La demanda imputa a éstos diversas infracciones del ordenamiento jurídico. En concreto se argumenta que el aprovechamiento de cesión obligatoria para el sector reparcelado en suelo urbanizable ha de ser el 10 por 100, tras la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos del texto refundido de la Ley del suelo de 1992 que regulaban esta cuestión por la STC 61/1997, de 20 de marzo.

c) Concluida la tramitación del recurso contencioso-administrativo, y con suspensión del plazo para dictar sentencia, conforme a lo previsto en el art. 35.2 LOTC, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dictó providencias de 11 de octubre de 2001 y de 7 de diciembre de 2001 por las que se acordaba oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que alegaran lo que tuvieran por conveniente sobre la pertinencia de promover este proceso constitucional con respecto a los preceptos mencionados del Real Decreto-ley 5/1996, de la Ley estatal 7/1997 y de la Ley vasca 3/1997. La representación procesal de la Sra. Altuarana concluía ambos escritos de alegaciones con la solicitud de que se planteara la cuestión de inconstitucionalidad. En los suyos el Ayuntamiento de Zeberio se oponía al planteamiento de la cuestión. El Ministerio Fiscal no se oponía al planteamiento de la misma.

13. En el Auto de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco por el que se decide plantear la cuestión de inconstitucionalidad se justifica, en primer término, la aplicabilidad al caso del art. 2.2 de la Ley estatal 7/1997 y del artículo único, apartado 2, de la Ley vasca 3/1997, ambos reguladores de la cesión de aprovechamiento en suelo urbanizable. Según el Auto la contradicción entre ambos preceptos es «palmaria y evidente»: el primero establece un deber de cesión del 10 por 100 del aprovechamiento lucrativo para los propietarios de esa clase de suelo y el segundo una cesión del 15 por 100. El conflicto entre ambas normas no

podría ser resuelto entendiendo que el precepto estatal desplazó en el territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco su propia regulación, porque la norma estatal entró en vigor antes que la vasca y fue dictada expresamente como norma de carácter básico conforme al art. 149.1, números 1, 8, 13, 18 y 23 CE (disposición final primera de la Ley 7/1997). En efecto, la Ley estatal 7/1997 entró en vigor el día 16 de abril de 1997 y la Ley vasca 3/1997 el 27 de abril de 1997. Y tampoco podría inaplicarse, sin más, la Ley vasca, tras constatar su contrariedad evidente a la Ley estatal, pues es sólo competencia del Tribunal Constitucional la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, también de las autonómicas [art. 153 a) LOTC].

Continúa la argumentación del Auto de planteamiento de la cuestión destacando que, si el artículo único, apartado 2, de la Ley vasca 3/1997 fuera inconstitucional por oposición a un precepto básico estatal, quedaría sin cobertura legal la cesión del 15 por 100 del aprovechamiento que ha aplicado el municipio en la reparcelación. Esa inconstitucionalidad y la consiguiente nulidad llevarían a la aplicación del art. 2.2 de la Ley estatal 7/1997, que prevé la cesión sólo del 10 por 100. Pero, a juicio de la Sección, este precepto también es de dudosa constitucionalidad, pues basta la lectura de la STC 61/1997, de 20 de marzo (publicada en el BOE con posterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley del Estado), para concluir que los mismos argumentos con que se declaró la inconstitucionalidad del art. 27 (apartados 1, 2 y 4) LS de 1992 son aplicables al mencionado art. 2.2 de la Ley 7/1997: el carácter fijo y no mínimo de la cesión de aprovechamiento prevista en la Ley estatal y la utilización de concretas técnicas urbanísticas (aprovechamiento tipo, áreas de reparto) vulnerarían los arts. 149.1.1 CE (por lo que se refiere a la competencia estatal para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio del derecho de propiedad) y 148.1.3 CE (competencia autonómica en materia de urbanismo), según se expone en el fundamento jurídico 17 c) de la citada STC 61/1997.

La inconstitucionalidad y nulidad del art. 2.2 de la Ley 7/1997 harían recobrar su vigencia al art. 2.2 del Decreto-ley 5/1996, que tiene el mismo contenido, por lo que cabría también imputarle la misma infracción constitucional. Por su parte la inconstitucionalidad y nulidad de este precepto del Decreto-ley harían recobrar su vigencia a la LS de 1976, que prevé en su art. 84.3 b) la cesión del 10 por 100 del aprovechamiento medio del sector. Por todo ello, el órgano judicial plantea la cuestión de inconstitucionalidad con respecto al artículo único, apartado 2, de la Ley vasca 3/1997, por posible vulneración del art. 149.1.1 CE; y del art. 2.2 del Real Decreto-ley 5/1996 y del art. 2.2 de la Ley estatal 7/1997, por posible vulneración de las competencias que en materia de urbanismo corresponden a la Comunidad Autónoma del País Vasco en virtud del art. 10.3.1 de su Estatuto de Autonomía.

14. Por providencia de 16 de julio de 2002 la Sección Tercera de este Tribunal acordó admitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad; dar traslado de las actuaciones recibidas, conforme establece el art. 37.2 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, así como al Parlamento y al Gobierno vascos, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno de la Nación, por conducto del Ministerio de Justicia, y al Fiscal General del Estado, para que pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que tuvieran por convenientes; y publicar la incoación de la cuestión en el Boletín Oficial del Estado y en el del País Vasco.

15. Por escrito registrado en este Tribunal el 31 de julio de 2002 presentó sus alegaciones el Abogado del Estado, en representación del Gobierno de la Nación. Comienza este escrito, por una parte, destacando que, a diferencia de otras cuestiones de inconstitucionalidad promovidas por el mismo órgano judicial con respecto al artículo único de la Ley vasca 3/1997, en ésta se incluye también en la duda de constitucionalidad al art. 2.2 del Real Decreto-ley 5/1996 y al art. 2.2 de la Ley estatal 7/1997, que regulan la misma materia que la citada Ley vasca de forma patentemente incompatible con ésta. Por otra parte destaca el Abogado del Estado que, a su juicio, no sería relevante para el caso que tiene que resolver el Tribunal Superior de Justicia el art. 2.2 del Real Decreto-ley 5/1996, sino sólo el art. 2.2 de la Ley estatal 7/1997, que era la única Ley estatal vigente reguladora de la cesión de aprovechamiento en suelo urbanizable en el momento en que se dictó el acto administrativo impugnado. La Ley 7/1997 es la «ley de conversión» del Real Decreto-ley 5/1996, que sustituiría la regulación de la disposición legislativa extraordinaria «con los efectos retroactivos inherentes a su objeto» (STC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 2), de forma tal que la eventual declaración de inconstitucionalidad de la ley de conversión por incompetencia no haría recobrar su vigencia al precepto del Decreto-ley, sino que tendría como consecuencia abrir camino directamente a la aplicación del art. 84.3 b) LS de 1976, norma que estaría amparada en el art. 149.1.1 CE.

Argumenta, a continuación, el Abogado del Estado, que si se considerara aplicable la doctrina del *ius superveniens* a las cuestiones de inconstitucionalidad que envuelven un «problema de delimitación competencial» (STC 28/1997, de 13 de febrero, FJ 2), habría que concluir en la inconstitucionalidad del precepto autonómico, que es manifiestamente incompatible con el art. 18.4 LRSV, lo que se deduciría de lo declarado en las SSTC 164/2001, de 11 de julio (FFJJ 22 y 30); y 54/2002, de 27 de febrero. Pero aunque se prescindiera del art. 18.4 LRSV sería evidente la contradicción que se da entre la regulación del precepto vasco y la de los arts. 2.2 de la Ley estatal 7/1997 y 84.3 b) LS de 1976, ambos amparados en la competencia del art. 149.1.1 CE. Nada podría oponerse a que se considere el art. 84.3 b) LS de 1976 como una «condición básica». La limitación a la inferencia de bases a partir de la legislación preconstitucional (STC 37/2002, de 14 de febrero, FJ 9) no sería aquí aplicable, porque la competencia para establecer condiciones básicas no se encuadra en el esquema de distribución competencial «bases-desarrollo»; y porque, en todo caso, falta el presupuesto establecido por la citada STC 37/2002 para excluir la inferencia de bases —que el legislador postconstitucional establezca válidamente bases o condiciones básicas «de manera aparentemente completa e innovadora»—, pues, cuando se aprobó la Ley vasca 3/1997, ya se había publicado la STC 61/1997, de 20 de marzo, y habría recobrado su vigencia el art. 84.3 b) LS de 1976.

A juicio del Abogado del Estado, aunque el art. 2.2 de la Ley estatal 7/1997 debiera considerarse inconstitucional, no podría negarse que el 84.3 b) LS de 1976 (cesión del 10 por 100 del aprovechamiento medio) estaría amparado por el art. 149.1.1 CE y que el precepto vasco cuestionado (cesión del 15 por 100 del aprovechamiento) es incompatible con aquél. Por lo expuesto solicita la representación procesal del Gobierno de la Nación que se dicte sentencia parcialmente estimatoria de la cuestión, en la que se declare la inconstitucionalidad y nulidad del apartado 2 del artículo único de la Ley vasca 3/1997, y desestimatoria en todo lo demás.

16. El Letrado del Parlamento Vasco presentó su escrito de alegaciones el 1 de agosto de 2002, en el que se reprodujeron las formuladas en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4104-1999, de las que se ha dado cuenta más arriba, y se solicitaba que se desestimara la cuestión de inconstitucionalidad planteada.

17. Por escrito que fue registrado en este Tribunal el 10 de septiembre de 2002 formuló sus alegaciones la Letrada de los Servicios Jurídico-Centrales de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco. La representación procesal del Gobierno vasco comienza su escrito con una exposición del contenido de los títulos competenciales que deben tenerse en cuenta para pronunciarse sobre la constitucionalidad del precepto cuestionado. Por una parte, la Comunidad Autónoma del País Vasco es competente en materia de urbanismo, con el alcance que a esta materia se dio en la STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 6 a), que incluiría la determinación, en lo pertinente, del régimen jurídico del suelo, en tanto que soporte de la actividad transformadora que implica la urbanización y edificación. Por otra parte, al Estado corresponde la fijación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio del derecho de propiedad urbana (art. 149.1.1 CE), título competencial que, sin embargo, no permitiría a la ley estatal la delimitación completa y acabada del aprovechamiento urbanístico, porque eso excedería por definición de lo que son las condiciones básicas.

La Letrada de los Servicios Jurídico-Centrales de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco argumenta, a continuación, que el aprovechamiento urbanístico, en la legislación española desde 1956, no formaría parte de las condiciones básicas de la propiedad, pues la obtención del mencionado aprovechamiento por parte de los propietarios de suelo dependería de la decisión que se adopta en el planeamiento urbanístico y se articularía a través de diversas técnicas jurídicas previstas en la ley. A ello habría que añadir que sería incontrovertible la relación entre planeamiento y plusvalía, que existe un mandato constitucional de recuperación de estas plusvalías por la comunidad (art. 47 CE) y que es el legislador vasco el que, a través del precepto cuestionado de la Ley 3/1997, ha regulado la cuantía de la plusvalía que debe retornar a la comunidad. El escrito de alegaciones termina destacando que la consideración de que la cesión de aprovechamiento urbanístico deba ser idéntica para todos los propietarios desconocería tanto la jurisprudencia constitucional como la doctrina tradicional que separa el derecho de propiedad y el *ius aedificandi*, por lo que se interesa que se dicte sentencia por la que se declare la constitucionalidad del artículo único, apartado 2, de la Ley vasca 3/1997.

18. El Fiscal General del Estado presentó su escrito de alegaciones el 13 de septiembre de 2002. Tras la exposición de los antecedentes justifica el Ministerio Fiscal que su análisis comience, de forma distinta a lo que sucede en el Auto de planteamiento de la cuestión, por el examen de la constitucionalidad de los preceptos estatales, porque éstos serían, en términos de la STC 54/2002, de 27 de febrero, FJ 4, «canon complementario de constitucionalidad», función que no podrían cumplir si se declararan inconstitucionales. Para proceder al mencionado análisis debe partirse de la doctrina contenida en las SSTC 61/1997, de 20 de marzo; 164/2001, de 11 de julio; y 54/2002, de 27 de febrero.

En concreto la STC 61/1997 [FJ 17 c)] declaró la inconstitucionalidad del art. 27 LS de 1992 por el carácter fijo y no mínimo de la determinación del aprove-

chamiento susceptible de apropiación por los propietarios y por la remisión de la regulación de esta cuestión a un complejo entramado de concretas técnicas urbanísticas (áreas de reparto, aprovechamiento tipo) que pertenecen al ámbito de la competencia sobre urbanismo. Por el contrario el art. 14.2 LRSV no fue declarado inconstitucional por la STC 164/2001 con apoyo en varias consideraciones: en primer término, que se trata de una norma de igualación que prevé un porcentaje máximo de cesión, que puede ser objeto de modificación por la legislación autonómica; y, en segundo término, que dicho porcentaje máximo de cesión deja espacio a que la Comunidad Autónoma decida, por una parte, si el suelo cedido debe aportarse o no libre de costes de urbanización, y, por otra, tanto los ámbitos de equidistribución como la fórmula para el cálculo del aprovechamiento de referencia. Finalmente la STC 54/2002, declaró inconstitucional el apartado primero del artículo único de la Ley vasca 11/1998, en la medida en que obligaba a la cesión de aprovechamiento en todo el suelo urbano, sin distinguir entre los propietarios de suelo urbano consolidado y los de suelo urbano no consolidado, distinción imperativa para la legislación autonómica, efectos de cesión, según los arts. 8 y 14 LRSV.

Los preceptos cuestionados estatales del Real Decreto-ley 5/1996 y de la Ley 7/1997 son anteriores a la publicación de la STC 61/1997 en el BOE de 25 de abril de 1997, de forma tal que aquéllos se integraban en la regulación de la LS de 1992 y de ellos cabría predicar los mismos vicios de inconstitucionalidad que se declararon en la Sentencia mencionada con respecto al art. 27 LS de 1992: porcentaje fijo de la cesión de aprovechamiento y fijación del mismo por referencia a un complejo entramado de concretas técnicas urbanísticas. A juicio del Fiscal General del Estado podría aceptarse que, cuando se interpuso el recurso contencioso-administrativo del que deriva la cuestión de inconstitucionalidad, el segundo de los vicios mencionados ya hubiera sido subsanado, porque la propia legislación autonómica contenía la regulación de las técnicas urbanísticas de las que se vale la fijación del porcentaje de cesión (disposición adicional única de la Ley vasca 3/1997). Pero bastaría con la primera tacha mencionada para considerar que son inconstitucionales los arts. 2.2 del Real Decreto-ley 5/1996 y 2.2 de la Ley 7/1997.

La inconstitucionalidad de los preceptos legales estatales impediría que estos actuasen (como hizo el art. 14.1 LRSV en el supuesto de la STC 54/2002) como «canon complementario de constitucionalidad». Tampoco podría cumplir esa función el art. 84.1 b) LS de 1976, porque dicha norma no pudo prever ni la existencia ni la competencia urbanística de las Comunidades Autónomas. En opinión del Ministerio Fiscal esto situaría la argumentación en una vía con dos salidas posibles: o se considera que no existía deber alguno de cesión, o se entiende que la declaración de inconstitucionalidad del art. 27 LS de 1992 equivale a una falta de ejercicio por el Estado de su competencia para fijar las condiciones básicas (art. 149.1.1 CE), lo que permitiría a las Comunidades Autónomas, mientras existiera ese vacío, fijar los porcentajes de cesión que consideraran procedentes en el marco del respeto a otros principios constitucionales.

El Fiscal General del Estado expresa su opinión favorable a la segunda opción por dos motivos: porque la falta de ejercicio conforme a la Constitución de las competencias estatales no debería suponer obstáculo para que las Comunidades Autónomas ejerzan las suyas; y, en relación con ello, porque no podría negarse que la fijación por la Comunidad Autónoma de un porcentaje de aprovechamiento es una decisión que se sitúa en

el marco de sus competencias sobre urbanismo (sobre todo, si se tiene en cuenta el mandato del art. 47, segundo párrafo, CE), aunque esa decisión pueda estar limitada por las condiciones básicas estatales dictadas de acuerdo con el art. 149.1.1 CE. En atención a todo lo expuesto el escrito concluye solicitando que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 2.2 del Real Decreto-ley 5/1996 y 2.2 de la Ley 7/1997 y que se desestime la cuestión con respecto al artículo único, apartado 2, de la Ley vasca 3/1997. Por otro sí pide el Fiscal que se acumule la presente cuestión de inconstitucionalidad con la registrada con el núm. 2652-2002, que tiene como objeto los mismos preceptos legales y se funda en idénticas dudas de constitucionalidad.

19. Por escrito que tuvo entrada en este Tribunal el 31 de julio de 2002 el Presidente del Congreso de los Diputados comunicaba que el Congreso no se personaría en este proceso constitucional, ni formularía alegaciones, si bien se ponían a disposición de este Tribunal las actuaciones de la Cámara que pudieran requerirse de la Dirección de Estudios y Documentación de la Secretaría General. Y por escrito registrado el 13 de septiembre de 2002 la Presidenta del Senado comunicaba que la Mesa de la Cámara había adoptado el acuerdo de solicitar que se la tuviera por personada en este proceso y de ofrecer su colaboración a los efectos de lo dispuesto en el art. 88.1 LOTC.

20. Por providencia de 21 de octubre de 2003 la Sección Tercera de este Tribunal acordó oír al Ministerio Fiscal, al Abogado del Estado y a las representaciones procesales del Parlamento y del Gobierno vascos para que alegaran lo que estimaran pertinente sobre la acumulación de las cuestiones de inconstitucionalidad 4104/99 y 1661-2002. La primera es la más antigua de las planteadas con relación al art. 11 de la Ley del Parlamento Vasco 17/1994, de 30 de junio, de medidas urgentes en materia de vivienda y gestión urbanística (precepto regulador de la cesión de aprovechamiento urbanístico aplicable en el País Vasco). La segunda, planteada con respecto al artículo único de la Ley del Parlamento Vasco 3/1997, de 25 de abril, por la que se determina la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística (que también regula la misma materia), a diferencia de las cuestiones de inconstitucionalidad ya promovidas por el mismo órgano judicial con respecto a este mismo precepto, extiende las dudas de constitucionalidad a dos preceptos estatales, de regulación íntimamente vinculada a la mencionada, y sobre cuya constitucionalidad podría ser conveniente pronunciarse en una única decisión: el art. 2 del Real Decreto-ley 5/1996, de 7 de junio, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de colegios profesionales; y el art. 2 de la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de colegios profesionales.

21. El Abogado del Estado presentó su escrito de alegaciones el 27 de octubre de 2003, en el que manifestaba no oponerse a la acumulación. La Letrada de los Servicios Jurídico-Centrales de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco presentó su escrito de alegaciones el 4 de noviembre de 2003, en el que manifestaba que, a su juicio, concurría el elemento de conexión objetiva a que se refiere el art. 83 LOTC. El escrito del Fiscal General del Estado tuvo entrada en este Tribunal el 5 de noviembre de 2003; y en él el Ministerio Fiscal manifestó no oponerse a la acumulación.

22. El Pleno de este Tribunal, por Auto de 10 de febrero de 2004, acordó, conforme a lo dispuesto en el art. 83 LOTC, acumular la cuestión de inconstitucionalidad

núm. 1661-2002 a la registrada con el núm. 4104/99.

23. Por providencia de 19 de octubre de 2004, se señaló para la deliberación y fallo de la presente Sentencia el día 21 de octubre siguiente.

II. Fundamentos jurídicos

1. Plantea la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dos cuestiones de inconstitucionalidad, que han sido acumuladas, en relación, la primera (cuestión de inconstitucionalidad núm. 4104/99), con el art. 11 de la Ley del Parlamento Vasco 17/1994, de 30 de junio, de medidas urgentes en materia de vivienda, de tramitación de los instrumentos de planeamiento y gestión urbanística; y la segunda (cuestión de inconstitucionalidad núm. 1661-2002), con los siguientes preceptos que, como aquél, también tienen como objeto la regulación del deber de cesión de aprovechamiento urbanístico: el art. 2.2 del Real Decreto-ley 5/1996, de 7 de junio, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de colegios profesionales; el art. 2.2 de la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de colegios profesionales; y el artículo único, apartado 2, de la Ley del Parlamento Vasco 3/1997, de 25 de abril, por la que se determina la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística.

El art. 11 de la citada Ley vasca 17/1994 dispone:

«En el suelo urbano de todos los municipios de la Comunidad Autónoma del País Vasco el aprovechamiento susceptible de apropiación por el titular de un terreno mediante el cumplimiento de los deberes legalmente establecidos será el siguiente:

a) En los municipios en los que sea de aplicación íntegra el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, el resultado de referir a la superficie del terreno de su propiedad el 85 por 100 del aprovechamiento tipo del área de reparto en que esté comprendido, o, en su caso, y hasta tanto no se produzca en tales municipios la fijación de dicho aprovechamiento tipo, el resultado de referir a la misma superficie el 85 por 100 del aprovechamiento medio de la unidad de ejecución correspondiente, calculado en los términos de la disposición adicional segunda del citado real decreto legislativo.

b) En los municipios en los que no sea de íntegra aplicación el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, el resultado de referir a la superficie del terreno de su propiedad el 85 por 100 del aprovechamiento medio de la unidad de ejecución correspondiente, calculado en los términos de la disposición adicional segunda del citado real decreto legislativo.

c) En cualquiera de los municipios comprendidos en las dos letras anteriores, y cuando el terreno de su propiedad no esté o no deba quedar incluido en una unidad de ejecución, el resultado de referir a la superficie del mismo el 85 por 100 del aprovechamiento permitido en él por el planeamiento en vigor».

El art. 2 del Real Decreto-ley 5/1996 (del que sólo su apartado 2 es objeto de una de las cuestiones planteadas) establece:

«Art. 2. Aprovechamiento y cesión de suelo a los Ayuntamientos.

1. En suelo urbano el aprovechamiento urbanístico del titular de un terreno no incluido en una unidad de ejecución será el que resulte de aplicar el aprovechamiento tipo del área de reparto en el que se encuentre

o, en su defecto, de la aplicación directa de las ordenanzas o normas urbanísticas de la parcela.

2. El aprovechamiento urbanístico que corresponde al titular de un terreno en suelo urbano incluido en una unidad de ejecución y en suelo urbanizable será el que resulte de aplicar a su terreno el 90 por 100 del aprovechamiento tipo del área de reparto en que se encuentre. Si no estuviera determinado el aprovechamiento tipo se tendrá en cuenta el aprovechamiento medio de la unidad de ejecución o del correspondiente sector en que se halle.

3. Las obras de rehabilitación y la sustitución de la edificación sin aumento del volumen construido, aun en los casos de hallarse en el ámbito de una unidad de ejecución, no darán lugar a cesiones de aprovechamiento tipo a la corporación.»

La regulación del art. 2 de la Ley estatal 7/1997—sólo su apartado 2 es objeto de las presentes cuestiones de inconstitucionalidad— es semejante, pero no idéntica, a la del precepto que se acaba de transcribir; difieren en parte los apartados 1 y 3:

«Art. 2. Aprovechamiento y cesión de suelo a los Ayuntamientos.

1. En suelo urbano el aprovechamiento urbanístico del titular de un terreno no incluido en una unidad de ejecución será el que resulte de aplicar el aprovechamiento tipo del área de reparto en el que se encuentre o, cuando así proceda en virtud de la legislación urbanística, de la aplicación directa de las ordenanzas o normas urbanísticas de la parcela.

2. El aprovechamiento urbanístico que corresponde al titular de un terreno en suelo urbano incluido en una unidad de ejecución y en suelo urbanizable será el que resulte de aplicar a su terreno el 90 por 100 del aprovechamiento tipo del área de reparto en que se encuentre. Si no estuviera determinado el aprovechamiento tipo se tendrá en cuenta el aprovechamiento medio de la unidad de ejecución o del correspondiente sector en que se halle.

3. En suelo urbano, las unidades de ejecución cuyo objeto sea la reforma, renovación o mejora urbana, así como las obras de rehabilitación y la sustitución de la edificación sin aumento del volumen construido no darán lugar a transferencias ni a cesiones de aprovechamiento.»

El órgano judicial *a quo*, por último, también proyecta la duda de constitucionalidad sobre el apartado 2 del artículo único de la Ley vasca 3/1997, cuyo texto completo es el siguiente:

«Artículo único. La participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística de los entes públicos se llevará a efecto en la siguiente forma:

1. En suelo urbano corresponde al Ayuntamiento el 15 por 100 del aprovechamiento urbanístico previsto en el planeamiento vigente.

En el supuesto de obras de rehabilitación, únicamente corresponderá al Ayuntamiento el 15 por 100 del incremento del aprovechamiento urbanístico sobre el anteriormente edificado.

2. En suelo urbanizable o apto para urbanizar corresponde al Ayuntamiento el 15 por 100 del aprovechamiento urbanístico previsto en el planeamiento vigente.»

2. Conviene a efectos expositivos, antes incluso de hacer referencia a la fundamentación con la que los Autos de planteamiento de las cuestiones justifican las dudas de constitucionalidad que suscitan al órgano judi-

cial que las promueve los preceptos transcritos, situar éstos en el contexto de la evolución legislativa de la regulación de la cesión de aprovechamiento aplicable en el territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

El art. 27 del texto refundido de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio (LS de 1992) dispuso que el aprovechamiento susceptible de apropiación por el titular de un terreno (tanto en suelo urbano como urbanizable) era el 85 por 100 del aprovechamiento tipo del área de reparto en que se encuentre aplicado a la superficie de la parcela (apartado 1). Se establecía, en consecuencia, un deber de cesión del 15 por 100 del aprovechamiento tipo. La misma regla (el mismo porcentaje de aprovechamiento patrimonializable por los propietarios y el de cesión obligatoria al municipio) regía, para los supuestos en los que la ejecución del planeamiento se realizara a través de las denominadas unidades de ejecución, en relación con el conjunto de propietarios integrados en las mismas (apartado 2).

Dado que la regulación de la Ley del suelo de 1992 sobre áreas de reparto y aprovechamiento tipo no era aplicable al suelo urbano de todos los municipios (disposición adicional primera LS de 1992), era necesario definir cuál sería el aprovechamiento de referencia (el aprovechamiento al que aplicar el porcentaje correspondiente) en el suelo urbano de los mencionados municipios: ese aprovechamiento de referencia era el aprovechamiento medio, si el terreno estaba incluido en una unidad de ejecución, y el permitido directamente por el planeamiento para la parcela, en caso contrario (apartado 4). En estos municipios, además, el porcentaje de cesión no había de ser necesariamente el 15 por 100, puesto que el art. 27.4 LS de 1992 establecía un porcentaje de aprovechamiento susceptible de apropiación, con carácter mínimo, del 85 por 100. Las Comunidades Autónomas podían completar la regulación relativa a la determinación de los municipios a los que debía aplicarse la regulación de las áreas de reparto y el aprovechamiento tipo y, para estas entidades locales, disponer, dentro del marco al que se acaba de hacer referencia, qué concreto porcentaje de aprovechamiento debía cederse obligatoriamente (disposición adicional primera LS de 1992).

En el contexto de esta remisión a la legislación autonómica que efectuaba el texto refundido de la Ley del suelo de 1992 se sitúa la regulación del art. 11 de la Ley vasca 17/1994, arriba transcrito, que disponía, en síntesis, por una parte, que el porcentaje de cesión sería del 15 por 100 en el suelo urbano de todos los municipios del País Vasco; y, por otra, cuáles eran los aprovechamientos de referencia sobre los que aplicar dicho porcentaje: aprovechamiento tipo, aprovechamiento medio o aprovechamiento directamente atribuido por el planeamiento en vigor.

Casi dos años más tarde, en el marco de las primeras medidas económicas de liberalización adoptadas por el Gobierno surgido de las elecciones generales de 1996, se dictó el Real Decreto-ley 5/1996 que, en lo que aquí interesa, dispuso que el propietario de terrenos en suelo urbano no incluidos en una unidad de ejecución patrimonializara el 100 por 100 del aprovechamiento de referencia; y que el resto de los propietarios del suelo urbano y todos los de terrenos situados en suelo urbanizable patrimonializaran el 90 por 100 del aprovechamiento de referencia, con lo que el deber de cesión se reducía, para estos casos, al 10 por 100 del aprovechamiento urbanístico aplicable (art. 2 del Real Decreto-ley, ya transcrito). La regulación mencionada se tramitó como proyecto de ley y fue aprobada, con las ligeras modifica-

ciones a las que más arriba se ha hecho referencia, como art. 2 de la Ley estatal 7/1997, de 14 de abril.

Esta Ley fue publicada en el «Boletín Oficial del Estado» de 15 de abril de 1997 y entró en vigor al día siguiente (disposición final tercera de la Ley 7/1997). El 25 de abril de 1997 se publicaba en el «Boletín Oficial del Estado» la STC 61/1997, de 20 de marzo, dictada en los recursos de inconstitucionalidad acumulados interpuestos contra el texto refundido de la Ley del suelo de 1992, que declaró la inconstitucionalidad y nulidad de su art. 27 (entre otros muchos preceptos) por los motivos a los que más adelante se hará detallada referencia.

El 26 de abril de 1997 (el día siguiente al de la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de la STC 61/1997) se publicó en el «Boletín Oficial del País Vasco» la Ley vasca 3/1997 (que entró en vigor al día siguiente de esta publicación, según su disposición final). Esta Ley establecía, en su artículo único (transcrito arriba), que en el territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco se cedería el 15 por 100 del aprovechamiento de referencia (tipo, medio, atribuido por el plan, etc.) tanto en suelo urbano como en suelo urbanizable (o apto para urbanizar). La disposición adicional única de la Ley vasca 3/1997 incorporaba como Derecho autonómico parte de la regulación del texto refundido de la Ley del suelo de 1992 que había sido declarada inconstitucional por haber sido dictada por el Estado incurriendo en incompetencia (reglas para la delimitación de las áreas de reparto, fórmula para calcular el aprovechamiento tipo y otras determinaciones vinculadas a éstas).

La evolución posterior de la regulación del aprovechamiento urbanístico de cesión obligatoria aplicable en el territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco, a la que no es necesario hacer referencia ahora, se expone en la STC 54/2002, de 27 de febrero (dictada en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el artículo único, apartado 1, de la Ley vasca 11/1998, de 20 de abril, de modificación de la Ley 3/1997, de 25 de abril, por la que se determina la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística), FJ 2.

3. El Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4104/99 centra la duda de constitucionalidad que suscita al órgano judicial *a quo* el art. 11 de la Ley vasca 17/1994, en síntesis, en el pronunciamiento relativo a si una Comunidad Autónoma puede establecer, en ejercicio de su competencia exclusiva en materia de urbanismo, una cesión de aprovechamiento urbanístico en suelo urbano, sin que previamente, en el ejercicio de la competencia que el art. 149.1.1 CE reserva al Estado, éste haya fijado dicha cesión como condición básica del ejercicio del derecho de propiedad en suelo urbano. El art. 11 de la Ley vasca 17/1994 se enmarcaría en el contexto de la definición del contenido del derecho de propiedad sobre terrenos situados en suelo urbano que había llevado a cabo el art. 27 LS de 1992. Pero, declarada la inconstitucionalidad de dicho precepto estatal, se suscita la cuestión relativa a si es constitucionalmente posible la regulación del precepto legal vasco sin que exista una norma del Estado que establezca, no ya los límites de la cesión de aprovechamiento en suelo urbano, sino la misma obligatoriedad de esa cesión en dicha clase de suelo, que no estaba prevista en el texto refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana, aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril (LS de 1976). Este texto refundido preconstitucional habría recobrado su vigencia como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de la disposición derogatoria única, apartado 1, del texto refundido de la Ley del suelo de 1992 [STC 61/1997, FJ 12 d)], salvo, evidentemente,

en lo que de aquél haya sido derogado tácitamente por los preceptos de la Ley del suelo de 1992 no declarados inconstitucionales.

Sin perjuicio de hacer alusiones concretas más detalladas a las alegaciones de las partes que han comparecido en este proceso constitucional, debe consignarse ahora que el Abogado del Estado considera inconstitucional el precepto vasco cuestionado por dos motivos: porque, como consecuencia de la expulsión del ordenamiento jurídico del art. 27 LS de 1992, el art. 11 de la Ley vasca 17/1994 habría pasado a incidir sobrevenidamente en un sector normativo de titularidad estatal, como es el del establecimiento de las condiciones generales (sic) del derecho de propiedad urbana; y porque, además, la cesión del 15 por 100 del aprovechamiento urbanístico que establece el precepto legal vasco debe contrastarse hoy con lo dispuesto por el art. 14 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones (LRSV), según el cual existe un deber de cesión del 10 por 100 del aprovechamiento en suelo urbano no consolidado y no existe deber de cesión en el consolidado.

El Letrado del Parlamento Vasco, por su parte, considera constitucional el precepto legal autonómico cuestionado, pues de la doctrina sobre las condiciones básicas que se contiene en la jurisprudencia constitucional (especialmente en la STC 61/1997, de 20 de marzo) se desprendería que el art. 149.1.1 CE permitiría al Estado, cuando éste lo considerase conveniente, regular las condiciones básicas que se imponen a la legislación de las Comunidades Autónomas; pero la inactividad estatal no podría impedir, sin embargo, a las Comunidades Autónomas ejercer sus competencias en materia de urbanismo en la forma prevista en sus respectivos Estatutos de Autonomía. Por otra parte la recuperación de las plusvalías generadas por la actuación urbanística puede considerarse por la ley autonómica, en virtud de lo dispuesto por el art. 47, segundo párrafo, CE, como una de las cargas y obligaciones derivadas de la función social de la propiedad (art. 33.2 CE), como hace la regulación contenida en el precepto cuestionado, sin que ningún reproche de inconstitucionalidad pueda dirigirse contra la mencionada regulación mientras el legislador estatal no establezca condiciones básicas incompatibles con ella en virtud del art. 149.1.1 CE. Esta argumentación coincide sustancialmente con la del Letrado de los Servicios Jurídico-Centrales de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

El Fiscal General del Estado, por último, considera que el art. 11 de la Ley vasca 17/1994 no vulnera la competencia que al Estado reserva el art. 149.1.1 CE. En primer término, porque las Comunidades Autónomas no necesitarían del previo establecimiento por el Estado de condiciones básicas para poder legislar sobre materias de su competencia exclusiva. Y, de otra parte, porque sería un contrasentido que después de que la STC 61/1997 hiciera valer la competencia autonómica sobre urbanismo frente a la invasión producida por parte de la legislación estatal, se pretenda ahora apoyar en la doctrina de esa Sentencia un juicio de inconstitucionalidad del precepto legal autonómico.

4. El Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1661-2002 y las alegaciones de las partes comparecidas delimitan unos términos de debate claramente análogos a los de la cuestión a la que aquélla ha sido acumulada para su resolución en una única sentencia. El proceso *a quo* deriva de la impugnación de una reparcelación en suelo urbanizable a la que la Administración urbanística había aplicado un porcentaje de cesión del 15 por 100 del aprovechamiento del sector. A juicio del órgano judicial la contradicción entre los dos preceptos en principio aplicables —el art.

2.2 de la Ley estatal 7/1997, que establece la cesión del 10 por 100 del aprovechamiento, y el artículo único, apartado 2, de la Ley vasca 3/1997, que obliga a una cesión del 15 por 100—, es «palmaria y evidente». Si el precepto legal vasco fuera inconstitucional, por oposición a un precepto básico estatal, quedaría sin cobertura legal la cesión del 15 por 100 del aprovechamiento que ha aplicado el municipio en la reparcelación. Esa inconstitucionalidad y la consiguiente nulidad llevarían a la aplicación del art. 2.2 de la Ley estatal 7/1997, que prevé la cesión sólo del 10 por 100. Pero, a juicio de la Sección, este precepto también es de dudosa constitucionalidad, pues basta la lectura de la STC 61/1997, de 20 de marzo (publicada en el BOE con posterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley del Estado), para concluir que los mismos argumentos con que se declaró la inconstitucionalidad del art. 27 (apartados 1, 2 y 4) LS de 1992 son aplicables al mencionado art. 2.2 de la Ley 7/1997: el carácter fijo y no mínimo de la cesión de aprovechamiento prevista en la Ley estatal y la utilización de concretas técnicas urbanísticas (aprovechamiento tipo, áreas de reparto) vulnerarían los arts. 149.1.1 CE (por lo que se refiere a la competencia estatal para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio del derecho de propiedad) y 148.1.3 CE (competencia autonómica en materia de urbanismo), según se expone en el fundamento jurídico 17 c) de la citada STC 61/1997.

La inconstitucionalidad y nulidad del art. 2.2 de la Ley 7/1997 harían recobrar su vigencia al art. 2.2 del Decreto-ley 5/1996, que tiene el mismo contenido, por lo que cabría también imputarle la misma infracción constitucional. Por su parte la inconstitucionalidad y nulidad de este precepto del Real Decreto-ley harían recobrar su vigencia al texto refundido de la Ley del suelo de 1976, que prevé en su art. 84.3 b) la cesión del 10 por 100 del aprovechamiento medio del sector.

Aparte de dos alegaciones concretas del Abogado del Estado a las que se dará respuesta específica más adelante, considera, en síntesis, la representación procesal del Gobierno de la Nación, que aun cuando el art. 2.2 de la Ley estatal 7/1997 debiera estimarse inconstitucional, no podría negarse que el 84.3 b) LS de 1976 (cesión del 10 por 100 del aprovechamiento medio) estaría amparado por el art. 149.1.1 CE, y que el precepto vasco cuestionado (cesión del 15 por 100 del aprovechamiento) es incompatible con aquél. El Letrado del Parlamento Vasco, por su parte, reprodujo en esta cuestión las alegaciones que había formulado en la registrada con el núm. 4109/99.

La Letrada de los Servicios Jurídico-Centrales de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco considera que la competencia autonómica sobre urbanismo incluiría la determinación, en lo pertinente, del régimen jurídico del suelo y, con ello, del porcentaje de aprovechamiento de cesión obligatoria, mientras el Estado no fije de acuerdo con la Constitución las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad urbana. Por otra parte la representación procesal del Gobierno Vasco defiende la constitucionalidad del artículo único de la Ley vasca 3/1997 con el argumento de que el aprovechamiento urbanístico, en la legislación española desde 1956, no formaría parte de las condiciones básicas de la propiedad, pues la obtención del mencionado aprovechamiento por parte de los propietarios de suelo dependería de la decisión que se adopte en el planeamiento urbanístico y se articularía a través de diversas técnicas jurídicas previstas en la ley; a lo que habría que añadir que sería incontrovertible la relación entre planeamiento y plusvalía; que existe un mandato constitucional de recuperación de estas plusvalías por la comunidad (art. 47 CE); y que es el legislador vasco el que, a través del precepto

cuestionado de la Ley 3/1997, ha regulado la cuantía de la plusvalía que debe retornar a la comunidad.

El Ministerio Fiscal, por último, considera inconstitucionales el art. 2.2 del Real Decreto-ley 5/1996 y el art. 2.2 de la Ley estatal 7/1997, pues de ellos cabría predicar los mismos vicios de inconstitucionalidad que se declararon en la STC 61/1997, de 20 de marzo, con respecto al art. 27 LS de 1992: porcentaje fijo de la cesión de aprovechamiento y fijación del mismo por referencia a un complejo entramado de concretas técnicas urbanísticas; y defiende la constitucionalidad del artículo único, apartado 2, de la Ley vasca 3/1997 con el argumento de que la falta de ejercicio conforme a la Constitución de las competencias estatales no debería suponer obstáculo para que las Comunidades Autónomas ejerzan las suyas; y, en relación con ello, porque no podría negarse que la fijación por la Comunidad Autónoma de un porcentaje de aprovechamiento es una decisión que se sitúa en el marco de sus competencias sobre urbanismo (sobre todo, si se tiene en cuenta el mandato del art. 47, segundo párrafo, CE), aunque esa decisión pueda estar limitada por las condiciones básicas estatales dictadas de acuerdo con el art. 149.1.1 CE.

5. Todavía es necesario, para delimitar con carácter general el objeto de las presentes cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas y los criterios de enjuiciamiento que deben utilizarse para resolverlas, dar respuesta a dos alegaciones formuladas en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1661-2002 por el Abogado del Estado, que considera, por una parte, que no podría considerarse que el objeto de este proceso constitucional se extienda al art. 2.2 del Real Decreto-ley 5/1996, pues este precepto no sería relevante para el caso que tiene que resolver el Tribunal Superior de Justicia, al que sólo sería aplicable el art. 2.2 de la Ley estatal 7/1997. Por otra parte, estima la representación procesal del Gobierno de la Nación que la citada cuestión de inconstitucionalidad debería resolverse utilizando como canon de enjuiciamiento para pronunciarse sobre la constitucionalidad del precepto autonómico cuestionado los deberes de cesión establecidos por la legislación estatal aprobada con posterioridad, en concreto, por el art. 18.4 LRSV de 1998 (cesión, con carácter de máximo, del 10 por 100 del aprovechamiento del sector o ámbito correspondiente en suelo urbanizable). Argumenta el Abogado del Estado que, si se considerara aplicable la doctrina del *ius superveniens* a las cuestiones de inconstitucionalidad que envuelven un «problema de delimitación competencial» (STC 28/1997, de 13 de febrero, FJ 2), habría que concluir en la inconstitucionalidad del precepto autonómico —el artículo único de la Ley vasca 3/1997 obliga a la cesión del 15 por 100—, que es manifiestamente incompatible con el art. 18.4 LRSV. Comencemos por tratar este segundo punto extendiendo su planteamiento a las dos cuestiones acumuladas.

Este Tribunal ha declarado, en efecto, en Sentencias dictadas para resolver recursos de inconstitucionalidad que «dado que el recurso de inconstitucionalidad tiene por objeto establecer la conformidad con la Constitución de una determinada legalidad (y su mantenimiento dentro del ordenamiento jurídico o su expulsión de él), cuando el juicio de constitucionalidad haya de producirse por el contraste, no sólo con la Constitución, sino con el llamado bloque de la constitucionalidad, de acuerdo con lo que dispone el art. 28.1 LOTC al hablar de leyes que dentro del marco constitucional se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas, es claro que el Tribunal habrá de considerar las leyes vigentes y las bases materiales establecidas en el momento de formularse el juicio y dictarse la sentencia» (STC 137/1986, de 18 de noviembre, FJ 4; criterio reiterado por las SSTC

27/1987, de 24 de marzo, FJ 4; 154/1988, de 24 de agosto, FJ 3; 170/1989, de 19 de octubre, FJ 2; y 1/2003, de 16 de enero, FJ 2).

Aunque el mismo criterio se haya utilizado en alguna ocasión aislada por este Tribunal también para las cuestiones de inconstitucionalidad, la regla general debe ser distinta para éstas, en las que se utilizará normalmente como canon de enjuiciamiento la legislación vigente en el momento de referencia para la aplicación por el órgano judicial *a quo* de la norma cuestionada.

En el caso presente el carácter revisor de los concretos recursos contencioso-administrativos de los que deriva el planteamiento de las cuestiones acumuladas determina que el órgano judicial requiera una respuesta a la pregunta relativa a si el art. 11 de la Ley vasca 17/1994 y el artículo único, apartado 2, de la Ley vasca 3/1997 eran constitucionales en el momento en el que la Administración urbanística, respectivamente, otorgó la licencia en la que se obligaba a abonar el 15 por 100 del aprovechamiento urbanístico de la parcela y aprobó definitivamente el proyecto de reparcelación en el que se adjudicaba al municipio el 15 por 100 del aprovechamiento urbanístico del sector, pues el mencionado carácter revisor determina que el enjuiciamiento de la validez del acto administrativo impugnado se realice mediante su contraste con la legislación vigente en el momento de dictarlo. Si este Tribunal enjuiciara dichos preceptos legales contrastándolos con la legislación estatal sobrevenida [arts. 14.1, 14.2 c) y 18.4 LRSV: inexistencia de deber de cesión en suelo urbano consolidado y deber de cesión máximo del 10 por 100 del aprovechamiento en el suelo urbano no consolidado y en el suelo urbanizable], por una parte estaría dando respuesta a una duda de constitucionalidad que nadie le ha planteado y que carece de relevancia para los procesos *a quibus*; y por otra podría hacer imposible la resolución de los procesos de los que traen causa las cuestiones de inconstitucionalidad.

En efecto, si el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco plantea dichas cuestiones es porque él no puede dejar de aplicar los mencionados preceptos legales por dudar de su constitucionalidad, dado el monopolio del control jurisdiccional que sobre la constitucionalidad de las leyes ostenta en el ordenamiento jurídico español el Tribunal Constitucional, monopolio que constituye el fundamento último de la cuestión de inconstitucionalidad. Si este Tribunal no responde a la cuestión de si era constitucionalmente admisible, en el momento en que se dictaron la licencia y el acuerdo reparcelatorio impugnados, que dos preceptos legales vascos obligaran a la cesión del 15 por 100 del aprovechamiento, esa duda no podría obtener respuesta por parte de ningún otro órgano judicial.

Además la utilización de los arts. 14.1, 14.2 c) y 18.4 LRSV como parámetros de la constitucionalidad de los preceptos vascos cuestionados determinaría, como efecto accidental de una Sentencia dictada por este Tribunal en una cuestión de inconstitucionalidad, una aplicación retroactiva de su regulación —según se ha dicho: inexistencia de deber de cesión en suelo urbano consolidado y deber de cesión máximo del 10 por 100 del aprovechamiento en el suelo urbano no consolidado y en el suelo urbanizable— hasta un acto administrativo dictado en 1995 (la licencia impugnada en el recurso contencioso-administrativo que dio lugar a la cuestión registrada con el núm. 4104/99), eficacia retroactiva que va mucho más lejos de lo previsto por el propio legislador en las disposiciones transitorias primera y cuarta de la Ley de las Cortes Generales sobre régimen del suelo y valoraciones de 1998 (aplicación del régimen urbanístico previsto para cada clase de suelo a partir de la entrada en vigor de la Ley y de las cesiones previstas en la misma cuando el correspondiente procedimiento

de equidistribución no hubiera alcanzado en esa fecha la aprobación definitiva). Así lo destaca expresamente el Auto de planteamiento de la cuestión núm. 4104/99.

La frecuente explicación de la cuestión de inconstitucionalidad con apoyo en la idea de la «prejudicialidad» y de la «colaboración» entre los Tribunales ordinarios y el Tribunal Constitucional fundamenta la diferencia de los criterios generales sobre el canon de enjuiciamiento aplicable a la cuestión y al recurso de inconstitucionalidad; y, por lo que se refiere al presente proceso constitucional, la conveniencia de que el Tribunal Constitucional realice el juicio de constitucionalidad en la medida en que resulte útil al Tribunal que plantea la cuestión, lo que, en el supuesto que ahora nos ocupa, supone que no ha de examinarse la constitucionalidad de las Leyes vascas 17/1994 y 3/1997 conforme al canon de constitucionalidad vigente en el momento actual, sino conforme al vigente en el momento en que dichas Leyes fueron aplicadas por la Administración urbanística.

Conviene destacar además, dejando ya de lado la cuestión del canon de enjuiciamiento y abordando la de la subsistencia del objeto de las cuestiones acumuladas (cuestiones distintas, aunque relacionadas), que la derogación de los preceptos cuestionados por la legislación autonómica (Ley del Parlamento Vasco 11/1998, de 20 de abril, de modificación de la Ley por la que se determina la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística) y estatal (Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones) posteriores no determina la desaparición del objeto de las cuestiones acumuladas, aunque sólo fuera porque de la validez de los preceptos cuestionados ha considerado el órgano judicial que las ha promovido que depende el fallo que ha de dictar en los correspondientes recursos contencioso-administrativos (STC 28/1997, de 13 de febrero, FJ 2; 125/2003, de 19 de junio, FJ 2; 51/2004, de 13 de abril, FJ 3).

6. Como ya se ha expuesto, plantea también el Abogado del Estado una objeción relativa a la extensión del objeto de este proceso constitucional. A su juicio, no sería relevante para el caso que tiene que resolver el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco el art. 2.2 del Real Decreto-ley 5/1996, sino sólo el art. 2.2 de la Ley estatal 7/1997, que era la única Ley estatal vigente reguladora de la cesión de aprovechamiento en suelo urbanizable en el momento en que se dictó el acto administrativo impugnado (la aprobación definitiva de la reparcelación, de fecha 19 de diciembre de 1997). La Ley 7/1997 es la «ley de conversión» del Real Decreto-ley 5/1996, que sustituiría la regulación de la disposición legislativa extraordinaria «con los efectos retroactivos inherentes a su objeto» (STC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 2), de forma tal que la eventual declaración de inconstitucionalidad de la Ley de conversión por incompetencia no haría recobrar su vigencia al precepto del Decreto-ley, sino que tendría como consecuencia abrir camino directamente a la aplicación del art. 84.3 b) LS de 1976, norma que estaría amparada en el art. 149.1.1 CE.

Ningún argumento contenido en la resolución constitucional que cita (STC 111/1983, de 2 de diciembre) conduce a admitir necesariamente el planteamiento del Abogado del Estado. En la STC 111/1983 (FJ 3) estableció nuestra jurisprudencia una conexión entre el carácter provisional del Decreto-ley (art. 86.1 CE) y la necesidad de que sea convalidado o derogado en el plazo de treinta días por el Congreso de los Diputados (art. 86.2 CE), de forma tal que, una vez que se ha producido esa convalidación, «cede su carácter de provisionalidad», aunque «sigue siendo una norma o un acto con fuerza de ley, no una ley». Si se sigue además la vía prevista en el art. 86.3 CE quedará «extinguido el

Decreto-ley mediante la promulgación de una ley destinada a reemplazarle».

El problema que plantea el Abogado del Estado se refiere, en realidad a la cuestión de la aplicabilidad del Real Decreto-ley al caso que tiene que resolver el órgano judicial *a quo*. El Tribunal Superior de Justicia argumenta que si se considerara inconstitucional y nulo el art. 2.2 de la Ley estatal 7/1997 tendría que aplicar el precepto equivalente del Decreto-ley —norma de rango legal que tampoco puede inaplicar un órgano judicial sin plantear la cuestión de inconstitucionalidad— para pronunciarse sobre la legalidad de la reparcelación urbanística impugnada. Es ésta una argumentación relativa a la selección de la norma aplicable al caso sometido al conocimiento jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia que plantea la cuestión de inconstitucionalidad, sobre la que este Tribunal ostenta un «control meramente externo» [SSTC 83/1984, de 24 de julio, FJ 1; 19/1988, de 16 de febrero, FJ 1; 142/1990, de 20 de septiembre, FJ 1; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 1 b); 51/2004, de 13 de abril, FJ 1], que no le autoriza a revisar el juicio de aplicabilidad realizado por el órgano judicial *a quo*, salvo que el razonamiento judicial incurra en defectos constatables de manera evidente —sin necesidad de un análisis de fondo—, lo que no es aquí el caso. Por ello debe aceptarse el art. 2.2 del Real Decreto-ley 5/1996 como objeto de este proceso constitucional, junto con el equivalente de la Ley estatal 7/1997; sin que deba ser objeto aquí de pronunciamiento por nuestra parte el problema de la eventual reviviscencia en las relaciones entre una Ley y el Decreto-ley que se encuentra en su origen.

7. Centrado el objeto de enjuiciamiento y los criterios generales que deben utilizarse para el mismo, procede ya entrar al concreto análisis de la constitucionalidad de los preceptos cuestionados, examen que se realizará conforme a un criterio cronológico que sitúa en el primer lugar al art. 11 de la Ley vasca 17/1994, de 30 de junio. Ya se ha expuesto que este precepto se sitúa en el contexto de la remisión a la legislación autonómica que se realizaba en la Ley del suelo de 1992. El precepto legal vasco, en el marco de la legislación estatal vigente (en concreto, en el marco de lo dispuesto por el art. 27 LS de 1992: cesión del 15 por 100 del aprovechamiento en suelo urbano y urbanizable, salvo en el suelo urbano de los municipios denominados de «aplicación parcial», en el que ese porcentaje tenía carácter de máximo) dispuso que el porcentaje de cesión sería del 15 por 100 en el suelo urbano de todos los municipios del País Vasco; y, por otra parte, cuáles eran los aprovechamientos de referencia sobre los que aplicar dicho porcentaje: aprovechamiento tipo, aprovechamiento medio o aprovechamiento directamente atribuido por el planeamiento en vigor.

El art. 27 LS de 1992 fue declarado inconstitucional por la STC 61/1997, de 20 de marzo, y es la expulsión de este precepto del ordenamiento jurídico lo que provoca la duda de constitucionalidad que somete a la consideración de este Tribunal el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Declarada la inconstitucionalidad de dicho precepto estatal, se suscita la cuestión relativa a si es constitucionalmente posible una regulación como la del precepto legal vasco sin que exista una norma del Estado que, en ejercicio de la competencia estatal del art. 149.1.1 CE, establezca, no ya los límites de la cesión de aprovechamiento en suelo urbano, sino la misma obligatoriedad de esa cesión en dicha clase de suelo, que no estaba prevista en el texto refundido de la Ley del suelo de 1976 que, como se sabe, recuperó en parte su vigencia como consecuencia de la mencionada STC 61/1997.

La duda de constitucionalidad planteada en estos términos debe ser rechazada. Por lo pronto, resulta verdaderamente muy insatisfactorio desde el punto de vista de la argumentación jurídica en materia de distribución de competencias (el Ministerio Fiscal utiliza la expresión «contrasentido») declarar que una regulación del Estado es inconstitucional por invadir la competencia autonómica (eso fue lo que pasó, en esencia, con el art. 27 LS de 1992) y, más tarde, cuando esa misma regulación se ha convertido en legislación autonómica, considerar que ésta sería inconstitucional por invadir la competencia estatal.

El art. 11 de la Ley vasca 17/1994 fue dictado por la Comunidad Autónoma en el ámbito de sus competencias sobre urbanismo y en el marco de una legislación estatal, y en relación con ésta se puede decir que era incuestionable la constitucionalidad del precepto de la Ley autonómica. La posterior declaración de inconstitucionalidad del art. 27 LS de 1992, exclusivamente por razones competenciales, no puede arrastrar por sí sola la del citado art. 11.

En todo caso, además, no puede aceptarse uno de los puntos de partida de la argumentación del Auto de planteamiento de la cuestión núm. 4104/99, que consiste en considerar que no existiera en 1994, cuando el Parlamento Vasco aprobó la Ley 17/1994, una condición básica estatal, aprobada de conformidad con las exigencias constitucionales, que previera la cesión de aprovechamiento en suelo urbano. Esa condición básica sí existía. El art. 20 LS de 1992 estableció entre los «deberes para la adquisición gradual de facultades» el siguiente deber legal que pesaba sobre todo propietario: «ceder los terrenos en que se localice el aprovechamiento correspondiente... por exceder del susceptible de apropiación privada o, en su caso, adquirir dicho aprovechamiento por su valor urbanístico en la forma que establezca la legislación urbanística aplicable» [art. 20.1 b)]. Que dicho deber de cesión de aprovechamiento se refería también a los terrenos situados en suelo urbano era claro en el contexto de toda la regulación de la Ley del suelo de 1992 (salvo el margen de regulación que correspondía a la Comunidad Autónoma para el caso del suelo urbano de los municipios de aplicación parcial).

Del art. 20.1 LS de 1992, dejando de lado ahora algunas consideraciones que no vienen al caso, dijo la STC 61/1997, de 20 de marzo, que «la relación de los deberes urbanísticos básicos que contiene el precepto (art. 20.1) y el principio de la adquisición gradual de facultades urbanísticas (art. 20.2) ponen de manifiesto su encaje material dentro de las condiciones básicas de ejercicio del derecho de propiedad urbana (art. 149.1.1 CE). Es más, lo que hace este precepto no es sino fijar la arquitectura más elemental del derecho» [FJ 17 b)].

En el marco de esa condición básica de ceder aprovechamiento urbanístico tanto en suelo urbano como en suelo urbanizable fijó la Comunidad Autónoma el porcentaje de cesión en el 15 por 100. Este porcentaje no fue fijado válidamente por el Estado, según declaró posteriormente la STC 61/1997, pero sí por la Comunidad Autónoma con respeto de la única condición básica que en este punto vinculaba entonces su regulación de acuerdo con la Constitución.

Conviene aquí recordar la jurisprudencia de este Tribunal relativa al art. 149.1.1 CE, en la que apoya su argumentación favorable a la constitucionalidad del art. 11 de la Ley vasca 17/1994 el escrito de alegaciones el Letrado del Parlamento Vasco: «La legislación que con base en este precepto constitucional pueda dictar el Estado deberá sin duda ser respetada por el legislador autonómico... Constituirá también un *prius* del que deberá partir la regulación de las mismas. Sin embargo, en

tanto que esa legislación estatal no se haya dictado, resultará sumamente difícil atribuir a la legislación autonómica una invasión competencial, ya que el art. 149.1.1 CE, más que delimitar un ámbito material excluyente de toda intervención de las Comunidades Autónomas, lo que contiene es una habilitación para que el Estado condicione —mediante, precisamente, el establecimiento de unas «condiciones básicas» uniformes— el ejercicio de esas competencias autonómicas con el objeto de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales. En suma, si el Estado considerara necesario establecer en el futuro esas condiciones básicas y al dictarlas éstas entraran en contradicción con preceptos de leyes autonómicas en vigor, estos últimos quedarían automáticamente desplazados por aquéllas, ya que, como queda dicho, constituyen un núcleo de regulación uniforme del que ineludiblemente debe partir la regulación) que de la materia dicten las Comunidades Autónomas (STC 173/1998, de 23 de julio, FJ 9; doctrina reiterada, más tarde, precisamente para el ámbito de la regulación en materia de urbanismo y, en concreto, al enjuiciar otra Ley vasca relativa a la cesión de aprovechamiento urbanístico, en la STC 54/2002, de 27 de febrero, FJ 3). En definitiva, y por lo que se refiere a las cuestiones planteadas en este proceso constitucional, la Comunidad Autónoma puede legislar conforme a su criterio en materia de urbanismo, mientras el Estado no limite válidamente ese ámbito de libertad reguladora mediante el establecimiento de condiciones básicas en el ámbito de su competencia.

Pues bien, en lo que ahora importa, en virtud de la competencia que al Estado reserva el art. 149.1.1 CE, dispuso el art. 20 LS de 1992, como condición básica garantizadora de la igualdad de los españoles en el ejercicio del derecho de propiedad que, con carácter general, existía un deber de cesión de aprovechamiento tanto en suelo urbano como urbanizable. Esta regulación se imponía a la legislación que en materia de urbanismo dictasen las Comunidades Autónomas y desvinculaba ya a éstas de lo que sobre este punto disponía la LS de 1976. La regulación estatal que, además de establecer el deber de cesión, determinaba, con carácter fijo y por referencia a concretas técnicas urbanísticas, el porcentaje de la misma (art. 27 LS de 1992) fue declarada inconstitucional por este Tribunal (STC 61/1997) por invasión de la competencia autonómica en materia de urbanismo. En estas circunstancias, y de acuerdo con la doctrina que acaba de citarse, necesario es concluir que la legislación urbanística autonómica quedaba vinculada sólo por las condiciones básicas que, de conformidad con la Constitución, había establecido el Estado en la Ley del suelo de 1992, entre las que no se contaba la determinación del concreto porcentaje de cesión de aprovechamiento, aunque sí la existencia del deber de cesión. La legislación autonómica reguladora del urbanismo podía, por tanto, fijar el mencionado porcentaje. Procede, pues, declarar que el art. 11 de la Ley vasca 17/1994 no es inconstitucional por la supuesta vulneración del art. 149.1.1 CE que se argumenta en el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4104/99.

8. Como ya se ha expuesto, en el contexto de las primeras medidas de liberalización de la economía adoptadas por el Gobierno surgido de las elecciones generales de 1996 se dictó el Real Decreto-ley 5/1996 que, en síntesis, dispuso que el propietario de terrenos en suelo urbano no incluidos en una unidad de ejecución patrimonializara el 100 por 100 del aprovechamiento de referencia; y que el resto de los propietarios del suelo urbano y todos los de terrenos situados en suelo urbanizable patrimonializarían el 90 por 100 del aprovechamiento

de referencia, con lo que el deber de cesión se reducía, en estos casos, al 10 por 100 del aprovechamiento urbanístico aplicable (art. 2 del Real Decreto-ley, transcrito arriba, en el fundamento jurídico 1). La regulación mencionada se tramitó como proyecto de ley y fue aprobada, con las ligeras modificaciones a las que más arriba se ha hecho referencia, como art. 2 de la Ley estatal 7/1997, de 14 de abril (su texto se ha transcrito igualmente en el fundamento jurídico 1). Esta Ley fue publicada en el «Boletín Oficial del Estado» de 15 de abril de 1997 y entró en vigor al día siguiente (disposición final tercera de la Ley 7/1997). El 25 de abril de 1997 se publicaba en el BOE la STC 61/1997, de 20 de marzo, dictada en los recursos de inconstitucionalidad acumulados interpuestos contra la LS de 1992, que declaró la inconstitucionalidad y nulidad de su art. 27.

Según expone el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1661-2002, y también opina el Fiscal General del Estado, los mismos argumentos con que se declaró la inconstitucionalidad del art. 27 (apartados 1, 2 y 4) LS de 1992 son aplicables a los mencionados preceptos estatales: el carácter fijo y no mínimo de la cesión de aprovechamiento prevista en la Ley estatal y la utilización de concretas técnicas urbanísticas (aprovechamiento tipo, áreas de reparto) vulnerarían los arts. 149.1.1 (por lo que se refiere a la competencia estatal para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio del derecho de propiedad) y 148.1.3 CE (competencia autonómica en materia de urbanismo), según se expone en el fundamento jurídico 17 c) de la citada STC 61/1997.

Conviene transcribir lo que este Tribunal declaró en el mencionado pronunciamiento [STC 61/1997, FJ 17 c)] para facilitar el examen de la cuestión planteada: «A la luz de la específica dimensión de la distribución de competencias que aquí interesa, ha de admitirse que el art. 149.1.1 CE, tal como ha sido interpretado, puede comprender asimismo el establecimiento —en pro de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad— de un mínimo del aprovechamiento urbanístico objeto de apropiación, esto es, el contenido básico o elemental del derecho de propiedad urbana (bien sea por referencia a algunos criterios básicos o principios generales que hayan de observarse en todo el territorio nacional, bien sea acudiendo incluso a alguna fórmula abstracta que permita una cuantificación, siempre que en uno y otro caso no exceda de las condiciones básicas, ni se invada por esta vía la competencia urbanística). También puede el Estado fijar un criterio mínimo en punto a la recuperación por la Comunidad de las plusvalías generadas por la acción de los entes públicos (art. 47 CE), en caso de que opte por un modelo de devolución a través de la determinación del aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación. En todo caso, esta regulación estatal ha de dejar un margen dentro del cual las Comunidades Autónomas puedan ejercer sus competencias».

«Este título competencial no permite, pues, la delimitación completa y acabada del aprovechamiento urbanístico (como de cualquier otra facultad dominical en el ámbito urbanístico), pues ello excedería por definición de lo que son condiciones básicas de ejercicio, único título que, desde la óptica del Derecho público, le permita al Estado intervenir en los términos ya conocidos sobre esta concreta forma de dominio, cual es la propiedad urbana».

«A ello hay que añadir que la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en materia de urbanismo excluye cualquier sistema cuyo cálculo o realización sólo sea posible a través de la predeterminación legal de todo un conjunto de figuras y técnicas urbanísticas que permitan hacerlo operativo. No es válido,

pues, optar por criterios o fórmulas inescindiblemente unidas a toda una cadena de instrumentos estrictamente urbanísticos, que a la postre no sólo cierran por completo el estatuto de la propiedad —más allá de sus condiciones básicas—, sino que, además, terminen por prefigurar un modelo urbanístico».

«Admitidas estas premisas, el problema nuclear consiste en indagar si la concreta regulación del art. 27 LS supone una invasión de la competencia urbanística que las Comunidades Autónomas tienen atribuida. Pues bien, no cabe sino concluir que la regulación del art. 27 LS es contraria al orden constitucional de distribución de competencias, en primer lugar, por el carácter fijo y no mínimo tanto de la determinación del aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación por los propietarios, como implícitamente de la recuperación por la Comunidad de las plusvalías urbanísticas; en segundo lugar, porque tal determinación la establece acudiendo a un complejo entramado de concretas técnicas urbanísticas (áreas de reparto, aprovechamiento tipo), que pertenecen a la competencia exclusiva en materia de urbanismo de las Comunidades Autónomas (art. 148.1.3 CE).

«En virtud tan sólo de esta última consideración ha de apreciarse que también vulnera la Constitución el apartado 4 del art. 27 LS, referido al suelo urbano en el que no se apliquen las áreas de reparto y el aprovechamiento tipo, habida cuenta de la expresa referencia a concretas y detalladas técnicas urbanísticas, tal como el aprovechamiento medio de la unidad de ejecución o del permitido por el planeamiento».

9. La lectura del texto transcrito obliga a aceptar el planteamiento de la cuestión realizado por el órgano judicial *a quo*. El apartado 1 del art. 2 de los dos textos legales estatales se vale para establecer la patrimonialización por el propietario de todo el aprovechamiento de referencia de un «complejo entramado de técnicas urbanísticas», «que pertenecen a la competencia exclusiva en materia de urbanismo de las Comunidades Autónomas»: «terreno no incluido en una unidad de ejecución» y «aprovechamiento tipo del área de reparto». El apartado 2, además de establecer un porcentaje de patrimonialización (90 por 100) y, en consecuencia, de cesión (10 por 100), con carácter fijo, vuelve a incurrir en el mismo defecto de remitir a concretas técnicas urbanísticas: suelo urbano «incluido en una unidad de ejecución», «aprovechamiento tipo del área de reparto», «aprovechamiento medio de la unidad de ejecución»; como también hace el apartado 3: obras de rehabilitación y sustitución de la edificación «en el ámbito de una unidad de ejecución», «aprovechamiento tipo» (en el texto del Real Decreto-ley), «transferencias... de aprovechamiento» (en el texto de la Ley). La regulación de los dos preceptos es, en consecuencia, inconstitucional.

Conviene hacer alguna consideración adicional con respecto al apartado 1 de los dos preceptos estatales, que dispuso la patrimonialización de todo el aprovechamiento tipo en una parte del suelo urbano, porque la inexistencia de deberes de cesión establecida por el art. 14.1 LRSV no fue considerada inconstitucional por la STC 164/2001, de 11 de julio, FFJJ 19-20. Ninguna contradicción puede detectarse en ese punto en nuestra jurisprudencia. En primer lugar, porque no es lo mismo establecer que no existen deberes de cesión en suelo urbano consolidado (como hace el art. 14.1 LRSV) que disponer que en el suelo urbano excluido de una «unidad de ejecución» se patrimonializa el 100 por 100 del «aprovechamiento tipo del área de reparto».

En el sistema urbanístico del texto refundido de la Ley del suelo de 1992, en el que se insertaban los pre-

ceptos ahora analizados, por efecto de la concreta regulación de las técnicas urbanísticas instrumentales, patrimonializar el 100 por 100 del aprovechamiento tipo ni siquiera implicaba necesariamente que el propietario no tuviera que ceder aprovechamiento: podía ser necesaria una cesión si el aprovechamiento real de la parcela (el que otorga directamente el plan) era superior al resultado de referir el aprovechamiento tipo a la superficie del correspondiente terreno. En definitiva, la diferencia de las regulaciones, que determina la inconstitucionalidad de una y la constitucionalidad de la otra, es que la primera queda marcada por la remisión a técnicas urbanísticas que exceden de la competencia estatal, mientras que la segunda estableció los deberes básicos urbanísticos de los propietarios mediante «la utilización de determinadas nociones basadas en la realidad (en el caso concreto, las de suelo consolidado y no consolidado) como presupuestos de aplicación de ciertas condiciones básicas» (STC 54/2002, de 27 de febrero, FJ 4; en el mismo sentido, STC 164/2001, de 11 de julio, FJ 20, que se refiere a distinciones establecidas por la legislación estatal «en los límites de la realidad»).

10. Es necesario llamar la atención sobre la circunstancia de que sólo el apartado 2 del art. 2 del Real Decreto-ley 5/1996 y el apartado del art. 2 de la Ley 7/1997 son relevantes para la resolución del caso sobre el que tiene que pronunciarse el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, puesto que se trata de un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la aprobación de una reparcelación en suelo urbanizable. Sin embargo el art. 39.1 LOTC —situado en el capítulo que regula conjuntamente la Sentencia y los efectos de la misma «en los procedimientos de inconstitucionalidad», esto es, tanto para el recurso como para la cuestión de inconstitucionalidad (STC 81/2003, de 28 de abril, FJ 7)— permite a la Sentencia que declare la inconstitucionalidad de un precepto extender esta declaración y la de nulidad a aquellos otros preceptos «de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia».

Es conveniente en este caso hacer uso de esa facultad (como ha hecho este Tribunal en otras ocasiones: SSTC 27/1985, de 26 de febrero, FJ 4; 179/1994, de 16 de junio, FJ 10), para extender la declaración de inconstitucionalidad a los apartados 1 y 3 de los preceptos cuestionados. En primer lugar, por la conexión de sus regulaciones y la evidencia con que se muestra que los mismos vicios de inconstitucionalidad que se dan en el apartado 2, concurren también en el 1 y en el 3. Y, en segundo término, porque está pendiente de resolución por este Tribunal una larga serie de cuestiones de inconstitucionalidad que directa o indirectamente exigen pronunciarse sobre la constitucionalidad de otros apartados distintos del 2 del mencionado art. 2, pronunciamientos que se verán agilizados si en esta misma resolución se extiende la declaración de inconstitucionalidad en el sentido indicado. Procede declarar, por todo lo expuesto, que son inconstitucionales el art. 2 del Real Decreto-ley 5/1996, de 7 de junio, y el art. 2 de la Ley 7/1997, de 14 de abril.

11. La Ley del Parlamento Vasco 3/1997, de 25 de abril, fue publicada en el «Boletín Oficial del País Vasco», como ya se ha expuesto, el 26 de abril de 1997, al día siguiente de la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de la STC 61/1997. Su artículo único (transcrito en el fundamento jurídico 1) dispuso que en el territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco debía cederse el 15 por 100 del aprovechamiento de referencia (tipo, medio, atribuido por el plan, etc.) tanto en suelo urbano como en suelo urbanizable (o apto para

urbanizar). La disposición adicional única de la Ley vasca 3/1997 incorporaba como Derecho autonómico parte de la regulación de la Ley del suelo de 1992 que había sido declarada inconstitucional por haber sido dictada por el Estado incurriendo en incompetencia (reglas para la delimitación de las áreas de reparto, fórmula para calcular el aprovechamiento tipo y otras determinaciones vinculadas a éstas).

El Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad 1661-2002 fundamenta la duda de constitucionalidad del apartado 2 del mencionado artículo único por la contradicción «palmaria y evidente» entre su regulación (cesión del 15 por 100 del aprovechamiento de referencia) y la del art. 2.2 de la Ley estatal 7/1997 (cesión del 10 por 100). Una vez que se ha declarado la inconstitucionalidad de este precepto estatal, decae el fundamento de la supuesta inconstitucionalidad del autonómico.

Puede trasladarse aquí lo que se ha dicho más arriba con respecto al artículo único de la Ley vasca 17/1994: cuando se dictó la Ley vasca 3/1997 el Estado todavía no había fijado de acuerdo con la Constitución y el bloque de la constitucionalidad ninguna condición básica que limitara el establecimiento por la Comunidad Autónoma de un concreto porcentaje de aprovechamiento urbanístico. Esta decisión estatal se adoptó por primera vez en términos constitucionalmente admisibles con la posterior Ley de las Cortes Generales sobre régimen del suelo y valoraciones de 1998 (así se declaró en la STC 164/2001, de 11 de julio). En 1997 sólo estaba vigente, sobre este punto, una condición básica estatal que permitía al legislador autonómico establecer un deber de cesión de aprovechamiento tanto en suelo urbano como en suelo urbanizable [art. 20.1 b) LS de 1992], condición básica que no fue vulnerada por la Ley vasca 3/1997 al establecer en ambas clases de suelo un deber de cesión del 15 por 100 del aprovechamiento de referencia. Es necesario concluir, por tanto, que el artículo único, apartado 2, de la Ley vasca 3/1997 no es contrario al art. 149.1.1 CE.

12. Es necesario precisar, en último lugar, el alcance de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad que se realiza en la presente Sentencia, como, también en materia urbanística, hicieron las SSTC 54/2002, de 27 de febrero, FJ 9 (que remite a otras resoluciones de este Tribunal dictadas en otros ámbitos), y 51/2004, de 13 de abril, FJ 15. Los preceptos declarados inconstitucionales determinaron una exención o una limitación del deber de ceder aprovechamiento urbanístico hasta entonces vigente en aquellas Comunidades Autónomas que, como la del País Vasco, habían incorporado a su Derecho los porcentajes de cesión de la Ley del suelo de 1992; y una paralela falta de obtención del mismo por el municipio, que podría dar lugar a la pretensión de la Administración municipal de recobrar aquello de lo que se les privó, ciertamente, en disconformidad con la Constitución. Una adecuada ponderación de los intereses en juego en éstos u otros supuestos equiparables impone, sin embargo, no causar con la declaración de inconstitucionalidad perjuicios en el patrimonio de los ciudadanos contrarios al principio de protección de la confianza legítima —«derivación del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE)» (STC 222/2003, de 15 de diciembre, FJ 4)—, ni quebrantos imprevistos en la hacienda de la organización jurídico-pública a la que se dirigieran eventuales reclamaciones.

Procede disponer, por ello, que las situaciones administrativas declaradas por acto administrativo (licencias, acuerdos aprobatorios de procedimientos de equidistribución) firme —por haber transcurrido el plazo de inter-

posición de recurso antes de la fecha de la publicación de esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado», o haber sido confirmado por Sentencia igualmente firme en esa fecha— dictado en aplicación de los dos preceptos estatales que se declaran inconstitucionales no podrán ser revisadas, ni se podrá formular reclamación alguna destinada a obtener la cuantía correspondiente al aprovechamiento urbanístico dejado de percibir o efectivamente cedido por la aplicación de los mencionados preceptos.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

1.º Desestimar la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4104/99.

2.º Estimar en parte la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1661-2002, declarando que son inconstitucionales y, en consecuencia, nulos el art. 2 del Real Decreto-ley 5/1996, de 7 de junio, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de colegios profesionales; y el art. 2 de la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de colegios profesionales. La mencionada declaración de nulidad tendrá los efectos señalados en el fundamento jurídico 12.

3.º Desestimar la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1661-2002 en todo lo demás.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintiuno de octubre de dos mil cuatro.—María Emilia Casas Baamonde.—Guillermo Jiménez Sánchez.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Javier Delgado Barrio.—Elisa Pérez Vera.—Roberto García-Calvo y Montiel.—Eugeni Gay Montalvo.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Ramón Rodríguez Arribas.—Pascual Sala Sánchez.—Manuel Aragón Reyes.—Pablo Pérez Tremps.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez respecto de la Sentencia del Pleno de 21 de octubre de 2004, dictada en las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 4104/99 y 1661-2002, al que se adhiere don Roberto García-Calvo y Montiel, Magistrado

1. Las cuestiones de inconstitucionalidad resueltas en la Sentencia plantean problemas de interés para la configuración dogmática del sistema de fuentes del Derecho, que es complejo en todos los ordenamientos basados en la división vertical o territorial del Poder, como acontece en nuestro Estado de las Autonomías (STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 7).

Nuestro sistema se caracteriza por la posibilidad de concurso válido de normas de procedencias muy distintas, con ámbitos de competencia propios, garantizados constitucionalmente. Hasta ahora los criterios normativos de jerarquía y competencia, unidos al tradicional principio cronológico, por el que las normas más recientes renuevan fisiológicamente a las anteriores, habían servido para resolver las antinomias y lograr una armonía obligada en el proceso de aplicación del Derecho.

Entra ahora en escena la cláusula de prevalencia del Derecho estatal sobre el Derecho de las Comunidades

Autónomas. Como es sabido, el art. 149.3, inciso 3, CE dispone que las normas del Estado «prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las normas de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas». Aunque no lo reconoce en forma expresa, la Sentencia mayoritaria parece referirse a esta regla de colisión cuando contempla la hipótesis de que cuando el Estado «considerara necesario establecer en el futuro esas condiciones básicas» —ex artículo 149.1.1 CE— «y al dictarlas éstas entraran en contradicción con preceptos de leyes autonómicas en vigor, estos últimos quedarían automáticamente desplazados por aquéllas» (FJ 7, párrafo penúltimo, con cita de la STC 173/1998, de 23 de julio, FJ 9). Esta referencia, de confirmarse con las consecuencias que se extrajeron en el Voto particular a la STC 1/2003, de 16 de enero, representaría una inflexión de interés respecto de la STC 163/1995, de 8 de noviembre, FJ 4, o la misma STC 1/2003, de 16 de enero, FJ 9, al abrir un supuesto de concurso de normas (autonómica y posterior de condiciones básicas) similar al de la legislación concurrente (*konkurrierende Gesetzgebung*) del artículo 72.1 de la Ley Fundamental de la República Federal alemana, por ser ambas normas en colisión válidas y dictadas en el ejercicio de sus competencias, exclusivas pero en una misma materia, por el Estado y por la Comunidad Autónoma.

Es claro, sin embargo, que la Sentencia no llega a las conclusiones a que llevaría un reconocimiento claro y efectivo de la cláusula de prevalencia. Voy a limitar mis observaciones esenciales al fallo y la razón de decidir de la cuestión 4104/99, en cuanto es bastante dicho caso para reflejar mi posición (ex artículo 90.2 LOTC) mediante este Voto particular, en el que disiento de la mayoría con el aprecio y respeto que siempre me merecen los criterios de mis colegas del Pleno.

2. La situación en que ha quedado en el ordenamiento jurídico la Ley vasca 17/1994, tras el colapso sobrevenido de todo el régimen del texto refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana de 26 de junio de 1992 (en adelante, LS 1992) suscita la pregunta de qué acontece en el sistema de fuentes cuando, como consecuencia de una declaración de inconstitucionalidad sobrevenida de normas básicas (como pretendía ser el artículo 27 LS, conforme a la disposición final única, 1 LS 1992) o de normas que fijan condiciones básicas ex art. 149.1.1 CE (en la calificación que recibieron luego en la STC 61/1997) resultan afectadas las normas autonómicas que se concibieron y dictaron como normas de desarrollo, como es el caso del artículo 11 de la Ley vasca 17/1994.

La STC 61/1997, de 20 de marzo, ha producido una masiva declaración de nulidad que provoca un vacío difícilmente salvable en el sistema de la legislación urbanística de 1990 afectada. Dejando a salvo las situaciones jurídicas consolidadas, el escenario resulta similar a la hipótesis de que los preceptos del texto legal declarado nulo no hubieran ingresado en el ordenamiento ni existido nunca (*tamquam non essent*); en definitiva, como si el texto refundido de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana de 9 de abril de 1976 (LS 1976) hubiera prolongado su vigencia en el tiempo hasta el 25 de abril de 1997, fecha de la publicación de la STC 61/1997 en el «Boletín Oficial del Estado». Las lagunas de la legislación están prohibidas en todo ordenamiento jurídico que se conciba como sistema, aunque, como situación de hecho, existan tales lagunas. Por eso un autor clásico propuso como norma de cierre para colmar cualquier laguna en Derecho público la máxima —muy adecuada ciertamente a la materia de cesiones de aprovechamiento en suelo urbano que nos ocupa— *nulla obligatio sine lege*. No es necesario llegar aquí a esa solución extrema; el texto refundido de la Ley del suelo de 1976

viene a llenar el vacío creado temporalmente como, por otra parte, ha dispuesto sabiamente el fundamento jurídico 12 d) de la STC 61/1997 al revivir el texto de 1976 para cubrir una laguna que, de otra forma, hubiera sido difícil de colmar sin recurrir a expedientes como la indicada norma de cierre del ordenamiento.

La búsqueda del Derecho vigente tras la STC 61/1997, para que la Sala *a quo* pueda fallar una vez despejada la cuestión de inconstitucionalidad que nos plantea, se simplifica si se considera que la Ley del suelo de 1976 sobrevino con el carácter que mereciera antes de la reforma de 1990, bien como Derecho supletorio del Derecho autonómico (STC 61/1997, FJ 12.d), bien como legislación básica, bien como condiciones básicas del artículo 149.1.1 CE, ya que éstas pueden contenerse en normas preconstitucionales, como dijimos en el FJ 9 de la STC 173/1998.

En este caso el texto refundido de la Ley del suelo de 1976 ha ocupado en forma sobrevenida la posición de condiciones básicas o bases respecto de la legislación autonómica vasca. De ello resulta que no hay otras cesiones en suelo urbano que las que establece el artículo 83.3 LS de 1976. Es evidente que el artículo 11 de la Ley vasca 17/1994 —como expresamente reconoce la Sentencia— «fue dictado por la Comunidad Autónoma en el ámbito de sus competencias sobre urbanismo y en el marco de una legislación estatal y, en relación con ésta... era incuestionable su constitucionalidad». Pero también resulta claro que luego entró en colisión con las bases preconstitucionales o condiciones básicas sobrevenidas (supuesto de «conurrencia» equivalente según el fragmento del fundamento jurídico 7 de la Sentencia, antes citado) como consecuencia de la STC 61/1997, resultando desplazado por el Derecho estatal. Puede apreciarlo así el juez ordinario, desaplicando la ley autonómica también válida, una vez comprobada la validez de la condición básica estatal que prevalece sobre ella ex artículo 149.3, inciso 3, CE. Esta prevalencia, natural en el sistema jurídico complejo de nuestro Estado de las autonomías, no da lugar a la nulidad del artículo 11 de la Ley autonómica 17/1994, sino a su inaplicación al caso concreto que se nos plantea en la cuestión de inconstitucionalidad o, todo lo más, a una inconstitucionalidad mediata sobrevenida sin nulidad, en los términos que se expresaron en el fundamento jurídico 8 del Voto particular a la STC 1/2003, de 16 de enero.

3. Hay que precisar, no obstante, que la Sentencia mayoritaria rechaza las dudas de la Sala *a quo* respecto del artículo 11 de la Ley del Parlamento vasco 17/1994, de 14 de abril, recordando que ha quedado en pie en el ordenamiento una condición básica estatal aprobada de conformidad con las exigencias constitucionales. Se trata del art. 20 LS 1992 que, en solitario, presidiría las cesiones de aprovechamiento urbanístico y serviría de cobertura al precepto autonómico cuestionado.

No comparto esa apreciación. El artículo 20 LS 1992 es un genérico fragmento de ley y el deber de cesión de terrenos o adquisición de aprovechamientos, que contempla su apartado 1 b), adolece de una clara falta de precisión, que contrasta con las exigencias de igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho de propiedad del artículo 149.1.1 CE. La Sentencia de la mayoría parece advertir esta imprecisión y trata de reducirla. Por ello dice: «que dicho deber de cesión de aprovechamiento se refería también a los terrenos situados en suelo urbano era claro en el contexto de toda la regulación de la Ley del suelo de 1992» (FJ 7), contexto en el que también parece situarnos la lectura del primer párrafo del fundamento jurídico 7 y la del párrafo 4 del fundamento jurídico 2. Sin embargo, las normas anuladas por inconstitucionales no existen ya en el ordenamiento (STC 387/1993, de 23 diciembre, FJ único),

siendo irrelevante el motivo —ya sea «por razones exclusivamente competenciales» (*sic* en FJ 7 de la Sentencia de la mayoría) ya por razones de fondo— por el que se haya declarado su inconstitucionalidad. Si no es posible tomar en consideración normas inconstitucionales para precisar el alcance normativo o completar el alcance de otras normas que son conformes a la Constitución creo, con el debido respeto, que el razonamiento de la Sentencia mayoritaria abre un flanco a la duda.

Desde el ángulo del Derecho urbanístico resulta, en fin, que el texto refundido de la Ley del suelo de 1992 ha sido definido como la Ley de los aprovechamientos, al llevar la reforma de 1990 hasta sus últimas consecuencias, y casi agotar en sus posibilidades, el concepto de aprovechamiento urbanístico que nace en la Ley de 1975 y el texto refundido de 1976. Pues bien, la STC 61/1997 no sólo ha declarado inconstitucional y nulo el artículo 27 LS 1992, que establecía el aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación (STC 61/1997, FJ 17.c), sino también las técnicas esenciales en la configuración del derecho de propiedad del texto refundido de 1992, que se subsumían en las competencias del Estado sobre el establecimiento de condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad (art. 149.1.1 CE) o, según creo, en las competencias exclusivas sobre legislación civil (artículo 149.1.8 CE). Así ha ocurrido respecto de la delimitación de áreas de reparto (art. 94 LS 1992), el cálculo y fijación del aprovechamiento tipo (arts. 95, 96.1 y 3, 97, 98, 99.1 y 2, y 100 LS 1992) o, en fin, la disposición adicional primera.

En tal estado de cosas, y recordando que debemos retrotraernos temporalmente al Derecho que debe aplicar la Sala *a quo* para resolver la cuestión de inconstitucionalidad 4104/99 (según el fundamento jurídico 5 de la Sentencia, que comparto plenamente), debe apreciarse que el ordenamiento jurídico vasco carecía —a diferencia de lo que acontecía en el mismo momento en la Comunidad Foral de Navarra o en la Comunidad Valenciana— de una legislación propia no fragmentaria que permitiese aplicar en el País Vasco las complejas técnicas de equidistribución de la Ley del suelo de 1992. Ni las referencias al Derecho estatal del Decreto 132/1994, de 15 de marzo, ni la de la Ley vasca 17/1994 bastaban para integrar en el Derecho autonómico vasco la regulación de las áreas de reparto y del aprovechamiento tipo. Por ello, al haber desaparecido (*tamquam non esset*) el Derecho estatal que establecía tal regulación, no se podía dar aplicación a lo que carece jurídicamente de existencia.

Tiene razón la Sala *a quo* cuando considera que una Comunidad Autónoma no puede establecer una cesión de aprovechamiento urbanístico en suelo urbano sin que el Estado haya fijado dicha cesión como condición básica del ejercicio del derecho de propiedad. Parece necesario, por ello, resolver la cuestión de inconstitucionalidad declarando la procedencia de integrar ese artículo 20 LS 1992, que contempla la Sentencia de la mayoría, con el texto refundido de la Ley del suelo de 1976, al que antes se hizo referencia, acomodándolo al mismo. La consecuencia habría sido la improcedencia de establecer las cesiones en el suelo urbano de que se trata por el juego conjunto del artículo 20.1 a), relativo a la cesión de terrenos destinados a dotaciones públicas, con el artículo 83.3 LS 1976. La normativa válida autonómica ha quedado desplazada por la condición básica sobrevenida que se acaba de indicar, que es la única que alcanza a garantizar la igualdad de los españoles en el ejercicio del derecho de propiedad.

4. Respecto de la segunda de las cuestiones de inconstitucionalidad me limitaré a expresar mi desacuerdo con la doctrina de la STC 61/1997, en lo que se

refiere, además de la esencial cuestión de la supletoriedad, a la consideración de las áreas de reparto y del aprovechamiento tipo como técnicas urbanísticas subsumibles en las competencias autonómicas, y por ello ajenas al ámbito del artículo 149.1.1 CE. Incluso aceptando los postulados de la STC 61/1997 creo que, siguiendo en la línea progresiva de la STC 164/2001, de 11 de julio, no se debería haber declarado la inconstitucionalidad del apartado 1 de los dos preceptos estatales que disponen la patrimonialización del 100 por 100 del aprovechamiento tipo del área de reparto en el suelo urbano excluido de una unidad de ejecución. No comparto la distinción que se efectúa en el fundamento jurídico 9 respecto de lo que se dijo en los fundamentos 19-20 de la STC 164/2001, por lo que creo excesiva la fidelidad literal a la doctrina de la STC 61/1997 (que se aprecia en el FJ 8), sin los matices que ha representado nuestra doctrina posterior. Piénsese que el escenario de las fuentes del Derecho en esta segunda cuestión es muy distinto al de la cuestión de inconstitucionalidad 4104/99. En efecto, como reconoce la propia Sentencia, la disposición adicional única de la Ley vasca 3/1997 incorporó como Derecho autonómico las técnicas de la Ley del suelo de 1992 que habían sido declaradas inconstitucionales por incompetencia cuando fueron dictadas por el Estado. No fue la única Comunidad Autónoma que adoptó tal medida. Si el complejo entramado de técnicas urbanísticas había pasado ya al terreno del Derecho autonómico en el momento del Derecho aplicable para resolver esta segunda cuestión de inconstitucionalidad (antecedente de hecho 12) no veo gran diferencia entre la inexistencia de deberes de cesión en suelo urbano consolidado y patrimonialización del 100 por 100 del aprovechamiento tipo del área de reparto en suelo urbano excluido de una unidad de ejecución.

Reiterando mi respeto al criterio de la mayoría, firmo este Voto particular en Madrid, a veintiuno de octubre de dos mil cuatro.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Roberto García-Calvo y Montiel.—Firmado y rubricado.

19640 Pleno. Sentencia 179/2004, de 21 de octubre de 2004. Cuestión interna de inconstitucionalidad 2885-2001. Planteada por el Pleno del Tribunal Constitucional en relación con los artículos 108, párrafo 2, de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la competencia y organización de la jurisdicción militar, y 127, párrafo 1, de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar.

Vulneración de los derechos a la igualdad y a la tutela judicial efectiva: prohibición de que los militares ejerzan la acusación particular, ni la acción civil, cuando existe con el inculgado una relación jerárquica de subordinación (STC 115/2001). Nulidad de preceptos estatales. Voto particular.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez,