|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 204/2014 |
| Fecha | de 22 de julio de 2014 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, doña Adela Asua Batarrita, don Luis Ignacio Ortega Álvarez, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho y don Antonio Narváez Rodríguez. |
| Núm. de registro | 1049-2014 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 1049-2014 |
| Fallo | Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. El día 24 de febrero de 2014 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Constitucional un escrito del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Alicante, al que se acompaña, junto con el testimonio del procedimiento correspondiente, el Auto de 30 de enero de 2014 por el que se acuerda plantear una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el tercer párrafo del art. 128.4 de la Ley 16/2005, de 30 diciembre, urbanística de la Comunidad Valenciana, por posible vulneración del art. 14 CE.

2. Los antecedentes de hecho del planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) Don J.H.P y la asociación de propietarios de parcelas incluidas en la segunda fase de la unidad de ejecución 11 “Montesol Residencial” interpusieron recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Aspe por el que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra el acuerdo de esa misma Junta de Gobierno local de 10 de mayo de 2011 por el que se aprobó la retasación de cargas de la segunda fase de ejecución de las obras de urbanización de la mencionada unidad de ejecución.

b) Seguido el proceso por sus trámites y declarado concluso para sentencia, el órgano judicial dictó el 22 de julio de 2013 una extensa providencia en la que, tras exponer los antecedentes del caso, señala que, entre las cuestiones que plantean los demandantes se encuentra la relativa al aumento de los costes de urbanización sin limitación alguna a la hora de aprobar la retasación de cargas que es objeto de recurso. Indica igualmente que la Ley 16/2005, en supuestos de gestión indirecta, contempla en su art. 168.4 la posibilidad de proceder a una retasación de cargas por el transcurso de dos años desde la presentación de la proposición jurídico económica, por motivos no imputables al urbanizador, si bien contempla en dicho precepto que si el resultado de la retasación supera el 20 por 100 del importe de las cargas previsto en la proposición jurídico-económica, la cantidad que exceda de dicho porcentaje no podrá en ningún caso repercutirse a los propietarios. Señala también que durante la vigencia de la legislación anterior no se establecía ningún tipo de limitación a la hora de retasar cargas, debiendo asumir los propietarios el importe total de las cargas como consecuencia de una retasación, posibilidad que se excluye en la Ley 16/2005 en la que se limita la cantidad que deben soportar los propietarios en caso de retasación.

En los casos de gestión directa recalca la providencia que, conforme al art. 128.4 de la Ley 16/2005, no rige la limitación en la liquidación definitiva por el precio máximo a que se refiere el art. 127.2 e), introduciendo una situación de desigualdad ante la ley para los propietarios, en tanto que si la gestión de la programación es indirecta se limita el importe que resulte de la retasación de cargas, mientras que, si es directa, no se establece limitación alguna. Se trata de un supuesto de discriminación ante la ley, lo que puede suponer una infracción del art. 14 CE, en cuyo apoyo se cita la doctrina de la STC 41/2003.

Por ello el órgano judicial estima necesario oír a las partes por plazo de diez días sobre la procedencia de plantear una cuestión de inconstitucionalidad al objeto de abordar si el inciso del art. 128.4 que dispone “No rige para la gestión directa la limitación en la liquidación definitiva por el precio máximo al que se refiere el artículo 127.2 e) de esta Ley”, se ajusta o no a lo dispuesto en el art. 14 CE.

c) La representación procesal de los actores interesó el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, cosa que también hicieron otros propietarios, personados en su momento como codemandados en el proceso. El Ayuntamiento de Aspe se opuso al planteamiento de la cuestión y lo mismo hizo el Ministerio Fiscal.

d) El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Alicante dictó Auto de 30 de enero de 2014 acordando plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el tercer párrafo del art. 128.4 de la Ley 16/2005.

3. El Auto de 30 de enero de 2014 fundamenta el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en las consideraciones que seguidamente, y de forma resumida, se indican:

Tras exponer los antecedentes de hecho del caso, reproduce el tenor literal del precepto cuestionado y señala la concurrencia de los juicios de aplicabilidad y relevancia para promover la cuestión. Respecto al juicio de aplicabilidad indica que una de las pretensiones de los demandantes es la declaración de nulidad de la resolución recurrida como consecuencia del aumento de los costes de urbanización sin establecer limitación alguna a la hora de aprobar la oportuna retasación. El juicio de relevancia “se centra en que la expulsión del ordenamiento jurídico del apartado del precepto transcrito de la Ley 16/2005, por contravenir el artículo 14 CE, supondría declarar nula la resolución recurrida, con la consecuencia de prosperar el recurso articulado por los demandantes”.

A continuación reproduce parcialmente el contenido de la providencia por la que se dio audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal, señalando que tanto el Ministerio Fiscal como el Ayuntamiento de Aspe se oponen al planteamiento de la cuestión. Alude al contenido del escrito del Ministerio Fiscal, indicando que el mismo se centra en la evolución histórica de la materia, y al del Ayuntamiento de Aspe, que aborda las cuestiones particulares por las que entiende que no cabe plantear cuestión de inconstitucionalidad alguna por entender que el apartado cuestionado del art. 128.4 de la Ley 16/2005 respeta el art. 14 CE. Menciona el órgano judicial que, entre los contenidos de la providencia, se encontraba la cita de la doctrina constitucional de la STC 41/2003 en relación con el principio de igualdad, vedando todo elemento de distinción que quepa calificar de arbitrario o carente de una justificación razonable. Al respecto señala que el Ayuntamiento de Aspe entiende que no existe vulneración, al entender que las diferencias entre los sistemas de gestión directa y gestión indirecta, en lo relativo a la limitación de las cargas de urbanización, encuentran su razón de ser en la necesidad de adaptar la normativa urbanística a lo dispuesto en la legislación estatal de contratos. Otra justificación se hallaría en la diferente naturaleza concursal o no concursal de los programas de gestión directa e indirecta, por cuanto que en la gestión indirecta es el agente urbanizador quien asume todo el desarrollo de la obra, con la colaboración de los propietarios, mientras que en la gestión directa es la Administración quien repercute a los propietarios la totalidad de las cargas que resulten de la liquidación definitiva. Sin embargo, al órgano judicial dicha razón no le parece convincente, pues si es perfectamente admisible que la cuenta de liquidación definitiva de un proyecto de urbanización sufra modificaciones durante el desarrollo de las obras de urbanización, “resulta difícil comprender que se introduzcan modificaciones que afecten a los propietarios de forma divergente en función del sistema de gestión elegido por la Administración”. Señala que la Administración parece partir de la base de que la gestión indirecta puede producir distorsiones, motivo por el cual han de introducirse parámetros de corrección a la actuación del urbanizador.

Entrando de lleno en si el precepto de la Ley 16/2005 contraviene el art. 14 CE el órgano judicial indica que es necesario analizar si un supuesto de hecho idéntico es tratado de forma desigual desde un punto de vista jurídico. El escenario del que se parte es la situación de los demandantes en el proceso a quo en un proceso de retasación de cargas, en función de que se haya optado por un sistema de gestión directa o indirecta de la programación, cuando las cargas exceden de un 20 por 100 de las iniciales cargas previstas en la proposición jurídico-económica. La Administración entiende que, en los supuestos de gestión indirecta, el urbanizador tiene la posibilidad de exigir la resolución contractual para que se lleve a cabo una nueva licitación, situación que permite considerar que los supuestos de hecho no son idénticos. Pero argumenta el Juez a quo que, si el urbanizador decide proseguir, los propietarios afectados se ven favorecidos por la limitación del exceso del 20 por 100 del exceso de las iniciales cargas previstas en la proposición jurídico-económica. En cambio en los supuestos de gestión directa los propietarios afectados no se verían favorecidos por esa limitación en el cálculo de los nuevos costes de urbanización, con relación a los presupuestados originalmente. La decisión de optar por un sistema u otro no depende de los propietarios afectados por la actuación.

Según el órgano judicial la Administración entiende que la comparación que debe hacerse desde el punto de vista del art. 14 CE ha de venir referida a los demandantes con todos aquellos propietarios que han transformado sus parcelas rurales a solares urbanos que sufragaron los costes de urbanización que les correspondían, ya que, en caso contrario, se estaría beneficiando a los demandantes frente al resto de los propietarios de terrenos del término municipal que en actuaciones anteriores han podido asumir el coste de urbanización. El órgano judicial rechaza, por hipotética, la validez de tal término de comparación.

Para el Auto la legislación valenciana trata de forma desigual a los propietarios afectados por la programación, en función de que el sistema de gestión elegido sea el de gestión directa o indirecta, sin que exista razón que justifique tratar de forma diferente a unos propietarios frente a otros en función del sistema por el que ha optado la Administración. Insiste el órgano judicial en la idea de que los propietarios nunca tienen la posibilidad de optar por un sistema de gestión u otro, facultad que recae en la Administración, que ha de asegurar la objetividad, la transparencia y la concurrencia en el desarrollo de la programación y de la urbanización, sin afectar a los propietarios en función del sistema de gestión por el que ha optado. Así, rechaza que el fundamento de la diferencia de trato se encuentre en la necesidad de adaptar la legislación valenciana a la norma estatal de contratos respecto a la posibilidad del urbanizador de optar por la resolución del contrato, por cuanto se trata de una facultad potestativa, que no preceptiva. Es decir, el legislador no exige de forma imperativa resolver el contrato y optar por una nueva licitación o acudir al sistema de gestión directa en supuestos de exceso del precio de más de un 20 por 100, sino que queda en manos de las partes firmantes del contrato de urbanización el hacer uso de su facultad de resolución contractual. Finaliza su razonamiento señalando que “como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal a lo largo de su escrito de alegaciones, los propietarios, en el sistema diseñado por la normativa valenciana, quedan siempre al margen de las actuaciones. Obviamente, es necesario disponer de un sistema en el que los propietarios no pueden torpedear el desarrollo del proceso de urbanización y en el que el agente, que asume el proceso de urbanización, ya sea por la vía directa o indirecta, no actúe siempre al margen de los propietarios de los terrenos afectados por la programación”.

El Auto concluye señalando que “por las razones expuestas, cabe plantear una cuestión de inconstitucionalidad al objeto de que el Tribunal Constitucional determine si el tercer párrafo del artículo 128.4 de la Ley 16/2005 se ajusta o no al artículo 14 CE.”

4. Mediante providencia de 10 de junio de 2014 la Sección Tercera de este Tribunal acordó, a los efectos que determina el art. 37.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, oír al Fiscal General del Estado para que, en el plazo de diez días, alegase lo que considerara conveniente acerca de la admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad, por si fuese notoriamente infundada.

5. El Fiscal General del Estado evacuó el trámite conferido mediante escrito registrado el 3 de julio de 2014 en el que interesa la inadmisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad por ser notoriamente infundada.

Expone, en primer lugar, los antecedentes de hecho de la presente cuestión de inconstitucionalidad y las circunstancias que han dado lugar a su planteamiento, reproduciendo el tenor literal del art. 128.4, así como de los arts. 127 y 168.4, todos ellos de la Ley 16/2005. Indica, en segundo lugar, que se cumplen las condiciones procesales para el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, con la consecuencia de que sus alegaciones han de quedar limitadas a determina si la cuestión, por ser notoriamente infundada, fuera inadmisible, para lo que resulta necesario efectuar algunas consideraciones acerca del modelo urbanístico valenciano. Señala el Fiscal que, en dicho modelo, la actividad urbanística se configura como una función pública atribuida a los poderes públicos, pero también como una función pública que requiere una importante inversión económica y una actividad gestora de esa inversión, aspecto éste que hace que se trate de una función empresarial. El papel activo en la ejecución lo puede asumir directamente la Administración, pero también puede gestionarse indirectamente el planeamiento adjudicando el protagonismo activo a una empresa en la que se delegue esa responsabilidad. Este modelo adquiere su mayor singularidad en la urbanización, en cuanto se trata de un problema que requiere de la colaboración de tres sujetos: la administración actuante, el urbanizador y el propietario. Así, el urbanizador ejecuta la actuación, siendo esa actividad retribuida por los propietarios, quienes, como consecuencia de la actuación del primero, reciben el producto elaborado, el solar urbanizado. Junto a esa figura del urbanizador constituyen un elemento definidor del urbanismo valenciano los denominados programas para el desarrollo de actuaciones integradas, que incluyen elementos de planeamiento y gestión, presentando una doble dimensión, técnica y económico-jurídica. Tras esta exposición, expone la duda de constitucionalidad del órgano judicial, señalando que la misma parte de la posición de los propietarios de los terrenos, en los supuestos de retasación de cargas en que éstas excedan del 20 por 100 de los costes inicialmente previstos, según la Administración haya optado por un sistema de gestión directa o indirecta de la programación. En esta situación, la legislación valenciana trata de forma desigual a los propietarios afectados en función del sistema de gestión, sin que se pueda justificar en que se pretenda, en los casos de gestión indirecta, asegurar la transparencia y la concurrencia en el desarrollo de la programación y urbanización. En consecuencia, el hecho de que en los supuestos de gestión directa no rija la limitación en la retasación de cargas que deriva del art. 168.4 constituye un supuesto de discriminación ante la ley contrario al art. 14 CE.

Para el Fiscal General del Estado, la cuestión ha de ser situada en el contexto de los programas de actuación urbanística y las facultades y obligaciones que asumen los tres sujetos que han de colaborar en esa actividad, la Administración, el propietario y el agente urbanizador y el criterio empleado para resolverla es el de la asentada doctrina constitucional relativa al principio de igualdad “en la ley” o “ante la ley” que impone al legislador el deber de dispensar un mismo tratamiento a quienes se encuentran en situaciones jurídicas iguales, con prohibición de toda desigualdad que carezca de justificación o razonable o resulte desproporcionada, prohibiendo la diferenciación artificiosa o injustificada.

El Ministerio público concluye que en este caso no parece que pueda admitirse la vulneración del principio de igualdad ya que los términos de comparación no son idóneos, pues la diferencia de formas de gestión hace perfectamente imaginable que la regulación jurídica de la posición de unos propietarios puede ser diferente de la que corresponda a otros. Añade el Fiscal que, aunque se admitiera que los términos de comparación son idénticos, el trato dispar no carece de justificación en la medida en que persigue que el aspirante a urbanizador asuma su responsabilidad en el control de los costes de urbanización que pueden trasladarse a los propietarios, garantizando la objetividad y la transparencia en los procedimientos de concurrencia en materia de adjudicaciones, erradicando la práctica fraudulenta consistente en presentar proyectos con costes estimados a la baja para asegurar la adjudicación, proyectos que luego son sustancialmente modificados. No es óbice para esa conclusión el argumento relativo a que el propósito de garantizar la objetividad, transparencia y concurrencia tendría que perseguirse tanto en los supuestos de gestión directa como en los de gestión indirecta. Y no lo es porque la normativa parte de la base de que la Administración está vinculada por los principios de los arts. 9.3 y 103.1 CE, lo que implica que los criterios citados de objetividad, transparencia y concurrencia se presumen en la actuación directa de la Administración, presunción que no puede alcanzar a los particulares responsables de la gestión indirecta.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. La presente cuestión de inconstitucionalidad se plantea por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Alicante en relación con el tercer párrafo del art. 128.4 de la Ley 16/2005, de 30 diciembre, urbanística de la Comunidad Valenciana, por posible vulneración del art. 14 CE.

El art. 128 de la Ley 16/2005 regula la iniciativa pública en la formulación de los denominados programas de actuación integrada disponiendo en su apartado 4 lo siguiente:

“La Administración que gestione directamente el programa puede repercutir la totalidad de las cargas de urbanización previstas en esta Ley para los casos de gestión indirecta, pudiendo retribuirse por cualquiera de los modos en ella previstos.

El beneficio empresarial, en los casos de gestión directa, sólo podrá percibirlo el urbanizador que sea sociedad mercantil de capital íntegramente público.

No rige para la gestión directa la limitación en la liquidación definitiva por el precio máximo al que se refiere el artículo 127.2 e) de esta Ley.

Igualmente, en los supuestos de gestión directa procederá el cobro anticipado de las cuotas de urbanización correspondientes al coste de las obras cuya ejecución se encuentre prevista en los tres meses siguientes a su emisión.”

De la transcrita regulación el órgano judicial cuestiona su tercer párrafo “No rige para la gestión directa la limitación en la liquidación definitiva por el precio máximo al que se refiere el artículo 127.2 e) de esta Ley”. Considera que, con dicha regla, la legislación urbanística valenciana vulnera el art. 14 CE por cuanto que trata de forma desigual a los propietarios afectados por un expediente de retasación de cargas de urbanización en función de que el sistema de gestión elegido por la Administración sea el de gestión directa o el de gestión indirecta, ya que, respecto del primero de ellos, no existen limitaciones a dicha retasación, mientras que en el segundo caso se establece que la cantidad a repercutir a los propietarios no puede exceder del 20 por 100 del importe previsto inicialmente.

El Fiscal General del Estado, como se ha hecho constar en los antecedentes, se ha opuesto a la admisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad, por considerarla notoriamente infundada.

2. De acuerdo con lo previsto en el art. 37.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, este Tribunal puede rechazar a limine las cuestiones de inconstitucionalidad, mediante Auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, cuando faltaren las condiciones procesales o fuere notoriamente infundada la cuestión suscitada.

Efectivamente, ha de coincidirse con el Fiscal en que la cuestión planteada resulta notoriamente infundada en el significado que a esta noción le viene dando nuestra doctrina (por todos, AATC 71/2008, de 26 de febrero, FJ 2; y 32/2009, de 27 de enero, FJ 3), que no implica un juicio peyorativo sobre la duda de constitucionalidad que traslada el órgano judicial, pero que procesalmente otorga a este Tribunal un cierto margen de apreciación a la hora de controlar la solidez de la fundamentación de las cuestiones de inconstitucionalidad, realizando un examen preliminar de la viabilidad de las mismas (ATC 154/2014, de 27 de mayo, FJ 2 ).

3. A fin de situar la duda del órgano judicial en sus términos resulta preciso hacer una breve mención a la regulación de los denominados Programas de actuación integrada, previstos en la Ley 16/2005. Tales programas de actuación integrada son, al igual que los demás actos que de ellos traen causa, instrumentos de gestión o ejecución urbanística, mediante los cuales se promueve la transformación urbanística del suelo urbanizable. Así, el art. 14 de la Ley 16/2005 define la actuación integrada como aquella que se desarrolla mediante unidades de ejecución, y tiene por objeto la urbanización pública conjunta de dos o más parcelas realizada conforme a una única programación. A tal efecto el programa en cuestión, calificado como condición necesaria para la transformación urbanística del suelo urbanizable y para el ejercicio de los derechos dimanantes de la misma, identifica el ámbito de una actuación integrada con expresión de las obras que se han de acometer, programa los plazos para su ejecución, establece las bases técnicas y económicas para gestionar la actuación, regula, en su caso, los compromisos y obligaciones que asume el urbanizador designado al aprobar el programa y fija las garantías de su cumplimiento. Conforme al art. 117.4 de la Ley 16/2005, la ejecución de las actuaciones integradas es siempre pública, correspondiendo a la Administración decidir acerca de su gestión directa o indirecta. Se considera que una actuación es de gestión directa, cuando la totalidad de las obras e inversiones que comporta son financiadas con fondos públicos y gestionadas por la Administración, por sí misma o a través de sus organismos, entidades o empresas de capital íntegramente público. La gestión es indirecta cuando la Administración decide acometer la actuación a cargo de la financiación comprometida por un tercero en el que delega la condición de urbanizador, adjudicándola a favor de una iniciativa seleccionada de conformidad con el procedimiento establecido en la Ley.

El órgano judicial centra la duda de constitucionalidad que plantea en la diferencia de trato que, por lo que respecta a la retasación de los costes de urbanización, sufrirían los propietarios de terrenos en los casos de ejecución de programas de actuaciones integradas en los que se utilice la fórmula de la gestión directa, a los que no les sería de aplicación la limitación del 20 por 100 en la repercusión de los costes de retasación. Limitación que, por el contrario, es aplicable en los supuestos de gestión indirecta en los que hace uso de la figura del agente urbanizador de la ejecución de los denominados programas de actuación integrada.

Esta limitación en la definición de las cargas de urbanización que los propietarios deben retribuir en común al urbanizador en los casos de gestión indirecta se encuentra establecida en el art. 127.2 e) en relación con el art. 168 de la Ley 16/2005. El primero incluye, como uno de los contenidos de la proposición jurídica económica que ha de acompañar al programa de actuación integrada, la referencia a los costes de urbanización a repercutir como máximo a los propietarios. El segundo dispone que la retasación de tales cargas sólo es posible transcurridos dos años desde la presentación de la proposición jurídico-económica por motivos no imputables al urbanizador o por la aparición de circunstancias sobrevenidas que no hubieran podido preverse en el momento de la redacción de la misma. En particular los apartados 3 y 4 establecen que la retasación de cargas exigirá la tramitación de un procedimiento administrativo específico con notificación y audiencia de todos los propietarios afectados y tiene el límite de 20 por 100 del importe de las cargas previsto en la proposición económica inicial. Límite cuantitativo cuya ausencia en el caso de optar por la ejecución de la actuación integrada mediante el sistema de ejecución directa motiva la duda del órgano judicial centrada en el trato desigual a los propietarios en función del sistema de ejecución utilizado.

Es decir, como ha señalado el Ministerio Fiscal, el órgano judicial articula su duda de constitucionalidad en torno a la diferencia de trato que deriva del art. 128.4 de la Ley 16/2005 a través de su confrontación con otros dos preceptos de la Ley 16/2005, los arts. 127.2 e) y 168.4, respecto a la retasación de cargas de urbanización en la ejecución mediante gestión indirecta. En todo caso, de su argumentación parece deducirse que esa vulneración de la igualdad que denuncia trae también causa, en su opinión, de la falta de intervención de los propietarios en la determinación de la forma de ejecución de los programas para el desarrollo de actuaciones integradas.

4. Así expuestos los términos en los que se ha planteado la duda de constitucionalidad, procede recordar ahora la doctrina constitucional respecto a la vulneración de la igualdad “en la ley” o “ante la ley”, resumida en la STC 40/2014, de 11 de marzo, FJ 4, en los términos siguientes:

“Examinada la cuestión desde la perspectiva de la cláusula general de igualdad, se hace necesario recordar que, ‘como tiene declarado este Tribunal desde la STC 22/1981, de 2 de julio (recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el art. 14 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales), el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable’ (STC 41/2013, de 14 de febrero, FJ 6).

De esta suerte, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato es necesario que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de manera que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En suma, el principio de igualdad en la ley no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida (SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3; 49/1982, de 14 de julio, FJ 2; 2/1983, de 24 de enero, FJ 4; 23/1984, de 20 de febrero, FJ 6; 209/1987, de 22 de diciembre, FJ 3; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; 110/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2; 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 4; 117/1998, de 2 de junio, FJ 8; 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4, y 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4, por todas).”

Igualmente, la STC 60/2014, de 5 de mayo, FJ 3, recuerda que “el trato desigual por sí mismo considerado no es necesariamente contrario a la Constitución, pues no toda desigualdad de trato legislativo en la regulación de una materia entraña una vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la ley del art. 14 CE, sino únicamente aquellas que introduzcan una diferencia de trato entre situaciones que puedan considerarse sustancialmente iguales y sin que posean una justificación objetiva y razonable (por todas, STC 131/2013, de 5 de junio, FJ 10). En este sentido, lo propio del juicio de igualdad es “su carácter relacional conforme al cual se requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas” y, de otro, que “las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso”. Sólo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma (SSTC 205/2011, de 15 de diciembre, FJ 3; y 160/2012, de 20 de septiembre, FJ 7).”

5. Expuestos los términos de la doctrina procede ahora realizar el juicio de igualdad que se nos demanda.

El propio órgano judicial considera que la situación idéntica a analizar y determinante de la diferencia de trato que denuncia es la de los propietarios afectados por un expediente de retasación de cargas. Sin embargo su propio razonamiento introduce una distinción en función de la fórmula de ejecución empleada, la gestión directa o indirecta, y plantea su juicio de igualdad a partir de la hipótesis de que el urbanizador, pese a existir un exceso de costes superior al 20 por 100, continuara con la ejecución, situación ésta que es la que en realidad compara con la de los propietarios en los supuestos de ejecución por gestión directa. En ese juicio recalca una idea que no deriva del precepto cuestionado y que tampoco ha sido discutida, como es que los propietarios no son quienes tienen la posibilidad de optar por un sistema de gestión u otro, de tal forma que, puesto que no han elegido ni participado en la determinación del sistema de gestión, no existiría justificación para que los propietarios fueran tratados de forma distinta en función de la utilización de un sistema de gestión en cuya elección no han intervenido.

Al respecto, lo primero que ha de destacarse es que la actividad urbanística, en tanto que diseño de la ciudad, está configurada en nuestro derecho como una función pública y, como tal, puede ser gestionada directa o indirectamente. Esa consideración la manifiesta claramente la legislación estatal, pues el art. 3.1 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo, califica a la ordenación territorial y urbanística como funciones públicas no susceptibles de transacción que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general, determinando las facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo conforme al destino de éste (en un sentido similar, art. 3.1 de la Ley 16/2005). De este modo, según el mismo texto refundido de 2008 la legislación sobre la ordenación territorial y urbanística debe garantizar, entre otros aspectos la dirección y el control por las Administraciones públicas competentes del proceso urbanístico en sus fases de ocupación, urbanización, construcción o edificación y utilización del suelo por cualesquiera sujetos, públicos y privados [art. 3.2 a)]

En suma, la actividad urbanística es, por definición, una actividad de titularidad pública en la medida en que está ligada al giro o tráfico administrativo, pero que admite formas de gestión directa o indirecta. La dirección y el control de la gestión urbanística constituyen decisiones públicas, y la opción por una ejecución pública o privada depende de las concretas fórmulas que establezca la legislación en la materia. La actividad de gestión (o ejecución) urbanística es un servicio público que presenta gran complejidad, porque no se limita a la ejecución de obras de urbanización (alcantarillado, abastecimiento de aguas, alumbrado público, etc.), sino que implica el desarrollo de diversas actividades para ejecutar sobre el espacio físico el planeamiento previamente diseñado, tratando de conseguir la distribución equitativa de beneficios y cargas entre los propietarios afectados y la recuperación por la comunidad de las plusvalías (en ese sentido, art. 150 de la Ley 16/2005). Esa función pública en que consiste la actuación urbanística se traduce en que las potestades de ordenación urbana a la hora de diseñar la ciudad corresponden, en primera instancia, a los municipios. En el tema ahora examinado significa que el ayuntamiento valora la alternativa de programa propuesta y decide motivadamente acerca de la forma de realización. En definitiva, no existe el derecho a la elección de una concreta forma de ejecución por los propietarios, sino que tal opción forma parte de las prerrogativas de la Administración urbanística. De esta manera la corporación local tiene la posibilidad de optar por la gestión directa si entiende que ésta era viable y preferible para los intereses públicos municipales, atendiendo a las necesidades y medios del ayuntamiento, decisión sometida, en todo caso, al correspondiente control judicial (así, en el art. 22.2 de la Ley 16/2005).

Sentada entonces la premisa según la cual no supone discriminación de los propietarios la elección de un sistema directo o indirecto, dependiendo de las necesidades y medios del ayuntamiento, conviene también advertir ahora que la Administración no obtiene beneficio alguno en la actividad de gestión directa en la ejecución de una actuación urbanística, ya que la misma no es a su riesgo y ventura, pues, a diferencia del urbanizador privado, que ha de ser retribuido por su actividad, actúa sin ánimo de lucro. Tampoco conviene olvidar que son los propietarios los que alcanzaran los plenos derechos que les confiere el estatuto jurídico de la propiedad del suelo en forma de aprovechamiento urbanístico patrimonializable como consecuencia de su transformación. De esta forma, en los casos de gestión directa han de asumir los costes de transformación pero van a ver incrementado su valor sin que para ello hayan de compensar a un tercero, el agente urbanizador, figura que no existe en el caso de la ejecución por gestión directa. Así, en principio, el incremento de valor derivado del proceso de transformación urbanística tiene como destinatarios a los propietarios del suelo transformado por la ejecución de la actuación integrada realizada directamente por la Administración y las cargas urbanísticas son sufragadas en principio con las propias plusvalías que genera la transformación del suelo que produce un aprovechamiento lucrativo para sus propietarios. Por eso, en el caso de una actuación realizada por gestión directa no puede pretenderse que sea la Administración, que actúa en el ejercicio de una función pública, la que asuma los costes de una actuación de transformación de la que, previo cumplimiento de los deberes que pesan sobre ellos, se van a beneficiar los propietarios del suelo en cuanto que obtendrán las plusvalías derivadas del proceso de transformación urbanística.

Por el contrario, en la modalidad de gestión indirecta, el agente urbanizador, seleccionado en un procedimiento competitivo frente a la naturaleza no concursal de los programas ejecutados mediante gestión directa, debe incluir necesariamente en la proposición jurídico-económica el presupuesto de licitación de la obra de urbanización y las cargas que como máximo se compromete a repercutir a los propietarios afectados (art.127 de la Ley 16/2005). Por dicho motivo, es responsable del cálculo de los costes y de la determinación de todos los conceptos que conforman los gastos del programa, incluidos aquellos que tengan un carácter de mera estimación o previsión, como también lo es de la ejecución de las obras, pues éstas se realizan a riesgo y ventura del urbanizador, en los términos del contrato suscrito al efecto según el art. 138 de la Ley 16/2005 y en el que se contempla en el art. 143.2 i) de la Ley 16/2005, como causa de resolución de la adjudicación del programa, la renuncia del urbanizador ante una retasación de cargas fundada en causa legal que implique un incremento del importe de las cargas previsto en la proposición jurídico-económica superior al 20 por 100. Se trata de una limitación del principio de ejecución del contrato a riesgo y ventura del contratista que, por su propia naturaleza, no puede existir en la gestión directa realizada por la Administración y que tampoco es extraña en otras legislaciones autonómicas [así, por ejemplo art. 150 h) Ley 2/2006, de 30 de junio, del suelo y urbanismo del País Vasco; 150.6 Ley 3/2009, de 17 de junio, urbanística de Aragón o 127.4 de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del suelo y ordenación territorial de Extremadura, allí por referencia a los límites derivados de la legislación reguladora de la contratación del sector público]. De ahí que la posición jurídica que asume la Administración, en el caso de la gestión directa, y la que asume el agente urbanizador, en el caso de la gestión indirecta, no sea comparable.

6. La consecuencia de todo cuanto venimos exponiendo es que, como ya ha indicado el Fiscal General del Estado, el órgano judicial no ofrece “un término de comparación adecuado que permita fundar el juicio de igualdad” [AATC 179/2011, FJ 7 a); y 180/2011, FJ 7 a)], ya que el juicio comparativo no se formula con referencia a grupos o categorías de personas que encontrándose en una misma situación resulten irrazonablemente diferenciados por el legislador, sino, antes al contrario, con referencia a dos situaciones distintas derivadas directamente de los distintos modos de ejecutar el planeamiento y del carácter de función pública que revisten las decisiones en torno a dicha ejecución. En definitiva, con su planteamiento, lo que, en el fondo, está proponiendo el órgano judicial es que todos los casos de retasación reciban la misma solución legislativa cuando, como también ha destacado el Fiscal, hay evidentes diferencias entre la gestión directa e indirecta en la ejecución del planeamiento.

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, y aunque el término de comparación se estimase idóneo para trabar el juicio de igualdad, la conclusión no podría ser otra que la de descartar que existe la pretendida vulneración del art. 14 CE, ya que la diferencia de trato tiene por base supuestos perfectamente diferenciables, en la medida en que distinta es la forma de ejecución del planeamiento, y obedece a razón objetivamente justificada, relacionada con la propia esencia, fundamento o finalidad de la actividad de gestión directa en la ejecución del planeamiento urbanístico, determinado por la distinta posición jurídica que ocupa la Administración, en tanto que garante de los intereses generales, respecto al agente urbanizador. Asimismo, conviene advertir que, en realidad, en el juicio de igualdad que se plantea se propone como término de comparación un supuesto hipotético, en el sentido de que no deriva directamente de lo dispuesto en la Ley 16/2005. Se trata del caso del agente urbanizador que, ante un incremento de los costes de urbanización superior al 20 por 100, decide, a su propia costa, asumir los sobrecostes superiores a ese 20 por 100 y continuar con las obras de urbanización. Es claro que la hipótesis que plantea el órgano judicial no puede ser contemplada en este momento más que como un evento futuro e incierto, que, en atención a dicho carácter, resulta inapropiada para fundamentar una duda concreta de inconstitucionalidad como la que se sustancia en este específico proceso de inconstitucionalidad, de control concreto e incidental de la constitucionalidad de las leyes y no alcanza a fundamentar la falta de objetividad y razonabilidad que son presupuesto de una apreciación de trato discriminatorio.

Por todo lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Madrid, a veintidós de julio de dos mil catorce.