"REGIMEN JURIDICO DE LA REHABILITACION URBANA"

Francisco de Borja López-Jurado Escribano

Tesis Doctoral dirigida por el Dr. D. Eduardo Roca Roca.

Catedrático de Derecho Administrativo.

UNIVERSIDAD DE GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
20 ENE. 1989
Entrada N.º 2616

DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE GRANADA.

UNIVERSIDAD DE GRANADA

ACTA DEL GRADO DE DOCTOR EN .....

Curso de 19 88 a 19 89 Folio 3 Número .....

Reunido en el día de la fecha el Tribunal nombrado para el Grado de Doctor de D. Francisco de Borja Lopertundo Escribano, el aspirante leyó un discurso sobre el siguiente tema, que libremente había elegido: "Régimen jurídico de la rehabilitación urbana"

Terminada la lectura y contestadas las objecciones formuladas por los Jueces del Tribunal, este le calificó de APTO CUM LAUDE, por unanimidad

Granada 17 de marzo de 19 89

EL PRESIDENTE,

EL SECRETARIO DEL TRIBUNAL,

EL VOCAL,

EL VOCAL,

EL VOCAL,

FIRMA DEL GRADUANDO,

INVESTIDURA .. En el día de la fecha se ha conferido a D. ..... el Grado de Doctor en la Facultad de ..... confome a lo prevenido en las disposiciones vigentes.

Granada ..... de ..... de 19 .....

EL DECANO,

CERTIFICO: Que el Acta que antecede concuerda con la del expediente del interesado remitida a la Secretaría de la Universidad.

Granada ..... de ..... de 19 .....

El Catedrático Secretario,

V.º B.º
EL DECANO,

INDICE

I.- Introducción.

1.- Evolución de conceptos relacionados con el de rehabilitación.

2.- Delimitación del concepto de rehabilitación.

3.- Situación de los problemas de la rehabilitación.

4.- Constitución Española y rehabilitación.

1.- Preceptos informadores.

2.- Preceptos conformadores de derechos.

3.- Preceptos competenciales.

II.- Instrumentos de planeamiento y rehabilitación urbana

1.- Los Planes Generales de Ordenación Municipal y la rehabilitación.

2.- El planeamiento especial y la regeneración del tejido urbano.

1.- En la ley del suelo.

a.- Planes Especiales de Protección.

b.- Planes Especiales de Reforma Interior y de Saneamiento.

2.- Los Planes Especiales de la Ley del Patrimonio Histórico Español.

a.- Contenido propio de los Planes Especiales para la protección.

b.- La obligatoriedad de su redacción.

3.- En especial: relación entre Planes Especiales y Planes Generales de Ordenación.

1.- Particularidades de los Planes Especiales recogidos en la Ley del Suelo.

2.- Particularidades de los Planes Especiales de la Ley del Patrimonio Histórico Español.

3.- Los Planes Especiales Autónomos.

III.- Inciso sobre el "ius variandi" y derechos adquiridos frente al planeamiento y la rehabilitación urbana.

IV.- Inciso sobre la concesión y suspensión de licencias.

1.- Suspensión del otorgamiento de licencias.

2.- Régimen de concesión y suspensión de licencias en la Ley del Patrimonio Histórico Español.

V.- El principio de fuerza de ordenación y la rehabilitación urbana.

1.- "Ratio legis" del régimen de fuera de ordenación.

2.- El juego de permisiones y prohibiciones y la regeneración urbana.

1.- Obras de modernización y obras con las que se incrementa el valor de expropiación.

2.- Obras de consolidación y aumento de volumen.

3.- Autorización excepcional de obras parciales y circunstanciales de consolidación.

4.- La sustitución diferida y la rehabilitación urbana.

5.- Planeamiento y fuerza de ordenación: alternativas conservadoras de lo edificado.

6.- Naturaleza jurídica de la imposición que soportan los edificios fuera de ordenación.

7.- Deber de conservación y órdenes de ejecución.

8.- El principio de fuera de ordenación y la Ley del Patrimonio Histórico Español.

9.- Unidad predial y principio de fuera de ordenación.

10.- Confluencia del régimen de fuera de ordenación con normativa de otro género.

11.- Valoración y enajenación de edificios fuera de ordenación.

12.- Derechos adquiridos frente al régimen de fuera de ordenación.

13.- Especialidades para industrias.

14.- El principio de fuera de ordenación en la normativa autonómica.

1.- Ley Catalana de ordenación del Territorio.

2.- Los supuestos de fuera de ordenación en el Decreto 278/83 del Gobierno Vasco.

3.- Ley Balear sobre fuera de ordenación.

VI.- Declaración de ruina, régimen de fuera de ordenación y rehabilitación urbana.

1.- Circunstancias urbanísticas que aconsejaren la demolición del inmueble.

2.- Declaración de ruina por circunstancias urbanísticas y protección singularizada de inmuebles de interés.

3.- Declaración de ruina y protección de la rehabilitación.

VII.- De las fincas inadecuadas y el régimen de edificación forzosa: incidencia en la regeneración urbana.

VIII.- El Decreto 278/83 del Gobierno Vasco.

1.- Descripción del sistema articulado.

2.- Los Planes Especiales de Rehabilitación.

1.- Determinaciones de calificación.

2.- Determinaciones de gestión.

IX.- Conclusiones.

APENDICE I.- Relación de Sentencias del Tribunal Supremo citadas en cada Capitulo por orden cronológico.

APENDICE II.- Bibliografía utilizada.

A B R E V I A T U R A S

A.R.I.	Area de Rehabilitación Integrada.
B.I.C.	Bien de Interés Cultural.
C.C.A.A.	Comunidades Autónomas.
Cdo.	Considerando.
C.E.	Constitución Española.
C.E.U.M.T.	Centre d'Estudis Urbanistics, Municipals i Territorials. La Revista Municipal.
C. y T.	Revista Ciudad y Territorio.
C.O.A.M.	Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid.
C.S.C.A.	Consejo Superior de Colegios de Arquitectos de España.
E.T.	Revista Estudios Territoriales.
I.E.A.L.	Instituto de Estudios de Administración Local. (Actualmente refundido en el Instituto Nacional de Administración Pública).
L.A.U.	Ley de Arrendamientos Urbanos.
L.P.H.E.	Ley del Patrimonio Histórico Español 16/85 de 25 de junio.
L.S.	Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del suelo y Ordenación Urbana, R.D. 1346/1976 de 9 de abril.
M.O.P.U.	Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo.
P.A.U.	Programa de Actuación Urbanistica.
P.D.T.C.	Planes Directores Territoriales de Coordinación.
P.E.	Plan Especial.
P.E.R.	Plan Especial de Rehabilitación.
P.E.R.I.	Plan Especial de Reforma Interior.
P.G.M.O.	Plan General Municipal de Ordenación.
P.P.	Plan Parcial.
R.A.	Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia.

R.A.P.	Revista de Administración Pública.
R.D.	Real Decreto.
R.D.U.	Reglamento de Disciplina Urbanistica, R.D. 2587/1987 de 23 de junio.
Rev. D.U.	Revista de Derecho Urbanistico.
R.E.D.A.	Revista Española de Derecho Administrativo.
R.E.V.L.	Revista de Estudios de la Vida Local.
R.G.	Reglamento de Gestión Urbanistica R.D. 3288/1978 de 25 de agosto.
R.P.	Reglamento de Planeamiento, R.D. 2159/1978 de 23 de 23 de junio.
S.T.S.	Sentencia Tribunal Supremo.
S.U.R.	Sociedad Urbanistica de Rehabilitación.
T.S.	Tribunal Supremo.

C A P I T U L O I

I N T R O D U C C I O N

I.-INTRODUCCION

Regenerar nuestras ciudades. Es, éste, un empeño necesario y urgente en la actual coyuntura. Tarea ardua por cuanto tiene de mirar al pasado y de enfocar el futuro. Labor que abarca la conservación del carácter de nuestras urbes y, a la vez, inseparablamente, la atribución de nuevas virtualidades que hagan capaz -a la ciudad ya hecha- de responder a las demandas de los nuevos tiempos.

Operación de artista, de arquitecto, de geógrafo, de sociólogo, de jurista; que todos estos saberes han de conjugarse para rehabilitar. Artista que se convierte en jardinero, para injertar en el árbol vetusto el nuevo retoño. Arquitecto que se hace médico para sanar las heridas de ese organismo vivo que es toda ciudad: regenerando tejidos, interviniendo -en los casos estrictamente necesarios- quirúrgicamente algunas áreas. Sociólogo y geógrafo que hace de explorador de la trama humana que palpita tras la edificación. Jurista, en fin, que plasma en instrumentos normativos aptos toda esta nueva concepción de la urbe y del urbanismo; que cuestiona el alcance e interpreta los preceptos legales para su más adecuada aplicación.

Corresponde, aquí, acometer -siquiera parcialmente- esta última tarea. La rehabilitación urbana es materia que puede ser estudiada desde el Derecho bajo diversos prismas: el de los incentivos financieros y/o tributarios para llevar a cabo operaciones de este tipo; el de la normativa -abundante y dispersa- sobre vivienda y edificación; el de las relaciones jurídico-privadas subyacentes que existen en todo tejido urbano

consolidado; el de, en fin, la normativa sobre ordenación del territorio. Es esta última perspectiva, especifica del Derecho Urbanistico, la que se ha elegido, dejando de lado los otros enfoques de la cuestión. Ya dentro de la perspectiva del Derecho Urbanistico se ha visto preciso concretar aún más el trabajo a aspectos de planeamiento, fuera de ordenación y ruina que, sin perjuicio de incidentales referencias a temas conexos, son puntos claves en todo empeño regenerador. No se entra, pues, al examen de los problemas que conlleva la gestión del suelo urbano; tarea espinosa que debe ser objeto de posteriores trabajos.

En un reciente número de la Revista Estudios Territoriales AYDALOT (1) hace un interesante estudio del declive de las ciudades en los paises industrializados. Vincula AYDALOT la disminución del indice de crecimiento perceptible en algunas ciudades (2) con su falta de aptitud para asumir nuevas funciones.

Desde otra perspectiva, se observa, de modo más generalizado, el deterioro que sufren importantes áreas urbanas; especialmente perceptible en los centros históricos de nuestras ciudades.

La preocupación por el deterioro de las áreas urbanas y, en especial, de los centros de carácter, habia ido en aumento en las década anteriores. Fiel reflejo de lo que se dice son los abundantes documentos internacionales, de diversa índole, que hacen referencia a la conservación y puesta en valor del patrimonio arquitectónico. (3)

Varios factores influyen en la maduración de esa mayor sensibilidad hacia el patrimonio urbano edificado; entre otros se pueden citar: 1) Una mayor concienciación hacia la mejora de las condiciones de vivienda de importantes colectivos 2) Una creciente atención hacia la historia y la cultura propia de cada pueblo 3) El grave deterioro a que se habian visto sometidas, fruto de una mentalidad desarrollista, importantes áreas urbanas 4) La búsqueda de entornos de vida más humanos que los que proporcionaban las áreas en expansión de las grandes ciudades. 5) La necesidad de conservar para el futuro. 6) El intento por evitar la creciente terciarización de los centros históricos de las ciudades con sus consecuencias de desertización y, en muchos casos, de trasplante traumático de población del centro a barrios periféricos.

Históricamente, nuestra legislación urbanística, se han centrado en torno a la expansión urbana y al desarrollo urbanístico de nuestras ciudades. El Ordenamiento jurídico español presenta, en este punto, un "alto grado de madurez y un relevante arsenal de técnicas jurídicas innovadoras que han merecido una preferente atención de los juristas y estudiosos" (4). El ensanche, el crecimiento de la ciudad en mancha de aceite, al centrar los esfuerzos del Legislador, lo ha tenido apartado, en buena medida, durante décadas, de la atención a los centros históricos, a la ciudad consolidada, "ya hecha".

Este fenómeno, fruto de una mentalidad desarrollista, unido a la falta de sensibilidad -a todos los niveles- para las cuestiones inherentes al deterioro y obsolencia de las áreas consolidadas por la edificación; ha agudizado los problemas de

las zonas interiores. Sin riesgo de caer en el alarmismo, se puede calificar de grave la situación de abundantes espacios construidos de nuestras ciudades, por la insuficiencia de dotaciones urbanísticas y de equipamientos comunitarios, por la carencia de condiciones de habitabilidad o, al menos, de los modernos servicios, de los inmuebles; por el estado de deterioro de los mismos; por el riesgo de pérdida de edificaciones que, por su tipología, definen el carácter de una ciudad.

En la actual coyuntura, los intereses económicos favorecen la paulatina degradación, en especial, de los centros urbanos. La declaración de ruina de edificios en estas zonas de las ciudades grandes y medias, normalmente, interesa a los propietarios de edificios que ven premiado el deterioro de sus inmuebles con la resolución de contratos de arrendamiento que existieran y, frecuentemente, con la posibilidad de contar con un solar céntrico del que obtener mayores beneficios que los que pudieran reportar unas rentas, en el peor de los casos, congeladas. El sector terciario presiona, en estas ciudades, por instalarse en los centros históricos; presión que provoca la sustitución de los usos residenciales primitivos. Estos son factores que pueden determinar, y de hecho determinan, importantes cambios sociales auspiciando la emigración -traumática en algunos casos- de población.

"La concurrencia de la superconcentración y la degradación progresiva de los centros de nuestras ciudades amenazan supervivencia física y social, favoreciendo la pérdida de su identidad histórica y cultural. La conciencia de que estos espacios, con independencia de su intrínseco valor histórico-

artistico, constituyen unos bienes culturales que es preciso preservar y rehabilitar por consideraciones sociales, de simbologia urbanistica e inclusive de politica de vivienda constituye una de las aportaciones más interesantes del urbanismo contemporáreno". (4)

Certero diagnóstico, especialmente autorizado por venir que quien viene, hecho en un momento histórico de inflexión de las tendencias del urbanismo.

Llegados a este punto es necesario delimitar qué se entiende por regeneración-rehabilitación en suelo urbano. Así mismo se nace imprescindible acotar el objeto de estudio sobre el que versará el análisis del trabajo de Tesis.

En una primera aproximación, el término rehabilitación urbana nos sugiere varios caracteres de la misma. Rehabilitación indica una actividad y un fin. El fin identifica la actividad delimitándola. Será rehabilitadora, toda aquella actuación encaminada a volver a habilitar, a recuperar virtualidades que se tuvieron y que, en mayor o menor medida, se han perdido. Rehabilitación tiene mucho de recuperación funcional, de revitalización, -entendidos en sentido tradicional-; la rehabilitación participa de esos contenidos pero va más allá al incorporar el elemento teleológico como algo intrinseco: se trata, en su caso, de conservar, proteger, restaurar para devolver una virtualidad. El elemento teleológico determina la dinamicidad de las operaciones a englobar bajo el término rehabilitación; estas actuaciones no quedan limitadas por lo que es o lo que fue el objeto sobre el que se opera. Al proyectarse

hacia el futuro incorporan unas posibilidades de variación -sobre todo funcional-. La rehabilitación es así un puente tendido entre el objeto sobre el que se opera -obsoleto o inadecuado por cualesquiera causas-, y la satisfacción de necesidades, -resolución de problemas actuales- como una proyección importante hacia el futuro. Ambas partes del binomio han de ser respetadas.

Si se destruye el objeto sobre el que se opera estaremos ante una remodelación; esto es, ante un modelar de nuevo. Rehabilitación implica, por tanto, conservación de lo existente.

Si no se adecúa el objeto de las actuaciones a la resolución de problemas y satisfacción de necesidades actuales, proyectables hacia el futuro; estaremos ante una nueva restauración no rehabilitadora por haberse desligado del elemento teleológico -volver a habilitar- del carácter dinámico -volver a habilitar, para satisfacer necesidades, no de épocas pasadas sino actuales y futuras-.

Rehabilitar supone, por tanto, dar nueva vida a elementos vetustos, luchando por mantener el justo medio entre el mantenimiento de lo existente y su adecuación a la vida y necesidades actuales. Rehabilitación implica generar de nuevo algo que, siendo una misma cosa -él mismo-, comienza una nueva vida; algo que manteniendo los caracteres esenciales que le hacen ser lo que es, recupera la lozanía y virtualidad de lo plenamente actual y adecuado.

Rehabilitación engloba, en este sentido, no sólo una serie de actuaciones sobre un objeto, ni el fin que con ellas se persigue; sino, además, la detección de los problemas y necesidades de la hora actual y las previsibles del futuro. Detección necesaria para estar en condiciones de adecuar el objeto sobre el que se actúa a la solución de aquéllas manteniendo sus caracteres propios.

Aquí la rehabilitación se eleva a la categoría de "saber vital necesario para una época", de "producto esencialmente cultural" de "proceso creador" (5).

Siguiendo con esta primera aproximación, corresponde examinar el calificativo urbano como determinante del ámbito de la rehabilitación. Urbano hace referencia a la urbe; esto es, a la ciudad (6), a aquel asentamiento en el que vive y desarrolla su actividad un núcleo de población. La rehabilitación urbana, no viene referida, en primer análisis, a elementos singularizados de la trama de las ciudades -patrimonio arquitectónico, zonas verdes, equipamientos, dotaciones- sino a éstos en su conjunto, como soporte físico sobre el que se interrelaciona una colectividad. Entendiendo que cabe acotar la rehabilitación calificada de urbana a parte de la ciudad; pero no a elementos concretos de ésta ya que no estaríamos ante rehabilitación urbana sino ante rehabilitación de dotaciones, de viviendas, etc.

La rehabilitación opera, por tanto, sobre un organismo con un trama de relaciones subyacentes. Cualquier actuación rehabilitadora habrá de tener en cuenta este dato. No cabe

actuar sobre, por ejemplo, el patrimonio edificado, sin incidir en las ramificaciones sociales, funcionales, económicas y jurídicas, de dicho patrimonio y las inducidas en su entorno.

Rehabilitación no queda limitada al edificio como UNIDAD mínima al que la vivienda está vinculada sino que implica algo más; al menos, y junto con aquélla, se extiende a otros elementos del espacio urbano. Entre los que cabe incluir: el nivel de urbanización primaria -compuesta por las redes de servicios, los viales, etc.-, y el nivel urbanización secundaria -compuesta por los equipamientos y espacios libres etc.- (7) (8). A esto nos conduce una primera aproximación del calificativo urbano aplicado a la rehabilitación.

Procede ahora, para alcanzar una conceptuación válida del objeto de nuestro estudio, examinar la evolución de los conceptos relacionados con el de rehabilitación urbana; tanto desde el punto de vista de la actividad a desarrollar como desde la óptica del objeto sobre el que se actúa.

I.1.- EVOLUCION DE LOS CONCEPTOS RELACIONADOS CON EL DE REHABILITACION.

Las actuaciones sobre el patrimonio edificado, o mejor, sobre la ciudad ya hecha, han sido concebidas de modo diverso en diferentes épocas (9). Las concepciones han variado en torno a dos ejes: cuál es el objeto sobre el que se ha de actuar y en qué consiste la operación u operaciones a acometer. Diferenciación de enfoques que nos será útil para analizar la cuestión que estamos tratando; pero que, en la práctica, resulta artificial.

Inicialmente se da una concienciación de las sociedad Europea sobre el valor de las arquitecturas históricas y de la necesidad de conservarlas y recuperarlas. Esta concienciación es paralela al nacimiento de la Arqueología como ciencia y al auge de la Ilustración. Se trata de conservar para conocer mejor aplicando el viejo aforismo de los historiadores de que es necesario conocer el pasado para comprender el presente. Este interés inicial se limita a aquellos testimonios excepcionales de culturas pasadas; palacios, castillos, iglesias y aquellas otras manifestaciones culturales englobables bajo el término monumento, constituyen el único centro de atención para este incipiente movimiento protector.

Este interés por el monumento se incrementa con la fase de reestructuración interna de carácter traumático de los centros históricos de las ciudades europeas, durante el siglo XIX. La apertura de nuevas vías, plazas, la creación de jardines y parques, etc.,plantea la necesidad de proteger el monumento. Las

actuaciones potenciadoras de la ciudad existente se limitan a la protección -restauración cuando más- de monumentos. El Derecho articulará técnicas para la conservación de esos elementos urbanos.

La superación crítica de este concepto "monumentalista" se produce muy gradualmente, coincidiendo con la fase de crecimiento de las ciudades europeas, entorno al centro histórico, en mancha de aceite.

Se trata del período entre guerras, desde 1945 a 1972. Pasamos de la restauración del Monumento aislado a la conservación del Conjunto Monumental e, incluso, del entorno. Se inicia el resquebrajamiento de la perspectiva estática para sensibilizar, las operaciones sobre patrimonio edificado, con problemáticas funcionales y sociales. Gana terreno el concepto de centro histórico -en su conjunto- como objeto sobre el que se actuará. Centro histórico que podría ser definido -en un primer momento- como asentamiento urbano constituido antes del desarrollo industrial y concebido como un conjunto arquitectónico y urbanístico en el que las construcciones más importantes del mismo no pueden entenderse aisladas.

Se llega al momento actual; posterior a 1972, significado por un replanteamiento de actitudes y formas de actuación de fases anteriores, fruto de una disminución de crecimiento expansivo de las ciudades y de la aparición de una nueva cultura urbanística más sensible a la problemática de la ciudad existente. "Es decir, pueden señalarse los años 70 como la década en la cual los problemas urbanos, antes siempre vistos en

clave de "crecimiento" (de población, tráfico, industria, vivienda), pasan a considerarse en términos de recursos disponibles, de mejor aprovechamiento del "stock" existente... Así se formulan nuevas politicas urbanas sobre tráfico, ocio... La conservación de la ciudad y la rehabilitación de sus áreas urbanas emergen con fuerza dominante." (10).

La vuelta a la ciudad, al centro histórico, a la valoración de los soportes edificados de modos de convivencia más humanos que aquellos hacia donde conducía el modelo desarrollist.; todo esto coincide con la constatación de los importantes cambios acaecidos en los centros históricos durante la fase de crecimiento de las ciudades. Las mutaciones se podrían situar a tres niveles: "nivel morfológico" consistente en la sustitución física de los viejos edificios por otros nuevos; "nivel funcional", consistente en la reducción de la polifuncionalidad del centro histórico, caracterizada por una concentración creciente de funciones terciarias; y por último a nivel "social" que introduce profundos y selectivos cambios en la estructura social de los primitivos centros históricos, con movimientos a nuestro juicio de signo totalmente contrario; por un lado, al desplazamiento centrífugo, en ciertas áreas, de las clases populares que las habitaban, hacia los nuevos suburbios periféricos; y por otro, en la paulatina ocupación de estas áreas más degradadas, por parte de inmigrantes y familias en general procedentes de las clases sociales menos privilegiadas.

Las mutaciones a nivel funcional y social, si no tan significativas como a nivel morfológico, tienen una trascendental importancia en la transformación de la ciudad, por

cuanto afectan directamente a su verdadera esencia, a lo que las define.

Es la problemática suscitada por estos cambios a la que se pretende hacer frente mediante la rehabilitación urbana. La perspectiva ya no es sectorial sino global. La actuación que se lleve a cabo deberá tener presente una pluralidad de aspectos, variedad que la hará, en cualquier caso, compleja. Los instrumentos jurídicos que posibiliten al llevarla a cabo serán, asi mismo, complejos (11).

Recapitulando estas ideas generales, hemos visto como "ha ido evolucionando en el tiempo la amplitud de ese concepto, tanto en amplitud como en profundidad. Como se ha ido pasando del monumento al conjunto, al barrio, a la ciudad, y de ahí al ambiente y al ambiente rural, porque se pasa de la carta del 31 en Restauración a la del 64 como Conservación, en el 75, estamos ya en la Rehabilitación. Es un concepto que va cambiando y enriqueciéndose" (12).

I.2.- DELIMITACION DEL CONCEPTO DE REHABILITACION

El Decreto 278/83 del Gobierno Vasco sobre rehabilitación del patrimonio urbano edificado define las intervenciones de rehabilitación como "conjunto sistematizado de obras a realizar sobre una construcción o urbanización existente, con objeto de transformarla en otra diferente en todo o en parte a la precedente, más adecuada a sus valores arquitectónicos, culturales o históricos y dotada de unas mejores condiciones de habitabilidad y de uso" (13).

La definición transcrita tiene dos características fundamentales:

1.- La amplitud con que se contemplan las actuaciones (como obras de construcción o urbanización).

2.- La naturaleza eminentemente teleológica de la definición.

Ambos aspectos son necesarios dada la complejidad de las operaciones a acometer y la diversidad de medios que se pueden requerir para obtener resultados regeneradores en distintas áreas.

A esos dos caracteres -necesarios para acotar el concepto de regeneración- se deben añadir otros dos: el que sean llevadas a cabo en suelo clasificado como urbano y, el que se trate de operaciones integradas. De esta forma dejamos de lado la actuación puntual de rehabilitación para insertarnos de lleno en el complejo mundo del suelo urbano y de las actuaciones sistemáticas en dicho suelo.

No se excluye que puedan ser consideradas como regeneradoras -a los efectos del presente trabajo- actuaciones o previsiones sobre terrenos vacantes de edificación o de actuaciones de demolición (14) siempre que se encuentren circunscritas al suelo urbano y sean conformes a lo planeado para la regeneración del área.

De este modo, a lo que se referirá en el presente trabajo, cuando se hable de rehabilitación/regeneración no es sino a: Conjunto sistemático de actuaciones, en suelo urbano, encaminadas a conseguir la puesta en valor y la adecuación de los elementos que conforman dicho suelo, o parte de él, a los valores que representan y a las necesidades de los colectivos que allí habitan.

Cuatro precisiones es necesario hacer aquí:

1.- La acotación del objeto de estudio al suelo urbano no supone una reducción de aquel a las zonas calificadas como centros históricos. Mucho menos a los conjuntos declarados como tales. Son numerosos los casos de áreas recientemente urbanizadas y construidas que requieren una urgente y profunda labor rehabilitadora (15).

2.- No obstante, se pretende mantener el carácter y la tipología propia de las ciudades, como legado recibido de las generaciones anteriores y que es preciso conservar a las futuras en cuanto que sean testimonio de una cultura y, muchas veces, expresión de formas de vida más humanas que las propias de los

modelos desarrollistas.

3.- La rehabilitación/regeneración ha de tender de modo primordial a la mejora de las condiciones de vida de los habitantes de las áreas sobre las que se opera. Mejora de las condiciones de la vivienda, como de las del entorno (16).

4.- La mejora de las distintas áreas consolidadas, esto es, su rehabilitación, deberá hacerse de forma que se mantenga su población autóctona evitando en lo posible transplantes traumáticos a otras zonas de la ciudad.

El análisis que haga de la normativa se referirá a su aptitud para prever operaciones de estas características.

I.3.- SITUACION DE LOS PROBLEMAS DE LA REHABILITACION

Se considera de interés hacer una relación de los problemas que, en la legislación sobre ordenación del territorio, se pueden hallar a la hora de acometer tareas rehabilitadoras; este marco de problemas dará una visión de conjunto, sin perjuicio de que este trabajo se centre en el análisis de los temas antes anunciados.

Los problemas que plantea la regeneración integrada se sitúan a varios niveles:

1.- Planeamiento:

a.- Aptitud de Planes Generales y previsiones a contener para fundamentar operaciones rehabilitadoras, directamente o a través de P.E. que lo desarrolle.

b.- Clases de P.E., aptitud de cada una para regular operaciones rehabilitadoras.

c.- Relación P.E.-P.G.M.O. Capacidad de maniobra de aquéllos. Los P.E. de la L.P.H.E.

d.- Los derechos adquiridos y la variación de las previsiones del planeamiento.

e.- La suspensión de licencias en la L.S. y en la L.P.H.E.; respecto de qué licencias y cuándo opera.

f.- Catálogos como instrumentos protectores.

g.- Reglas de aplicación directa; alcance.

2.- Gestión:

a.- El polígono o unidad de actuación. La dificultad de delimitación en suelo urbano.

b.- Dificultades en la redistribución dominical por sistemas tradicionales.

c.- Dificultades de redistribución por nuevos sistemas.

d.- Proyectos de urbanización y ordenanzas de edificación. La necesaria flexibilidad de éstas al aplicarlas a la rehabilitación.

3.- Los Decretos de financiación. Su articulación con la ordenación del territorio.

4.- Otros problemas:

a.- Principio de fuera de ordenación: ámbito.

b.- El régimen de ruina: como instrumento de destrucción.

c.- La propiedad de los edificios y coste de la rehabilitación.

I.4.- CONSTITUCION ESPAÑOLA Y REHABILITACION

Antes de comenzar el análisis de los preceptos objeto de este estudio se considera conveniente hacer una, casi obligada, referencia a nuestra Constitución. En ella, como veremos, se recoge una más que amplia cobertura para la regulación de operaciones rehabilitadoras.

Se puede decir que la C.E. no pone trabas a la regeneración; muy al contrario, la favorece y estimula. El campo en el que será precisa una más intensa labor hermenéutica es la distribución competencial que lleva a cabo. La naturaleza de este trabajo obliga a escoger, tan solo, aquellos puntos en que la C.E. incide en la materia objeto de estudio, sin detenerse en mayores profundizaciones.

I.4.1.- PRECEPTOS INFORMADORES

La Constitución Española contiene tres principios, que hacen aquí al caso, que deben informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (17).

Por seguir el orden del texto constitucional el art. 45 afirma que todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. La referencia al medio ambiente evoca, en un primer momento, la protección de la naturaleza. Una reflexión más atenta nos lleva a una consideración amplia del término en la que se difumina la frontera entre el ambiente natural y el

artificial producto de la conformación por el hombre del espacio donde desarrolla su existencia. El urbanismo es considerado como "estudio de las relaciones entre el hombre y el medio en el que se desenvuelve y que hace de la tierra, del suelo, su eje operativo" (18). Urbanismo es conformación del ambiente. De un ambiente que es fundamental en el desarrollo de la gran mayoría de habitantes de nuestro país, habida cuenta de la elevada cota de urbanización en la que nos situamos (19). La Constitución eleva a categoría de principio rector de la actuación de los poderes públicos el promover las condiciones para la efectividad de este derecho al medio ambiente adecuado.

El artículo siguiente de la C.E. prevee que los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que los integran (20).

El patrimonio urbano edificado constituye parte -y parte importante- de ese patrimonio histórico, cultural y artístico; y no sólo en lo relativo a monumentos sino, también, a tramas urbanas, conjuntos de edificaciones, etc., que, sin tener carácter monumental, conforman la tipología de una ciudad o son testigos de su historia.

El art. 47 C.E. añade al enfoque ambiental y al histórico-artístico, al enfoque social. Todos tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, afirma.

Hay dos lecturas posibles del precepto que, sin ser incompatibles, suponen un distinto enfoque. La primera haría

hincapié en el deber de los poderes públicos de posibilitar el acceso a la vivienda -nueva o vieja- de todos los estratos de la población. La segunda pondría el énfasis en las condiciones de las viviendas y la orientación de la actuación de los poderes públicos en orden a habilitar los medios para que aquéllas sean dignas y adecuadas.

Se entiende que el precepto, dentro del limitado campo de acción que le atribuye el art. 53 C.E. debe entenderse en el segundo sentido apuntado. Sin perjuicio del deber de solucionar carencias de vivienda, es claro que el alcance de la previsión no se reduce a eso, y alcanza al deber de facilitar la obtención de esas condiciones que señala.

La vivienda digna es aquella que reune unos requisitos mínimos de habitabilidad y puede obtenerse por rehabilitación de la que se disfruta o por traslado a una de nueva construcción. La vivienda adecuada hace referencia a las condiciones y características de sus ocupantes entre la que no cabe despreciar el arraigo que el colectivo concreto tenga en el barrio donde vive (21).

I.4.2.- PRECEPTOS CONFORMADORES DE DERECHOS

Los artículos de importancia capital para el urbanismo y, por tanto, para la regeneración de las ciudades, son el 33 y el 47.

El art. 33 C.E. reconoce el derecho a la propiedad privada añadiendo en el inciso 2, que la función social de este derecho

delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.

Dos breves comentarios cabe hacer aquí, entre otros muchos posibles.

1.- El derecho de propiedad se entiende como un derecho delimitado, desde dentro, por la función social que está llamado a desempeñar. No es que la función social acote desde fuera, señalando unas limitaciones, reduciendo las posibilidades que, en un principio, correspondían al titular del derecho de propiedad. El titular no tiene facultad para realizar actos contrarios a aquella función social porque ésta forma parte del derecho, lo modela, lo configura "ab intra". No supone, lo hasta aquí dicho una desnaturalización del derecho de propiedad como derecho subjetivo pero sí su articulación con otros intereses que deben ser tutelados (22).

2.- La acotación hecha por la C.E. al derecho de propiedad se corresponde con la llevada a cabo por la Ley del Suelo cuando, en su art. 76 afirma que las facultades del derecho de propiedad se ejercerán dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos por esta Ley o, en virtud de la misma, por los Planes de Ordenación de acuerdo con la clasificación urbanística de los predios. "Estos límites en consonancia con el precepto constitucional, no son indemnizables por determinar el contorno natural y ordinario del dominio" (23) (24).

El art. 47 en su párrafo segundo afirma que la comunidad participará en las plusvalias que genere la acción urbanistica de los entes públicos. Retorno de plusvalias para cuya efectividad la Ley del Suelo, prevé entre otros la cesión gratuita del 10% del aprovechamiento medio del suelo urbanizable programado. Previsión que no es aplicable al suelo urbano según reiterada jurisprudencia (25).

I.4.3.- PRECEPTOS COMPETENCIALES

El art. 148.1 afirma que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: 3. Ordenación del Territorio, urbanismo y vivienda. Los diferentes Estatutos de Autonomia han atribuido competencia exclusiva en esta materia (plena en el caso de Madrid) a las respectivas Comunidades Autónomas (26) iniciando asi el proceso de completa regionalización de la materia urbanistica (27). El Derecho estatal pasa a ser derecho supletorio (28), la legislación estatal únicamente regirá en la medida en que lo prevea la normativa especifica de la Comunidad respectiva (29).

La exclusividad de la atribución competencial, es controvertida, a pesar de la claridad de su formulación, por la concurrencia de materias cuya regulación está reservada al Estado (30).

La atribución de competencia exclusiva a las Comunidades Autónomas comprende tanto el poder de legislar sobre las materias correspondientes como poderes de ejecución y gestión.

Ahora bien, la ordenación urbanistica empieza por ser una regulación del derecho de propiedad del suelo y, éste, en cuanto derecho fundamental, reclama un tratamiento único en todo el Estado (art. 139.1 C.E.) cuya determinación corresponde en exclusiva a éste (art. 149.1.1. C.E.). Desde esta perspectiva, al menos, la competencia legislativa en materia de urbanismo, viene a ser una competencia compartida entre las Cortes Generales y los Parlamentos Autónomos (31).

Por otro lado la C.E. en su art. 149.1.23 reserva al Estado la competencia exclusiva sobre legislación básica sobre protección del medio ambiente que tanta incidencia tiene, o puede tener, en el urbanismo.

Los articulos 149.1.13 y 131 de la C.E. española reservan al Estado la fijación de las bases y la coordinación de la planificación económica. El art. 149.1.18 reserva, asimismo, al Estado la legislación sobre expropiación forzosa.

Las competencias atribuidas al Estado en materias como aguas, minas, carreteras, obras públicas, etc. han de ser tenidas así mismo en cuenta dado el carácter integrador de la materia urbanistica.

De ahí que se pueda afirmar que "la inclusión por la Constitución de la ordenación del territorio y urbanismo entre las materias que las Comunidades Autónomas pueden asumir, en calidad de competencias exclusivas (...) no puede en ningún caso interpretarse como desapoderamiento total en la materia del Estado y de las Corporaciones Locales" (32). La autonomía que la

C.E. art. 140 da a éstas últimas así como el protagonismo que la nueva Ley de Bases de Régimen Local y la Ley del Suelo dan a la Administración Municipal en materia urbanística, hacen que sean los Ayuntamientos la pieza clave de la ordenación urbana de acuerdo con el sistema vigente.

Resaltamos dos cuestiones para finalizar este apartado:

1.- La pluralidad de legisladores actualmente existente en materia de urbanismo lo que ha de llevar a una compartimentación de la normativa que lo regula.

2.- Falta de claridad sobre cuáles son los límites de la competencia exclusiva que han asumido las Comunidades Autónomas. Esto puede dar lugar a que la materia urbanística quede en una especie de tierra de nadie en la que no se atrevan a entrar ni el Estado ni las Comunidades Autónomas por no arriegarse a traspasar el umbral de competencias ajenas; o, lo que es más probable, que la materia urbanística se convierta en una fuente de conflictos por el excesivo atrevimiento de las Administraciones respectivas. "La situación obliga a adoptar una actitud extremadamente prudente y a intensificar los mecanismos de comunicación, información y colaboración" (33) entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

N O T A S

(1).- "El declive urbano y sus relaciones con la población y el empleo". E.T. n.24. MOPU. Mayo-Agosto 1987 p. 15.

(2).- Perceptible ya en ciudades como Madrid y Bilbao. Ver Moreno Jiménez A. "Concentración de la población y jerarquía de asentamientos en España. Evolución y perspectivas" Estudios Territoriales n.24. MOPU. Mayo-Agosto 1987 p.97.

(3).- Ver al respecto López Jaen Juan "Curso de Rehabilitación" Volumen O. COAM. Madrid 1987. Allí se contienen buena parte de esos documentos comentados.

(4).- Bassols Coma M. "Los Planes de Reforma interior y Rehabilitación de Centros Urbanos". XVII temas de Derecho Urbanistico. El curso de Oviedo. Colegio Oficial de Aparejadores de Asturias. Oviedo 1980. p.214 y 215.

(5).- López Laen J. "Normativa Internacional" en Curso de Rehabilitación n. O. COAM. Madrid 1987 p. 5.

(6).- Fernández Rodríguez T.R. afirma: "Esta ecuación semántica (urbanismo como ordenación de la ciudad), históricamente válida hasta la segunda guerra mundial, se ha roto estrepitosamente en la segunda mitad de este siglo al comprobar hasta qué punto las tensiones que sacuden la vida urbana y todo lo que en el interior de la ciudad ocurre es una función de los fenómenos que

tienen lugar fuera de ella..." en Manual de Derecho Urbanistico. Publicaciones Ablella 6ª Edición Madrid 1986 p. 17-18.

(7).- Ver Busquets J. Ferrer A., Calvet L. "Evaluación de las Necesidades de Rehabilitación" MOPU. Madrid 1985 punto 18.

(8).- Una definición de estructura del espacio urbano en Montero J.M. "Tratamiento arquitectónico y conservación del Patrimonio" CEUMT. n. 40-41 julio-agosto 1981 p. 61.

(9).- Sobre la génesis del concepto de rehabilitación ver "La rehabilitación del Patrimonio Arquitectónico en la legislación española" Luque Sevilla Leandro, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. n. 3 1er trimestre de 1984 p. 58 y 59.

(10).-Busquets J., Ferrer A., L. Calvet "Evaluación de las Necesidades de Rehabilitación" op. cit. p. 11.

(11).-(1) García y Bellido y otros, en el prólogo a la obra "Resumen histórico del urbanismo en España". I.E.A.L. Madrid, 1968. afirman:

"Las ciudades, las agrupaciones urbanas, son creaciones esencialmente históricas, que se deben sentir en la integridad de su proceso evolutivo como entidades vivas".

(11).-(2) Larrumbre Biurrum P.M. en "La figura del Plan Especial, Legislación sobre centros históricos" Rev. D.U. n 57. abril 1978 p. 50 afirma:

"Parece obvio que la conservación de Centros Históricos discurra por un proceso de rehabilitación, tendente a mantener las estructuras antiguas, dotándolas de servicios y medios adecuados, y a fortalecer la vida social, relegando la tentanción de convertirlas en una especie de museos o de lugares de estudio para especialistas en ciencia social. Es preciso para ello, en primer lugar, una elevación de los stándares urbanisticos, buscando equipamientos atractivos que no sólo conservan el Centro Histórico por y para si mismo, sino que potencien una nueva función en el contexto de todas las partes que componen la ciudad."

"La problemática de los cascos antiguos ha dejado de ser algo perteneciente a lo puramente arquitectónico-arqueológico, que en el mejor de los casos se quería salvar con usos artificiales. La filosofia que debemos utilizar en su estudio, aún desde los anquilosados parámetros jurídicos, ha de ser diferente. Algo similar a lo que ha ocurrido en la Arquitectura, que ya ofrece verdaderas alternativas al tecnicismo, sin desentendernos de los factores sociológicos y sin distinguir los problemas prácticos y estéticos, considerando todos los intereses globalmente desde una perspectiva prevalente, como es la esteticocrítica, según se ha expuesto DE FUSCO en "La idea de Arquitectura. Historia de la crítica desde Violet-le-Duc a Persico"."

(12).-López Laen, Juan "Fomento Internacional de la protección y conservación del Patrimonio Cultural" en Actas de las Jornadas de Rehabilitación organizadas por el Seminario de Planeamiento y Ordenación del Territorio en Madrid 14-16 Noviembre 1983,

publicadas en Madrid 1985 p. 23.

(13).-Decreto de 5 de diciembre publicado en el Boletin Oficial del Pais Vasco de 24 de diciembre de 1983. art. 6.1.

(14).-El Decreto del Gobierno Vasco antes citado prevé la posible consideración de actuaciones de demolición; de construcción de nueva planta o de sustitución como intervenciones de rehabilitación; ver art.8. del Decreto.

(15).-Ver al respecto Busquets J. Ferrer A. y Calvet L. "Evaluación de las necesidades de rehabilitación" op.cit.

(16).-Sobre los conceptos de calidad de vida, satisfacción residencial y sus indicadores ver estudio del Prof. Parra Luna en "Sociologia industrial" Ed. Aguilar 1987. Citado y comentado en "Comentario Sociológico" n. 59-60 Junio 1987 p. 1071.

(17).-Art.53.3 Constitución Española 1978. B.O.E. 29.XII.1978.

(18).-Fernández Rodriguez T.R. "Manual..." op. cit. p. 18.

(19).-En torno a un 80% según informe sobre el estado mundial de la infancia 1986 de UNICEF. Recogido en Comentario Sociológico n. 59-60 p. 72 y ss.

(20).-Art. 46 C.E.

(21).-"Una problemática fundamental de cara a la planificación consiste en preguntarse si es preferible sanear un arrabal a

pesar de desintegrar la comunidad que en él se ha establecido. En este sentido no se puede decir que la insatisfacción con un hábitat determinado provenga de las pésimas condiciones físicas en las que se encuentra, pues los estudios al respecto encuentran que la clase obrera es capaz de adaptarse perfectamente a estos barrios gracias a una compensación abundante en relaciones sociales de tipo informal. Por ello hay que distinguir entre las actitudes hacia la vivienda y hacia el contexto en donde ésta se encuentra. En España, esta reflexión ha quedado plasmada en una encuesta llevada a cabo por la asociación de vecinos de San Blas-Simancas, en Madrid, en la que a la pregunta alternativa sobre arreglo de la vivienda o nueva vivienda -las edificaciones se encontraban en estado ruinoso-, el 99% de los encuestados se decantaban por la segunda solución, y de ellos, el total -100%- deseaba que la vivienda se lavantara en el propio barrio". Comentario Sociológico n. 59-60 p. 1079.

(22).-Sobre el alcance del art. 33 C.E. ver Fernández Rodríguez. T.R. "Manual..." op. cit. p. 28 y ss.

(23).-Laso Martínez J.L. "Derecho Urbanístico" Ed. Montecorvo Madrid 1981 Tomo I p. 247.

(24).-De congruente y armoniosa califica la Sentencia de 12.VII.1985 (Ponente Húrro Echevarría) la relación entre los arts. 76 de la Ley del Suelo y 33.2 de la C.E.

(25).-Entre otras S.T.S 28.XII.1983 R.A. 6860/1983.

(26).-El Estatuto de Autonomia Andaluz recoge la atribución en el art. 13.8.

(27).-Garcia de Enterria E. y Parejo Alfonso L. "Lecciones de Derecho Urbanistico" Madrid 2.a ed.1981 p.147. Ver también Ruano Botella "El urbanismo, la Constitución y Autonomias" en "Ciclo de Coferencias de los Centros hipotecarios de Madrid y Galicia (1984-1986)" Madrid 1986 p. 162 y ss.

(28).-Art. 149.3 C.E. Ver Muñoz Machado S. "Derecho Público de las Comunidades Autónomas" MADRID 1988. Tomo I p. 54.

(29).-González Pérez J. "Comentarios a la Ley del Suelo" Civitas Madrid 1988. Tomo I p. 54.

(30).-Pemán Gavín, Ignacio "Limites contenidos en el articulo 149.1 de la Constitución Española a las competencias autonómicas en materia de ordenación del Territorio y Urbanismo" Rev. D.U. n. 107, abril 1988, p.63.

(31).-Fernández Rodfriguez T.R. Manual de Derecho Urbanistico op. cit. p. 39.

(32).-Parejo Alfonso L. "Derecho Urbanistico Instituciones Básicas" Ediciones Ciudad Argentina. Madrid 1986 p. 64.

(33).-Fernández Rodriguez T.R. "Manual..." op. cit. p. 40.

C A P I T U L O II

INSTRUMENTOS DE PLANEAMIENTO Y REHABILITACION URBANA

II.- INSTRUMENTOS DE PLANEAMIENTO Y REHABILITACION URBANA

El planeamiento urbanistico constituye la base necesaria y fundamental de toda ordenación urbana (1) y esto porque la Ley del Suelo utiliza una técnica normativa de caracter bifásico (2) en la que la Ley y sus Reglamentos fijan las lineas maestras del sistema y remiten a los planes la concreción en el espacio de las mismas. A este dato se añade la previsión del art. 76 L.S. ya visto según el cual "Las facultades del derecho de propiedad se ejercerán dentro de los limites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en esta Ley o, en virtud de la misma, por los Planes de Ordenación con arreglo a la clasificación urbanistica de los predios".

El Plan se constituye, por tanto, en eje operativo alrededor del que giran no solo la actuación pública sino, también, los derechos y deberes de los particulares.

El régimen jurídico concreto al que se debe someter la rehabilitación urbana en una determinada zona vendrá determinado por el planeamiento que le afecte. Se puntualizarán a continuación algunas cuestiones sobre el planeamiento tal y como viene recogido en la L.S. para luego descender a la problemática concreta de los PE y la rehabilitación urbana.

Si es cierto que: "El conjunto de técnicas e instituciones heredadas que inciden sobre nuestras ciudades puede caracterizarse, en términos globales, por su vocación fundamentalmente expansionista y destructora. El punto de mira

de la legislación ha consistido en arbitrar fórmulas que permitieran la extensión de lo edificado, tomando en cuenta el tejido urbano existente, si acaso, para mejorar el sistema de comunicaciones, las vías públicas que permitian el contacto entre las antiguas y las nuevas partes de las ciudades." (3).

También lo es que: "La normativa sobre planeamiento prevé las posibilidades de proyectar una ambiciosa politica de Conservación, Renovación e, incluso, de Rehabilitación de los espacios urbanos o centros de nuestras ciudades. A través de la planificación cabe, por lo tanto, encauzar una serie de politicas urbanas en función de las exigencias y orientaciones que, en cada caso, las Corporaciones estimen convenientes. A su vez, la participación garantiza una intervención individual o por vía de asociaciones, eficaz y relevante en la elaboración de la planificación por parte de la población afectada". (4)

El legislador situó, en la escala jerárquica de los instrumentos de planeamiento, inmediatamente después del Plan Nacional de Ordenación, a los Planes Directores Territoriales de Coordinación. Dentro de las determinaciones que contendrán estos Planes se incluyen "las medidas de protección a adoptar en orden a la conservación del suelo, de los demás recursos naturales y a la defensa, mejora, desarrollo o renovación del medio ambiente natural y del patrimonio histórico-artístico" (5). Es este un precepto cuyo desarrollo dará lugar a una especificación interesante por parte del art. 11.1 del R.P. cuando dice que serán determinaciones a contener por los P.D.T.C.: "las medidas especificas de protección del patrimonio histórico-artistico, aquitectónico y cultural, no sólo en cuanto afecten a monumentos

y conjuntos, sino también a su entorno o a los espacios que sean precisos para preservar determinadas perspectivas".

Se trata de proteger no sólo el monumento o el conjunto sino el entorno y la perspectiva en consonancia con el art. 73 a) de la L.S. La brecha abierta al determinar el contenido de los P.D.T.C. es, sin embargo, muy limitada por cuanto, de un lado, la óptica es meramente proteccionista y de otro, continúa ligado -cosa que no hacen los art. 18 y 73 a) de la L.S.- al concepto de monumentalidad ya que la ampliación de la protección se refiere al entorno del monumento.

Al ser escasísimos los P.D.T.C. dictados no se entra a analizar la relevancia práctica de sus previsiones. Tan solo señalar que la competencia urbanística atribuida por la Constitución (art. 148.1.3) a las Comunidades Autónomas y recogida en los diversos Estatutos de Autonomía ha sido ejercida en varias C.C.A.A., en un primer momento, para regular por Ley la planificación supra municipal.

II.1.- LOS PLANES GENERALES DE ORDENACION MUNICIPAL Y LA REHABILITACION.

Los P.G.M.O. se presentan en la, L.S. como instrumentos de ordenación integral, art. 10 L.S. llevando a cabo la clasificación del suelo, la definición de los elementos fundamentales de la estructura general así como la programación para su desarrollo y ejecución.

El P.G.M.O. debe regular detalladamente el uso de terrenos y de la edificación así como señalar la renovación o reforma interior que resultare procedente, art. 11.1 L.S. para ello deberá delimitar el ámbito de las operaciones de reforma interior que estimen necesarias art. 12.2.1 a). También serán determinadas por el P.G.M.O. las medidas para la protección de conjuntos urbanos e histórico-artísticos, art. 12.1.d).

La pormenorización de los contenidos de los P.G.M.O. para el suelo urbano hace que, además de las determinaciones citadas, sean de interés todo el resto de previsiones del P.G.M.O respecto de este tipo de suelo para el objeto de nuestro estudio. El P.G.M.O. debe contener una regulación completa del suelo urbano que puede llegar a ser exhaustiva en cuyo caso no necesitaría de instrumento de planeamiento que desarrollara sus previsiones, -al menos en teoría-.

A "sensu contrario" la S.T.S (sala 4) de 24 de mayo 1985 (6) afirma que "aunque es cierto que después de la Ley de Reforma de 2 de mayo de 1975 el Plan General en suelo urbano es un Plan ejecutivo, por cuanto que para esta categoría de suelo

asume la función que antes correspondía al Plan Parcial, esta regla general quiebra cuando por los objetivos que trata de conseguir el Plan General precisa de otras figuras de planeamiento para el desarrollo de sus previsiones".

El carácter de ordenación integral, así como la supremacía jerárquica de estos Planes respecto al resto de instrumentos de planeamiento hacen que -sin perjuicio de lo que más adelante diremos respecto la relación con los P.E.-, sus previsiones sean de aplicación necesaria a las operaciones de rehabilitación y que cualquier otro instrumento de planeamiento que regule estas operaciones deba adecuarse al P.G.M.O. del que trae causa.

El carácter de desarrollo de los P.G.M.O. que tienen el resto de los instrumentos de planeamiento hace que las previsiones de aquellos sean fundamentales para la amplitud e intensidad de las operaciones rehabilitadoras. Más adelante se analizará el alcance de esta relación entre instrumentos de planeamiento generales y especiales.

Dentro de los Planos de información general que debe contener el P.G.M.O. se debe encontrar el de señalamiento de aquellas áreas en las que se prevean operaciones de reforma interior que requieran la formulación de un Plan Especial de este carácter, art. 39.2b) y 29.1.b) del R.P.

Para esas áreas prevé el R.P. art. 29.1.b) que el P.G.M.O deberá fijar explícitamente los objetivos que la reforma se propone y, al menos, los usos e intensidades de los mismos que habrán de resultar de la reforma prevista.

Las Normas Urbanisticas del P.G.M.O tienen, para el suelo urbano, el carácter de ordenanzas de Edificación y Uso del Suelo art. 40.2 R.P., debiendo contener la reglamentación detallada del uso pormenorizado, volumen y condiciones higiénico-sanitarias de los terrenos y construcciones, así como de las caracteristicas estéticas de la ordenación, de la edificación y de su entorno. Las operaciones sobre patrimonio edificado requieren una gran flexibilidad por parte de las ordenanzas de edificación ya que el elemento construido impide, en ocasiones -salvo que se recurriera a un vaciado interior-, el cumplimiento de una normativa pensada para la construcción de nueva planta, en las operaciones de rehabilitación de edificaciones. En este segundo caso la aplicación de las ordenanzas de edificación deberia ser más flexible.

El estudio económico financiero que debe contener el Plan tiene que delimitar la evaluación económica de la ejecución de obras referida a las actuaciones, que en su caso se hayan programado para suelo urbano, art. 42.2 R.P. Dicho estudio es una pieza clàve para conseguir que el P.G.M.O. no se quede en papel mojado.

"En efecto, el Plan General no es simplemente la expresión de un deseo en orden al futuro desarrollo llamado a proporcionar una orientación previa capaz de ilustrar las decisiones de los agentes públicos y privados. Es mucho más de eso. Es, en concreto, una norma jurídica vinculante y obligatoria para unos y otros que pretende imponerse al azar y a la coyuntura y dominarlos, conformando el futuro en el sentido que se considera más adecuado." (7).

Sobre la importancia de este estudio se ha pronunciado reiteradamente el T.S.: S.T.S de 7.VI.73 y 21.1 y 9.III.74, entre otras.

La redacción de los P.G.M.O entraña, de por sí, una gran complejidad, si a esta complejidad añadimos la propia de las operaciones rehabilitadoras -en las que las circunstancias concretas del espacio edificado actúan como fuerte condicionante- tendremos que será muy difícil poder acometer estas operaciones de forma integrada en base tan sólo al P.G.M.O. El esfuerzo que, en otro caso, se le exigiría sería desproporcionado. Los Planes Especiales son en este caso, -por ser de ámbito reducido- instrumentos mucho más aptos y operativos. (8) (9).

La pregunta crucial en estos momentos es qué hacer cuando el P.G.M.O no fija objetivos a la reforma interior que propone, ni los usos e intensidades que habrán de resultar de la reforma prevista, ni contiene planos para el señalamiento de áreas de reforma, ni prevé zonas de reforma interior, ni hace evaluación económica de las operaciones de reforma programadas para el uso urbano.

II.2- EL PLANEAMIENTO ESPECIAL Y LA REGENERACION DEL TEJIDO URBANO

Regulado por la L.S. en los art. 17-24 y por el R.P. art. 76-85 participa en iguales condiciones que los Planes de ordenación integral de lo que el art. 3.1 L.S. llama competencia urbanistica concerniente al planeamiento, "no existe, en el texto legal prescripción alguna que autorice para afirmar en este caso una determinada restricción de dicha competencia". (10).

El art. 76 L.S. delimita el derecho de propiedad en el ámbito urbanistico en función de los limites y del cumplimiento de los deberes establecidos por la Ley del Suelo, en virtud de la misma por los Planes de Ordenación, sin excluir, dentro de éstos los P.E., por lo que se puede concluir que los P.E. delimitan, al igual que el resto de los Planes recogidos por la L.S. el contenido del derecho de propiedad en su ambito concreto de aplicación.

El carácter de Planes de Ordenación que tienen los P.E. se deduce con carácter general de la previsión del art. 17.3 cuando dice: "los Planes Especiales contendrán las determinaciones necesarias para el desarrollo del Plan Director Territorial de Coordinación o del Plan de Ordenación correspondiente; y, en su defecto, las propias de su naturaleza y finalidad, debidamente justificadas y desarrolladas en los estudios, planos y normas correspondientes".

Y se precisa para cada tipo de Plan Expecial en los articulos de la L.S. del R.P. que los desarrollan. "El planeamiento especial no supone, pues, por sí mismo, una limitación de la capacidad de ordenación. Ocurre, sin embargo, que dicho planeamiento tiene un ámbito funcional propio determinado por su posición en el seno del sistema legal de ordenación; ámbito que delimita el contenido real de esa capacidad y que puede caracterizarse por relación a las siguientes notas:

a.- Los Planes especiales son instrumentos no encuadrados en ninguno de los subsistemas (supra y municipal) en que se articula el sistema legal de ordenación; de formulación paralela a los Planes de carácter integral, pero articulados con los mismos por razón precisamente de su especialidad (lo que los hace colaboradores en los aspectos que constituyen su objeto). Esa especialidad está concebida en términos muy amplios, toda vez que sólo se acota negativamente por la vía de la prohibición de la sustitución del otro tipo de Planes en su papel de ordenación integral.

b.- Como consecuencia de lo anterior, los Planes especiales son derivados, en el sentido de que su formulación no puede ser originaria, precisa de la cobertura de la existencia de un previo Plan de ordenación integral." (11).

Al carácter derivado de los P.E. y las consecuencias del mismo respecto a la relación P.E. -Plan General-, se hará referencia más adelante.

II.2.1.- EN LA LEY DEL SUELO.

De las distintas clases de P.E. recogidas en los art. 18-24 de la L.S. se estudiarán los recogidos en los art. 18, 19, 20, 22, 23 y 24.

La protección de espacios forestales, huertas y cultivos mediante P.E. regulados por el art. 21 se refiere inequivocamente a suelo no urbanizable por lo que no serán analizados.

II.2.1.a.- PLANES ESPECIALES DE PROTECCION

Los P.E. de conservación y valoración del Patrimonio histórico y artistico de la Nación y bellezas naturales, regulados en el art. 18 L.S. ofrecen, para el tema objeto de estudio, mucho mayor interés.

La palabra valoración, empleada por este articulo equivalente a puesta en valor, derivada de la expresión francesa "mise en valeur" tiene una amplia tradicción en los documentos internacionales que acerca del tema de la regeneración de la ciudad se han publicado (12).

La valoración del Patrimonio Histórico Artistico supone un concepto más amplio, que el de la mera conservación o protección, se trata de proteger realzando, de conservar

potenciando las virtualidades propias de ese Patrimonio edificado. Para ello prevé el art. 18 L.S. como contenido de estos P.E. el realce de construcciones significativas, art. 18.e) L.S. y la regulación del uso y destino a dar a las edificaciones antiguas y modernas.

En cuanto al ámbito del objeto de estos P.E. la referencia primera del art. 18 parece limitarlo a Monumentos, Conjuntos Históricos o Sitios Históricos. No es este, sin embargo, exclusivamente, el ámbito de estos P.E. que cabe extraer de las determinaciones que se detallan en el art. 18.1 L.S. En efecto, dichos P.E. pueden abarcar, entre otros, elementos urbanos cuyo conjunto contribuye a caracterizar el panorama, plazas, calles o edificios de interés, etc. Con lo que se deja de lado la perspectiva monumentalista para abrirse al criterio de edificaciones o espacios de interés determinantes del carácter y tipología de una zona.

La imbricación en estos P.E. de conservación y valoración de los organismos encargados del Patrimonio histórico, se hace de forma desacertada. El art. 18.2 recoge la necesidad de previo informe de la Dirección General del Patrimonio Artístico y Cultural (13), cuando se dicten normas especiales para la conservación, restauración y mejora de los edificios y elementos naturales y urbanísticos "cuando tales normas tengan carácter nacional". Es evidente que el ámbito del Plan Especial, por el objeto a que se dirige, por su fin, por su carácter derivado y por la autoridad que lo aprueba; no abarca el dar normas de carácter nacional. Quizá hubiera sido otra la colocación sistemática ideal para este punto segundo del art. 18. Debiase

haber articulado adecuadamente la redacción de estas normas con carácter nacional, asegurando una más efectiva participación en la misma del Ministerio de Cultura.

En cuanto a las normas de este carácter que se dictaran para el ámbito especifico del P.E. se prevé, art. 78.4 R.P. el requisito de previo informe a la Dirección General de Bellas Artes y Archivos que se entenderá evacuado favorablemente transcurrido un mes desde que fuera requerido.

La ley 16/85 de 25 de Junio del Patrimonio Histórico Español y los R.D. que la desarrollan suplen las deficiencias de este articulado como más adelante se verá.

Las normas urbanisticas contenidas en los P.E. de protección, conservación y valoración del patrimonio histórico deberán tener en cuenta lo previsto en el art. 73 de la L.S. en cuanto adaptación de las construcciones al ambiente en que estuvieran situadas, art. 78.2 R.P.

El R.P. en su art. 78.3 precisa la posibilidad de dictar normas especiales de catalogación, conservación, restauración y mejora concretando que podrán expresar las limitaciones de usos o instalaciones incompatibles con su carácter.

El art. 19 L.S. recoge un tipo de P.E. singular respecto del anterior por referirse exclusivamente a actuaciones de protección y por ir referido más especificamente a áreas rurales. Esta lógica sigue el art. 79 del R.P. cuando requiere para la aprobación de estos P.E. informe preceptivo del

Ministerio de Agricultura a los efectos de determinar su adecuación a los regimenes de protección previstos en la Ley de Espacios Naturales Protegidos de 2 de mayo de 1975.

Sin embargo, choca la inclusión como contenido a que pueden referirse estos P.E. de perimetros edificados que forman un conjunto de valores tradicionales o estéticos, (art. 19 d) L.S.) ya que esa previsión parece más propia en los P.E. regulados por el art. 18 L.S.

La protección del orden urbanistico de las vias de comunicación en cuanto se refiere a la restricción del destino y uso de terrenos marginales podrá dar lugar a la redacción de P.E., (art. 20 L.S.). Dichos P.E. podran concretar los aprovechamientos urbanisticos que se deduzcan de los instrumentos de ordenación integral, pudiendo, así mismo desarrollar las limitaciones complementarias que se establezcan en dichos instrumentos, (art. 80.2 R.P.).

La mejora del medio urbano o rural y de los suburbios de las ciudades podrá ser objeto de P.E. cuyo objeto fija los art. 22 L.S. y 82 del R.P. El art. 82.2 del R.P. contiene una previsión interesante al prever que estos Planes Especiales no podrán alterar las Normas que sobre volumen y uso del suelo establezcan los Planes de jerarquía superior y sólo podrán precisar sus determinaciones cuando sea necesario. El que esta especificación se refiera sólo a los P.E. de mejora del medio urbano plantea el problema de si los P.E. incluidos en otras categorias pueden alterar Normas sobre volumen y uso del suelo. El art. 78.3 parece admitirlo expresamente para los P.E. de

conservación y valoración del Patrimonio Histórico-Artístico al menos en cuanto a limitaciones de uso.

Tocamos aquí el nervio del problema de los P.E. y su grado de vinculación con los instrumentos de planificación generales de los que traen causa. Más adelante se analizará con detenimiento este problema.

II.2.1.b.- PLANES ESPECIALES DE REFORMA INTERIOR Y P.E. DE SANEAMIENTO.

Llegamos en el análisis de los tipos de P.E. a la categoría más singular de los mismos; los P.E.R.I. Se regulan dichos Planes en los art. 23 de la L.S. y 83 a 85 del R.P. constituyendo éstos últimos una sección aparte (cuarta dentro del capítulo IX dedicada a los P.E.) de la denominada "De las particularidades de los Planes Especiales de Protección". La separación dentro de la sistemática del R.P. obedece a que los P.E.R.I. son P.E. directamente encaminados a la reforma y mejora del suelo urbano. El resto de los P.E. a pesar de la inclusión hecha por el R.P. dentro de la sección "Planes Especiales de Protección" no tienen como ya se ha visto ese carácter exclusivo -véase en especial los arts. 22 y 18 L.S.-.

El ámbito de los P.E.R.I. es el suelo urbano y las finalidades que persiguen se describen en la L.S. (art. 23. 1) permitiendo una muy variada gama de aquellas al ser abierta la enumeración de objetivos.

Las determinaciones y documentos que debe contener un P.E.R.I., adecuadas a sus objetivos, son similares a las de los P.P. salvo cuando algunas de las precisiones de los P.P. fueran innecesarias por no guardar relación con la reforma. Así art. 23.2 L.S., 84.1 y 15.1 R.P. Además deberán expresar los P.E.R.I. el resultado del trámite de participación pública en el proceso de elaboración del plan, así cómo la delimitación de polígonos o unidades de actuación correspondientes y el sistema o sistemas de actuación aplicable a cada uno de ellos, art. 85.1 "in fine" y 2 R.P.; art. 84.1 R.P.

La coincidencia de documentos y determinaciones en ambos instrumentos de planeamiento y el destino de los P.P. -de desarrollo del P.G.M.O. en suelo urbanizable programado o del P.A.U. en suelo no programado- hacen que el P.E.R.I. sea el instrumento apto para el desarrollo del P.G.M.O. en suelo urbano, participando -en cierta medida "mutatis mutandi"- de la "generalidad" de los P.P., contraponiéndose así al resto de P.E. de finalidades más específicas (15).

La S.T.S. Sala 4ª de 19.VII.85 (16) muestra cómo para el desarrollo del P.G.M.O. en suelo urbano procede la redacción de P.E.R.I. y no de P.P.

El ámbito de actuación de los P.E.R.I. es el suelo urbano. Podemos señalar aquí que a este tipo de suelo no es aplicable el deber que sobre los propietarios de suelo urbanizable programado recae de ceder el 10% del aprovechamiento medio. Así lo ha declarado reiteradamente la jurisprudencia del T.S., aplicando

correctamente a mi juicio los art. 83.3 y 84.3 de la L.S. y art. 46.3 c) del R.P.

No se da por tanto en este supuesto el problema de si han de ser los propietarios primitivos los que costeen la totalidad de las obras de urbanización o si el Ayuntamiento debe sufragar, -por el contrario- el 10% de dichos costes en atención a la cesión obligatoria y gratuita que a su favor se realiza (ver al respecto art. 58, 60 y 61 del R.P.).

El P.E.R.I. como todo P.E. tiene carácter derivado de los instrumentos de planeamiento general de los que trae causa. El punto 2 del art. 83 R.P. lo remarca al decir: "Si las operaciones de reforma a las que se refieren los apartados a) y b) de este articulo (operaciones aisladas o integradas encaminadas a los fines señalados por el art. 23.1 L.S.) estuvieran previstas en el Plan General, habrán de ajustarse a sus determinaciones". Sin embargo y estamos ante una importante precisión, los P.E.R.I. podrán regular operaciones no previstas en el Plan General, sin que, en este caso, pueda modificar la estructura fundamental de aquél, lo que se acreditará con un estudio justificado en el que se demostrará su necesidad o conveniencia, su coherencia con el Plan Genera y la incidencia sobre el mismo. (art. 23.3 L.S. y 83.3 R.P.). Más adelante se analizará esta precisión.

A los P.E.R.I. se les exige contener un estudio completo de las consecuencias sociales y, económicas de su ejecución, justificando la existencia de medios necesarios para llevarlas a efecto y la adopción de las medidas precisas que garantizen la

defensa de los intereses de la población afectada, art. 83.4 R.P. Precepto un tanto genérico pero que, en todo caso, deberá tener en cuenta el redactor del P.E.R.I.

La realización de obras de urbanización en sectores de reforma interior, sufragándolas íntegra y anticipadamente, origina el derecho a una reducción en la Base imponible de la Contribución Territorial Urbana de las nuevas edificaciones durante 10 años en la forma que establece el art. 203 L.S.

El último tipo de P.E. a que se refiere la L.S. son los de saneamiento previstos en el art. 24 L.S. para mejorar las condiciones de salubridad, higiene y seguridad pudiendo comprender obras del tipo de las señaladas en el art. 24.2 L.S. A estos Planes Especiales le son de aplicación las previsiones del art. 84.1 y 2 del R.P. relativas al grado de precisión con que se han de elaborar (semejante a la de P.P.) determinación de sistemas de actuación y fijación de unidades de actuación.

Finalmente cabe decir que: "La figura de los Planes Especiales de Reforma Interior se ha mostrado como instrumento adecuado para solventar los problemas derivados de la complejidad inherente a la ordenación del suelo urbano y de la previsión legal del cumplimiento de dicha ordenación directamente por el Plan General de Ordenación, por lo que su utilización se ha generalizado rápidamente. Colocada así esta figura legal, por exigencias de la misma praxis urbanística, en un primer plano, inmediatamente han comenzado a aflorar todo tipo de cuestiones nunca debidamente estudiadas ni, por tanto, resueltas, por la marginalidad de la entrada en juego" (17).

"Hay que destacar, en este momento, que la normativa someramente reseñada con anterioridad no tiene como finalidad directa e inmediata la conservación, mantenimiento, adecuación, modernización o reposición del Patrimonio inmobiliario, cuya vetustez supone un desfase tecnológico, desde el punto de vista de su habitabilidad, al carecer de servicios que demandan los crecientes niveles económicos tales como aislamientos térmicos, ascensores, etc. Sin embargo parece que el Reglamento de Planeamiento inicia una cierta andadura hacia la rehabilitación cuando se refiere a "operaciones integradas de reforma interior", que, en principio, han de entenderse como integración en un solo Plan de reforma interior de las actuaciones aisladas que pueden ser objeto de un Plan Especial de reforma interior, conservándose la estructura de la ordenación anterior de la zona objeto de planeamiento, entendiendo que tales actuaciones son: descongestión del suelo urbano, creación de dotaciones urbanísticas y equipamiento comunitario, saneamiento de barrios insulares, resolución de problemas de circulación o estética, mejora del medio ambiente, u otros fines análogos, pero no se puede hablar todavía de rehabilitación de viviendas en sentido estricto, si bien este concepto es aplicable a la infraestructura y dotaciones" (18).

Más adelante se analizará alguna de esas cuestiones, trascendentales para el objeto de nuestro estudio, habida cuenta de que los P.E.R.I. son, hoy por hoy, el instrumento más apto para realizar operaciones de rehabilitación en suelo urbano.

El criterio que debe seguirse en cuanto a la denominación de los P.E. es, a mi juicio, un criterio no formalista; es decir, independientemente de cual sea el nombre que se dé a cada Plan concreto, para ver el tipo en el que se debe encuadrar habrá que analizar las determinaciones que contenga. Este criterio antiformalista comporta la existencia de una "vis atractiva" en cuanto a la catalogación de los P.E. por parte de los P.E.R.I. dada la amplitud de las finalidades que pueden perseguir y su mayor operatividad.

En sentido inverso, aunque P.E. calificados como P.E.R.I. incluyan determinaciones de signo protector del patrimonio urbano, incorporando incluso catálogos, ello no obsta para que sean calificados como P.E.R.I. a todos los efectos.

Una precisión en cuanto a las determinaciones que deben contener los P.E. Dichas determinaciones vienen recogidas en el art. 77 del R.P. desarrollando el art. 17.3 de la L.S. En el punto 2 del art. 77, en la letra g) se recoge la necesidad de incluir un estudio económico financiero. El T.S. ha aclarado el alcance de esta previsión afirmando que: "Dicho estudio no constituye un presupuesto en el que deban constar cantidades concretas de gastos e ingresos, sino que es suficiente indicar las fuentes de financiación que quedarán afectas a la ejecución del plan, de acuerdo con una previsión lógica y ponderada que garantice la real posibilidad de su realización en función de la importancia de las determinaciones del planeamiento" (19).

II.2.2.- LOS PLANES ESPECIALES DE LA LEY DEL PATRIMONIO HISTORICO ESPAÑOL.

La Ley del Suelo, dado el carácter totalizador de lo urbanistico, se ocupó, ya desde su primera redacción, de la propiedad monumental, articulando técnicas protectoras similares a las establecidas en la Ley de Patrimonio Histórico-Artistico de 13 de mayo de 1.933 y añadiendo una técnica especifica: el planeamiento "que por su mayor amplitud de perspectiva y la flexibilidad que resulta de su inmediatividad y consiguiente capacidad de adaptación a las concretas circunstancias de cada localidad, ofrece, "ab initio" unas posibilidades muy superiores a las propias del binomio reglamentación general autorización o prohibición particular" (20).

La Ley del Suelo duplica así las técnicas protectoras y el orden de autoridades llamadas a aplicarlas; sin que, en ningún caso, establezcan conexión entre ambas. Esta desconexión llevó a "la consiguiente consolidación de un sistema dual en el que la Administración más fuerte -la del Estado- manejaba el ordenamiento técnicamente más débil -el de la Ley de 1.933-, mientras que la Administración más débil -la municipal- tenía en sus manos el ordenamiento más poderoso -el urbanistico-, de forma que ninguno de los dos órdenes o subsistemas de protección llegaba a tener en sus manos la totalidad de los medios necesarios para llevar adelante una política de protección eficaz" (21).

La Ley del Patrimonio Histórico Español trata de superar estas dificultades sin conseguirlo plenamente. Para ello articula la figura de los Planes Especiales de Protección a cuya redacción están obligados el municipio o municipios que cuenten con conjuntos Históricos, sitios Históricos o Zonas Arqueológicas declarados como Bienes de Interés Cultural (22).

Estos P.E. presentan una serie de peculiaridades. La primera de ellas consiste en el carácter abierto de la figura. Cuando el articulo 20 L.P.H.E. establece la obligación de redactar un P.E. se refiere a los P.E. de Protección o a cualquier otro instrumento de planeamiento de los previstos en la legislación urbanistica; con lo que implicitamente quiere decir, que los P.E. de Protección que recoge, son los señalados por ésta en el art. 18 L.S. No articula la L.P.H.E. una nueva figura de P.E. sino que se sirve de los establecidos para hacerlos aptos en orden al fin perseguido.

II.2.2.a.- EL CONTENIDO PROPIO DE LOS P.E. PARA LA PROTECCION

La L.P.H.E. no entiende la protección como operación de conservación estática. Va más allá el objetivo perseguido por estos art. 20 y ss.; llegando a abarcar la adecuación funcional sin por ello descuidar las técnicas protectoras tradicionales. El art. 20.2 L.P.H.E. señala:

"1. El Plan a que se refiere el apartado anterior establecerá para todos los usos públicos el orden prioritario de su instalación en los edificios y espacios que sean aptos para

ello. Igualmente, contemplará las posibles áreas de rehabilitación integrada que permitan la recuperación del área residencial y de las actividades económicas adecuadas. También deberá contener los criterios relativos a la conservación de fachadas y cubiertas e instalaciones sobre las mismas".

Se trata de una protección dinámica que podríamos calificar de regenerativa. Se legaliza aquí una figura recogida en el R.D. 2329/83 como es la de las Areas de Rehabilitación Integrada. No sabemos, sin embargo, si el legislador se está refiriéndo aquí a la concreta técnica recogida por el Real Decreto, con su regulación especifica, o con carácter genérico a figuras que permitan la recuperación del área residencial y de las actividades económicas adecuadas.

El carácter no sólo protector sino reformador queda manifiesto en el art. 21.2 L.P.H.E. cuando dice:

"2. Excepcionalmente, al Plan de protección de un Conjunto Histórico podrá permitir remodelaciones urbanas, pero sólo en caso de que impliquen una mejora de sus relaciones con el entorno territorial o urbano o eviten los usos degrandantes para el propio Conjunto".

El carácter amplio de la protección que la L.P.H.E. establece como objetivo de los Planes para la protección, hace que las medidas que recoja sean -caso que se trate de suelo urbano-, más propias de P.E.R.I. que de Planes de Protección y Conservación del Patrimonio Histórico de la Nación regulado por el art. 18 L.S.

El mismo art. 21.1 L.P.H.E. señala:

"1. En los instrumentos de planeamiento relativos a Conjuntos Históricos se realizará la catalogación, según lo dispuesto en la legislación urbanística, de los elementos unitarios que conforman el Conjunto, tanto inmuebles edificados, como espacios libres exteriores o interiores, u otras estructuras significativas, así como de los componentes naturales que lo acompañan, definiendo los tipos de intervención posible. A los elementos singulares se les dispensará una protección integral. Para el resto de los elementos se fijará, en cada caso, un nivel adecuado de protección".

Con esto se recurre a la técnica de la catalogación como instrumento auxiliar de la ordenación recogida en el art. 25 L.S. y 86-87 R.P., modulando los tipos de protección al interés del bien protegido. Nótese que la relación de objetos catalogables del art. 21.2 L.P.H.E. es mucho más amplia que la del art. 25 L.S. -en la que se señalan tan solo: monumentos, jardines, parques naturales o paisajes- (23).

La calidad técnica de este art. 21.1 L.P.H.E. es superior a la del art. 25 L.S. también en cuanto que aquí se hace referencia a la regulación de los tipos de intervención posible, mientras que la L.S. no menciona estas medidas -que a pesar de ello se entiende que deben incluir los catálogos- de policía y fomento apropiadas para la protección de estos bienes.

En el art. 21.1 L.P.H.E. se une la redacción del instrumento de planeamiento a la del catálogo ya que la catalogación se ha de realizar por aquellos instrumentos, aunque siempre según la legislación urbanistica. Esto puede hacer entender que una vez aprobado P.E. para la protección y catálogo complementario, cabría una impugnación por separado de éste.

Queda aqui definitivamente superada la polémica a que puede llevar una interpretación excesivamente literal del art. 25 L.S. sobre si las medidas que contienen los P.E. sólo pueden ejercitarse respecto de monumentos, jardines, parques naturales y paisajes cuando están debidamente inscritos en el Catálogo que se hubiese aprobado (24).

II.2.2.b.- LA OBLIGATORIEDAD DE SU REDACCION

La redacción de P.E. para la protección se entiende obligatoria desde la declaración de un Conjunto Histórico, Sitio Histórico o Zona Arqueológica como B.I.C. El destinatario de esta obligación son los Municipios donde se encontraren aquellos bienes, sin que la L.P.H.E. señale las consecuencias que su incumplimiento acarrea.

La difícil situación económica de nuestros Ayuntamientos, así como la escasa capacidad técnica de muchos de ellos, hacen que esta previsión, del art. 20.1 L.P.H.E., pueda ser calificada de utópica. Más útil hubiera sido establecer una obligación con destinatarios diferenciados en función del número de habitantes

de los municipios -indice de su capacidad económica cuando menos-. Por continuar con el parámetro recogido por el Real Decreto Ley 16/81 de 16 de octubre, cabría obligar a la redacción a tales P.E. a los municipios con población superior a 50.000 habitantes, estableciendo para el resto de Ayuntamientos que fuera la Diputación Provincial la destinataria de tal obligación; articulando un cauce adecuado de participación de los Municipios afectados. Util, sin duda, sería establecer la subrogación de la Comisión Provincial de Urbanismmo para el caso de incumplimiento de la obligación de redactar el P.E. una vez transcurrido un lapso prudente de tiempo.

II.3.- EN ESPECIAL: RELACION ENTRE PLANES ESPECIALES Y PLANES GENERALES DE ORDENACION.

II.3.1.- PARTICULARIDADES DE LOS P.E. RECOGIDOS EN LA LEY DEL SUELO.

Es esta una cuestión delicada por cuanto de ella depende la operatividad que se atribuye a los P.E. para el cumplimiento de sus fines. Con carácter general podemos decir que son 3 las principales previsiones de la L.S. y del R.. que entran en juego:

1.- La del art. 17.1 L.S. y 76.1 R.P. en el sentido de que los P.E. se dictan en desarrollo de las previsiones contenidas en los P.D.T.C., P.G.M.O. o en las Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento.

2.- La prohibición de que los P.E. sustituyan a los P.G.M.O. como instrumentos de ordenación integral del territorio. (art. 17.1 L.S. y ampliando la prohibición a los P.D.T.C. y Normas Complementarias y Subsidiarias de Planeamiento art. 76.6 R.P.).

3.- La prohibición de que los P.E.R.I. que regulen operaciones no previstas en el Plan General modifiquen la estructura fundamental de éste (art. 23.3 L.S. y 83.3 R.P.). Dicho postivamente: la admisión de que los P.E.R.I. contengan operaciones de reforma interior no previstas en el Plan General

siempre y cuando no modifiquen la estructura fundamental de éste.

En un segundo plano aparecen otros 3 principios recogidos por el R.P. que completan los antes mencionados; son éstos:

1.- La prohibición de sustitución por un P.E. de instrumentos de ordenación integral del territorio, con la consiguiente imposibilidad por parte de aquéllos de clasificar suelo, se establece sin perjuicio de las limitaciones de uso que puedan establecerse. (art. 76.6 R.P.).

2.- Dentro de la regulación que el art. 78 R.P. hace de los P.E. de conservación y valoración del patrimonio histórico se prevé que éstos contengan expresión de las limitaciones de usos e instalaciones incompatibles con su carácter (art. 78.3 R.P.).

3.- La prohibición expresa contenida en el art. 82.2 R.P. de que los P.E. de mejora, allí regulados, alteren las Normas que, sobre volumen y uso del vuelo, establezcan los Planes de jerarquía superior: pudiendo, tan solo, precisar sus determinaciones cuando sea necesario.

El T.S. aplicó los principios contenidos en la Ley del Suelo en la S.T.S. Sala 4ª de 24 de mayo de 1983 (25) el tenor literal del tercer considerando de la Sentencia es el que sigue:

"CDO: Que en lo que se refiere al fondo del asunto, se acredita en las actuaciones practicadas que el Plan Especial de Reforma Interior de San Cristobal de la Laguna (Tenerife) aprobado definitivamente por Orden del Ministerio de la Vivienda de 24 de marzo de 1977 introduce modificaciones en el Plan General de Ordenación Urbana -respecto a alineaciones, alturas y patios de manzana- infringiendo al hacerlo el artículo 17-1 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 9 de abril de 1976 -que expresamente preceptúa que los Planes Especiales "en ningún caso pueden sustituir a los Planes Generales Municipales como instrumentos de Ordenación integral del territorio"- y el artículo 23-3 de la propia Ley en el que se dispone también que el Plan Especial de Reforma Interior no modificará la extructura fundamental del Plan General" (26).

Se entiende en esta S.T.S., por una parte, que la modificación de alineaciones, alturas y patios de manzana supone una sustitución del P.G.M.O. como instrumento de ordenación integral y, por otra, que las alineaciones, altura y patios de manzana forman parte de la extructura fundamental del Plan General. "Como facilmente se alcanza, la prohibición general de sustitución del P.G.M.O. como instrumento de ordenación integral y, por otra, que las alineaciones, altura y patios de manzana forman parte de la extructura fundamental del Plan Generales no puede confundirse con la interdicción de cualquier determinación que implique diseño de las condiciones fisicas determinantes del aprovechamiento del suelo. Si asi fuera, no quedaria espacio hábil alguno para el cumplimiento por los Planes Especiales de su papel de planes de carácter territorial"

"Pero, además de ser cierta la tesis de la Sentencia habría que admitir un absurdo en la redacción y economía interna del artículo 17.1 L.S. Porque este precepto contiene dos prescripciones: la de conceptuación de los Planes Especiales como instrumentos de desarrollo de los Planes Generales y la expresiva de la prohibición de sustitución de éstos últimos comentada.

Evidentemente esta última juega como límite último e infranqueable a la funcionalidad polivalente caracterizada en términos positivos y genéricos por la anterior prescripción; razón por la que no puede entenderse que ambas expresan idéntico mandato normativo".

"Lo que había que dilucidar era si la expresa conceptuación legal significa o no necesidad de plena conformidad en todos los extremos entre Plan General y Plan Especial o, dicho de otra forma, si la relación entre ambos puede equipararse enteramente a la que media entre Plan General y Plan Parcial en suelo urbanizable programando o, con carácter más general, si es explicable en términos de jerarquía normativa" (27) (28). Cuestión en la que no entra en esta ocasión el T.S. (29).

Sin embargo: "Todo el discurso lógico se encuentra condicionado por la subsución acrítica de los planes urbanísticos en la categoría general de normas jurídicas y la aplicación, sin mayor matización, por tanto, del principio de jerarquía" (30).

Que los Planes tienen carácter normativo es evidente; ahora, deducir de ahí que las relaciones entre Planes han de regirse por los principios de jerarquía normativa estrictamente considerados es algo que la propia redacción del art. 17.1 L.S. desmiente; en efecto. "Si la de la caracterización de los Planes Especiales como instrumentos de desarrollo de los Generales pudiera en principio valer (en un plano formal) para sostener la tesis de la jerarquía normativa sin matizaciones, la ulterior prohibición de sustitución de los Planes Generales en su condición de instrumentos de ordenación integral no permite igual utilización sin mayor razonamiento. En principio, esta segunda regla prohibitiva ha de querer decir algo distinto de la primera, salvo aceptación de contradicción entre las mismas, (...). Porque si la regla primera significa jerarquía en los términos ordinarios normativos para los Planes Especiales, pierde todo sentido la prohibición ulterior, teniendo en cuenta el carácter derivado de dichos Planes: jamás, por definición nuclear, típica y reservada a los Planes Generales. Lo que demuestra que ambas reglas tienen finalidad distinta; finalidad que ha de establecerse teniendo en cuenta que el artículo 17 pretende establecer el estatuto general de todos los Planes Especiales, es decir, de la plural variedad de éstos. La primera, de caracterización positiva y genérica del planeamiento especial, procura evidentemente la determinación de la posición de éste en el sistema total de planeamiento urbanístico; posición que no es otra que la que resulta de las notas de derivación y desarrollo. Pero ello no significa que los términos en que esa función genérica de desarrollo se cumpla no puedan ser diferentes (con un mayor o menor margen de flexibilidad, desde la perspectiva clásica de la jerarquía) según el tipo de

Plan Especial de que se trate. Para ello, habrá de estarse el estatuto especifico de cada variedad de Plan, que se comporta respecto al art. 17 L.S. en términos de regla especial-regla general. El segundo principio, esta vez prohibitivo, contenido en dicho art. 17, persigue los mismo, sólo que ahora justo desde el extremo opuesto: no en el de la caracterización positiva de la función propia del planeamiento especial, sino el de la prevención de su defraudación o desbordamiento, es decir, el de los limites infranqueables por cualquier tipo de Plan Especial en el cumplimiento de su función propia. De ello se deduce que esta prohibición desempeña una tarea de complemento de la regla positiva, que se hace necesaria en la economía del régimen general de planeamiento especial, precisamente porque la función de desarrollo no significa concreción en sentido estrictamente jerárquico (al menos siempre) y puede desplegarse en unas condiciones y un espacio que hacen procedente la previsión de un límite general claro, si quiera sea en términos jurídicos." "Las dos reglas contenidas en el art. 17 L.S. no contienen magnitudes homogéneas sumables en el sentido pretendido por el juzgador. Justamente la prohibición desmiente la posibilidad de la inteligencia de la caracterización positiva del planeamiento especial como subordinado jerárquicamente en términos estrictos y ordinarios al municipal general" (31).

En consecuencia los problemas de las relaciones entre Planes habrán de analizarse partiendo de su carácter normativo pero teniendo en cuenta el contenido típico de cada clase de Plán que hace que no sean trasladables sin más, a éstos, los principios de la jerarqía normativa que se aplican a las relaciones entre normas de distinto rango.

Asi el que los P.E. deberán dictarse en desarrollo de los Planes Generales (a excepción de los P.E. autónomos que se verán después) no determina la existencia de una relación jerárquica ordinaria entre P.E. y P.G.M.O., sino, más bien, de una "relación de condicionamiento" (32) entre dichas figuras. Más adelante precisará cuales son los limites de esa relación (33).

ARGULLOL MURGADAS (34) en ese mismo sentido dice: "La rotundidad de la regla jerárquica general queda, de alguna forma matizada en relación al planeamiento especial y, de forma singular, respecto de los Planes Especiales de Reforma Interior. Estos pueden estar o no previstos en el Plan General. En el primer caso, deben adecuarse a las determinaciones del Plan General (art. 84.2 del Reglamento). En el segundo caso, deberán ser coherentes con éstos (art. 84.3 del Reglamento). Consecuentemente, en este último caso se admite que el Plan Especial altere las prescripciones del Plan General -haga una excepción a su aplicación general-, siempre que la alteración no afecte a la estructura fundamental y que la nueva ordenación no sea incoherente, aparte de que la operación de reforma interior sea conveniente o necesaria".

Aduciendo, entre otras razones, la siguiente: "Que no debe confundirse entre modificación material y modificación formal del planeamiento. El principio de jerarquía del planeamiento se concreta en un escalonado formal de planes y, normalmente, dicha jerarquización formal se refleja también en el nivel material. Normalmente, pero no siempre, dado que la propia Ley establece -es cierto que de forma excepcional-

procedimientos que implican una alteración material, sin que el procedimiento se adecúe a la jerarquización formal del sistema de planeamiento. Como es obvio, es la misma Ley la que da validez a dichos supuestos, siendo los de los Planes Especiales de Reforma Interior de operaciones no previstas expresamente un ejemplo notorio".

La jerarquía "sui generis" entre Planes, mantenida hasta ahora hace que no podamos pasar por alto las consecuencias de esta concepción en la construcción de la naturaleza jurídica de los Planes.

El que la relación entre PGMO y PERI, en los supuestos de operaciones no previstas por aquél, no se pueda explicar en términos estrictos de jerarquía normativa hace que nos preguntemos por la naturaleza jurídica de los Planes. Hemos visto cómo no cabe en este caso una subsunción acrítica de los Planes dentro de la categoría general de norma jurídica ya que, tal subsunción, conlleva la aplicación, sin matizaciones, del principio de jerarquía. La función de desarrollo de los PE respecto de los generales no implica en este caaso concreción en sentido estrictamente jerárquico.

Lo que PAREJO califica como "relación de condicionamiento" (32) y ARGULLOL como "deber de coherencia" (34) no es asimilable "stricto sensu" a lo que se entiende por relaciones de jerarquía normativa. Si los Planes fueran sólo normas no habría razón para excepcionar el juego del principio de jerarquía entre ellos de acuerdo con el art. 9 de la Constitución.

ARGULLOL salva el problema, como hemos visto, distinguiendo entre jerarquización formal y material. La primera necesaria en todo caso; la segunda susceptible de ser matizada. En mi opinión el problema se debe afrontar de forma más radical replanteándose la naturaleza de los Planes de urbanismo.

ARGULLOL afirma con rotundidad: "Recordemos, de entrada, la naturaleza de los planes de ordenación. Los Planes Urbanisticos son normas. Tienen valor reglamentario. Este es el criterio que se desprende de una extensa jurisprudencia. A título de ejemplo, citamos las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1968, 24 de octubre de 1969, 4 de noviembre de 1972, 26 de junio de 1974, 6 de octubre de 1975. Si bien algunos aspectos del régimen de los Planes los diferencian de las normas reglamentarias, actualmente es de común aceptación la naturaleza normativa de los planes (35). Se pone de relieve el carácter normativo de las normas citando solamente las que ahora interesan, los siguientes elementos: vigencia indefinida (art. 45 LS); sujeción de dichas variaciones al principio de "contrarius actus" (art. 49 LS)."

El qué sea un Plan urbanistico, ha sido ampliamente debatido por la doctrina se ha mantenido las cuatro posturas admisibles: o son actos, o son normas, o son una institución mixta entre norma y acto dando lugar a la aparición de un "tercius genus", o son normas y otros actos según sus elementos. "El Plan se resiste a su encuadramiento en una de las categorías tradicionales la manifestación de la voluntad estatal (...). Ante la imposibilidad de subsumir sin más el Plan en una de las categorías jurídicas establecidas, en cuanto que, cualquiera que

sea la postura que se adopta, siempre resta una parte del contenido y de los efectos del Plan sin adecuado encuadre, algunos autores han optado por renunciar a aquella catalogación y calificar el Plan como una nueva y singular manifestación del Estado". (36)

Las peculiaridades a que ahora nos referimos añaden una dificultad más a la tarea calificadora. Prescindiendo ahora de la polémica sobre el carácter de los Reglamentos -a la que se podria aqui hacer referencia- (38), parece claro que, en el presente caso es necesario conjugar el criterio de jerarquia normativa, o entre actos, con otros criterios. Otros criterios, que incidirán sobre la calificación juridica que se otorge al Plan determinándola, aumentando su peculiaridad.

Sin entrar, aqui, en la problemática de cual sea la naturaleza juridica del Plan: si se puede, en este momento, determinar un criterio que explique el que no sean trasladables, sin más, los criterior de jerarquia normativa estrictamente considerada, a todas las relaciones entre Planes. Este criterio clarificador puede ser el de la competencia. No en cuanto al Organo del que emanen unos y otros Planes; sino en cuanto a las caracteristicas con que éstos son configurados por la Ley del Suelo. Es la propia Ley la que habilita en casos concretisimos a modificar previsiones de un Plan jerárquicamente superior; y esto por la distribución de competencias que la Ley, en atención a las respectivas finalidades, articula entre los distintos Planes.

Las relaciones entre Planes pasarian de esta forma a ser explicadas en términos de competencia especifica que impone una jerarquización estricta en la mayoria de los supuestos y una jerarquización relativa en casos como el estudiado y quizá, en algún caso, respecto a las relaciones Plan-Estudio de Detalle que exceden, ahora, del ámbito de este estudio.

La doctrina sobre relación PERI-PGMO en estos supuestos ha sido, recientemente, puesta de manifiesto en la STS de 14.III.1988 (39) allí se dice:

"El simple hecho de que el Plan Especial "desborde" la calificación otorgada por el Plan General no supone, necesariamente, la ilegalidad de aquél porque dada la misión especifica de los planes especiales (arts. 17, 23 y concordantes de la ley 15, 17 y 21 y concordantes del Reglto. de Plan), es indudable que en alguna de sus especies deberá irse más allá de lo previsto en el Plan General y siempre que no se altere la estructura fundamental del instrumento urbanistico básico. En este sentido una corriente jurisprudencial consolidada y que parte, en lo esencial, de la sentencia de la Sala de 21 de marzo de 1984 al declarar que el Plan Especial de Reforma Interior viene concebido en el articulo 23 de la ley como instrumento de ordenación derivado, si bien se afirma que -en lo que aquí importa- el cambio de la calificación o destino especifico del suelo urbano previsto en el Plan General es consustancial con los Planes de Reforma Interior".

"La conclusión expuesta responde a un criterio abierto o flexible de conformidad con la concepción legal de los planes generales como planes abiertos y evolutivos que permitan la asimilación del margen de imprevisibilidad para exigencias nuevas y a veces inexcusables según declara la porpia Exposición de Motivos de la ley de Reforma, por ello la jurisprudencia ha proclamado la posibilidad de la modificación del uso del suelo, a través de la técnica del Plan Especial, sin necesidad de una previa o simultánea modificación o revisión del Plan General por no venir integrada la calificación de ese uso dentro de su estructura fundamental, ya que como se ha dicho no puede incluirse cualquier tipo de alteración entre las que exijan modificar el Plan." (40)

A pesar de ser mayoritaria la línea expresada en la STS de 14 de marzo de 1988, se ha producido algún singular retorno a la doctrina contenida en la STS de 24 de mayo de 1983. Cabe citar, en ese sentido la STS de 3 de diciembre de 1986 (R.A. 987. 1987), en la que acogiendo un Considerando de la Sentencia apelada, se afirma:

"Que del principio de jerarquía de los Planes no se escapa el Plan Especial, pues, según el artículo 17.1 de la Ley del Suelo, éstos tienen por finalidad desarrollar las previsiones contenidas en los Planes Generales Municipales, sin que en ningún caso puedan sustituirlos como instrumentos de ordenación integral del Territorio siendo, por ello, inadmisible la existencia de un Plan Especial opuesto a las determinaciones del General, sin que esta posibilidad pueda ser amparada por el artículo 23.3 que

se refiere a operaciones no previstas en éste, ya que en lo previsto, el Plan General es inalterable, a no ser que logre su modificación en la forma ordinaria; más aun partiendo de la hipótesis de la defensa de la Corporación demandada, que argumenta que si el P.E.R.I. no afecta a la estructura fundamental, puede introducir modificaciones en el Plan General, tampoco en este caso cabría decir que las alteraciones efectuadas no atacan la indicada estructura, pues por tal hay que tener, no a la general del artículo 12.1 b) sino a la fundamental, término en el que hay que comprender todas las determinaciones del indicado artículo, y en especial las de su apartado f), relativas a uso y volumen al ser éstas elementos esenciales de la configuración del Plan, hasta el punto de que, como la misma Memoria del P.E.R.I. reconoce, con su alteración se conseguirá una Ciudad desdensificada, frente a la pretensión densificadora perseguida por el Plan de Volúmenes de 1975, lo que, en definitiva supone un cambio de tendencia, filosofía o finalidad que no puede decirse que no sea fundamental en la organización de aquélla".

En cuanto al contenido de la prohibición del art. 23.3 LS y del art. 83.3 RP sobre la imposibilidad de que un P.E. que contenga operaciones no previstas en el Plan General modifique la estructura fundamental de este, hemos visto como la S.T.S. de 24 de Mayo de 1983 supone un contenido amplísimo -sin entrar a tratar específicamente el tema- a la estructura fundamental; llegando a entender incluidos dentro de la misma las alineaciones, alturas y patios de manzana.

El problema radica en qué debe entenderse por estructura fundamental: si la general y orgánica (art. 12.1b L.S.) o las determinaciones especificas para suelo urbano que debe contener el P.G.M.O (art. 12.2.1). En el primer caso cabria una modificación de usos y volúmenes efectuada por el P.E.R.I. sin que por ello se alterase la estructura fundamental del Plan General. (41)

En el segundo caso, la alteración de usos y volúmenes efectuada por el P.E.R.I en contradicción con el P.G.M.O. supondria una modificación de la estructura fundamental del mismo.

Esta segunda hipótesis ha de rechazarse por dos motivos fundamentales:

En primer lugar las determinaciones que el art. 12.2 L.S. prevé que contengan los Planes Generales son de tal detalle que haria imposible que un P.E.R.I. sin modificarlas, pudiera cumplir sus fines de descongestión, creación de dotaciones urbanisticas, saneamiento de barrios insalubres, mejora del medio ambiente, etc. Al no ser concebible que la L.S. cree una figura para, a continuación, vaciarla de contenido, se ha de concluir que lo que el art. 23.3. L.S. entiende por estructura fundamental no es otra que la general y órganica del art. 12.1.b). Lo que no podrán modificar los P.E.R.I. serán, por tanto, los sistemas generales (definidos por el art. 25 R.P.)

Por otro lado, el art. 82.2 del R.P. referido a los P.E. de mejora del medio urbano o rural y de los suburbios, precisa

que estos P.E. no podrán alterar las Normas de jerarquía superior, pudiendo sólo determinar sus precisiones cuando sea necesario. El que esta previsión se refiera tan solo a los P.E. de mejora hace que queden fuera del ámbito de la misma los P.E.R.I. Si la interpretación que el autor del R.P. hubiera dado el art. 23.3 L.S. fuera la que ahora se trata de impugnar habría extendido la eficacia de este principio al ámbito de los P.E.R.I. Sería ilógico que el ámbito de actuación del P.E.R.I fuera inferior al de los P.E. de mejora por lo que la prohibición de modificar usos y volúmenes no ha de encontrarse incluida en la prohibición de modificar la estructura fundamental del Plan General (42) (43).

El supuesto contemplado por el art. 23.3 es el de la necesidad de realizar operaciones urbanísticas no recogidas en el Plan General aunque éste contenga determinaciones para el territorio en que deba llevarse a cabo esa operación. Si se admitiese la hipótesis de que se viene hablando, el supuesto a que quedaría reducido el art. 23.3 sería un fenómeno patológico ya que supondría la previsión de que sólo jugaría esta figura en los casos en que el Plan General -sin remitir a otros instrumentos de planeamiento- no contuviera determinaciones propias es decir incumpliera su cometido propio en infracción de la L.S. (44)

Por todo lo cual se ha de concluir que la estructura fundamental que recoge el art. 23.3 L.S., como límite de las operaciones contenidas en P.E.R.I.S y no prevista por el Plan General, viene referida a la estructura general y orgánica del territorio del art. 12.1b) L.S. (45).

En la S.T.S de 21 de marzo de 1984 el T.S. cambió de línea respecto de la de 24 de mayo de 1983 analizando algunas de las cuestiones relativas a la conexión P.E. -P.E.R.I. con P.G.M.O.

El segundo Considerando de la Sentencia de 21 de marzo de 1984 (46) es claro al respecto; dice así:

"Que la Sala acepta la correcta doctrina del Tribunal de Instancia según la cual el Plan Especial de Reforma Interior viene concebido en el citado art. 23, en relación con los preceptos concordantes de la misma Ley y del Reglamento de Planeamiento, como instrumento de ordenación derivado, ya que precisa de un Plan superior respecto del cual se halla en una de las dos siguientes posiciones a) Operaciones de igual clase no concretadas en el Plan General, cuyo caso deberá ajustarse a sus determinaciones, y b) en Operaciones de igual clase no concretadas en el Plan General, supuesto en el que no podrá ser modificada la estructura fundamental de éste; pero no puede aceptar que el cambio de uso industrial a equipamientos comunitarios y parques y jardines públicos constituye modificación de la estructura fundamental del Plan General y ello porque el art. 23.1 señala como objetivo de los Planes de Reforma Interior la realización en Suelo Urbano de operaciones encaminadas, entre otras finalidades, a la descongestión y creación de dotaciones urbanísticas y equipamientos comunitarios y tal objetivo, que es el del caso presente, sólo se puede alcanzar mediante el cambio del uso previsto en el Plan General, ya que resulta obvio que si los terrenos sobre los que opera el

Plan Especial tuvieran asignado en el Plan General un destino que permitiera la descongestión y la creación de dotaciones y equipamientos, el objetivo se alcanzaría directamente sin mediación de un Plan Especial, que sería totalmente innecesario pudiendo en su consecuencia afirmarse que el cambio de la calificación o destino específico del Suelo Urbano previsto en el Plan General es consustancial con los Planes de Reforma Interior y de ello se deriva la imposibilidad conceptual de equiparar cambio de uso o calificación del suelo con modificación de estructura fundamental pues si el art. 23.3 señala como límite de legalidad de los Planes Especiales de Reforma Interior no previstos en el Plan General el que no afecten a esa estructura fundamental es incuestionable que esa norma admite la existencia de Planes Especiales que no la modifican y tal admisión legal se niega al sostener esa equiparación entre cambio calificación y estructura fundamental en cuanto que con dicha equiparación todos los Planes de Reforma Interior no previstos en el Plan General infringirían el citado art. 23.3. y se eliminaría del ordenamiento urbanístico la categoría de Planes Especiales, que no estando contemplados en el Plan General son, sin embargo, legales cuando no modifican su estructura fundamental, dejando así sin sentido alguno y desprovisto de toda eficacia normativa el citado precepto". (47)

El considerando citado no entra en el análisis del concepto de estructura fundamental del art. 23.3 L.S. (el Tribunal lo hará en el tercer Considerando) pero afronta dos cuestiones fundamentales.

Por un lado entiende que el carácter derivado de los P.E.R.I no supone subordinación jerárquica -estrictamente considerada-, respecto de las determinaciones del Plan General.

Por otra parte entiende que el ámbito de la estructura fundamental del art. 23.3 como límite no puede ser tal que impida a los P.E.R.I. la consecución de los fines que le son propios según el art. 23.1 L.S. de ahí que se niegue a admitir la equipación entre calificación y estructura fundamental.

La subordinación del P.E.R.I. respecto del Plan General impuesta por los art. 23.3, 76.6 y 83.3 R.P. ha de entenderse como coherencia de uno respecto de otro y dicha coherencia de uno respecto de otro no queda necesariamente vulnerada por alteración de la calificación hecha por el Plan General. Esto es lo que con toda claridad cabe deducir de la S.T.S. de 28.XII.1984 (48) en su Tercer Considerando.

En el Tercer Considerando de la S.T.S. de 21 de marzo de 1984 se afronta el concepto positivo de estructura fundamental de planes generales. En dicha S.T.S. se equipara la estructura fundamental a la general y orgánica de la ordenación del territorio.

Dice así este Tercer Considerando: "Que el concepto positivo de -estructura fundamental de los Planes Generales- debe obtenerse mediante un análisis de los preceptos legales y reglamentarios que se refieren al mismo, entre los que destacan el 10, 11 y 12 de la Ley del Suelo y 15,

17 y 25 del Reglamento de Planeamiento y dicho análisis conduce a la conclusión de que dicha estructura, denominada -general y orgánica de la ordenación del territorio-, consiste en un conjunto de sistemas generales, detallados con toda precisión en el último de los artículos reglamentarios citados, que se establecen en atención a la población prevista en el Plan en su conjunto y no a una especifica clase de suelo en forma tal que su diseño general es independiente de la clasificación del suelo en cuanto tiene por objeto la consecución de una infraestructura que sirva al desarrollo urbano a que tiende el Plan General y asi bien claramente lo expresan los mencionados preceptos al distinguir y separar como entidades diferentes la clasificación del suelo y la estructura fundamental del Plan General y aunque frente a esta concepción general pudiera aducirse su inoperancia en el campo especifico de los Planes Especiales con base en la prohibición de clasificación del suelo que respecto a los mismos establece el art. 76.3. del antedicho Reglamento, debe advertirse que esta norma lo que en realidad prohibe es que el Plan General en esta función clasificadora, que consiste en asignar a los terrenos alguno de los tipos de suelo urbanizable o no urbanizable a que se refiere el art. 77 de la Ley del Suelo, lo cual es bien distinto de, respetando esa clasificación, modificar el dentino especifico o uso de los terrenos, pues una cosa es la clasificación del suelo en uno de esos tres tipos y otra la calificación del uso pormenorizado de los terrenos comprendidos dentro de cada uno de ellos, y esto conduce a que en el supuesto concreto de los Planes de Reforma Interior, que necesariamente operan sobre suelo urbano, no pueda este instrumento urbanistico alterar esta clasificación, pero sí modificar la calificación de uso que sea precisa para conseguir

el objetivo legal que justifica su aprobación, tal y como se ha razonado en el considerando anterior."

Queda así claro, a mi juicio, el esquema general de relaciones P.E. -Plan General, determinante de la capacidad ordenadora de aquellos.

Los P.E. son instrumentos derivados de los Planes Generales (Municipales, Planes D.T.C., Normas Subsidiarias) de que traen causa. En esta medida sus previsiones deberán desarrollar las contenidas en éstos sin que quepa incoherencia entre unas y otras determinaciones.

Esta regla general se ve modulada por la particular del art. 23.3 -además de lo que luego dirá acerca del inciso final del art. 76.6 R.P. y del art. 78.3 R.P. -respecto de P.E.R.I.S. que contengan operaciones no previstas en el Plan General. En este caso juega como límite la estructura general y orgánica del art. 12.1.b) L.S., desarrollada en el art. 25 R.P.

En cualquier caso, ningún P.E. podrá sustituir a los instrumentos de ordenación integral en la función que les es más propia; esto es clasificar el suelo en una de las tres categorías recogidas en el art. 77 L.S. (urbano, urbanizable, y no urbanizable). (49)

Este esquema general puede ser completado con la indicación de que aquellos P.E. dirigidos a la ejecución directa de obras previstas en el planeamiento integral (art. 17.2 L.S.) deben estar enteramente subordinados a éste. Es clarificadora a

este respecto la referencia a este tipo de P.E. recogida en el art. 84.1 L.S. Estos P.E. sí pueden ser equiparados en sus relaciones con el Plan General a los P.P. (50).

En cuanto a los P.E. de mejora del medio urbano, rural o suburbios estos no pueden alterar las normas sobre uso y volumen contenidas en los Planes Generales (art. 82.2 R.P.). Regla esta que concreta el margen de maniobra de estos P.E. dentro de la regla positiva contenida en el art. 17.1 L.S. de desarrollo de los Instrumentos de ordenación integral.

Respecto a los P.E.R.I el art. 83.1 R.P. distingue los que regulen operaciones aisladas de aquellos otros reguladores de operaciones integradas (51).

En el primer caso el art. 83.1 a) R.P. prevé que deberán conservar la estructura de la ordenación anterior, (52) afirmación que no se hace para el segundo caso (art. 83.1.b R.P.). El primer supuesto se articula como carente de una opción de ordenación propia por lo que el Plan General debería aportar en la medida de lo posible la ordenación de la actuación. A "sensu contrario", en el caso de operaciones integradas éstas sí podrían contener una opción de ordenación propia, "un espacio que le permite la formulación de una solución autónoma (aunque inserta en la ordenación general) para la problemática que constituye su objetivo" (53) por lo que el Plan General debería abstenerse de establecer una solución acabada para remitir la misma a un ulterior P.E.

En el art. 85 R.P. "Se prevé, además, que se exprese el resultado del proceso de participación pública, y es general la obligación de delimitar poligonos o unidades de actuación, siendo, en cambio, facultativa la designación de sistema de actuación pero asegurando en cualquier caso la conexion entre planeamiento y gestión.

La exigencia, en el caso de las operaciones integradas, de que se expresen los resultados de la participación pública solamente puede encontrar fundamento en que en éste -y no en otros- es de aplicación lo previsto en el número 3 del a ticulo 147 del Reglamento de Planeamiento, en virtud del cual en la tramitación de los Planes Especiales de Reforma Interior que afecten a barrios consolidados y que incidan sobre la población afectada deberá observar lo previsto en el articulo 125 del mismo Reglamento; esto es, deberán exponerse al público, en el curso de los trabajos y antes de su finalización, los criterios y soluciones generales" (54).

El análisis de las relaciones Plan Especial-Plan General se completa con la referencia a los art. 76.6 del R.P. cuyo inciso final aprecia que la prohibición de sustitución de un Plan General por un P.E. se establece sin perjuicio de las limitaciones de uso que puedan establecerse, pudiendo entenderse que el P.E. está facultado para contener usos más restrictivos a los previstos por el Plan General. A igual conclusión cabe llegarse tras la lectura del art. 78.3 R.P. referido a P.E. de conservación y valoración del patrimonio histórico.

Se plantea aquí la cuestión de si un P.E.R.I. puede incluir entre sus determinaciones un aumento de volúmenes respecto de los que prevé el Plan General o si, la modificación que, como hemos visto, se admite, va referida sólo a la disminución de los mismos.

La cuestión, se considera, ha de ser resuelta teniendo en cuenta las finalidades de los P.E.R.I. Dichas finalidades están contenidas en el art. 23.3. Siendo paradógico que para la descongestión, creación de dotaciones y equipamientos, saneamiento de barrios insalubres, resolución de problemas de circulación o de estética y mejora del medio ambiente o de los servicios públicos; se requiera un aumento de volúmenes, se habrá de concluir que dicho aumento será en cualquier caso excepcional, debiéndose justificar su necesidad, adecuación a la finalidad perseguida y coherencia con el instrumento de ordenación del que el P.E.R.I. traiga causa.

En el esquema de relaciones Plan Especial-Plan General antes apuntado no se contiene referencia a los P.E. autónomos, o de protección anticipada. Baste, por ahora, esa alusión habida cuenta de que las finalidades expresadas en el art. 76.3 del R.P. no inciden directamente en aquellas que pueden pretender operaciones de rehabilitación. "En resumen, pues, no existe la aparente limitación de la potestad de planeamiento cuando se ejerce a través de los Planes Especiales. Pues esa apariencia no es sino el reflejo de los límites institucionales de la figura, que -a su vez- se producen como resultado del juego combinado de dos principios: el de competencia (que se induce de la nota de especialidad) y el que podría enunciarse como de colaboración

especifica (fruto del carácter derivado del esquema de relaciones con el planeamiento integral)". (55)

Acertadamente afirma ARGULLOL MURGADAS (56) "De esta forma, pues, se abre una perspectiva de gran interés para dar flexibilidad al planeamiento urbanístico, rompiendo puntualmente, y con ciertas condiciones, un esquema rígido, que en el caso del suelo urbano, en el que el Plan General establece también la ordenación detallada, haría difícil la adecuación de la estrategia urbanística a las variaciones y circunstancias a través de las cuales se desarrolla el proceso urbanístico. Ahora bien, dicha "ruptura" de la ordenación escalonada del planeamiento debe entenderse en su contexto específico y, por tanto, con la perspectiva y funcionalidad propias del planeamiento especial de reforma interior, cuya superación podría llevar a un auténtico fraude de planeamiento. Es por ello que, con la finalidad de completar el enfoque planteado, deben citarse algunos rasgos significativos de este tipo de planes urbanísticos."

"Obsérvese la trascendencia que puede tener el afirmar que no hay relación jerárquica con respecto al Plan General, sino sólo respeto de algunos de sus contenidos estructurales, cuando se trata de llevar a la práctica, por medio de Planes Especiales, los objetivos de mejora de la calidad de vida que prevé el artículo 23, 1 de la Ley del Suelo. El esfuerzo hermenéutico entronca con la teleología que imponen las normas constitucionales" (57)

II.3.2.- PARTICULARIDADES DE LOS P.E. DE LA L.P.H.E.

El inciso final del articulo 20.1 de la L.P.H.E. señala: "La obligatoriedad de dicho Plan -de protección de Conjuntos, Sitios o Zonas declaradas B.I.C.- no podrá excusarse en la preexistencia de otro planeamiento contradictorio con la protección, ni en la inexistencia previa de planeamiento general".

Las consecuencias del precepto, para la articulación entre los distintos tipos de Planes, son importantes habida cuenta del rango de Ley de que goza el instrumento normativo en que se inserta el precepto. (58)

En un primer análisis, el inciso final del art. 20.1 L.P.H.E., trata de evitar que no se redacte el P.E. de protección eliminando dos escollos: la preexistencia de un planeamiento contrario a la protección y la inexistencia de planeamiento general.

La cuestión siguiente que cabe plantearse es la de si, esos escollos, han de ser superados modificando el planeamiento contradictorio o redactando el planeamiento general o si, por el contrario, lo que está haciendo la L.P.H.E. es dotar a los P.E. que a ella se acojan de una posición de privilegio dentro del sistema de planeamiento. Posición que les permitiría: imponer la opción ordenadora que contengan -sin limitaciones en lo que afecte a la protección- frente a las previsiones de los intrumentos de ordenación integral; o llevar a cabo esa opción aún en el caso de que éste no exista.

Se considera que es la segunda, la interpretación correcta que cabe dar al inciso final del artículo 20.1 por cuanto la necesidad de revisión o de redacción de planeamiento general debilitaría la ya frágil obligación de acometer la formulación de P.E. recogidos en la L.S. Aclarando que de lo que aquí se trata no es de examinar P.E. distintos de aquellos, sino ésos mismos, dotados de nuevas virtualidades por acogerse -no formalmente sino en su contenido específico- a la L.P.H.E., podemos pasar a examinar la cuestión propuesta.

El reconocimiento de la posibilidad de dictar P.E. autónomos o de protección anticipada, no es algo nuevo. Venía recogida esta posibilidad en el artículo 76.3 del R.P., precepto de carácter reglamentario, de dudosa legalidad en virtud de lo que expresa el artículo 17.1 L.S.; pero admitido -sin excesivo aparato crítico- por recientes S.T.S. como veremos. El artículo 76.3 R.P. y el 20 L.P.H.E. coinciden en su objetivo: adoptar medidas de protección. Si bien, este último artículo entiende la protección con un carácter amplio, que puede llegar a incluir remodelaciones urbanas, previsiones para la recuperación de las áreas residenciales y de las actividades económicas adecuadas (59). Las finalidades que pueden perseguir los P.E. previstos en el artículo 76.3 R.P. son tasadas, mientras que los artículos 20 y 21 de la L.P.H.E. engloban todos aquellos fines que permitan la protección -conservación- y mejora del B.I.C.

El ámbito propio de las actuaciones amparadas por P.E. que se dicten acogiéndose a los artículos de la L.P.H.E. es el de

los Conjuntos Monumentales, Sitios Históricos o Zonas Arqueológicas declaradas B.I.C. mientras que en el artículo 76.3 R.P. no viene expresamente definido.

El inciso final del art. 20 L.P.H.E. supondría una ampliación, por tanto de las posibilidades de los P.E. autónomos respecto a las que recoge el artículo 76.3 R.P.

Constituiría una excepción, claramente legal, a lo previsto por el art. 17.1 L.S. ab initio en el sentido de que estos P.E. no operarían como instrumento de desarrollo. Se excepciona la regla positiva del art. 17.1 L.S.; pero no ocurre otro tanto con la regla negativa del final de ese mismo artículo y número. El carácter de P.E. de protección o para la protección hace que estos P.E. no sean idóneos para sustituir las previsiones de los P.G.M.O. o de los P.D.T.C. o Normas Subsidiarias (60) como instrumentos de ordenación integral. Este hecho debe llevar a los municipios que carezcan de instrumentos de planeamiento integral, y que deban redactar estos P.E. para la protección de B.I.C., - a pesar de las posibilidades que ofrece la L.P.H.E.-, a redactar simultáneamente estos y aquellos; evitando así posibles disfunciones en el sistema. Ni siquiera en el caso de poblaciones que estuvieran declaradas en su totalidad B.I.C. cabría la sustitución de los instrumentos generales por el P.E. ya que las previsiones, las posibilidades y operatividad de uno y otro tipo de instrumento, difieren sensiblemente.

Es por esto por lo que la prevalencia de las determinaciones de un P.E. respecto de los Planes Generales, se

han de examinar con enorme cautela. Vimos como el T.S. entiende, interpretando correctamente -según lo dicho- la L.S. que los P.E.R.I que contengan operaciones no previstas por los P.G.M.O. pueden modificar determinaciones de los Planes Generales siempre que con ello no se vulnere la estructura fundamental por ellos definida. Analizamos el alcance que cabe dar a la estructura fundamental; y cómo el carácter derivado de los P.E. no supone siempre relación de jerarquía normativa -propiamente considerada- entre los Planes. Pues bien, siguiendo la interpretación hecha del inciso final del artículo 20 L.P.H.E. toca ahora analizar una de las partes en que consiste la situación de privilegio enunciada.

Si se admite que las previsiones de un P.E. para la protección pueden modificar planeamiento general anterior y contradictorio con las mismas, se hace necesario precisar cuáles son los límites de esta posibilidad. Para ello habremos de acudir a la naturaleza de ambos tipos de Planes: el uno de carácter integral, el otro especial, destinado a la consecución de unos fines concretos dentro de un ámbito especifico. Esta naturaleza propia de cada tipo de Plan hace que, en ningún caso un P.E. pueda sustituir a uno General, como instrumento de ordenación integral sin vulnerar, no ya el inciso final del artículo 17.1 L.S. -que podría ser excepcionado en virtud del rango de la Ley formal de la L.P.H.E.-, sino el propio mandato de la L.P.H.E. al querer que la protección de Conjuntos, etc, declarados B.I.C. se lleve a cabo por una figura de planeamiento carente de virtualidad para afrontar la ordenación integral de un territorio. Esto no supone que los P.E. que se dicten en virtud de la L.P.H.E. carezcan de posibilidades de modificación

del planeamiento general, simplemente quiere decir que, esas posibilidades de modificación no son incondicionadas.

La fijación del límite de las mismas es un tema espinoso ya que no se tiene aquí el punto de referencia de la estructura fundamental como es el caso de los P.E.R.I que contengan operaciones no previstas por el Plan General.

Parece claro que los P.E. no podrán clasificar suelo ya que esta es la opción primordial que contienen los Planes Generales que, hasta el momento, ha jugado como reducto último e inexpugnable de este tipo de Planes. Por otro lado, y esto es desivo, los P.E. para la protección pueden alcanzar sus fines sin necesidad de clasificar suelo: manteniendo así el esquema general que en cuanto a competencia y colaboración específica otorga la L.S. a los P.E. que regula.

Parece claro que los P.E. para la protección podrán modificar las medidas para la protección de elementos naturales y conjuntos histórico-artísticos que determinen los Planes Generales (61). En cuanto al resto de las determinaciones del art. 12 el criterio para precisar la capacidad modificadora debe ser la incompatibilidad con la protección pretendida por el P.E.; criterio amplio que debe determinarse en cada caso concreto.

II.3.3 LOS PLANES ESPECIALES AUTONOMOS

El R.P. contiene en su art. 76.3 una precisión de dudosa legalidad cuando prevee la redacción de P.E. de protección anticipada para determinados supuestos sin previa existencia de Planes Generales de los que traigan causa (P.E. autónomos). A titulo de curiosidad baste hacer alusión a la S.T.S. Sala 4 de 17.XII.1985 (62) la cual, en su considerando tercero dice: " Los Planes Especiales, como instrumento de ordenación urbanistico autónomo, o sea, no subordinado a la previa existencia de otros Directivos Territoriales o Generales, aquellos referidos en el art. 17 de la vigente Ley del Suelo, ha quedado admitido expresamente en el art. 76, desarrollándolo, del Reglamento de Planeamiento Urbanistico, donde también se señala el ámbito de establecer clasificación del suelo".

El T.S. deja de lado la cuestión de la legalidad de estos P.E. Más adelante, el propio Considerando Tercero recoge los limites que pueden tener estos P.E. en cuanto a su contenido. Dice así: "Esos Planes, según las reglas que, los regulan, admiten un contenido amplio, hasta el punto de que no difiere apreciablemente, del de otras clases de Planes, si bien, claro está, dentro de la perspectiva sectorial o territorial que comprenden y con la exclusión mencionada, sobre clasificación del suelo."

De acuerdo con esta linea el contenido posible de los P.E. autónomos seria mucho más amplio incluso que el de los P.E.R.I. que contuvieran operaciones no previstas en el Plan General. El único limite infranqueable para aquellos seria la clasificación

del suelo; el límite para éstos es la estructura fundamental del Plan General.

Se echa de menos, una ponderación más serena de los artículos de la L.S. y del R.P. que contienen la completa regulación de los P.E.

La doctrina se encuentra dividida sobre la posible admisión de la legalidad de los PE de protección anticipada. Una parte juzga que, en este punto, el RP ha desbordado los límites de la Ley. En este sentido GARCIA DE ENTERRIA y PAREJO ALFONSO, (63) así como, entre otros SANZ-PASTOR PALOMEQUE (64) RODRIGUEZ CARBAJO (65) se alinea, así mismo, dentro de esta postura.

De otro lado: "El PE -dice GONZALEZ PEREZ (66)- no requiere siempre como presupuesto de validez un PGMO un PDTC de que sean desarrollo, ya que el PE puede no ser desarrollo de ninguno de aquellos planes y redactarse para las finalidades previstas en el artículo 76.3". En este sentido SANZ BOIXAREU (67), ARCE MONZON (68) y VICENTE DOMINGO (69). Sin entrar en la polémica sí procede ahora decir que:

"Los autores del RP han sido conscientes de la introducción de esta figura de Plan independiente, carente de Plan previo, pues la han sometido a un régimen jurídico de formulación más restrictivo que el resto y este régimen es la nota más sobresaliente del contenido del precepto." (69)

Así el art 76.3 del RP restringe la aplicación de estos PE a:

1.- Areas que constituyen una unidad que así lo recomienda.
2.- Adopción de medidas de protección.
3.- Finalidades tasadas previstas en los apartados a) y b) del art. 76.3 del RP.

No obstante este último dato, el n. 5 del mismo art. del RP, al decir: "Los Planes Especiales mencionados en los números anteriores deberán incluir entre sus determinaciones, además de las medidas de protección propias de su objeto, aquellas otras que se consideren precisas de conformidad con los artículos 18 a 22 de la Ley del Suelo". "Viene a poner de manifiesto una quiebra total de esa pretendida rigidez en la admisión de finalidades, pues este apartado abre la posibilidad -siquiera sea referida al nivel de complementariedad de la finalidad principal- a todas las posibles finalidades que para los PE prevé la LS y ya nos consta el elevado número de éstas, así como las múltiples combinaciones que pueden establecerse". (70).

Quedan empero, expresamente excluidas, como finalidades posibles a contener por PE de protección anticipada -o autónomos-, aquellas de reforma interior contenidas en el art. 23 LS. Limitándose, de esta forma, caso de que sean admisibles conforme a derecho, las virtualidades de los PE autónomos para realizar operaciones de rehabilitación integrada en suelo urbano. (71).

N O T A S

(1).- Exposición de Motivos L.S. 1956.

(2).- Fernández Rodríguez "Manual..." op. cit. p. 45.

(3).- López Ramón F. "Perspectivas jurídicas de la rehabilitación urbana" R.E.D.A. n. 43 septiembre 1984, p. 535.

(4).- Bassols Coma M. en "Los Planes de Reforma Interior y Rehabilitación de Centros Urbanos" XVII Temas de Derecho Urbanístico. El Curso de Oviedo. Colegio Oficial de Aparejadores de Asturias. Oviedo 1980 p. 223 y 224.

(5).- Art. 8.2.c) L.S.

(6).- R.A. 4773.1985.

(7).- Fernández Rodríguez T.R. "Manual ..." op. cit. p.59.

(8).- No obstante, como señala Bassols Coma en "Los Planes de Reforma inetrior y Rehabilitación de Centros Urbanos" op. cit. p 216 y 217, a propósito del objetivo señalado, por el art 11 LS, a los PGMO de completar la ordenación preexistente en el suelo urbano:

"Un análisis más profundo de la Ley y el Reglamento de Planeamiento de 23 de Junio de 1978 revela que el cometido de Completar la ordenación existente tiene un alcance de mayor intensidad. Así el artículo 12.2.1 de la Ley al enumerar las determinaciones específicas que los Planes Generales deben atender necesariamente, puntualiza que "en estas determinaciones se expresarán las que se conserven, modifiquen y perfeccionen la ordenación existente", lo cual, indudablemente, apunta a la posibilidad de una alteración sustantiva de la realidad preexistente, si bien de una forma puntual y detallada".

"La remisión a una valoración o ponderación de las características socio-económicas de la población -concepto indeterminado, susceptible de experimentar variaciones de apreciación en el tiempo- habilita al planificador para introducir importantes modificaciones en el ámbito de estas determinaciones que pueden dar lugar a decisivas alteraciones en el régimen urbanístico de las fincas y a declaraciones de fuera de ordenación (artículo 60 de la Ley). En previsión de esta alteración el artículo 29.3 del Reglamento, puntualiza que "al establecer la ordenación detallada del suelo urbano, los Planes Generales podrán recoger la situación urbanística existente, bien para conservarla, bien para rectificarla directamente a través de las propias determinaciones del Plan General".

(9).- Un estudio pormenorizado sobre las previsiones de los PGMO en torno a la reforma interior es el que se contiene en "Los Planes Especiales de Reforma Interior y el principio de ordenación escalonada del planeamiento" Argullol Murgadas,

Enrique. "Estudios de Derecho Urbanistico" I.E.A.L. Madrid 1984 p. 89 a 100.

(10).- "Un problema crucial de la ordenación en la hora actual: relación Plan General-Plan Especial. A propósito de la formación de una doctrina jurisprudencial sobre el mismo" Rev. D.U. n. 89 sept 1984 p. 17.

(11).- Parejo Alfonso L. "Un problema crucial..." op. cit. p. 35

(12).-Ver: López Laen J. "Curso de Rehabilitación..." op. cit.

(13).- Hoy de Bellas Artes y Archivos, art. 1 y 4 R.D., 565/1985 de 24 de abril B.O.E. n. 103 de 30 de abril.

(15).- Bassols Coma M. en "Planes de Reforma Interior..." op. cit p. 221 y 222 llega a afirmar:

"Con estas previsiones reglamentarias se pone de manifiesto una directriz clara: la equiparación sustancial de los Planes Especiales de Reforma Interior con los Planes Parciales. Mientras la orientación de la Ley era terminante en orden a la adscripción de la figura de los Planes Parciales al suelo urbanizable, el Reglamento viene a sancionar su admisibilidad indirecta a través de la figura de los Planes Especiales, lo cual puede comportar en la práctica importantes consecuencias en orden al régimen jurídico de los bienes implicados en los sectores afectados, alterando radicalmente su calificación y uso urbanistico."

(16).- R.A. 5108/1985.

(17).- Parejo Alfonso L. "Un problema crucial..." op. cit. p.25.

(18).- Roca Roca E. "Rehabilitación Urbana: Aspectos Legales". rev. D.U. n. 90 diciembre 1984 p. 18.

(19).- S.T.S. 18.VI.1979, R.A. 2734.

(20).- Tomás Ramón Fernández Rodriguez. "Análisis critico de la legislación relativa a la protección del patrimonio urbano". En I Congreso Iberoamericano de Urbanismo. Conservación y Rehabilitación de Centros Urbanos. Sevilla 7-9 marzo 1.984 p.9.

(21).- T.R. Fernández R. "Análisis crítico..." op. cit. p. 14.

(22).- Art. 20. L.P.H.E.

(23).- Ya Pablo Arribas Briones en "Los catálogos del art. 25 de la Ley del Suelo" Rev. D.U. n. 54 1977 p. 59, argumentaba en el sentido de que la enumeración del art. 25, L.S., a pesar de la forma en que viene hecha no puede ser cerrada.

(24).- Ver: González Pérez "Comentarios a la Ley del Suelo" Madrid Ed. de 1976 p. 235 y ss. Arribas Briones "Los Catálogos del artículo 25..." Rev D.U. n. 54, 1977 p. 65 y ss.

(25).- R.A. 3428/1983.

(26).- López Ramón F. en "Perspectivas jurídicas..." op. cit. p 547 afirmará sobre esta S.T.S., "En un primer momento los Tribunales parecen haber reaccionado con un excesivo simplismo, aplicando mecánicamente el principio de jerarquía normativa y declarando la nulidad del plan especial que contuviera determinaciones contrarias al plan general".

(27).- Parejo Alfonso L. "Un problema crucial..." op. cit. p. 28 y 29. Esta concepción ha sido, más tarde, recogida por el propio T.S. Sala 4 de 10 de Mayo de 1985 (R.A. 4756) al afirmar: "El Plan Especial, como Plan Territorial que es S.S. 11 Febrero 1964 y 7 abril 1967, y en razón a su especialidad de ordenación de un aspecto concreto de la planificación urbanística, según ha subrayado la doctrina científica más autorizada, participa de la naturaleza del Plan General, con virtualidad modificadora de algunos de sus elementos.

(28).- Martín Bassols en "Los Planes de Reforma Interior..." op. cit p. 219 da una correcta interpretación del art 23 LS cuando dice:

"El artículo 23 de la Ley del Suelo introduce una importante innovación y precisión en orden a la Reforma Interior en cuanto objetivo urbanístico. Después de enunciar una serie de objetivos u "operaciones" la Reforma anterior, con la clásica cláusula general "in fine" establece la distinción entre "operaciones" previstas en el Plan General y no previstas en el mismo. Cuando aquellas no se hallen previstas "el Plan Especial no modificará la estructura fundamental de aquel, a cuyo efecto se acompañará además un estudio que justifique su necesidad o

conveniencia, su coherencia con el Plan General y la incidencia sobre el mismo". De esta forma parece admitirse la posibilidad de promover operaciones de Reforma Interior con posterioridad al Plan General, siempre que se cumplan determinadas justificaciones, aludidas en el citado articulño 23.3 de la Ley y articulo 83.2 y 3 del Reglamento de Planeamiento.

(29).- Respecto a la equiparación entre P.E. y P.P. en sus relaciones con el P.G.M.O se ha pronunciado el T.S. con posterioridad al cambio de línea emprendida por la S.T.S. y que ahora comentamos: en concreto la S.T.S de 14.X.1986 (R.A. 7660) en su Considerando Undécimo afirma: "Tampoco debe olvidarse que el Plan Especial no es homologable con el Plan Parcial, como puso de relieve la sentencia de 16 de octubre de 1.979 (R.A.) 3474), ya que la dependencia del último es mayor que la del primero, respecto del Plan General, en cuanto el Parcial es simple desarrollo y concreción del General, mientras al Especial le está permitido un margen de apreciación de determinados fines singulares que no se concede al otro, como lo evidencia lo dispuesto en el n 3 del art. 17 de la Ley del Suelo, al prever que los Planes Especiales contendrán las determinaciones necesarias para el desarrollo del Plan Director Territorial o del Plan de Ordenación y en su defecto "las propias de su naturaleza y finalidad, debidamente justificadas y desarrolladas en los estudios, planes y normas correspondientes."

(30).- Parejo "Un problema crucial..." op. cit. p. 38-39.

(31).- Parejo "Un problema crucial..." op. cit. p. 40-41.

(32).- "Un problema crucial..." op. cit. p 47.

(33).- Vicente Domingo R. en "Consideraciones sobre la relación entre el Planeamiento territorial de Ordenación y el Planeamiento especial en la legislación urbanistica estatal" Rev. D.V. n. 94, sep. 1985 p. 82 afirma:

"La expresión "en desarrollo de las previsiones contenidas en el PG o en el PDTC" no es un tecnicismo que comporte un régimen jurídico sustantivo de engarce entre los PE y los Planes Territoriales de superior rango, sino un modo, que debe interpretarse amplia y flexiblemente, de relacionar el contenido del PE con el conjunto de determinaciones del Plan previo"

(34).- "Estudios de Derecho Urbanistico" op. cit. p. 110 y p. 112.

(35).- "Estudios..." op. cit. p 116.

(36).- Parejo Alfonso "Derecho Urbanistico" op. cit. 226 y 227. Este mismo autor en las p. 231 y 232 de esa obra califica el Plan como "norma que vincula directamente a sus destinatarios sin necesidad de acto intermedio de sujección individual".

(37).- Sobre el tema de la naturaleza jurídica del planeamiento, es bastante amplia la bibliografia. Principalmente se puede remitir a GARCIA de ENTERRIA-PAREJO, op. cit., pp. 179 y ss.; CARRETERO PEREZ, "Naturaleza de los Planes Urbanisticos", en Revista de Derecho Urbanistico, núm. 16; VILLAR EZCURRA, "En torno a la naturaleza jurídica de los Planes Urbanisticos", en

Revista de Derecho Urbanistico, núm. 64, páginas 13 y ss.

(38).- Ver al respecto Entrema Cuesta "Curso de Derecho Administrativo" Volumen I/1 8ª Ed. Tecnos 1983 p. 130 y ss.

Garcia de Enterria E. y Fernández Rodriguez T.R. "Curso de Derecho Administrativo" Civitas. Madrid 1982. Tomo I p. 362 y ss.

Garrido Falla F. "Tratado de Derecho Administrativo". Centro de Estudios Constitucionales, Madriod 1982. Volumen I p 362 y ss.

(40).- Rev. D.U. n. 108 Junio 1988 p. 152 y 153.

(41).- El mismo problema puede ser planteado desde la óptica del R.P. cuestionándose entonces si lo que debe ser respetado son las previsiones del art.25 R.P. o las del art. 29 R.P. Desde esa óptica en planteamiento acertado de la cuestión es el de Argullol Murgadas en "Los Planes Especiales de Reforma Interior..." op. cit. p. 106 cuando dice:

"Como ya se ha apuntado, el articulo 83.1 establece una distición entre actuaciones aisladas y operaciones integradas. En el primer caso debe conservarse la estructura de la ordenación anterior; en el segundo, no. Este es un punto muy importante. Las determinaciones de un Plan Especial de Reforma Interior que tengan por objeto una operación integrada de reforma interior no han de conservar o modificar las prescripciones urbanisticas que la conforman. Debemos fijarnos

en que la posibilidad de alteración se extiende -y se limita- a la estructura de la ordenación anterior; es decir, tratándose de suelo urbano, las condiciones detalladas y concretas de la ordenación, que, como sabemos, quedan fijadas por las determinaciones especificas del Plan General para el suelo urbano.

También sobre este punto hay que decir que la realización de uno u otro tipo de reforma interior puede estar previsto por el Plan General o no. En el primer caso, la actuación aislada u operación integrada de Reforma Interior deberá ajustarse a las determinaciones del Plan General".

(42).- Ver Argullol Murgadas "Estudios de Derecho Urbanistico" op. cit. pág. 108 quien señala:

"Puede arguire, además, que cuando el ordenamiento urbanistico ha querido señalar la obligación de que el planeamiento especial respete y no altere las normas concretas y detalladas sobre volumen y uso establecidas por el planeamiento superior, así lo ha dispuesto expresa y concretamente, como, por ejemplo, en el artículo 82.2 del Reglamento de Planeamiento, en relación con los Planes Especiales para la mejora del medio urbano y rural. No obstante, no es éste el caso de las operaciones de reforma interior, cuyo límite se sitúa en una determinación de contenidos globales o genéricos, como es la estructura fundamental."

Más adelante este autor señala con carácter general los límites de la opción propia de los PERI al decir:

"El resumen, el marco en el que debe situarse, y por tanto respetar, el planeamiento especial que regula operaciones no previstas por el Plan General está constituido por las determinaciones del planeamiento general sobre clasificación del suelo (art. 12.1.a), estructura general y orgánica del territorio (articulo 12.1.b), medidas de protección (art. 12.1.d), indicadores de la revisión (art. 12.1.e) y usos globales e intensidades de los mismos que se derivan de la ordenación pormenorizada anterior, esto es, la establecida por el Plan General al regular especificamente el suelo urbano. Precisamente el articulo 25 del Reglamento de Planeamiento se refiere a los citados extremos cuando enumera los elementos fundamentales de la estructura general y orgánica de la ordenación del territorio. La aproximación, incluso en nomenclatura, es suficientemente clara.

A dichos elementos, y en razón de congruencia con las mismas finalidades propias de las operaciones de reforma interior (art. 23.1), podria añadirse que los porcentajes que se derivan de los espacios públicos o de interés público no integrados en la estructura general y orgánica del territorio constituyen también unos lindes minimos insalvables."

(43).- Ver Luciano Parejo Alfonso "Un problema crucial..." pág. 45-47 sobre la no identificación total entre estructura fundamental (art. 23.3 L.S.) y estructura general y orgánica (art. 12.1.b L.S.), sobre la estructura fundamental como concepto juridico indeterminado; sobre referencia de estructura general y orgánica y no al resto de las determinaciones del art. 12.1 L.S.

(44).- Parejo... "Un problema crucial..." op. cit. p. 41-42.

(45).- A esa conclusión llegó Angel Mingo de Miguel en "Problemática de los Planes Especiales de Reforma Interior" en Curso de Especialización de Planeamiento y Gestión C.O.A.M. 1984 p. 258-259. Este autor parte de la base de que: "En este supuesto, aparecen enfrentados el principio de superior jerarquía normativa del planeamiento general y el de la necesaria eficacia del Plan Especial de Reforma Interior, que llevará consigo necesariamente una modificación del Plan General. Para concluir con escaso aparato crítico que: "En consecuencia, parece estimable que serían las determinaciones de suelo urbano, expresadas en los apartados b), e), f) y h) del art. 12.2.1 del Texto Refundido, las que podrían resultar afectadas por Planes Especiales referentes a operaciones de reforma interior no previstas en el Plan General Municipal de Ordenación Urbana". Téngase en cuenta que el texto corresponde a una conferencia pronunciada el Curso 81-82. Ver, también, nota (42) "in fine".

(46).- R.A. 1393/1984.

(47).- Este considerando se reproduce en la S.T.S de 28 de diciembre de 1984 (R.A. 427. 1985), 31.XII.1985 (R.A. 6553. 1985) Y 5.XI.1986 (R.A. 7806. 1986). La segunda de la S.T.S. citadas sintetiza el contenido del Considerando estudiado al decir que: "Debe declararse que, de conformidad con la concepción legal de los Planes Generales como Planes abiertos y evolutivos que permitan la asimilación del margen de

imprevisibilidad para exigencias nuevas y cambiantes, según proclama la exposición de motivos de la Ley del Suelo, los Planes Especiales de Reforma Interior no previstos en el Plan General pueden modificar el uso urbano establecido en el Plan General, sin necesidad de una previa o simultánea revisión del mismo, por no venir integrada la calificación de ese uso dentro de su "estructura fundamental".

(46).- R.A. 427/1985.

(49).- Vicente Domingo en "Consideraciones sobre la relación..." op. cit. p. 87 y 88 afirma:

"Estos límites son de carácter material, afectan al contenido de la potestad urbanística y son independientes de las directrices de un Plan previo, en el caso de que exista, señale para su redacción.

Son los siguientes:

a) Interdicción de sustituir a los planes de rango superior como instrumentos de ordenación del territorio (arts. 17 LS, 6 y 76.6 RP). Estos planes de rango superior son el PDTC, el PG y las Ns. Cs. y Ss.

b) Interdicción de sustituir al PG como instrumento de clasificación del suelo (art. 76.6 RPU).

c) Interdicción de modificar la estructura fundamental del PG cuando se trate de operaciones no previstas en éste.

Es un corolario de los anteriores referido esta vez a los PERI.

Entonces, a "contrario sensu" se deriva la posibilidad de que un PERI reforme la estructura fundamental del PG siempre que dicha operación se haya previsto; en realidad no se trata de una modificación del PG, pues él mismo ha asumido anticipadamente esta posibilidad de cambio de estructura lo que, indudablemente, dada su naturaleza y composición en elementos vertebradores de la ordenación: -son los sistemas generales del territorio- exigirá que tal previsión esté rodeada de estudios y garantías sobre las consecuencias que a "posteriori" pueda generar en el desarrollo normal del PG."

(50).- Ver Parejo Alfonso "Un problema crucial..." op. cit. p. 47-49.

(51).- En palabras de Bassols Coma en "Los Planes de Reforma Interior..." op. cit. p 220 y 221 esta "distinción conceptual entre las Operaciones que configuran la Reforma Interior: las que pueden llevarse a cabo a través de "Actuaciones aisladas" (conservando la estructura de la ordenación anterior) y aquellas otras que comportan "Operaciones integradas de Reforma Interior". Esta distinción, no contenida en la Ley, es de extraordinaria importancia conceptual por cuanto es reveladora de la potencialidad y fuerza expansiva de los Planes de Reforma Interior en cuanto instrumento de modificación de la ordenación preexistente. Desgraciadamente, el Reglamento no deduce todas las consecuencias que en un principio podrían derivarse de esta

sustancial diferenciación, pues las llamadas "operaciones integradas" no son objeto de posterior mención en el Reglamento."

(52).- De contenido más amplio que el de la estructura fundamental como apunta Argullol Murgadas en "Los Planes Especiales de Reforma Interior..." op. cit. p. 107.

(53).- Parejo Alfonso "Un problema crucial..." op. cit. p. 54-55.

(54).- Argullol Murgadas "Los Planes Especiales de Reforma Interior..." op. cit p. 105.

(55).- Parejo Alfonso L. "Un problema crucial..." op. cit. p.

(56).- "Estudios de Derecho Urbanistico" op. cit p. 114.

(57).- López Ramón F. "Perspectiva jurídica..." op. cit. p. 548.

(58).- Larrumbe Biurrum habia afirmado, a propósito del art. 17 de la L.S. "la regulación es rigida debiendo entenderse que salvo que una ley dispusiera -con evidente quiebra del sistema unitario urbanistico que se propugna- todo Plan Especial se debe formular en desarrollo de un Plan Territorial". En "La figura del Plan Especial, Legislación sobre centros históricos", Rev. D.U. n. 57 abril 1978 p. 83.

(59).- "Articulo 20.2 y 21.2 L.P.H.E."

(60).- "Articulo 76.6 R.P."

(61).- "Articulo 12.1. d) L.S."

(62).- R.A. 660. 1986.

(63).- "Lecciones de Derecho Urbanistico" Ed Civitas 1981 p 296.

(64).- "Anotaciones sobre la problemática presentada por la protección del patrimonio cultural mediante Planes Especiales de urbanismo" R.E.D.A n. 26. 1980. p. 465.

(65).- "La relación entre los Planes Especiales de Urbanismo y los Planes de ordenación general". Civitas REDA, enero-marzo 1984, núms. 40-41, pág. 116.

(66).- GONZALEZ PEREZ J. "Comentarios a la Ley del Suelo". Ed. Civitas, 1981, pág 254.

(67).- SANZ BOIXAREU P.J. "Los sistemas generales de la ordenación urbanistica del territorio" XVII Temas de Derecho Urbanistico.

Curso de Oviedo, pág. 271.

(68).- ARCE MONZON, XVII Temas de Derecho Urbanistico, Curso de Oviedo, pág 191.

(69).- "Consideraciones sobre la relación entre el planeamiento territorial de ordenación y el planeamiento especial en la

legislación urbanistica estatal" Rev D.V. n 94 septiembre 1985 p. 77 y 78.

(70).- Vicente Domingo. "Consideraciones sobre la relación entre..." op. cit. p. 79.

(71).- No obstante para Laso Martinez, J.L., son posibles los PERI sin previo PG. Vid, "Derecho Urbanistico" op. cit. Tomo III. p. 71.

C A P I T U L O III

INCISO SOBRE EL "IUS VARIANDI" Y DERECHOS ADQUIRIDOS FRENTE AL PLANTEAMIENTO Y LA REHABILITACION URBANA.

III.- INCISO SOBRE EL "IUS VARIANDI" Y DERECHOS ADQUIRIDOS FRENTE AL PLANEAMIENTO Y LA REHABILITACION URBANA.

Examinados los limites de la potestad ordenadora de los P.E. corresponde ahora ver las consecuencias que dicha potestad tiene respecto de los derechos de los particulares y, en especial, la incidencia sobre derechos supuestamente adquiridos en virtud del planeamiento anterior que se varia, sustituye o se concreta o modifica mediante P.E.

La S.T.S. 25 de enero de 1983 (1) contiene un resumen de la doctrina del T.S. sobre la "facultas variandi" inherente al planeamiento. El supuesto en litigio es el de variación por un P.G.M.O. de la calificación de una finca. Hemos visto cómo los P.E.R.I. y los P.E. de la L.P.H.E. pueden variar las calificaciones en determinados supuestos por lo que lo allí dicho respecto el P.G.M.O es aplicable a aquéllos. Dice así la S.T.S.:

"Aunque en el art. 45 de la vigente Ley del Suelo se asignan a los Planes de Ordenación y a los Proyectos de Urbanización -vigencia indefinida-, no es menos cierto que ello no podía significar un cierre a las demandas del futuro, tan explicables en esta materia, dependiente de los avances demográficos y tan sensible a las cada vez mayores exigencia en cuestiones de comunicaciones, espacios libres, equipamientos comunitarios, etc.: motivos éstos que fueron los que obligaron al legislador a la adopción de medidas, compatibilizadoras de esa vigencia indefinida de los Planes, con las posibilidades de sucesivas revisiones de los mismos; incluso imponiendo éstas

("Los Planes Generales Municipales de Ordenación se revisarán...", se dice en el art. 47 de la Ley del Suelo) en los plazos que en los propios Planes se establezcan, y, en todo caso, "cuando se presenten las circunstancias que se establecen en el epígrafe e) del núm.1º del art. 12".

Que lo dicho no es más que una consecuencia de la naturaleza de la planificación urbanística, y de la planificación en general, en cuanto la planificación es normación y ordenación, y ésta, aun partiendo de una situación de presente, se proyecta hacia el futuro, previendo las demandas que éste puede plantear, no tanto inmediatas, sino de más largo alcance, lo que inevitablemente requiere contar con una potestad pública, esto es, con un poder, capaz de producir innovaciones en todo aquello que el interés público exija; poder que se traduce en el ejercicio de un "ius variandi", continuamente proclamado en este tipo de supuestos por la jurisprudencia, siendo una de las últimas sentencias dictadas en este sentido la de 7 de diciembre de 1982 (2).

Ante los principios expuestos, de nada sirve invocar otras reglas, como la de la seguridad jurídica, o la de los derechos adquiridos, puesto que la propiedad urbana viene conformada por el ordenamiento jurídico, del que los planes válidamente aprobados forman parte, y esta propiedad, calificada jurisprudencialmente como "estatutaria", será lo que ese bloque de legalidad determina, como explícitamente se manifiesta en el art. 76 del vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo".

El carácter de Planes de Ordenación del que participan los

P.E. hace que sean perfectamente trasladables a ellos los razonamientos expuestos por el T.S.

En el Considerando siguiente a los transcritos la S.T.S. analiza los limites de la discrecionalidad de la Administración en la formulación de Planes y el posible control por los Tribunales de esa discrecionalidad. Dice así la Sala cuarta del T.S.

"CDO.: Que la Administración, partiendo de su poder innovador, puede realizarlo, y lo realiza, con una cierta discrecionalidad, ante la imposibilidad de que el legislador pueda prever y descender a los detalles que en cada uno de los Planes se pueden abordar y que dan a éstos su contenido concreto: sin que esto tenga nada que ver con los conceptos jurídicos indeterminados, puesto que lo que se encuentra aquí en juego no es la indeterminación de un concepto, sino la asignación de un destino especifico a unos determinados terrenos, según la calificación que para ello se efectúa en el respectivo Plan Ordenador; discrecionalidad que, en principio, y en su ejecución práctica, no es revisable por los Tribunales, en cuanto estos no pueden sustituir a la Administración en la fijación de una determinada política urbanistica y en la determinación de los objetivos concretos: si bien, como es sabido, a partir de la vigente Ley de lo Contencioso, de 27 de diciembre 1956, la discrecionalidad no puede extenderse al acto en bloque, ni es un "prius" respecto a la cuestión de fondo, quedando partes del mismo sometidas a la revisión jurisdiccional, las relativas a sus presupuestos y a sus fines, velando por la rectitud en el ejercicio del poder, y cortando su

desviación."

Esta S.T.S. toca, así el nervio del sistema bifásico de ordenación articulado por la L.S.

Una S.T.S. de igual fecha afirma en este sentido (R.A. 310.1983)

"La Administración ha ejercitado en dicho Plan la potestad innovadora que le concede el art. 47 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, la cual no encuentra límite en los derechos adquiridos al amparo del planeamiento anterior en cuanto que estos sólo pueden dar lugar, en su caso y en el momento de la ejecución del Plan, a las indennizaciones que resulten procedentes por la vía de expropiación o a través de los instrumentos de justa distribución de los beneficios y cargas que corresponden y que contempla el Texto citado y 3º) las determinaciones de carácter general y las calificaciones del suelo que se adopten en el ejercicio de esa facultad revisoria dentro del contexto de dicho Plan deben ser mantenidas por esa jurisdicción, mientras no se acredita de manera fehaciente la concurrencia de desviación de poder o la improcedencia racional y técnica de las mismas."

Retomando el hilo de la argumentación sobre la "facultas variandi" y los derechos adquiridos se estima obligado a citar la S.T.S. de 3.X.1986 (3). La Sociedad recurrente alegaba contra la aprobación del PGMO de Tarrasa entre otros motivos:

A) Derecho adquirido por la sociedad recurrente, en virtud del otorgamiento de una licencia municipal, para construir un

edificio con destino a locales comerciales y viviendas en lugar de constante referencia. B) Infracción del Plan General de Tarrasa en cuanto al terreno procedentemente descrito, al que asigna la doble calificación de "Equipamiento existente", clave E-1, y "Equipamiento de nueva creación", clave E-2, a pesar de la licencia de obras concedida conforme ha quedado sentado procedentemente, que no tuvo efectividad, según la tesis mantenida por la propia parte recurrente, en razón a circunstancias extrañas a la voluntad de la sociedad propietaria de los terrenos. C) Inaplicación del artículo 3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo vigente, por entender la parte recurrente que la revisión de los planes vigentes, a diferencia de la nueva redacción de un planeamiento, conlleva unas limitaciones a las situaciones precedentes consolidadas, entre ellas el respeto a los derechos adquiridos.

Argumentos a los que el TS, aceptando los fundamentos de la Sentencia apelada, se opone enérgicamente. Dice así:

"La planificación es normación y ordenación que, aun partiendo de una situación de presente, se proyecta hacia el futuro, previendo las demandas que puedan plantearse, lo que inevitablemente requiere contar con una potestad pública, esto es, con un poder capaz de producir innovaciones en todo aquello que el interés público exiga, poder que se traduce en el ejercicio de "ius variandi", criterio que se complementa con el relativo a que el principio de vigencia indefinida de los Planes no puede entenderse en un sentido estático o de perpetuar la ordenación, sino como garantía de estabilidad o permanencia, de forma que la Administración puede ejercitar las facultades que

legalmente tiene atribuidas cuando nuevos creiterios o nuevas necesidades urbanisticas hagan necesaria o adecuada la actualización del Plan anterior, principios que se hallan recogidos en los articulos 45 y 47 del Texto Refundido y 159 del Reglamento de Planeamiento, de aquí el rechazo que merece la tesis de que la potestad modificatoria a través de la técnica revisora de un Plan General de Tarrasa, en la zona urbana antes descrita, en razón a la eficacia de la licencia de obras otorgada en su momento, en la que se ha operado el cambio de calificación por aparecer en el nuevo planeamiento la doble clave de E-1, asignadas respectivamente a equipamientos ya existentes y de nueva creación. siendo de destacar, por último, que aquella determinación, es decir, la relativa a equipamientos corresponde a la realidad, por aparecer de los autos que el terreno se halla efectivamente destinado a la práctica del tenis en las instalaciones deportivas en aquel lugar edificadas" (...)

"Que los razonamientos sentados hasta el momento en esta Sentencia reafirman la facultad residenciada en la Administración para redactar planes de ordenación urbanistica y para formular las correspondientes clasificaciones y calificaciones del suelo, en ejercicio de la competencia urbanistica otrogada por el articulo 3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, destacando la afirmación, relevante para el enjuiciamiento y la decisión de este recurso, de que los derechos adquiridos como situaciones particularizadas nacidas al amparo del anterior planeamiento no pueden ser opuestos como motivos de nulidad de las determinaciones urbanisticas de nueva creación, pronunciamiento igualmente aplicable a los supuestos de revisión de planes generales precedentes, de aquí el rechazo

del motivo de nulidad aducido por la recurrente como infracción del precitado artículo 3 del mencionado Texto Refundido de la Ley del Suelo".

Concluyendo que:

"Es indudable que, en principio al menos, en la revisión o en la modificación de cualquier planeamiento urbanístico -y no sólo, como la actora entiende, en la originaria elaboración del mismo - rige el principio del "ius variandi" de la Administración a que la resolución recurrida y la sentencia que se impugna aluden, frente al que no cabe invocar sin las adecuadas y excepcionales matizaciones los derechos adquiridos por el administrado." (4)

En cuanto al problema de las indemnizaciones por perjuicios a particulares como consecuencia del planeamiento, la regla general es la no indemnización (art. 87.1 L.S); por inscribirse los deberes y cargas del planeamiento dentro del contenido normal de la propiedad. Si procede la distribución equitativa de beneficios y cargas.

Esta regla general tiene dos excepciones señaladas en los puntos siguientes del art. 87 L.S. En el punto 2 contiene el supuesto de revisión de la ordenación de los terrenos establecida por P.P., P.E. o P.A.U. antes de transcurrir los plazos previstos para la ejecución de los mism o transcurridos si no se hubiesen ejecutado por causas imputables a la Administración.

El punto 3 del art. 87 prevé que las ordenaciones que impusieran vinculaciones o limitaciones singulares, que lleven consigo una restricción del aprovechamiento urbanístico del suelo que no pueda ser objeto de distribución equitativa entre los interesados, conferirían derecho a indemnización.

Cabe resaltar aquí, sin perjuicio de lo que luego se dirá, la acertada diferenciación entre limitación y vinculación que sugiere el Profesor GARRIDO FALLA, "a nuestro juicio, afirma este autor, es posible avanzar en el análisis jurídico distinguiendo la limitación de la vinculación en función de la idea de afectación concreta de un bien a un fin determinado. (...)"

"Parece posible la distinción conceptual entre limitación y vinculación de la propiedad privada. La nota especifica y diferenciadora se encuentra en la idea de afectación; la afectación, además, sustantiviza el instituto al convertirse en la idea clave en función de la cual se justifican las concretas limitaciones que pesan sobre la propiedad vinculada". (5)

El párrafo tercero del artículo 87 L.S., es de indudable interés ya que salvaguarda el principio igualdad ante las cargas públicas. La existencia o no de derecho a indemnización, en último término, vendrá referida a si el supuesto es subsumible dentro de las dos excepciones previstas en los puntos finales del art. 87 L.S. La indemnización se da aquí como consecuencia de un funcionamiento lícito y normal de la Administración que produce un perjuicio patrimonial (6) (7).

La S.T.S. de 23.IX de 1985 (8) recoge entre los Considerandos que acepta de la Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona el siguiente:

"SEPTIMO: Que, en cuanto al tema de las indemnizaciones pretendidas, en su aspecto segundo, o sea los pedidos perjuicios por la reducción del volumen edificatorio, como consecuencia del Plan Especial aprobado, hay que tener en cuenta que ello comporta como interpreta el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de septiembre de 1980 (9) a propósito del art. 87 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, la existencia de un derecho adquirido real y tangible, no una posibilidad de derecho, respecto de unos terrenos que se disponía a edificar, pues la sentencia aludida dice: "que para poder pensar en la posible existencia de un deber de indemnizar, por parte de la Administración, hay que partir de la idea básica del derecho adquirido", y así lo considera cuando, "No sólo se cuenta con un plan parcial anter[illegible]... sino porque el amparo del mismo, se llegó a la fase final, esto es reparcelaciones de terrenos, otorgamiento de escrituras públicas, cancelación de hojas registrales, etc."

Se da, en este Considerando, una trasposición entre lo que debe entenderse por derecho adquirido en la ejecución de un P.P. -respecto al que la S.T.S. de 29.IX.1980 contiene una importante precisión para aplicar el art. 87.2 y un supuesto distinto de éste como es el de solar sobre el que se pretende edificar para lo cual se solicita licencia siendo afectado el volumen edificatorio y la licencia por la aprobación de un P.E. Es este el supuesto sobre el que debería juzgar la Audiencia de

Barcelona y no aquél. Su fallo implicaría que, en suelo urbano, para estimar la existencia de un derecho adquirido, se habría de estar a si se ha concedido o no licencia para edificar. Supuesto que, entiendo, es contrario al espíritu del art. 87.

El T.S. en la S.T.S. citada señala, a mi juicio, con acierto cuáles son los términos en que ha de enmarcarse la resolución del problema planteado. Dice así el T.S.:

"6.ª) La reducción de volumetría en el área sometida al Plan Especial es adecuada a la finalidad justificante del mismo y a la "facultas variandi" inherente a la potestad ordenancista de la Administración promotora de los intereses públicos, lo que no implica expropiación ni consecuente derecho de indemnización de conformidad con el artículo 87.1 de la Ley del Suelo, sin perjuicio del derecho del recurrente, fuera ya del momento normativo del planeamiento y con posibilidad de ejercicio en fase de su ejecución, a la distribución equitativa de cargas y beneficios, se halle o no prevista la misma en el documento urbanístico al tenor de los artículos 83.4, 97.2 y 117.3 de aquella Ley: toda vez que no se dan aquí los supuestos de excepción definidos en los apartados 2 y 3 del citado artículo 87".

El artículo 88 L.S. afirma que: La enajenación de fincas no modificará la situación que su titular en orden a las limitaciones y deberes instituidos por esta Ley o impuestos, en virtud de la misma, por los actos de ejecución de sus preceptos, y el adquirente quedará subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario en los compromisos que hubiere contraído

con las Corporaciones públicas respecto de la urbanización y edificcación.

Precepto obvio y necesario, que requeriría para mayor seguridad en el tráfico jurídico, la realización de anotaciones registrales respecto de los compromisos singulares adquiridos.

Concretando lo hasta ahora dicho, cabe afirmar que, la naturaleza propia de lo urbanístico exige la existencia de una potestad pública capaz de innovar, mediante el planeamiento, todo aquello que exija el interés público. Esa potestad se traduce en el ejercicio de un "ius variandi" frente al que no cabe invocar reglas como la de la seguridad jurídica o los derechos adquiridos; precisamente porque la propiedad urbana viene determinada, de acuerdo con la T.S. por los Planes de Ordenación. Ese poder innovador del Planeamiento es, en cierta medida discrecional, estando sometido en sus presupuestos y fines a posible revisión jurisdiccional.

La variación de ordenaciones o la nueva ordenación, por sí, no confiere derecho a indemnización; sí en cambio, da derecho a la equitativa distribución de beneficios y cargas, e incluso, a la indemnización cuando esta distribución no sea posible. En cualquier caso, el T.S. entiende que para que exista un deber de indemnizar, debe existir un derecho adquirido real y tangible, no una posibilidad de derecho.

N O T A S

(1).- R.A. 309/1983.

(2).- R.A. 7949/1982.

(3).- R.A. 6413/1986.

(4).- STS 3.X.1986 R.A. 6413. 1986.

(5).- Fernando Garrido Falla "El derecho de indemnización por limitaciones o vinculaciones impuestas a la propiedad privada" en Homenaje a Segismundo Royo Villanova. Edit. Moneda y Crédito. 1977 p. 336-338.

(6).- Sobre la naturaleza de la indemnización y su relación con la responsabilidad de la Administración, ver: Garrido Falla F. "El derecho de ..." op. cit.

Garrido Falla, F., "La teoria de la indemnización en Derecho público", Estudios dedicados al profesor Gascón y Marín, 1952, pág. 429 y sigs.

E. García de Enterría en "Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa", Madrid, 1956.

(7).- Garrido Falla afirma: "En relación con las limitaciones urbanisticas, la negación de indemnización se pretende basar en

el argumento de que las limitaciones y vinculaciones dimanan de los planes urbanisticos, los cuales, a su vez, están habilitados por la Ley para establecerla. A mi juicio, el argumento es falaz, porque de lo que se trata aquí no es de averiguar si los planes urbanisticos tienen o no virtualidad para imponer limitaciones a la propiedad, sino si los propietarios tienen o no derecho a indemnización, lo cual es cosa muy distinta (especialmente cuando la teoría de la indemnización se entiende como una consecuencia de actuaciones administrativas legítimas).

¿Acaso una ordenación urbanística no puede -sin posibilidad de distribución equitativa de los resultados hacer ricos a unos propietarios y arruinar a otroso. Obviamente sí, y lo grave es que este resultado se produce no por consecuencia del tratamiento normativo general de una integra categoría de bienes, reconocible por sus características físicas u objetivas (modo de ser natural de la propiedad), sino por razón de una discriminación fáctica de las propiedades, en lo que consiste cabalmente, según García de Enterría, la técnica planificadora; pues el Plan urbanístico singulariza y concreta para cada parcela de terreno planeado un tipo concreto de utilización, determinando una limitación. No hay duda, a nuestro juicio, de que las hipotéticas lesiones que produzca el plan son singulares a los efectos de la teoría de la indemnización." (Garrido Falla F., "El derecho a ..." op. cit. p. 357).

(8).- R.A. 345/1986.

(9).- R.A. 3463/1980.

C A P I T U L O IV

INCISO SOBRE LA CONCESION Y SUSPENSION DE LICENCIAS

IV.- INCISO SOBRE LA CONCESION Y SUSPENSION DE LICENCIAS

La concesión de licencia es el acto previo, necesario, para la ejecución material de, entre otras: edificaciones, parcelaciones, demoliciones, reforma, reparaciones.

La expectativa de aprobación de un P.E. regenerador, puede provocar una aceleración en la solicitud de licencias con las que se pretendan ejecutar actuaciones que se presume no serán permitidas por el nuevo Plan. Esa frustración anticipada, por la vía de hecho, de la regeneración; encuentra freno en el régimen de suspensión de otorgamiento de licencias y en algunos preceptos -relativos a su ámbito concreto- de la L.P.H.E.

Al ser la concesión de licencias una actividad reglada se ha considerado interesante hacer un inciso sobre cómo operan en el derecho español los mecanismos de suspensión.

IV.1.- SUSPENSION DEL OTORGAMIENTO DE LICENCIAS

La suspensión del otorgamiento de licencias con el fin de estudiar un Plan o su reforma que prevé el art. 27 L.S., es plenamente aplicable a los P.E., de acuerdo con el inciso 1.º del citado art. 27 en la forma y con los plazos ahi previstos.

Igualmente es aplicable a los P.E. la suspensión automática operada por la aprobación inicial del mismo art. 27.3 Ley del Suelo. El inciso "para aquellas zonas del territorio objeto del planeamiento cuyas nuevas determinaciones supongan modificación del régimen urbanistico vigente" plantea la cuestión de qué se entiende por régimen urbanistico. La amplitud de este concepto hace que sea dificilmente imaginable el que un P.E. que afecte a una zona concreta no contenga determinaciones que supongan modificación del régimen urbanistico vigente.

El problema se planteaba en torno a la suspensión o no de licencias de derribo o demolición ya que el art. 27.1 L.S. sólo contemplaba la suspensión de las de parcelación y edificación. A este respecto se pronunció el T.S. llegando a sentar jurisprudencia al respecto. Recientemente la S.T.S. de 24 de mayo de 1985 (1) ha declarado en su Sexto Considerando:

"Que se postula igualmente la nulidad de pleno derecho de la suspensión de licencias, en lo que concierne a las de derribo o demolición, por entender la parte apelante que el art. 118 del Reglamento de Planeamiento desborda el marco legal preestablecido en el art. 27 de la Ley del Suelo, argumento que tampoco podemos compartir, porque aunque sea cierto que la

medida cautelar regulada en este precepto no puede ser objeto de una interpretación lata sino restrictiva, en atención a su naturaleza limitadora de derechos, lo que en realidad se propugna, aunque no se diga, es la existencia de una absoluta identidad entre las licencias de edificación y las de nueva planta con olvido de que una interpretación sistemática del art. 27 de la Ley del Suelo en relación con el 178.1 de la misma Ley y acorde con el espíritu y finalidad de aquél obliga a referir las licencias de edificación tanto a las obras de nueva planta como a las de demolición, con lo que el art. 118.1 del Reglamento de Planeamiento no ha venido sino a hacer explícito el alcance del art. 27 de la Ley a disipar las posibles dudas que pudiera suscitar una interpretación meramente gramatical del mismo y aislada de su contexto; así lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala, entre otras, en sentencias de 10 y 12 de mayo de 1982 (2), 17 de octubre de 1983 (3) y muy recientemente en la de 21 de mayo de 1985, y es que sino se entendieran comprendidas en el citado precepto de la Ley del Suelo las licencias de demolición quedaría vacía de contenido la medida cautelar regulada en él cuando se pretendiera acometer el estudio o la modificación de un Plan cuyo objetivo fuera, como en el caso de autos, la conservación del patrimonio histórico-artístico de una ciudad, frustándose de modo irreparable la finalidad perseguida por la Administración actuante".

El problema de la extensión de las suspensiones de otorgamiento de licencias a las de demolición está hoy resuelto por el art. 8 del Real Decreto-Ley 16/81 de 16 de octubre, en el cual se incluyen expresamente las licencias de demolición. Este art. 8 deroga los tres primeros puntos del art. 27 L.S. en

virtud de la Disposición Final Primera del citado Real Decreto-Ley.

No asi el punto cuarto del art. 27 L.S. en el que prevé que los peticionarios de licencias solicitadas con anterioridad a la publicación de la suspensiónn tendrán derecho a ser indemnizados del coste oficial de los proyectos y a la devolución, en su caso, de las tasas municipales.

No hay problema en cuanto a las tasas municipales. En cuanto al coste oficial de los Proyectos este se debe justificar a través del Colegio de Arquitectos como señala la S.T.S. de 23.IX.1985 (4) en su Sexto Considerando.

El T.S. sale al paso de prácticas viciadas que la Administración ha podido llevar a cabo. "No entra dentro de las prerrogativas de la Administración, el manipular la legislación aplicable en un determinado caso, mediante el ardid de dilatar la resolución del problema planteado por el mismo, hasta alcanzar la vigencia de un ordenamiento distinto al imperante en los momentos en que el asunto debió quedar cumplimentado y resuelto; razones que justifican el que haya considerado que la legalidad a tener en cuenta en el otorgamiento de licencias en materia de urbanismo sea la correspondiente al momento de la petición o al de su otorgamiento o denegación, pero siempre y cuando, en esta última hipótesis, que los acuerdos resolutorios no se hayan producido con una extemporaneidad injustificada." (5).

Esta misma S.T.S. pone de relieve la diferencia operada por la reforma de 1975 en el régimen de concesión de licencias. "En principio, la suspensión de licencias sirve de cobertura a la Administración para su no otorgamiento, en espera de la aprobación de nuevos planes urbanisticos que pudieran impedirlas, cuando la planificación anterior no lo hiciera; ahora bien, en el supuesto concreto que nos ocupa, hay que tener presente que la licencia se solicita, como ya hemos dicho, el 6 julio 1974, esto es, bajo el imperio de la Ley del Suelo de 12 mayo 1956, la cual requiere para estas suspensiones en su art. 22, un acuerdo expreso en tal sentido, su publicación en el Boletin Oficial de la Provincia, con sus efectos temporales de un año, ampliable a otro, siempre y cuando dentro del primer año se hubiere efectuado la información pública dispuesta en el art. 32 de la propia ley, sin posibilidad de acordar nuevas suspensiones hasta que transcurrieren cinco años." (...)

"Si en vez de contemplar el tan repetido art. 22 de la Ley del Suelo de 1956, se considera aplicable el 27 del vigente Texto Refundido de 9 abril 1976, entonces, no haría falta acto expreso de suspensión de licencias, para la producción del mismo efecto, al producirse ministerio legis".

De mayor interés puede resultar el caso de una licencia solicitada y concedida con anterioridad a la suspensión cuando transcurre el plazo de vigencia de la misma sin que se haya materializado su ejercicio. Es el supuesto contemplado en la S.T.S. 3.X.1986 (6) allí dice el T.S. "no cabe duda de que, a tenor de los articulos 27 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y 120 del Reglamento de Planeamiento Urbanistico, la

aprobación inicial de un Plan sólo produce la suspensión del otorgamiento de las licencias y no la ineficacia de las que ya hubieran sido concedidas, el transcurso del plazo de vigencia de la de autos sin materializar su ejercicio, impide, a los efectos del recurso, que ésta engendrase el derecho adquirido que la apelante invoca como impediente de un cambio de calificación de los terrenos afectados por aquélla, y que, derivativamente, sea jurídicamente inviable la tesis de dicha parte, acertadamente rebatida por la sentencia apelada, cuyas ortodoxas consideraciones hemos dejado aceptadas, con base en las cuales y en cuanto razonado queda, resulta procedente la confirmación de aquélla, sin perjuicio de los efectos de resarcimiento económico".

Para considerar que existe un derecho adquirido es necesaria o la ejecución de la licencia o que no haya transcurrido el plazo para materializarla; debiendo entender que tal plazo no se suspende con la aprobación inicial de un Plan, ya que el efecto suspensivo de éste acto sólo alcanza a las licencias que no hubieran sido concedidas.

IV.2.- EL REGIMEN DE CONCESION Y SUSPENSION DE LICENCIAS EN LA L.P.H.E.

El articulo 20.3 de la L.P.H.E. prevee:

"Hasta la aprobación definitiva de dicho Plan el otorgamiento de licencias o la ejecución de las otorgadas antes de incoarse el expediente declarativo del Conjunto Histórico, Sitio Histórico o Zona Arqueológica, precisará resolución favorable de la Administración competente para la protección de los bienes afectados y, en todo caso, no se permitirán alineaciones nuevas, alteraciones en la edificabilidad, parcelaciones ni agregaciones."

La incoación de expediente declarativo de Conjunto Histórico, Sitio Histórico o Zona Arqueológica introduce en el camino para la obtención de licencia la necesidad de obtener resolución favorable de la Administración competente para la protección de los bienes afectados. No aclara, sin embargo, la L.P.H.E., cuáles son los criterios que han de regir la actuación de esta Administración. Parece que no se trata de una actividad reglada ya que no hay, antes de la aprobación definitiva del Plan, parangón con el que pueda determinarse la adecuación o no de la operación para la que se solicita licencia. Sí es claro que debe ser denegada en el caso de que se pretendan realizar actuaciones de las mencionadas en el inciso final de ese número tercero.

Los supuestos contemplados son dos: el caso de que se solicite licencia previa incoación de expediente, y el de que, previamente solicitada y concedida, no haya comenzado a ejecutarse al tiempo de la incoación del mismo. En este segundo caso se requiere nueva autorización esta vez de la Administración que tutela los bienes afectados por la incoación del expediente. Surge aqui el problema de la publicidad de la incoación de expediente declarativo del Conjunto Histórico, Sitio Histórico o Zona Arqueológica.

Se estima que debe procederse a la notificación personal de la misma a los particulares que hubieran obtenido licencia para realizar actuaciones en el inmueble con anterioridad a la misma.

El artículo 16 de la L.P.H.E. precisa:

"1. La incoación de expediente de declaración de interés cultural respecto de un bien inmueble determinará la suspensión de las correspondientes licencias municipales de parcelación, edificación o demolición en las zonas afectadas, así como de los efectos de las ya otorgadas. Las obras que por razón de fuerza mayor hubieran de realizarse con carácter inaplazable en tales zonas precisarán, en todo caso, autorización de los Organismos competentes para la ejecución de esta Ley.

2. La suspensión a que hace referencia al apartado anterior dependerá de la resolución o caducidad del expediente incoado."

Esta previsión, en principio, relativa a la incoación de expediente declarativo de B.I.C. de un inmueble individual ha de entenderse aplicable al caso que ahora nos ocupa. La expresión "zonas afectadas" contenido en este artículo 16 L.P.H.E. es un concepto jurídico indeterminado que admite una única solución justa en cada caso concreto, permitiendo la expansiónn de la virtud de la incoación de expediente. Expansión de difícil conocimiento por parte de los titulares de terrenos o edificaciones adyacentes a la declarada como B.I.C. De nuevo aquí, y en previsión de posibles conflictos que pueden ser evitados, se entiende que lo procedente es la notificación personal de la suspensión a aquellos particulares e la Administración competente estime afectados.

La suspensión opera sobre licencias municipales de parcelación, edificación o demolición así como sobre los efectos de las ya otorgadas. El límite de esta última será el haber completado, antes de la incoación del expediente, las actuaciones permitidas por la licencia obtenida. Si esas actuaciones se están llevando a cabo en el momento de incoación del expediente, se entiende que deben paralizarse -correspondiendo al particular indemnización por el perjuicio que se le infringe de acuerdo con la teoría general de la indemnización- responsabilidad hasta que, por aplicación del 20.3 L.P.H.E. -aún cuando se trate de declaraciones de inmuebles individuales- se obtenga resolución favorable por parte de la Administración competente. La suspensión incondicionada hasta la caducidad o resolución del expediente declarativo de B.I.C. además de no añadir nada al control por parte de los Organos del Patrimonio Histórico puede ser causa de perjuicios y problemas

en gran medida evitables con esta fórmula.

Hay que tener en cuenta que en el caso de la declaración del Conjunto Histórico, Sitio Histórico o Zona Arqueológica la suspensión de licencias puede ser doble; una al incoarse el expediente, hasta que se resuelva y otra -de acuerdo con el art. 8.º, 2 del Real Decreto-Ley 16/81 de 16 de octubre- desde el acuerdo de aprobación inicial del P.E. para la protección, hasta el transcurso de los dos años siguientes. Si bien esta suspensión no se extiende a los efectos de las licencias previamente otorgadas.

La L.P.H.E. trata de simplificar la concesión de licencias tras la aprobación definitiva del P.E. para la protección; en su art. 20.4 prevee:

"Desde la aprobación definitiva del Plan a que se refiere este artículo, los Ayuntamientos interesados serán competentes para autorizar directamente las obras que desarrollan el planeamiento aprobado y que afecten únicamente a inmuebles que no sean Monumentos ni Jardines Históricos ni estén comprendidos en su entorno, debiendo dar cuenta a la Administración competente para la ejecución de esta Ley de autorizaciones o licencias concedidas en el plazo máximo de diez días desde su otorgamiento."

La Administración competente para la ejecución de la L.P.H.E. lleva a cabo el control de las licencias concedidas por los órganos municipales pudiendo ordenar la reconstrucción o demolición de las obras realizadas al amparo de licencias

contrarias al Plan aprobado con cargo al Organismo que las hubiera otorgado.

El sistema se cierra con el art. 23 L.P.H.E. en el cual se prevé:

"1. No podrán otorgarse licencias para la realización de obras que conforme a lo previsto en la presente Ley requieran cualquier autorización administrativa, hasta que ésta haya sido concedida.

2. Las obras realizadas sin cumplir lo establecido en el apartado anterior serán ilegales y los Ayuntamientos o, en su caso, la Administración competente en materia de protección del Patrimonio Histórico Español podrán ordenar su reconstrucción o demolición con cargo al responsable de la infracción en los términos previstos por la legislación urbanística."

Técnicamente el sistema de concesión de licencias es completo aún teniendo como puntos de fricción el carácter discrecional de la resolución favorable a la concesión de licencia por parte de la Administración competente para la ejecución de la L.P.H.E.; y la indeterminación del concepto de zona afectada por la declaración de B.I.C.

Sin embargo estos dos supuestos son reconducibles, a mi juicio, a través de la teoría general del control de la discrecionalidad y de los conceptos jurídicos indeterminados.

N O T A S

(1).- R.A. 4773/1985.

(2).- R.A. 3154 y 3327/1982.

(3).- R.A. 5843/1983.

(4).- R.A. 345/1985.

(5).- S.T.S. 24.I.1984 R.A. 149.1984.

(6).- R.A. 6913. 1986.

C A P I T U L O V

EL PRINCIPIO DE FUERA DE ORDENACION Y LA REHABILITACION URBANA

V.- EL PRINCIPIO DE FUERA DE ORDENACION Y LA REHABILITACION URBANA.

El planeamiento urbanistico tiene como objetivo adecuar la realidad del espacio sobre el que opera a los esquemas que él mismo traza. Participa, para ello, de una doble dimensión: prospectiva, en cuanto que contiene una opción de lo que quiere que sea el producto final de la actuación del hombre sobre un espacio; normativa, en cuanto que es capaz de imponer esa opción, vinculando juridicamente a los titulares de intereses subyacentes a ese espacio.

Ahora bien, estas dos dimensiones de las que participa el planeamiento encuentran un limite infranqueable en la ciudad construida, ya que "sólo las edificaciones ya ejecutadas y las actividades ya implantadas representan un obstáculo definitivo a la esencial libertad de la potestad del planeamiento, de suerte que éste sólo tiene la alternativa de respetar dichas situaciones (en los términos del régimen de "fuera de ordenación") o proceder, en otro caso, a su expropiación si quiere imponer su acomodación a nueva ordenación" (1).

La ciudad, la edificación realizada, limita a la ciudad proyectada no en cuanto opción de futuro -a la que no obsta la existencia de edificaciones contradictorias- sino en cuanto, a la fuerza vinculante de ésta. La edificación contradictoria con el plan queda vinculada a éste en forma diversa a como lo está el terreno vacante de construcción.

La vinculación, edificación contradictoria-plan se establece, entonces, en función del instituto de "fuera de ordenación" que juega como garante de la efectividad del Plan. efectividad, ciertamente, diferida hasta el decaimiento de la edificación; pero garantizada por el conjunto de técnicas del régimen de "fuera de ordenación". Si para el terreno vacante lo que establece el Plan son limitaciones al derecho de edificar; para el terreno edificado, contradictorio con el Plan, lo que éste establece, son limitaciones al derecho de mantener la edificación, evitando, mediante el régimen de "fuera de ordenación", la perpetuación de la edificación contradictoria.

En el primer caso el derecho del particular es más débil -en cuanto derecho a edificar-, por lo que el Plan lo modula con gran intensidad. En el segundo, el derecho del particular es más fuerte -en cuanto derecho a la edificación-, por lo que la Ley del Suelo decide respetarlo, en tanto no se ejecute el Plan, estableciendo unas condiciones, para que no se dificulte la efectividad del mismo.

En un caso cabe hablar de que el planeamiento -en virtud de la L.S.- delimita "ab intra" el derecho de propiedad, determinándolo positivamente. En el segundo caso, el Plan acota el derecho de propiedad, desde fuera, prohibiendo aquellas actuaciones encaminadas a consolidarlo.

Cuando de lo que se trata es de regenerar, en sus aspectos estructurales, funcionales, sociológicos y económicos, un espacio determinado, incluido en el casco urbano de una ciudad, se ha de jugar con dos parámetros:

1.- La necesaria conservación de edificaciones de carácter.

2.- El necesario incremento de dotaciones y equipamientos, lo que requiere disponibilidades de suelo en áreas en las que, normalmente, no abunda el suelo vacante de edificación.

El régimen de "fuera de ordenación" favorece la producción de suelo vacante, apto para desempeñar los usos a que el Plan le destina. Favorece, en igual medida, la destrucción de la ciudad ya existente. Por ello estamos ante una espada de doble filo, que ha de ser manejada con enorme prudencia. Los Planes que ordenan los centros urbanos han de analizar, a fondo, cada uno de los elementos constitutivos del tejido urbano. Sólo así se determinará qué elementos son insustituibles y cuáles son susceptibles de reposición o, sencillamente, de eliminación sin que, por ello se altere la tipología de la zona.

El equilibrio entre necesidad de espacio y conservación, debería decantarse, en la medida de lo posible, hacia este segundo polo; reutilizando para nuevas funciones necesarias los inmuebles ya existentes y dando flexibilidad al régimen de "fuera de ordenación"; acotando adecuadamente las previsiones de cada plan para no dejar en disconformidad con el mismo edificaciones de interés.

De lo que se trata es de ver cómo el art. 60 L.S. es interpretado y de cómo cabe interpretarlo para su aplicación razonable. LASO MARTINEZ (2) afirma que "Tradicionalmente la doctrina ha expresado en dos actitudes, amplia y estricta, la

posición del intérprete ante la norma que por su ambigüedad podia conducir a situaciones de anómala restricción de los derechos, de tal manera que una y otra se predicaban siempre en beneficio de una mayor libertad para el mismo. Así se formularon las reglas favorabilia amplianda y odiosa restringenda." (...)

"En rigor, no hay propiamente dos actitudes ante la interpretación. Ambas posiciones, por el contrario, responden a una idéntica finalidad, la de superar en los casos de duda razonable los limites de la letra de la Ley, ampliando su contenido para comprender en ella supuestos no referidos explicitamente, pero que deben ser equiparados, o restringiéndola para evitar situaciones de injusticia que de su aplicación literal podrían deducirse.

El resultado en uno y otro caso no es más que la consecuencia de aplicar los criterios más dinámicos y equitativos, producto de los géneros de interpretación más progresivos, como son el espiritu, la finalidad de la normma y la realidad del tiempo en que ha de ser aplicada, siguiendo la terminología del Código."

Se trata en este capitulo de aplicar criterios dinámicos y equitativos, restringiendo, por las razones que más adelante veremos, la aplicación literal de la norma con el fin de evitar situaciones de injusticia que pudieran producirse. Para esto se recurrirá con frecuencia a la aplicación que del precepto ha hecho el T.S., bien para acogerse a ella bien para matizarla o, sencillamente, para conocer cuáles son los criterios jurisprudenciales dominantes. De este modo llegaremos a

introducirnos en la mecánica de "la puesta en juego de instituciones tradicionales como son el dominio -esencialmente se actúa en su órbita- y las restricciones nacidas de formas de penetración también institucionales que si bien no desconocen el dominio ni le extinguen, si le afectan decisivamente en su propio núcleo expansivo." (3) (4).

MONTORO CHINER (5) refiriéndose al art. 60 L.S. dice:

"Tan drásticas afirmaciones y regulación, si se aplicaran alegremente sobre situaciones consolidadas, construidas o instaladas al amparo de una legalidad anterior, y de la que era posible esperar una permanencia continuada en el tiempo por la vigencia indefinida del planeamiento, llevarían a resultados socialmente inadmisibles por resultar equivalentes prácticamente a retirar del flujo o negocio económico-social unos bienes (edificaciones, instalaciones e industrias) que hasta aquel momento gozaban de la legalidad que posibilitó y presidió su nacimiento.

Este peligro ya ha sido comprendido tanto por la jurisprudencia como por el planificador, matizando, ponderando conceptos y dulcificando su aplicación en función del mayor o menor grado de dificultad en la ejecución del nuevo planeamiento, estableciendo, como una de las determinaciones del Plan, aún a título temporal, la aplicación del mismo, a las situaciones anteriores existentes".

V.1.- "RATIO LEGIS" DEL REGIMEN DE FUERA DE ORDENACION

Tal régimen se regula en el art. 60 de la L.S. que afirma:

"1. Los edificios e instalaciones erigidos con anterioridad a la aprobación del Plan General o Parcial que resulten disconformes con el mismo serán calificados como fuera de ordenación". Expresando a continuación la prohibición de realizar en ellos obras de consolidación, aumento de volumen, modernización o incremento de su valor de expropiación: permitiendo, en cambio, las pequeñas reparaciones que exigieren la higiene ornato y conservación del inmueble. La discriminación entre obras permisibles y prohibidas ha sido modulada por el T.S. en la S.T.S. de 7.11.1986 (6) recogiendo el Considerando Tercero de la Sentencia apelada:

"Tercero.- Que el articulo 60 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación urbana de 9 de abril de 1976 representa un auténtico sacrificio para el derecho de propiedad urbana en aras de las conveniencias de las nuevas concepciones urbanisticas acogidas en el Planeamiento, el cual viene a poner en ejercicio un "ius variandi" que pone fuera de ordenación lo que hasta entonces no lo estaba, dejando, profundamente debilitado un derecho dominical como consecuencia de las nuevas directrices, sobre todo en sus expectativas y en sus concretas realizaciones, lo que obliga a una interpretación estricta de la norma con el fin de no llevarla más allá de lo necesario; y esta interpretación, especialmente en lo tocante a la discriminación entre obras permisibles y prohibidas, ha sido realizada por el Tribunal Supremo en sentencias que van desde la

del 22 de junio de 1972 (7) a la de 30 de marzo de 1983 (8) entendiendo que la "ratio legis" de aquel precepto -idéntico al artículo 48 de la antigua Ley del Suelo de 12 de Mayo de 1956- no es otra que la consagración del "desideratum" de que el edificio fuera de ordenación no prolongue su existencia más allá de lo que cabe esperar de él por el estado de sus elementos componentes antes de pensar en la posibilidad de acometer en el mismo determinadas obras, pero ello armonizado con el principio de que la desordenación de un edificio no implica "ipso facto" ni su inmediata desaparición ni su condena como bien económico-social, en cuanto el mismo segirá existiendo y prestando el servicio para el que fue erigido hasta que llegue el momento de su desaparición. bien por su consunción como tal, bien por llevarse a efecto las previsiones del Plan urbanístico." (9).

Para que el edificio no prolongue su existencia más allá de lo que cabe esperar de él, es para lo que el art. 60.2 contiene las cuatro prohibiciones arriba señaladas; son limitaciones legales que debilitan o convierten en claudicante el derecho del propietario al mantenimiento o conservación.

Ahora bien, esto no supone la condena del edificio como bien económico-social, ni su inmediata desaparición; llegando a decir la misma S.T.S. que: "carece de justificación alguna destruir por anticipado la riqueza económica y la utilidad social que representa la continuidad de uso y funcionamiento". Y esto porque, ineludibles exigencias jurídicas y económicas, hacen que, entre la aprobación del planeamiento y su ejecución, pueda transcurrir un dilatado periodo de tiempo que "obliga a

aplicar a esa situación provisional las medidas que hagan compatibles la continuación del uso y funcionamiento de dichos edificios e industrias con el designio legal de que en ellos no se realicen modificaciones que puedan agravar el coste de la ejecución u obstaculización de cualquier otra forma de realización de las previsiones urbanísticas en un grado superior al que se deriva de la situación de hecho existente en el momento de acordarse y aprobarse el nuevo planeamiento." (10).

La compatibilidad del uso y funcionamiento de la edificación con las limitaciones legales que sobre ella se imponen, encuentra un nuevo criterio corrector en el art. 3.1 del Código Civil cuando dice que "Las normas se interpretarán en relación con (...) la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas." Este criterio de interpretación lo usa el T.S. en la Sentencia que estamos estudiando en el sentido de que debe "evitarse el quebranto que una interpretación rígida de las limitaciones legales supondría para el normal desarrollo de las actividades mercantiles e industriales e, incluso, un peligro de fracaso en las mismas, lo cual es incompatible con el interés general, especialmente destacado en tiempos de crisis". (11) (12) (13) Poniendo aquí el dedo en la llaga al señalar un posible choque entre las exigencias de la recuperación del ambiente urbano y aquellas otras derivadas de la necesidad de revitalización económica o de mantenimiento de población autóctona del barrio de que se trate. Todos estos intereses han de estar protegidos por el Plan; éste debe valorarlos con suma prudencia para establecer la relación entre ellos en las distintas zonas afectadas.

La STS de 17.XII.1974 (14) al aceptar los fundamentos de la Sentencia apelada declara que: "La razón de ser del referido art. 48 no es otra que la de armonizar la necesidad de que el inmueble fuera de ordenación no prolongue su existencia más allá de lo que cabe esperar de él por el estado de vida de sus elementos componentes, con la realidad de que su desordenación no implica que tenga que desaparecer de modo inmediato, con lo que sería contrario a toda lógica que, mientras subsista, no desenvuelva su aptitud como bien económico-social que es y, absurdamente, haya de estar condenado de modo irremisible a no prestar utilidad alguna" (15) Argumento del que se vale el TS en Sentencia de 13.VI.1980 (16) para declarar contrarios a derecho acuerdos por los que se deniega licencia de apertura y funcionamiento de un restaurante en edificio fuera de ordenación (16 bis). Del art. 48 citado se infiera la clara posibilidad de autorizar el uso de estas construcciones, erigidas con anterioridad a la aprobación de los Planes, siempre que no de lugar -el uso, se entiende- a incremento en su valor de expropiación.

Concluyendo el TS su discurso en esta Sentencia de 13.VI.80 afirmando: "que en relación con el uso de edificios eirigidos con anterioridad a la aprobación de Planes de Ordenación el art. 48 de la Ley del Suelo de 12 de mayo 1956 - hoy 60 del Texto Refundido de 9 de abril 1976 -obliga a los Ayuntamientos a autorizar aquellos usos que, aún fuera de ordenación, no suponen prolongación del estado de vida del edificio, ni entrañan incremento del valor de la expropiación de éste y que, en virtud de tal doctrina, el Ayuntamiento no puede denegar licencia para la instalación de un restaurante de

tercera categoria en el edificio de autos a pretexto de que se encuentra afectado por la ampliación de carretera prevista en el Plan General, cuando lo cierto es que dicha instalación no comporta obras de consolidación y el peticionario ha renunciado a toda indemnización futura por razón de la expropiación que se realice en cumplimiento de dicho Plan, pues lo contrario seria impedir sin justificacion alguna una explotación económica durante el tiempo que transcurra hasta que se ejecute el Plan de la citada previsión de ampliación de carretera, causando así un innecesario sacrificio patrimonial en contrapartida alguna, ya que de ser tal sacrificio evitado con la concesión de la licencia de apertura no se producirá obstáculo alguno a la realización del Plan, ni se agravará el coste que esta realización lleva consigo y por ello la denegación de la licencia se manifiesta opuesta al designio del citado art. 48 de armonizar la realidad urbanistica preexistente con lo previsto en la nueva planificación dentro de unos términos de equilibrio que no perjudiquen la plena ejecución de ésta; armonización a la cual indebidamente se opone el Ayuntamiento apelante, confundiendo los usos y destinos prohibidos para el futuro por el Plan con la posibilidead legal de autorizar temporalmente dichos usos, mientras ésta no se ejecute, en los edificios fuera de ordenación, siempre y cuando dichos usos no produzcan, según se deja dicho, un resultado que, en orden a la duración de vida del edificio o a su futura y prevista expropiación, excedan de los limites establecidos en el repetido art. 48."

El Considerando citado recoge una interesante argumentación al situar el art. 48 -hoy 60 de la LS- como

elemento armonizador entre la realidad urbanistica preexistente y lo previsto en la nueva planificación. Armonización que se deberá llevar a cabo en términos de equilibrio de modo que no se perjudique la plena ejecución del Plan. El art. 60 juega, de acuerdo con lo reseñado, en un sentido positivo como garante de la realización de las virtualidades de las edificaciones disconformes siempre que esta actualización de pontecialidades no constituya obstáculo para la plena ejecución del Plan en los términos conocidos.

La posición aparentemente contraria a la mantenida en esta STS de 13.VI.1980 es la que sustenta el TS en otra Sentencia, más reciente, de 23.X.1985 (17). Aquí se afirma ser conforme a derecho la denegación de licencia de instalación, apertura y funcionamiento de una sala de patinaje con servicios de alquiler de patines y bar, en edificio fuera de ordenación.

En el presente caso, como en el interior, el peticionario de la licencia había renunciado al incremento del valor de la obra. El uso que pretendía dársele al local estaba permitido de acuerdo con la Ordenanza general aplicable y ninguno de los órganos técnicos que habrían intervenido en el expediente habría manifestado que las obras pretendidas fueran de consolidación.

No obstante, se entiende ser conforme a derecho la denegación de la licencia porque partiendo del dato crucial de la "disconformidad o contradicción entre la nave existente y las determinaciones de la ordenación urbanística en vigor, únicamente son autorizables en aquélla las pequeñas reparaciones que exigieren la higiene, ornato y conservación de dicha nave,

límites legales éstos únicamente superados por el proyecto técnico acompañado a la solicitud de licencia de obra mayor con el se pretende nada menos que convertir -y así se pone de relieve en el mismo- un local que se encuentra libre por muros acristalados, es decir, en el mismo estado que quedó cuando se efectuó su costrucción, en un complejo deportivo de patinaje, cuyas obras detalladas ascienden a 23.985.308 pesetas, e incluidos los honorarios profesionales por la eleaboración y dirección del Proyecto a 30.015.214 pesetas, datos éstos suficientemente reveladores de la envergadura de las obras a realizar y que no es aventurado afirmar que constituyen una modernización y desde luego un incremento del valor de expropiación, finalidades prescritas en el artículo 60.2 de la vigente Ley del Suelo, lo que es suficientemente revelador del acierto que presidió la actuación municipal al denegar la licencia de obra solicitada".

La aplicación de un mismo precepto provoca consecuencias -aparentemente- dispares. La razón que hemos de buscar en la diversidad de los supuestos de hecho ya que en el primer caso, la instalación del restaurante, sólo requería la instalación de los elementos propios de esta actividad. En el presente caso, en cambio, se requiere la realización de obras mayores con un importe, según el presupuesto presentado, ciertamente elevado.

Llama la atención, sin embargo, que pese a la negativa a la concesión de la licencia, la STS de 23.X.85 deje claro "Que por todo lo ya expuesto es procedente desestimar el presente recurso, sin que tal solución represente la condena de la nave de autos como bien económico-social, cual trata de arguirse en

la demanda, que, dentro de los usos permitidos y mediante la realización de unas genuinas obras de adaptación que no rebasen los límites infranqueables que a las edificaciones fuera de ordenación establece la legislación urbanística, será posible la explotación comercial de dicha nave, cohonestando el interés particular de su propietario con el público inherente al régimen urbanístico propio de las construcciones fuera de ordenación" (17).

Afirmación que es constante en las decisiones que el TS ha de dar a supuestos de este tipo.

Una solución similar a la recogida en la STS de 23.X.85 es la que el TS da en su Sentencia de 10.XII.85 (18). Aquí el proyecto para el que se solicitaba licencia "tiene por objeto, según la memoria que lo integra, la reforma y adecuación de unas naves almacén para transformarlas en oficinas, mediante obras que evidentemente no son de consolidación, lo que excluye la posibilidad de la hipótesis del número 3 del precitado artículo 60, ni siquiera de reparación, sino de modernización del inmueble, que incrementan su valor de expropiación."

Es claro que la interpretación que el TS da al art. 60 LS permite la continuidad de uso y funcionamiento de las actividades instaladas en edificios fuera de ordenación, en condiciones normales. También lo es que esa permisión puede extenderse a la implantación de nuevas actividades siempre que no exija una transformación que comporte aumento de volumen, modernización, aumento del valor de expropiación o consolidación -salvo casos excepcionales-. El límite en que cabe situar las

transformaciones permitidas -siempre son necesarias pequeñas transformaciones- es un tema en que más adelante se entrará, pudiendo aquí anticipar que serán permitidas las obras de mera adaptación.

Se estima, sin embargo, que la "ratio legis" del art. 60 LS tal y como la entiende el TS en el sentido -reiteradamente expuesto en la reciente jurisprudencia- de que la edificación no prolongue su existencia más allá de lo que cabría esperar de ella en el momento de la aprobación del Plan por el que deviene disconforme; y su corolario de que tal circunstancia no supone la condena del edificio como bien económico-social; exigiría una flexibilización aún mayor de las transformaciones permisibles en edificios fuera de ordenación. Debiendo llegar a permitirse obras de modernización en los supuestos en que no se vulneren las otras tres prohibiciones del art. 60.2 LS ya que solo de esta forma se garantizaría -en buen número de casos- la pervivencia del valor económico de las edificaciones hasta tanto no se ejecute el Plan.

La ambiguedad del término "obras de modernización" y la garantía que, para la plena efectividad del Plan disconforme, suponen las otras tres prohibiciones del art. 60.2., entiendo que harían viable esta interpretación. La renuncia al aumento del valor de expropiación que pueden suponer unas obras para la adaptación de un inmueble a la realización de una nueva actividad jugaría aquí un papel fundamental en orden a la actualización de potencialidades de edificios disconformes en tanto no se ejecuta el Plan. Más adelante analizaré con más detalle estos asuntos.

El art. 60 LS trata de hacer compatible la ejecución del planeamiento urbanistico y los legitimos intereses de los titulares de los predios afectados por él, a cuyo fin, aunque los deja fuera de ordenación en determinados casos, con la consiguiente consecuencia de operar la prohibición legal de realizar determinadas obras en ellos; excepcionalmente les autoriza a llevarlas a cabo cuando por la naturaleza o entidad de esas obras, no constituyen obstáculo para la oportuna ejecución del Plan.

El propio legislador al dictar el art. 60 LS no ha pretendido sacrificar los intereses implicados en esta materia con una solución rigida y unitaria, sino que, por el contrario, ha optado por una fórmula que permite adaptarse a las particularidades de cada caso concreto, como lo evidencia el hecho de que el tipo de obra más opuesta al propósito de no prolongar la vida de un edificio (fuera de ordenación), la de consolidación, prohibida en su número 2º, sea permitida, aunque a título excepcional, en el número 3º del propio artículo (19) (20).

CASTRO TRONCOSO afirma (21), a mi juicio acertadamente, "debemos decir que, en nuestra opinión, para conseguir esa deseable conjugación de los intereses generales de la comunidad, representados por el Plan, con el respeto de los derechos individuales de los propietarios de edificios fuera de ordenación, debe la Administración evitar la adopción de drásticas e inflexibles decisiones, sin haber reflexionado antes sobre la verdadera finalidad e intención del precepto que hemos examinado.

Esa finalidad y, a nuestro juicio, esto es sumamente importante, no es la de dejar que esos edificios se desmoronen -como reiteradamente ha declarado el más Alto Tribunal de la nación-, ni tampoco la de precipitar y acelerar, cuanto sea posible, su inhabilitabilidad, prohibiendo toda clase de obras en los mismos sino, por el contrario, permitir y facilitar su normal utilización, hasta que llegue el momento de su expropiación, que, como todos sabemos, puede tardar mucho y en la mayor parte de los casos, si la disconformidad del edificio con el Plan es de poca importancia, es fácil que no llegue a producirse nunca.

Lo único que debe cuidar la Administración en esta tarea de compatibilización del ejercicio de las facultades dominicales de los administrados, con el interés general representado por el Plan de Ordenación Urbana, es que, con ello, no se impida ni obstaculice, física, jurídica ni económicamente, la ulterior ejecución del Plan."

V.2.- EL JUEGO DE PROHIBICIONES Y PERMISIONES Y LA REGENERACION URBANA.

Analizada la "ratio legis" del art. 60 LS, procede ahora entrar en el estudio de las cuatro prohibiciones que, respecto de las edificaciones fuera de la ordenación, contiene el punto 2º del art. 60: diferenciándolas de las pequeñas reparaciones permitidas para, más adelante, analizar los supuestos excepcionales del art 60 punto 3.

El art. 60.2 prohibe la realización de obras de consolidación, aumento de volumen, modernización o incremento del valor de expropiación. Se trata de cuatro conceptos jurídicos indeterminados cuyo alcance me detendré a analizar.

V.2.1.- OBRAS DE MODERNIZACION Y OBRAS CON LAS QUE SE INCREMENTA EL VALOR DE EXPROPIACION.

Ambos conceptos tienen carácter omnicomprensivo. Cualquier obra, por pequeña que sea es susceptible de ser incluida entre las de modernización y, normalmente, también, entre aquéllas que aumentan el valor de expropiación. Aunque el legislador haya articulado límites y permisiones como si se tratara de supuestos independientes, es lo cierto que -en entos dos casos- no es difícil que unas determinadas obras puedan ser subsumidas, al mismo tiempo, dentro del concepto de pequeñas reparaciones que exige la higiene, el ornato o la conservación del inmueble y dentro del concepto de obras de modernización y aumento del valor de expropiación.

En concreto respecto del concepto de obras de modernización, se estima que no es posible acoger una interpretación rigida del mismo. Otra cosa seria negar toda posibilidad de actuación sobre inmuebles fuera de ordenación, punto este, contrario el espiritu y a la letra del art. 60. LS.

La ya citada STS de 7.II.1986 (22) afirma sobre la prohibición de realizar obras de modernización que "respecto al término modernización, como dice la Sentencia aludida de 22 de junio de 1972 (23) si se interpreta rigidamente y al pie de la letra, conduciria al absurdo de convertir en inoperante la totalidad del precepto, puesto que no cabe duda de que la realización de obras tendentes a dar satisfacción a la higiene, al ornato y a la conservación de un edificio siempre vienen a representar una modernización del mismo, y, en vista de ello, tal término, como concepto indeterminado, requiere una labor hermenéutica racional y prudente". Labor con la que se debe conjugar, la salvaguarda de la efectividad del Plan con la conservación, en la medida de lo posible y hasta que se ejecute el planeamiento, del valor económico y de la utilidad social del inmueble.

Otra S.T.S, esta vez de 7.XII.1981 (24) acoge de modo más claro esta concepción al decir: " que dentro de los objetivos previstos en el Plan -art. 60.2- no se infringe el designio a que responde el precepto, ni se perturban los fines de la Ordenación, si se autorizan obras de modernación o reparación que excedan de las que la estricta significación del vocablo utilizado en el precepto impide que puedan calificarse de

pequeñas reparaciones, siempre que se asegure que no incrementaran los costos expropiatorios".

Vemos como el Considerando de la STS de 7.XII.1981 recogido de la STS de 7.XII.76 da un tratamiento justo a la prohibición de realizar obras de modernización y cómo cabría el que las actuaciones a realizar no aumenten los costos de la expropiación.

La concurrencia de supuestos en el caso de realización de pequeñas reparaciones que, a su vez, aumenten el valor de expropiación, no es tan automática como en el caso de la modernización.

Cabe la realización de reparaciones que no aumenten el valor de la expropiación -p. ej. las realizadas para una distinta distribución del espacio-. Sin embargo la relación de la prohibición sobre la permisión puede crear situaciones contrarias a las deseables como son el deterioro de las condiciones de habilitabilidad. En estos supuestos el principio informador de la actuación de los poderes públicos y de la práctica judicial, recogido en el artículo 47 de la Constitución Española, de que todos tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada; debería imponer la aplicación de la pernmisión aunque concurra con ella la prohibición de realizar obras que aumenten el valor de la expropiación.

En general, y por lo dicho respecto a las dos prohibiciones estudiadas, se entiende que, en casos en los que concurran con la permisión de realizar pequeñas reparaciones que

exija la higiene, el ornato o la conservación del inmueble, debe aplicarse la permisión dejando de lado la prohibición. Solución esta que no es contraria al tenor literal del art. 60.2 LS -pues situa prohibiciones y permisiones en un mismo plano- y que es más acorde con la "ratio legis" del precepto y con el principio informador recogido en la Constitución antes citado.

La posibilidad de renuncia al incremento de valor de expropiación que las obras a realizar produzcan estaría en esta misma línea. Quita, dicha renuncia, trabas a la plena efectividad del Plan y propicia que el inmueble siga prestando sus servicios en tanto que aquél no se ejecute. Sin entrar ahora en el alcance de esa renuncia sí se ha de decir que el TS la admite, en determinados supuestos, como obstantiva a la aplicación de la prohibición de realizar obras, en edificios fuera de ordenación, cuando éstas comporten aumento del valor de expropiación. (25)

La renuncia a que nos venimos refiriendo cabría admitirla, además como aplicación analógica del art. 58.2 LS. Allí se previene que si no hubieren de dificultar la ejecución de los Planes, podrán autorizarse sobre los terrenos, previo informe favorable de la Comisión Provincial de Urbanismo, usos u obras justificadas de carácter provisional, que habrán de demolerse cuando lo acordare el Ayuntamiento, sin derecho o indemnización, y la autorización aceptada por el propietario deberá inscribirse, bajo las indicadas condiciones en el Registro de la Propiedad.

En el caso de este art. 58.2 se trata de nuevas construcciones, supuesto distinto de aquél sobre el que nos manejamos. La mayor entidad de las obras previstas en el art. 58.2 determina una mayor carga como garantía, siendo razonable la renuncia al aumento de valor de expropiación en el caso aquí estudiado, pues en ambos supuestos la renuncia se produce -de igual manera- al valor añadido a la finca que pudiera dificultar la ejecución del planeamiento.

GONZALEZ PEREZ (26) a este respecto afirma: "procede la licencia, aun cuando hubiese renuncia a futuras indemnizaciones. Una S.T.S. 17 de febrero de 1971 dice: "Que la renuncia a la indemnización realizada por la propiedad y el arrendatario recurrente tampoco es suficiente para que el Ayuntamiento venga obligado a conceder la licencia solicitada, por cuanto las obras no sólo determinan un aumento de su valor, sino también del volumen del edificio y de su aspecto exterior, sin que se haya demostrado ni intentado demostrar que afecten a la higiene del edificio, pues no existe más que una mera alegación de que el patio sirve de vertedero de inmundicias, y, por último no existe privación de ningún derecho sin indemnización, puesto que las limitaciones en la edificación impuestas en los Planes de urbanización no constituyen más que elementos condicionantes en el uso normal de la propiedad urbana, no indemnizables, ni puede entrarse a examinar esa vaga alegación del abuso del derecho, terminología inadecuada en esta jurisdicción y sin base en ningún hecho cierto en que apoyarse." Esta Sentencia lejos de corroborar la opinión mantenida por este autor, corrobora la que aquí mantenemos puesto que el Ayuntamiento no viene obligado a conceder licencia por representar las obras aumento de volumen.

Del tenor de la misma cabría entener que si las obras sólo representaran aumento de valor, mediando renuncia, el Ayuntamiento vendría obligado a conceder licencia.

Por lo dicho consideramos mejor una mayor flexibilidad en la aplicación de las dos prohibiciones ahora estudiadas. Flexibilidad que llevaría a admitir la realización de pequeñas reparaciones que exige la higiene, el ornato a la conservación del inmueble fuera de ordenación aunque comporte obras de modernización y de aumento de los costes de expropiación.

Flexibilidad que podría llegar a admitir la realización de obras de modernización para la adaptación del inmueble disconforme a las necesidades de un nuevo uso -previa renuncia al aumento de valor de expropiación que las obras produzcan-.

Flexibilidad que, por lo dicho, estimo, sin duda alguna conforme a Derecho en el primero de los casos que ahora reseño: y, en el segundo, plenamente conforme a la "ratio legis" del art. 60 LS y, pese a ser una interpretación forzada del tenor literal de ese precepto, susceptible de ser acogida por los órganos jurisdiccionales.

V.2.2.- OBRAS DE CONSOLIDACION Y AUMENTO DE VOLUMEN.

El juego de estas dos prohibiciones es distinto al de las estudiadas en el epígrafe anterior por cuanto no es posible la concurrencia, en un mismo supuesto de hecho, de prohibición y permisión. Nunca será posible superponer los conceptos de consolidación y aumento de volumen al de pequeñas reparaciones. Son conceptos alternativos; o se da uno u otro, no los dos a la vez. Reparación supone actuación sobre algo preexistente, en este caso, ya edificado, por lo que es difícil pensar en reparación que comporte aumento de volumen. Pequeña reparación es concebida como distinta a consolidación; ésta supone una actuación más intensa que aquélla, comporta un "plus" en la envergadura de la obra a realizar.

Lo difícil en este caso será deslindar cuándo se está ante una obra de consolidación y cuándo ante una pequeña reparación que venga exigida por la conservación del inmueble. Aquí, más que nunca, es necesaria una labor hermenéutica, racional y prudente, para la que serán de mucho interés los informes técnicos aportados en cada caso concreto (27).

La inclusión dentro de uno u otro concepto deberá ser enjuiciada no por las subjetivas denominaciones que se den a las obras sino conforme a la naturaleza objetiva de éstas como acertadamente afirma la STS de 23.X.1985 (28) cuando dice:

"Constituyendo así la naturaleza de las obras, definida de conformidad con dicho proyecto, el dato objetivo y concluyente en orden a cualquier tipología conceptual de calificación por

inclusión en supuestos de hecho de las determinaciones urbanísticas, con exclusión consecuente de las subjetivas denominaciones con que el solicitante de la licencia quiera calificarlas para imponer unilateralmente a la Administración municipal, interventora de su actividad constructiva, conceptos calificadores cuyo resultado o inferencia jurídica viniera así a desviar o enervar las directas consecuencias que, con respecto de la autorización solicitada, el ordenamiento establece con base en la real consistencia y objetivo y significado y alcance del proyecto acompañado".

El límite entre ambas figuras es difuso; no obstante, existen criterios jurisprudenciales clarificadores. Entre ellos uno resalta por su claridad. Es el de que cuando la obra suponga sustitución o reposición de elementos estructurales del edificio deberá ser siempre calificada como de consolidación. La STS de 3.X.1986 (29) recoge, entre otras, este criterio cuando afirma:

"Que estando fuera de ordenación esa finca urbana, no podían autorizarse, de conformidad con el artículo 60 de dicha Ley, las de reconstrucción necesarias para sustituir la cubierta y reposición del enfoscado, y parte del forjado, y las de construcción de un aseo del que carece del edificio, para poder mantener el inmueble en condiciones de uso normal, unas obras que exceden del concepto común y técnico de la reparación" (30).

Las S.T.S. de 7.III.1963 (31), 12.III.1968 (32), 21.III.1984 (33) así como la de 20.XI.1984 (34) afirman de modo taxativo que no cabe entender que haya mera conservación o reparación de las permitidas por el art. 60 L.S. si las obras

precisas consisten en la reconstrucción de una parte del edificio.

El calificativo de "pequeñas" ha de concretarse en función del coste y de la entidad de las obras y de la zona a que afectan según S.T.S. de 27.IV.1984 (35) Y 20.XI.1984 (36).

Para ilustrar estos criterios jurisprudenciales cabe citar al caso resuelto por la S.T.S. de 28.III.1984 (37) en ella se declaran pequeñas reparaciones y, por tanto, permitidas, las obras realizadas en un chalet fuera de ordenación. Para desl.ndar si se trata de pequeñas reparaciones, o no, el T.S. argumenta: "que en el caso de autor, según demuestran las actuaciones y se reconoce expresamente en los Considerandos 2º y 3º de la Sentencia apelada "se ha observado la estructura del inmueble, sin que se haya realizado ninguna medida de de reforzamiento de los muros ni de la cimentación"; "el volumen de la edificación ha permanecido inalterado despúes de la ejecución de las obras"; y los trabajos de pretendida "modernización", denominados de "remozamiento" por el Arquitecto municipal, "han consistido en el reacondicionamiento del chalet, a fin de dotarlo de las condiciones de habilitabilidad necesarias para su utilización, añadiendo que, con anterioridad a las obras, se encontraba en lamentable estado de higiene, con los sanitarios inservibles, las tuberias reventadas, las arquetas destrozadas y la mayor parte del tejado estropeado por estar rotas las tejas.

Considerando que de lo expuesto se deduce, sin lugar a dudas, que las obras cuestionadas no pueden ser calificadas de

"consolidación", ni de "aumento de volumen", como se reconoce en la Sentencia apelada; pero tampoco de "modernización o incremento de su valor de expropiación", en los términos en que se produce el precepto invocado, pues resulta obvio que el resultado de las reparaciones realizadas se han limitado al establecimiento de unas condiciones mínimas de higiene y habitabilidad, que en nada contradicen ni conculcan los términos del referido precepto."

Es interesante la delimitación que hace la STS de 30.III.1983 de cómo han de entenderse las pequeñas reparaciones permitidas por el art. 60.2.LS. Habla de aquellas que, a su reducida finalidad y alcance, unan su escaso valor económico.

Del mismo criterio es la STS de 20.XI.1984 (39) cuando dispone: "CONSIDERANDO que esto impone el examen de la verdadera naturaleza, finalidad y alcance de los deterioros detectados en la finca y los de las obras que su reparación lleva consigo, porque, a los efectos del citado artículo 60, no cabe entender que haya mera conservación o reparación de las por él permitidas si las obras precisas consisten en la reconstrucción de una parte del edificio -sentencias de 7 de marzo de 1963 (40). 12 de marzo de 1968 (41), 31 de mayo de 1982 y 21 de marzo de 1984 (42) - y en el caso enjuiciado, a la vista de la pericia oficial practicada, el Ayuntamiento demandado ordenó a la propiedad que procediera a realizar, entre otras obras, las de demolición de cornisa interior, la de la galería, la del forjado, la de las partes dañadas de la cubierta, la de piedra artificial en la fachada, la reposición de la cornisa, la reparación de galerías con nuevo forjado con colocación de refuerzos y macizo en el

forjado interior, la reparación de barandilla en la galería y formación de seis revoltones con bovedilla, capa de comprensión y reposición de pavimento, repaso general de tejado y terraza, repasar dinteles de piedra artificial en huecos de la fachada, lo que al menos, en muy buena parte suponen auténticas obras de consolidación, ni siquiera de modo excepcional permitidas por no encajar en el concepto de parciales ni mucho menos -a pesar de que se empleara una interpretación harto generosa- en el de pequeñas reparaciones exigidas por la higiene, ornato y conservación del inmueble, porque a ello se opone la evidente necesidad de tener que proceder a reconstruir partes muy esenciales del edificio en cuestión y porque, como se declara por las sentencias de 1 de junio de 1979, 7 de marzo de 1980, 30 de marzo de 1983 y 27 de abril de 1984 (43), ese calificativo de "pequeñas" ha de concentrarse en función del coste -en este caso ascendente a más del 39 por ciento del valor del edificio- y de la entidad de las obras y zona a que afectan, ya que este artículo 60 demanda, como toda norma de excepción, una interpretación restrictiva, en cuanto constituye su razón de ser y teleología que los edificios urbanísticamente desordenados no prolonguen su existencia -senentencias de 22 de junio de 1972 y 17 de diciembre de 1974." (44)

La distribución del interior de un local siempre que no provoque aumento de volumen de lo edificado ni suponga alargar la vida del edificio no debe ser considerado como obra de consolidación, ni entenderse prohibido por el art. 60 LS. Este es el criterio de la STS de 8.VII.1983 (45), fundamentando en la "ratio legis" del precepto. Esta es la argumentación de la Sentencia apelada que el TS acepta:

"6º Que si la "ratio legis" del art. 60 de la vigente Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, artículo que el Ayuntamiento de Gijón invoca para denegar la licencia de obras pedida por la Sociedad aquí recurrente, no es otra, como la Jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal de Justicia ha declarado en relación con su precedente legal, art. 48 de la Ley de 12 de mayo 1956 "que la armonización del "desideratum" de que el edificio fuera de ordenación no prolongue su existencia más allá de lo que cabe esperar de él, por el estado de vida de sus elementos componentes, antes de pensar en la posibilidad de acometer en él diversas obras, pero esto armonizado con el principio de que la desordenación de un edificio no implica "ipso facto", ni su inmediata desaparición ni su condena como bien económico-social, en cuanto el mismo seguirá existiendo y prestando el servicio para el que fue erigido hasta que llegue el momento de su desaparición, bien por su consunción como tal, bien por llevarse a efecto las previsiones del Plan Urbanístico", resulta contrario esta razón legal el no conceder la licencia solicitada, ya que ello tendría que ser en base de una rigurosa aplicación de las prescripciones contenidas en el art. 60, antes citado, que aparte de contradecir el principio mantenido por el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de que los actos de intervención deben interpretarse en el sentido menos restrictivo a la libertad individual, violaría el fin teleológico del precepto, conduciendo a la ilógica consecuencia de condenar a no prestar utilidad un bien apto para cumplir y sastisfacer económica y social."

Argumentación que resulta familiar de la que se vale el TS para concluir en Considerando propio:

"CONSIDERANDO: Que procede corroborar la acertada fundamentación del fallo recurrido citando en su apoyo la doctrina establecida en la sentencia de esta Sala de 28 de septiembre 1982 (46) conforme a la cual el art. 60 del Texto refundido de la Ley del Suelo no impide las obras de distribución o adaptación de un edificio o parte de él al destino genéricamente previsto, que no impliquen aumento de volumen, porque no tienden a la prolongación de la vida del inmueble, que es lo que persigue evitar el precepto S.T.S. de 22 de junio 1972 (47) y 17 de diciembre 1974 (48) sino que la finca rinda el servicio para el que fue construida."

GONZALEZ PEREZ, al hilo de la Jurisprudencia hace un intento de delimitación de las pequeñas reparaciones permitidas por el art. 60 cuando dice (50):

"Sólo cabe efectuar -dice la S. de 9 de abril de 1985- pequeñas reparaciones exigidas por la higiene, ornato o conservación del edificio. Como son -dice la S. de 28 de junio de 1984 (Ponente: DELGADO-IRIBARREN)- las consistentes en el reconocimiento del hábitat, a fin de dotarlo de las condiciones de habilitabilidad necesarias para su utilización. Pero no lo son:

-"Reformar huecos de la fachada, para dar nueva luz y ventilación de los que antes carecían y amoldarse a la reglamentación de espectáculos, con lo que se cambia el uso..., no son obras de ornato, higiene y conservación del inmueble" (S. de 13 de julio de 1985. Ponente: GUTIERREZ DE JUANA).

-"Las obras de conversión del edificio destinado a hotel en edificio de apartamentos destinado a viviendas familiares y vendidas individualmente a distintos compradores" (S. de 17 de enero de 1980. Ponente DIAZ EIMIL).

-Las "obras que, por su entidad y naturaleza, lejos de suponer pequeñas reparaciones exigidas por la higiene, el ornato o la conservación, requieren, inevitablemente, la previa demolición para su reconstrucción posterior..., actos prohibidos por el artículo 60, LS, para edificios que se califican de fuera de ordenación -Ss. de 28 de noviembre de 1975, 20 de junio de 1977, 1 de junio de 1979, 7 de marzo de 1980-. Así, S. de 21 de marzo de 1985 (Ponente: REYES MONTERREAL)".

La STS de 17 de enero de 1961, afirma respecto a todo lo dicho anteriormente, ahondando en la interpretación que se debe dar al art. 60 LS. -entonces 48 de la LS del 56 que "el concepto de obra de reparación...no debe aplicarse con apreciaciones gramaticales excesivamente útiles, de manera que, cuando se repara el destrozo causado por las lluvias en la techumbre de un edificio, éste, no cabe duda, que en algo se reconstruye, en algo se consolida y hasta en algo gana en ornato, se llegue a la conclusión absurda de que nunca serían posibles en la práctica las obras de reparación que aquella legislación permite, pues de aquel concepto de reparación, el simple buen sentido no permite excluir el restablecimiento de una techumbre derrumbada por las aguas..."

En defensa de la redacción del art. 60, a pesar de requerir un serio esfuerzo para delimitar los supuestos que en

él se contienen, hay que decir con CASTRO TRONCOSO que "la ausencia o falta de una clara linea delimitadorta entre la reparación exigida por el ornato y la obra de modernización es, a nuestro juicio, perfectamente deliberada y ello, por la sencilla razón de que el pretender una precisión matemática en tal deslinde implicaria, necesariamente, descender a un peligroso y desaconsejable casuismo que, siempre incompleto, nada resolveria e incluso haria aún más espinosa y conflictiva la cuestión cuando la obra pretendida no hubiese sido contemplada expresamente por la ley." (51).

Sin perjuicio de lo que más adelante se dirá acerca de la declaración de ruina y el principio de fuera de ordenación conviene ahora reseñar que la prohibición de realizar obras de consolidación en edificios fuera de ordenación juega un papel importante en la declaración de ruina de estos inmuebles. De ahí la importancia de la delimitación del concepto y de su distinción de las pequeñas reparaciones.

En efecto, como más adelante apuntalaré, es criterio jurisprudencial claro que basta una de las causas del art. 183.2 LS para declarar la ruina del edificio. Sin embargo, la concurrencia de la causa C) de ese precepto -circunstancias urbanisticas que aconsejaren la demolición del inmueble- no se asimila automáticamente a que el mismo esté fuera de ordenación. Es necesario, en este caso, para proceder a la declaración de ruina conforme a Derecho, que el inmueble presente cierto grado de deterioro o decaimiento. Este deterioro viene concretado por el TS en la necesidad de realizar en el edificio obras de consolidación que al estar prohibidas por el art 60.2 de la L.S.

determinarian -para el edificio disconforme con el planeamiento- la procedencia de la declaración de ruina aunque no se den los otros dos supuestos previstos en el art 183.2. esto es aunque el daño sea técnicamente reparable por medios normales y aunque la reparación sea inferior al 50% del valor del edificio (52).

La STS de 2.IV.1982 (53) habla de un edificio que sufre "lesiones entre otras de derrumbamiento de muros, cesión del suelo, descenso del forjado de piso superior, hundimiento del suelo del patio por rotura de la red de saneamiento, deformaciones y movimientos de las cubiertas y grietas en muros y tabiques, que evidencian de manera inequívoca un estado de agotamiento generalizado de sus elementos estructurales básicos, únicamente superable con obras que notoriamente exceden de las normales de seguridad, salubridad y ornato a que se refiere el art 181 del Texto citado y, en mucha mayor intensidad de las pequeñas reparaciones que contempla su art 60. Más adelante se analizará el problema en torno al deber de conservación y a las órdenes de ejecución del art. 181 de la LS. Tan solo adelantar, ahora, el hilo de la STS citada que el concepto obras normales de seguridad salubridad y ornato es más amplio que el de pequeñas reparaciones, pudiendo aquellas ser calificadas, en diversos supuestos, como obras de consolidación y por tanto, quedar prohibidas en virtud del art. 60.2.LS en edificios fuera de ordenación.

La S.T.S. de 8 de mayo de 1984 recuerda que puede otorgarse licencia para ejecutar obras que implican descuento de volumen.

V.3.- AUTORIZACION EXCEPCIONAL DE OBRAS PARCIALES Y CIRCUNSTANCIALES DE CONSOLIDACION.

"El art. 60 en el párrafo 3 y sólo en casos excepcionales, autoriza la realización en estos edificios calificados como fuera de ordenación, de obras parciales y circunstanciales de consolidación, en los supuestos en que se den los requisitos que la propia norma establece que son: a) existencia de un supuesto excepcional, debiendo entenderse por tal cuando lo exija el mantenimiento del inmueble: b) que las obras sean de consolidación: y c) que no estuviese prevista la expropiación o demolición de la finca en el plazo de quince años a contar de la fecha en que se pretendiese realizarla." (54)

El Considerando de la Sentencia del Tribunal Supremo citado reproduce y estructura la regla contenida en el art. 60.3.LS. El único punto discutible lo constituye la equiparación de "supuesto excepcional" al hecho de que la obra en cuestión sea requerida por el mantenimiento del inmueble. Equiparación que, de operarse, dejaría sin efecto el requisito de la excepcionalidad (56). Dejando de lado esta cuestión hay que afirmar que la regla excepcional del art. 60.3.LS ha de entenderse dentro del contexto de la "ratio legis" general del precepto a que se ha hecho referencia en epígrafes anteriores. La misma STS de 7.XII.1981 afirma:

"Que efectivamente, tanto dicho precepto, como el art. 48 de la Ley de 12 de mayo 1956, del que es fiel reproducción,. tratan de hacer compatible la ejecución del planeamiento urbanístico y los legítimos intereses de los titulares de los

predios afectados por él, a cuyo fin, aunque los deja fuera de ordenación en determinados casos, como el presente, con la consiguiente consecuencia de operar la prohibición legal de realizar en ellos obras, en general, excepcionalmente les autoriza a llevarlas a cabo cuando, por la naturaleza o entidad de éstas, no constituyan obstáculo para la oportuna ejecución de aquél con tal de que queden cumplidas las condiciones establecidas por la norma."

En igual sentido el ya citado considerando de la STS de 27.II.1985 (57) cuando dice: "el propio legislador, al dictar este precepto, no ha pretendido sacrificar los intereses implicados en esta materia con una solución rígida y unitaria, sino que, por el contrario, ha optado por una fórmula que permite adaptarse a las particularidades de cada caso concreto, como lo evidencia el hecho de que el tipo de obra más opuesta al propósito de no prolongar la vida de un edificio en estas condiciones (fuera de ordenación), la de consolidación, prohibida en su número 2º, sea permitida, aunque a título excepcional en el número 3º del propio artículo."

En este caso "es importante subrayar que, con estas obras, ni se prolonga la vida de la edificación principal, ni se hipoteca u obstaculiza la solución final que la Administración pueda adoptar sobre esta finca, como puede ser su posible inclusión en el Registro de Solares e Inmuebles de Edificación Forzosa, ni se aumenta el valor del predio, en la hipótesis de expropiación, puesto que el accionante renuncia expresamente y por anticipado a plantear una exigencia de este tipo; por todo ello, encaja aquí perfectamente la solución de permitir la

construcción de que se trata, contribuyendo a la obtención del máximo rendimiento de la finca, lo que siempre es bueno para su propietario, y para la economía nacional, ya que ello se consigue sin detrimento de ningún otro valor, por quedar vía libre, como queda expuesto, para conseguir los objetivos últimos marcados en el planeamiento." (58)

Los tres requisitos, a que antes he hecho referencia, para que se pueda aplicar el supuesto excepcional del art. 60.3 LS aparecen claramente recogidos en dos supuestos, calificables como prototipos, que a continuación se transcriben. El primero se encuentra en la STS de 12 de junio de 1980 (59), el TS "llega a la firme conclusión, de que, nos encontramos ante un claro supuesto de los contemplados por el párr. 3 del art. 48 anteriormente citado, así como el de aplicación,- en el sentido como la pretende el hoy recurrente-, del art. 56 de mencionada Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, todo ello por las razones siguientes: A) Porque se trata, como causa de la concesión de ambas licencias, de dos casos "excepcionales",; cual sea, los de producción de unos daños en el inmueble, en dos distintas ocasiones, motivados por sendos incendios, -sin que sea del caso pronunciarse sobre quién los causó- que afectaron únicamente a parte de la cubierta, así como también a parte de los pavimentos, carga y enlucidos de paramentos interiores, parte de carga de enlucido y cielo raso y algunas puertas y ventanas B) Porque, cada una de dichas licencias concedidas, y ahora impugnadas, se referían a obras parciales y circunstanciales de consolidación, en las que se mantuvieron la totalidad de las estructuras de fábrica del edificio, limitándose la sustitución de una parte de maderamen accesorio a

aquéllas y a complementar el ya existente, manteniendo gran parte del antiguo no afectado por cada uno de los incendios, reponiendo también sólo en parte las tejas y sus asientos, pero repetimos, sin que ello supusiera en cada caso, sustitución de dichos elementos estructurales; sin que haya de olvidarse que, las obras y licencias respondieron a todas ellas, lo que es de sumo interés al tratar de calibrar cada una así como su naturaleza. C) Porque, el resto de las obras no encuadradas en lo anterior, encajan perfectamente en el concepto legal de "pequeñas reparaciones exigidas por la higiene, el ornato y conservación del inmueble". D) Porque a contar desde la fecha en que se pretendían efectuar las respectivas obras, para las que se solicitaron ambas licencias, no estaba prevista la expropiación de la finca ni la demolición del inmueble en el plazo de quince años; sino antes al contrario, se encuentra ocupado dicho inmueble por un Colegio de Enseñanza General Básica, de absoluta necesidad para la zona en que se ubica. E) Porque, precisamente en este concreto destino del inmueble, así como en hechos de los incencios, puede encontrarse la base de la estimación, a efectos legales, de la excepcionalidad del caso motivador de la autorización acordada por el Excmo Ayuntamiento de la Ciudad de Oviedo. Motivando todo ello, en definitiva, el otorgamiento de la autorización de las obras parciales de consolidación a que se concretan los acuerdos municipales antes mencionados, en aplicación de lo establecido en el citado precepto, ya que de esta forma se daba firmeza y solidez al edificio cuestionado, sin introducir en el mismo ninguna variación estructural o prohibida en el núm. 2 del mencionado art 48."

La STS ya citada de 7.XII.81 contiene otro supuesto modélico similar al anterior: Este es el caso: "que a través de la obra proyectada cuya licencia municipal fue denegada, no se pretende una ampliación de la industria establecida, sino la reconstrucción de la cubierta de una de las naves que fue afectada por las torrenciales lluvias ocurridas en el verano de 1975, las que causaron inundaciones que originaron que Durango fuese declarada zona de daños catastróficos y por las fuertes nevadas caídas en el invierno siguiente que prácticamente deshizo la misma; y aunque es cierto que el edificio está declarado fuera de ordenación, porque la industria con arreglo al Plan vigente esá emplazada en zona no adecuada, no menos cierto es, que ni en el expediente administritativo ni de lo actuado en este proceso, existe ni el más leve indicio de que esté prevista la expropiación o demolición de la finca en el plazo de quince años a contar de la fecha en que esta obra se pretende realizar; y es por ello por lo que, aunque la reconstrucción de una cubierta puediera entenderse con un criterio extricto que va más allá de las obras parciales y circunstanciales de consolidación a que se refiere el precepto legal, lo que no puede ofrecer la menor duda es de que nos encontramos en contemplación de un caso excepcional en el que se dan los requisitos exigidos en el art. 60.3 de la Ley del Suelo que anteriormente examinamos, y por ende, para no limitar innecesariamente las posibilidades de su aplicación, el Ayuntamiento de Durango debe autorizar la obra solicitada otorgando la correspondiente licencia."

En los dos casos recogidos la excepcionalidad va ligada a la producción de un hecho externo del que derive el deterioro del inmueble. De cómo ha entendido el TS la excepcionalidad nos da noticia un considerando de la STS de 20.V.1981 (61) dice así: "Tampoco cabe tener por infringido el párr. 3º del art. 60 del texto refundido de la Ley del Suelo, que permite obras parciales y circunstanciales de consolidación cuando no estuviera prevista la expropiación o demolición de la finca en el plazo de quince años posteriores a la fecha en que se pretende realizarlas, por cuanto tales obras sólo cabe referirlas a casos excepcionales, excepcionalidad que aquí no se invoca, y, en todo caso, por resultar facultativa su autorización, como lo indica el texto legal cuando expresa que podrán autorizarse."

Parece querer exigir la STS que para ser tenido en cuenta el art. 60.3 es necesario invocar la excepcionalidad del caso. De esta forma se da sustantividad al adjetivo excepcional recogido en el art. 60.3 LS, en contra de la desenfadada equiparación que la STS, muy poco tiempo posterior a ésta, de 7.XII.1981 (62) hace entre excepcionalidad y exigencia del mantenimiento del inmueble. Se estima que el criterio que debe prevalecer es el de la Sentencia anterior en el tiempo, constituyendo la excepcionalidad un requisito necesario para poder apreciar la concurrencia del art. 60.3.LS (63).

La excepcionalidad vendrá dada bien por la concurrencia de un hecho externo, bien por otras circunstancias distintas de la mera necesidad de mantenimiento del edificio. Abre, esta idea de excepcionalidad, la puerta a la posibilidad de realizar obras, no ya de modernización, sino de verdadera consolidación cuando

no esté prevista la expropiación, para la adaptación del edificio al desempeño de nuevas actividades y usos distintos o para la mejora de las condiciones de edificación necesaria para la continuidad de los usos hasta entonces desempeñados.

Entraremos en seguida en los límites de esta interpretación amplia de la regla de excepcionalidad. Antes hacer referencia al carácter facultativo de la autorización contenida en el art. 60.3. El tenor literal del mismo es claro en el sentido que explica la STS citada (64). Las razones por las que el Legislador introduce ese "podrán ser autorizadas" proceden del hecho de corresponder a las Entidades Locales -competentes, por otro lado, para la concesión de licencias de obras- la ejecución de los Planes de Ordenación de acuerdo con el art. 114.1 LS. Cabe pensar que, sin estar prevista la expropiación o demolición del inmueble en el plazo de 15 años, si esté previsto poner en marcha alguna de las modalidades de actuación para el ámbito concreto en que se sitúe el inmueble. Tocamos aquí, de lleno el grave problema de la falta de aptitud de los sistemas de actuación distintos de la expropiación para la ejecución de suelo consolidado por la edificación. Para resolverlo han ido surgiendo técnicas alternativas - reparcelación económica, reparcelación voluntaria y discontinua (TAU), reparcelación económica discontinua, cesión gratuita; la eficacia y legalidad de algunas de ellas se está decantando en estos años.

En cualquier caso el carácter facultativo de la aplicación de la autorización contenida en el art. 60.3 no puede ser entendida como atribución de una potestad discrecional en manos

de las Entidades Locales para que éstas decidan, a su arbitrio, cuándo debe ser aplicada y cuándo no. Una solución de ese tipo podria ser contraria a la seguridad juridica y a la igualdad ante la Ley.

Se entiende que deben existir criterios racionales que fundamenten las autorizaciones o denegaciones de licencia en estos casos. Criterios ligados a la previsión de actuación en el ámbito en que se encuadre el edificio. Si esta actuación está prevista en un plazo razonable de tiempo, para el espacio en que se encuadra la edificación, se entiende que no se debe autorizar la concesión de licencia para llevar a cabo obras de consolidación en el inmueble disconforme. Esto aun en el supuesto de que la modalidad de ejecución prevista requiera el concurso de la voluntad de los titulares de los predios afectados, para llevarse a efecto.

De esta forma el carácter facultativo de la regla excepcional del art. 60.3 puede contribuir, como incentivo, a la plena ejecución del planeamiento en un campo tan difícil como es el suelo urbano.

Las autorizaciones excepcionales del art. 60.3 LS se refieren a obras parciales y circunstanciales de consolidación; excepcionan asi una de las prohibiciones del número 2 de ese mismo articulo. Es claro que la excepcionalidad del supuesto no justifica la concesión de licencia cuando, de la naturaleza de las obras, se deduzca que éstas consisten en aumento de volumen o en obra nueva (65) (66). En otro caso la excepcionalidad de la autorización se veria desvirtuada para servir de cobertura a una

interpretación contraria al tenor literal del precepto y a su "ratio legis".

Si se estima que serían admisibles obras de modernización puesto que toda consolidación entraña modernización y por lo anteriormente expresado acerca del juego de este concepto.

En cuanto a la causa de prohibición consistente en el aumento del valor de expropiación la STS de 7.XII.1981 (67) acogiendo un Considerando de la Sentencia apelada prevee que la concesión de la licencia, considerada conforme a derecho por aplicación del art. 60.3 LS pueda condicionarse, con la finalidad de salvaguardar, en todo caso, la ejecución del Plan vigente "a la renuncia por la sociedad solicitante a mayores indemnizaciones que pudieran corresponderle, en caso de expropiación, por razón de la obra excepcionalmente autorizada."

Vuelve aquí, de nuevo, el tema antes tratado de la renuncia como posibilidad que excepcionaría la aplicación de la prohibición del art. 60.2 por causa del aumento del valor de expropiación. El mismo TS en los Considerandos propios que introduce en esta STS afirma "se trata de simple reconstrucción de la cubierta de una nave industrial que fue destruida con motivo de las inundaciones que padeciera la localidad donde el edificio radica, lo que constituye, a no dudarlo, un evidente caso excepcional de los previstos en citado artículo para dejar autorizadas no sólo las obras reclamadas por el ornato, la higiene o la conservación, sino también las exigidas para la consolidación del inmueble, por supuesto sin necesidad de que se califique sobre el alcance económico de lo así devenido necesario y permitido, por lo que es inoportuno el alegato de

quien recurre sobre una inadecuada apreciación por el Tribunal "a quo" de la prueba practicada en tan concreto particular".

Da a entender este Considerando que cabría una aplicación del art. 60.3 aún en el supuesto de que con las obras realizadas se aumentara el precio de la expropiación, siendo irrelevante el aumento de valor cuando estamos ante supuestos excepcionales. No contrastada esta línea jurisprudencial la dejo solamente apuntada.

Procede ahora considerar al tope máximo de las obras de consolidación permitidas por el art. 60.3.

Consolidar, como dice la STS de 4.VII.1970 (68) es dar firmeza a una cosa, no destruirla para hacerla de nuevo introduciéndole además variaciones. Salvado este límite de la obra nueva, aquí, de nuevo sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, hemos de hablar de la declaración de ruina. Tal y como el TS aplica el art. 183. LS si los daños a reparar mediante la obra de consolidación permitida hicieran que el inmueble estuviera incurso en una de las causas de ruina, debería procederse a su declaración y no a la concesión de licencia para actuar sobre el edificio. Y esto porque el art. 183 concibe la declaración de ruina como deber de los Ayuntamientos para con aquellos edificios cuyo estado permita subsumirlos en alguna de las causas de ruina. Esto es si el inmueble no es reparable técnicamente por medios normales o si el coste de la reparación excediere el 50% del valor de lo construido.

En cuanto a la causa c) del art. 183.2, al permitir excepcionalmente el art 60.3 LS la realización de obra de

consolidación, devendría inaplicable, por si solo, como causa de declaración de ruina en el caso de que las obras a realizar en un edificio fuera de ordenación fueran las permitidas por el art. 60.3.

El tope de la ruina es un tope externo; cabe considerar otro tope interno como es el que las obras sean parciales y circunstanciales de consolidación. Tal concepto ha sido precisado por la jurisprudencia. En la STS de 7.XI.1985 (69) lo hace en sentido de que "estando el edificio calificado, dado la época de su construcción, como "fuera de ordenación -cuestión pacífica en el presente recurso- le es aplicable el artículo 60 de la vigente Ley del Suelo y es la excepción contenida en su apartado 3º, así como el artículo 58.2, la normativa aquí invocada como fundamento del recurso; pero, y sin necesidad de mayores exégesis interpretativas, es claro que las obras en cuestión no tienen el carácter de obras parciales y circunstanciales de consolidación sino de ampliación creando nuevos espacios habitables que incrementan notablemente -y para simple comodidad, en su mayor parte, de los usuarios- tanto la superficie como el volumen inicialmente existente." (69)

Para finalizar el presente epígrafe se recoge un caso de aplicación analógica del art. 60.3, en el que se declara no conforme a derecho la denegación de una licencia para realizar obras de cubrimiento liviano de un patio de manzana, atendiendo a la naturaleza de la autorización contenida en el art. 60.3 y a la "ratio legis" del precepto. Se trata de la STS de 27.II.1985 (71) a que antes he hecho referencia. Dice así:

"CONSIDERANDO: Que si obras de consolidación pueden llegar a ser autorizadas, si se cumplen las condiciones exigidas en dicho nº 3 del repetido art. 60 de la Ley del Suelo, con más razón lo podrán ser, obras como las del caso que nos ocupa, por tratarse de un acondicionamiento de parte de un patio de la casa del accionante, para cubirlo, mediante una estructura ligera, consistente en una cubierta de uralita translúcida, combinada con partes opacas de plancha metálica ondulada, soportada por una estructura tubular metálica, para evitar la intemperie al material que en ese patio el actor almacenaba, como mercancía de su negocio (perfiles de alumino anodizado)".

Añadir sencillamente que "sorprende la permisión -que realiza este apartado 3 del art. 60- de que pasados quince años se encuentre aún el plan sin efectividad" (71).

GONZALEZ PEREZ matiza la permisión de expropiación del art. 60.3. "El precepto se refiere a simple previsión, no exige que estuviere iniciado el expediente expropiatorio o el que se tramite para ordenar o autorizar la demolición. Pero tampoco será suficiente una previsión general de la expropiación o demolición en el Plan que la legitime si no se establece especialmente un plazo para ello inferior a quince años." (72).

V.4.- LA SUSTITUCION DIFERIDA Y LA REHABILITACION URBANA.

Analizando lo concerniente a la "ratio legis" del art. 60 LS y a las prohibiciones y autorizaciones de obras, para los edificios fuera de ordenación en él previstas; interesa ahora hacer un breve inciso sobre el concepto de sustitución diferida. Es esto, precisamente, lo que el art. 60 de la LS propugna de acuerdo con la interpretación hasta aquí mantenida.

La doctrina acepta sin discusión que "el planeamiento puede y debe preparar la gestión (...) porque sin gestión el plan carece de virtualidad real" (73). En otras palabras: "el planeamiento debe diseñarse conteniendo en su génesis, y como un código germinal, los mecanismos de gestión que posteriormente lo desarrollan conforme a sus propios objetivos" (74). Este dato no deja de ser una "conveniencia metodológica", tal y como señala GARCIA BELLIDO (op. cit.), importante sin duda; pero mera conveniencia. De ella no cabe extraer un solapamiento necesario entre la redacción del Plan y su ejecución. La Gestión y el Planeamiento, aún debiendo estar íntimamente ligadas, son fases distintas entre las que puede mediar, y de hecho media con bastante frecuencia, un lapso de tiempo (75) (76). Y esto es así aun cuando los Planes puedan contener la determinación y delimitación de Polígonos y unidades de actuación; y aún pudiendo tramitarse y aprobarse el proyecto de reparcelación conjunta y simultáneamente con el plan parcial o con la delimitación del polígono (art. 81 R.G.) etc. El juego, aprobación del planeamiento-ejecución del mismo, no es incondicionadamente automático.

De ahí que, la disconformidad de un edificio con el planeamiento aprobado no determina el que, en tal caso, "no cabe sino su demolición e indemnización a los propietarios, en cumplimiento del taxativo mandato de ejecución de los efectos jurídicos de la reparcelación en aplicación del plan (art. 100.1 L.S. y 91 R.G.)" (77).

Nuestro ordenamiento urbanístico no entiende que las edificaciones inadaptadas deban ser inmediata y fulminantemente demolidas por devenir disconformes con el Plan nuevo. Esto tendría unas secuelas de todo orden que llevarían a la destrucción de las ciudades. Acarrearía efectos similares a los que conllevaría la vigencia del art. 14 del R.D.U. Supondría articular mediante el régimen de "fuera de ordenación" un instrumento de destrucción del patrimonio edificado mucho más eficaz que el de ruina.

Las cosas no pueden ser así. Las cosas no son así. Si la disconformidad equivaliera -casi incondicionadamente- a demolición, carecería de sentido la articulación de un régimen de "fuera de ordenación" que prohibiera determinadas obras en un edificio. Es precisamente para la sustitución diferida para lo que se articula el régimen de fuera de ordenación, en la forma expresada en apartados anteriores.

Retornando el hilo de anteriores argumentaciones hay que decir que la idea de sustitución diferida que informa el art. 60 L.S. se haya amparada, además, por el principio general de conservación de lo existente. Así lo expresa la S.T.S. de

4.XI.1986 (78) cuando dice: "que el hecho de que el inmueble se encuentre fuera de ordenación, no debe ser obstáculo para que prepondere el principio general de conservación de lo existente, del que la ruina constituye una excepción, ya que antes la Ley del Suelo de 1956 (art. 48) y ahora vigente de 1976 (art. 60) permiten que en los inmuebles fuera de ordenación pueden realizarse "pequeñas reparaciones que exigieren la higiene, ornato y conservación del inmueble" e incluso obras mayores de consolidación, cuando no estuviere prevista la expropiación o demolición de la finca en el plazo de quince dias (sic)".

Insistiendo en algo anteriormente apuntado hay que decir que la interpretación que hacemos del art. 60 L.S. tiene importantes consecuencias de cara a la concesión de licencias para la adecuación de locales y para la instalación de nuevos usos.

En tal sentido la S.T.S. de 2.II.1983 (79) afirma: "el hecho de que el local en que se pretende instalar una nueva oficina de farmacia este situado en un inmueble susceptible de ser declarado "fuera de ordenación", por exigencias del planeamiento urbanistico, no constituye obstáculo para que se autorice su apertura y funcionamiento, si se cumplen los requisitos exigidos por las normas que regulan especificamente el establecimiento de esta concreta actividad; pues es bien sabido que, con arreglo al art. 60 de la Ley del Suelo, la calificcación de "fuera de ordenación", en el caso en que se produzca, no tiene otro efecto que el impedir obras de consolidación, aumento de volumen, modernización e incremento de valor, pero en manera alguna excluye que perduren los usos

establecidos, hasta tanto se produzca la expropiación o demolición del inmueble".

En igual sentido S.T.S. 20.IX.1982 (80) cuando dice: "los arts. 60 y 61 los que regulan el regimen de los edificios e industrias fuera de ordenación, es decir, los ya existentes y que estuvieran en disconformidad con el nuevo planeamiento urbanistico, en los que prohibe obras de consolidación, aumento de volumen, modernización o incremento de su valor de expropiación, admitiendo en cambio las pequeñas reparaciones que exigieren la higiene, ornato y conservación del inmueble, e incluso, en el ap. 3 del mismo art. 60, las obras parciales y circunstanciales de consolidación cuando no estuviere prevista la expropiación o demolición de la finca en el plazo de quince años, a contar de la fecha en que se pretendiese realizarlas, a cuyo tenor la conclusión que ha de llegarse es que las obras proyectadas, que afectan a la higiene y ornato del bajo litigioso, tratando de adaptarlo a las necesidades de su ocupante, son de las autorizables, tanto más cuanto existe formal renuncia a cualquier aumento de toda posible indemnización, criterio que, en definitiva, ha sido mantenido por la jurisprudencia en diversas resoluciones, de las que debe citarse la S de 22 junio 1972 (81), por contemplarse en la misma precisamente, la realización de obras en un inmueble fuera de ordenación consistentes en la construcción en parte de un patio de luces de la planta baja de un W.C. y trastero, así como la conversión en lavadero de parte de la terraza existente en la planta alta.

5.ª Que la jurisprudencia ha venido reafirmando el principio de que la desordenación de un edificio no implica, ni su inmediata desaparición, ni su condena como bien económico-social, en cuanto el mismo seguirá existiendo y prestando el servicio para el que fue erigido hasta que llegue el momento de su desaparición, bien por su consunción como tal, bien por llevarse a efecto las previsiones del planeamiento urbanístico, siendo consecuencia de tal doctrina la posibilidad de realizar en los mismos las obras permitidas a que antes nos referíamos y la concesión de licencias para usos acordes con sus características, tanto más, como ya se señaló al examinar la licencia de obras, si existe renuncia al incremento de valor de la expropiación que pudiera derivarse de nuevo uso autorizado, pudiendo destacarse, por referirse a licencias de apertura en edificios fuera de ordenación, entre otras, la sentencia del T.S. de 21 marzo 1974 (82), referida a un establecimiento industrial; la de 17 diciembre del mismo año (83), a la apertura de un establecimiento mercantil de compraventa de automóviles, y la de 30 diciembre 1975 (84) que examina el caso concreto de licencia para la instalación de una Oficina de Farmacia en edificio fuera de ordenación".

La S.T.S. de 8.VI.1982 (85) plantea un interesante supuesto. Se enjuicia la denegación de una licencia para el ejercicio de una actividad de obrador de panadería solicitada con ocasión de un cambio de titularidad del negocio por razón de traspaso. La denegación se basa en que un Plan de Reforma Interior aprobado con posterioridad a la concesión de la primitiva licencia de apertura, prohibe este uso en la zona de

que se trata. El T.S. argumenta: "la cuestión, reducida a los propios términos en que ha sido planteada, ha de concretarse a la determinación de si debe o no mantenerse una actividad industrial, ya establecida de antiguo, en un local afectado por la restricción de usos que impone un posterior plan de ordenación urbana.

CDO.: Que en los arts. 60 y 61 del vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo aplicables al caso en razón de la fecha en que se han producido los acuerdos municipales enjuiciados, se regula esta materia en el sentido de que la disconformidad con el nuevo plan no implica, necesariamente, el derribo de los edificios, ni la cesación inmediata en las actividades disconformes con el nuevo Plan, sino, más bien, una congelación del "status quo" que impide realizar obras de consolidación o ampliación, pero permite el mantenimiento de las actividades existentes "con las tolerancias que de modo general se prevean en las normas urbanisticas o en las ordenanzas de edificación" (art. 61)".

Concluyendo "Que, por cuanto queda expuesto, resulta claro que, sin perjuicio de que tanto el inmueble como las actividades que en el mismo se desarrollan puedan ser declarados "fuera de ordenación" con arreglo a los preceptos que quedan citados y a los efectos que en los mismos se previenen, ello no puede ser obstáculo para que se mantengan las actividades actuales, hasta tanto se decrete la expropiación o demolición por razones de interés público, ni tampoco para que se deniegue una licencia de actividad, ya otorgada en regla hace muchos años, puesto que de lo que se trata es, pura y simplemente, de reconocer un cambio

de titularidad, perfectamente licito y que en manera alguna altera la situación objetiva existente, y sin que tampoco deba por eso eliminarse la posibilidad de que se sancionen adecuadamente las faltas que se adviertan, por incumplimiento de las condiciones impuestas en el otorgamiento de la licencia, cuestión esta que rebasa claramente los límites de la presente litis." (86).

POU VIVER (87) comentando la STS de 22.VI.1972 -R.A. 3609.1972- y la de 17.XII de 1974 en igual sentido que las ahora citadas concluye diciendo:

"En consecuencia a la doctrina del Tribunal Supremo (sentencia de 17 de diciembre de 1974), debe concluirse que deberá legalmente otorgarse licencia de apertura de establecimiento en un edificio calificado de "fuera de ordenación", salvo que tal apertura comporte la ejecución de obras prohibidas en el artículo 48. Y, conforme a la doctrina del propio Tribunal Supremo (sentencia de 22 de junio de 1972), procede también autorizar tal apertura de establecimiento si las obras e efectuar en él son de poca importancia, o atienden a la simple comodidad del ocupante y no prolongan la vida del irmueble, ya que tales obras no están prohibidas en el citado articulo 48 de la vigente Ley del Suelo."

GONZALEZ PEREZ (88) comenta citanto esta misma STS "El art. 60 únicamente se refiere a obras, no a los usos. Por lo que los edificios existentes podrán destinarse por los propietarios o un tercero a cualquier uso, aunque éste sea disconforme con el nuevo planeamiento. La limitación afecta a licencias de

obras, no a licencias de apertura (S. de 17 de diciembre de 1974)."

LASO MARTINEZ (89) se pregunta:

"Pero si evidentemente los usos anteriores pueden seguirse manteniendo, ¿es en cambio posible que se concedan licencias de primera utilización, como las de apertura, siempre que no lleven consigo la realización de obraso (...)

En la doctrina, POU VIVER señala que "la Administración está obligada a otorgar la licencia de apertura de establecimiento, siempre que tal apertura no conlleve ejecutar obras de las prohibidas en el articulo 48 -hoy 60- de la Ley."

Para concluir (90):

"En nuestra opinión, no nos parece aceptable el criterio de POU VIVER. La razón es realmente simple; estriba en el hecho indubitado de que no puede confundirse la vigencia inmediata del planeamiento con la situación, prácticamente retroactiva, según hemos visto, de las edificicaciones anteriores consolidadas con las obras a realizar en ellas. Los edificios, como tales, están ya construidos; es decir, han tenido en un momento determinado la autorización absoluta para levantarse y sólo a partir de entonces, como continuidad de su existencia, pueden requerir la ejecución de obras complementarias. En igual sentido, lo mismo que los edificios se mantienen, también los usos anteriores se permiten, sin duda alguna, e incluso la modernización en el uso,

dentro del esquema que estamos planteando, es posible. Pero lo que no es atendible es que se implante un uso que anteriormente no existía, porque ello entra de lleno en el ámbito de la vigencia inmediata del planeamiento; si se niega la posibilidad de desestimar la implantación de usos no permitidos hay que negar la aplicación total del nuevo planeamiento, lo que desde luego es absurdo.

Por tanto, la apertura para nuevos usos no es admisible sin que tenga porqué intentarse un parangón con las alternativas del artículo 60. Este parangón no existe ni es necesario; se basa simplemente en todo el aparato normativo derivado de la aplicación del planeamiento."

La idea es clara y permite una matización, de acuerdo con lo antes visto, en el sentido de que, obviamente no cabe otorgar licencia en edificio fuera de ordenación para usos no permitidos por el planeamiento ahora vigente. Sí, en cambio cabe otorgar licencia, en el caso de disconformidad relativa con usos permitidos. Supuesto este último que puede darse y, de hecho se da.

V.5.- PLANEAMIENTO "FUERA DE ORDENACION": ALTERNATIVAS CONSERVADORAS DE LO EDIFICADO.

Se analizan a continuación una serie de cuestiones entorno a la virtualidad de los Planes para dejar inmuebles fuera de ordenación.

El inciso primero del art. 60 LS. es claro. La disconformidad de edificios a instalaciones con el Plan General o Parcial motiva su calificación como fuera de ordenación. Ahora bien, qué ocurre cuando la disconformidad se da respecto de un P.E. El art. 61.L.S. es más genérico en el sentido de que habla de Plan aprobado, sin referirse expresamente a que deban tener la condición de General o Parcial.

El Plan Especial, como hemos visto y ha sido admitido por la jurisprudencia del T.S., tiene fuerza ordenadora. Siendo esto así, cabe deducir que puede dejar fuera de ordenación inmuebles que no se adecúen a sus previsiones; ateniéndonos aquí no a la letra sino al espíritu de la Ley del Suelo. De adoptar la postura contraria limitaríamos en gran medida las virtualidades del P.E.; se reduciría su operatividad a la ciudad que está por hacer, sin disponer de mecanismos para reconducir la ciudad ya hecha hacia la ciudad que se quiere que sea.

El Decreto del Gobierno Vasco 278/1.983 de 5 de diciembre sobre Rehabilitación del Patrimonio Urbano Edificado, acoge la posibilidad de que un P.E., de rehabilitación en este caso, deje fuera de ordenación determinados usos o actividades ya implantadas (91), más adelante analizaremos este caso.

"El régimen de fuera de ordenación opera como consecuencia de un nuevo planeamiento, cualquiera que sea su condición, siempre que, naturalmente, tenga trascendencia territorial inmediata. Así, el artículo 60 de la Ley alude a Planes Generales o Parciales. Conviene, sin embargo, señalar, como veremos también a continuación, que no siempre el Plan General tendrá, por su propia condición, la precisión posible como para que sin género de dudas pueda deducirse que un terreno queda fuera de ordenación: tal ocurrirá, por ejemplo, con un vial proyectado en el Plan General, a escala 1:10.000, cuando tenga escasa anchura; evidentemente en este caso el emplezamiento exacto del vial sobre el terreno y, por consecuencia la afectación del terreno, no puede ser absolutamente precisa, sino que, usualmente, requerirá de un Plan Parcial o de un Estudio de Detalle para concretarlo. Por eso justamente consideramos que el artículo 60 debe ser recibido, en cuanto a las figuras del planeamiento, en un sentido amplio que permite abarcarlas todas en tanto el instrumento de planeamiento empleado signifique la afectación de unos bienes; esta es la razón por la cual también los Estudios de Detalle puedan determinar la aplicación de este régimen, siempre que, por su condición, se refieran a determinaciones incluidas dentro de sus posibilidades legales." (92)

A los Planes Parciales y Estudios de Detalle habría que añadir, como acabo de reseñar, los Planes Especiales.

Los instrumentos de planeamiento configuran el espacio para el que son redactados; afectan a las edificaciones

levantadas de acuerdo con ordenaciones anteriores y determinan la aplicación del régimen de fuera de ordenación.

Ahora bien, cabe preguntarse si es necesaria la declaración expresa del Plan para considerar a un edificio como fuera de ordenación. Ninguna mención al respecto contiene el art. 60 L.S. Más bien, por su tenor literal, parece indicar que no es necesaria la expresa declaración; bastando la disconformidad con el planeamiento para que el edificio sea considerado como fuera de ordenación.

GARCIA BELLIDO distingue dos posibles causas de que un edificio quedara fuera de ordenación: "O está "fuera de ordenación" porque el plan lo dice singular y expresamente, indicando su "disconformidad" con carácter sustantivo y señalándolo como edificio "disconforme"; o porque, con carácter general, resulte tácitamente disconforme con el plan, aplicándose en su integridad y sin tolerancias el artículo 60 L.S." (93)

El fundamento de esta distinción lo encuentra GARCIA BELLIDO en que "la letra del artículo 60.1 L.S. al decir que será los edificios que resultaren disconformes con el Plan, está haciendo legítimo, a "sensu contrario", que el plan "califique lo que no resultará disconforme consigo mismo". (94)

La distinción no produce consecuencias diferentes. En ambos casos -según el autor citado- procede la demolición de edificio con indemnización a los propietarios.

El mismo autor admite que, las Normas Urbanisticas del Plan, puedan estipular expresamente que, determinados edificios, no están disconformes con él, aún cuando, el Plan, prevea diferentes ordenaciones futuras para ellos. Esto podría conducir a la posibilidad de establecer regimenes de fuera de ordenación en virtud de Planes urbanisticos que excepcionarían las previsiones de la Ley en esta materia. Se trataría de un sistema diferido de sustitución (95) (96).

Aquí hemos de avanzar con la máxima cautela ya que hemos de tener presente los criterios de jerarqu a existentes entre la LS y los planes sin poder olvidar lo que acertadamente afirman PERALES MADUEÑO y ARREGUI LUCENA en el sentido de que "los Planes no son independientes de la Ley, (...) tienen un contenido reglado (...) y sólo pueden contener aquellas determinaciones que la Ley y los Reglamentos señalan. (97).

Sin que los Planes puedan "ni modificar la Ley, ni completarla en lo que pueda parecer insuficiente, ni sustituirla." (98) (99).

Conviene aquí distinguir entre una modificación del régimen de fuera de ordenación establecido en la Ley en virtud de un Plan urbanistico; lo cual atentaría entre otros al principio de jerarquia, y la existencia, en el planeamiento de una serie de "ordenaciones diferidas", determinantes -en virtud del art. 60 LS- primero de la conformidad con el planeamiento y, luego, de la disconformidad con el mismo una vez que se hayan producido unas determinadas circunstancias.

El planeamiento; por decirlo de otro modo puede -en virtud del propio art. 60- jugar con su aplicación; pero no podrá modificar su contenido.

La STS de 17.II.1981 (100) vendria a confirmar esta concepción en lo que tiene de negativo. Dice asi:

"Sin que quepa esgrimir, como hace el recurrente, el art. 46 de las Ordenanzas, que consiente obras de reforma, ampliación y consolidación que afecten a los elementos de la estructura con excepción de las crujias de la edificación que queden afectadas por una nueva alineación interior o exterior fijada por el Plan de Ordenación Urbana, habida cuenta que, aun interpretándolo extensivamente para abarcar las que aqui se discuten, lo que no es permitido, tal precepto seria inoperante por ser contrario al aumento de volumen prohibido por la Ley del Suelo, de mayor rango legal, y máxime cuando asi también se desprende del propio articulo de las Ordenanzas que venimos comentando, cuando advierte que en las démás zonas estas obras de reforma se sujeterán a las restantes condiciones de volumen, uso, etc., de la Ordenanza, y ya quedó patente que ésta nunca podria autorizar aumentos de volúmenes prohibidos expresamente por la normativa contenida en aquella meritada Ley."

Respecto a lo que tiene de positivo la concepción antes apuntada ha dicho GONZALEZ PEREZ J. "Nada impide que al elaborarse un Plan de Ordenación, los órganos competentes, en atención a las circunstancias urbanisticas que concurran, den a esos edificios levantados con anterioridad una regulación en la

que subsistan como tales edificios, sin sujetarse a las limitaciones del articulo 48 -hoy 60- de la Ley del Suelo.

Desde el momento que así se establece ya no serán edificios fuera de ordenación. Por el contrario, se ajustarán a la nueva ordenación, pues ésta al respetarlos no les aplica sus nuevas previsiones." (101).

En este sentido, años más tarde el mismo GONZALEZ PEREZ afirma: "Ahora bien, es perfectamente licito que, al modificarse un Plan de Ordenación, la nueva ordenación declare incorporadas a la misma las edificaciones anteriores, con su volumen, lo que es "una norma coordinadora entre lo edificado o construido al amparo de la normativa anterior y la nueva ordenación, en ejercicio de las facultades que para el desarrollo de los Planes tienen encomendados los Ayuntamientos que en puridad pueda hablarse de enfrentamiento del mandato imperativo propuesto con lo preceptuado en el articulo 48 de la Ley citada articulo 60 del texto refundido". Asi, en la S. de 6 de octubre de (Ponente: MARTIN MARTIN), que sienta una doctrina importantisima sobre las normas transitorias, antes transcrita." (102).

También recoge, el mismo autor, una STS de 6.X.1975 que dice "En cuanto a la pretendida infracción del articulo 48 de la LS como fundamento de la no aprobación por el Ministerio de la norma contenida en el Plan provisional, a instancia del Ayuntamiento, de que las edificaciones construidas con arreglo a la normativa vigente con anterioridad al Plan General, disconformes con el mismo, quedarán incorporadas al nuevo con su actual volumen, en tanto subsistan dichas construcciones, debe

estimarse -de conformidad con la tesis municipal- que lo propuesto es una norma coordinada entre las situaciones creadas entre lo edificado o construido al amparo de la normativa anterior y la nueva ordenación, en ejercicio de las facultades que para el desarrollo de los Planes tienen encomendadas los Ayuntamientos, sin que en puridad pueda hablarse de enfrentamiento del mandato imperativo porpuesto con lo preceptuado en el articulo 48 de la Ley citada, puesto que en virtud de la nueva ordenación los edificios o construcciones anteriores en los que concurriesen las circunstancias o construcciones exigidas se encuadraban en el mismo en los términos dimanantes de Planes Parciales precedentes en razón de las graves razones concurrentes, con lo cual evitaría la posibilidad legal de encontrarnos frente a situaciones jurídicas creadas por edificios fuera de ordenación, pues incorporados al nuevo Plan General como construcciones levantadas conforme a Planes anteriores y en cuanto subsistan, y una vez aprobado desplegar toda su fuerza como norma del nuevo ordenamiento en que respetando en realidad el régimen general de ordenación del suelo se atenúan, tan sólo las normas establecidas por el artículo 48 de la Ley sobre conservación y mejora de edificios calificados fuera de ordenación mediante el mandato arbitrado, ya que con ello no podría hablarse de edificios disconformes, puesto que su situación habrá sido regulada y 'conforme' por el nuevo Plan de acuerdo con los mandatos en él contenidos, excluyendo con ello el supuesto de hecho en que pudiera basarse (una vez aprobado el Plan, no antes) el mandato contenido en el artículo 48 de la LS; en definitiva, se trata de una incorporación no plena al nuevo Plan de las ordenaciones de Planes Parciales anteriores, habida cuenta de las especiales

circunstancias existentes en la ciudad de Vigo, en que si se omite -por no aprobación- la previsión contenida en la norma cuestionada, un altísimo porcentaje de edificios del término se vería congelado en su status con las graves consecuencias de todo orden previsibles." (103)

LASO MARTINEZ (104), en una concepción "ius privatista" en torno a la aplicabilidad del art. 60 y de la posibilidad de modulación por parte del planeamiento, afirma "Esto lleva frontalmente a la cuestión, ya apuntada e inicialmente resuelta, de si las normas del régimen de fuera de ordenación son de derecho necesario -consecuencia, por tanto, automática e inmodificable del nuevo planeamiento- o si, por el contrario, tiene la Administración autonomía para moderar sus efectos. La opinión que hemos dado es decididamente la de que se trata de una norma de derecho dispositivo en cuya aplicación la Administración puede discrecionalmente, pero de forma motivada, adecuar el contenido del régimen a la realidad sobre la que ha de aplicarse. Esta opinión puede fundarse suficientemente en las siguientes razones:

1ª La primera de todas responde a las exigencias derivadas de la realidad social a la que ha de aplicarse. Es totalmente impensable que una norma, de cualquier especie, pueda ser aplicada descarnadamente a la sociedad sin valorar suficientemente los trastornos que ello implique. La aplicación indiscriminada de la norma a una realidad social, potencialmente de la mayor extensión imaginable, respecto de bienes extraidos totalmente ya del mercado de transformación del suelo, detentados por clases sociales para muchos de los cuales la

vivienda es el único e insustituible bien que poseen, elemento indispensable para realizar su condición humana, tal aplicación fría y aséptica, decimos, es radicalmente contraria a la realidad social del tiempo en que se aplica la norma, según el artículo 3º del Código Civil y llevaría, por otra parte, a un fracaso radical con desprestigio evidente de la norma y de la autoridad de la que emana.

2ª En la propia filosofía del planeamiento y del origen de su iniciativa está otra razón. Ciertamente, el Plan es el producto de una decisión social tomada por los órganos representativos de la sociedad misma; su oportunidad y contenido adquieren realidad en méritos de una circunstancia concreta que aconseja una meditada o propuesta y hace desechable otra, que es alternativamente posible. Por tanto, de igual manera que se adopta la decisión de aprobar un Plan en un momento histórico determinado y desde un contenido particular, también puede preveerse su aplicación concreta a las situaciones consolidadas anteriores, porque ello no es, en definitiva, más que parte del propio Plan. Es decir, una de las determinaciones del Plan es justamente la que concierne a su aplicación a las situaciones anteriores existentes; por tanto, tiene autonomía para hacerlo, ya que no existe, por otra parte, ningún precepto expreso hoy que lo prohiba.

3º En tercero y último lugar porque propiamente la misma Ley implícitamente lo reconoce en un caso de modo expreso y en otro a través de un criterio abierto suficientemente elástico. En efecto, el artículo 61, para el caso de las instalaciones industriales, punto en el que el legislador parece estar

preocupado por las consecuencias del régimen, expresamente se remite a "las tolerancias que de modo general se prevean en las normas urbanisticas o en las ordenanzas de edificación", la alusión a normas y ordenanzas ha de ser coherente con los instrumentos de planeamiento, es decir, se refiere a los complejos normativos del propio Plan modificador y no a las previsiones de documentos generales como podian ser las Ordenanzas Generales. Ello significa que cuando el régimen de fuera de ordenación es producto del Plan General, serán sus propias "normas urbanisticas" las que prevean la aplicación del régimen de tolerancia; cuando se trate de Plan Parcial, sus "Ordenanzas de edificación". Con lo cual se remite claramente al contenido del propio Plan modificador para regularizar el impacto del régimen de fuera de ordenación."

Aún siendo tremendamente atractiva esta concepción, se mantiene lo ya antes expresado por dos razones:

1) La fuerza del principio de jerarquia. Salvaguardarlo supone inconvenientes pero también preserva de innumerables problemas. Serían excepción a este principio las tolerancias del art. 61 LS. De nuevo aqui es la Ley la que modula el fuera de ordenación y dice cuándo los Planes pueden intervewnir en esta modulación.

2) Se pretende, con la construcción hecha, lograr una aplicación razonable del régimen de fuera de ordenación. Aquí trabajo se mantienen que tal aplicación razonable es posible merced a una interpretación flexible del precepto; sin necesidad de introducir categorias propias del derecho privado.

LASO MARTINEZ recoge, asi mismo, cuáles son los limites de la concepción que mantiene cuando dice:

"El punto al que se llega, por tanto, al final de estas razones, es al de que la Administración tiene libertad para recoger en los Planes de Ordenación las reglas que han de regir los edificios declarados fuera de ordenación por el propio Plan. Esta libertad sólo tiene en contra dos limitaciones: la de que no se trata de Planes de ordenación a desarrollar mediante el sistema de expropiación: si se elige este sistema evidentemente seria contradictorio que por una parte se programara por la Administración la adquisición forzosa de los bienes -con el correlativo deber de expropiar del articulo 69- y por otra se autorizaran obras mediante las cuales fueran generadas plusvalías en fecha posterior a la declaración formal del sistema. La otra limitación es la que proviene de las edificaciones que deban ser demolidas en la ejecución del Plan modificado por ser contradictorias absolutamente con sus determinaciones." (105) Introduce indirectamente la idea de matización de las imposiciones en función del grado de disconformidad.

No es extraño que los Planes ordenen el espacio sin considerar la situación concreta de cada parcela ya construida por muchas razones entre las que no son nada despreciables: "la escala de trabajo, calidad cartográfica y aún por prácticas anteriores de un planeamiento poco detallado" (106). El hecho de que basta la disconformidad con el Plan para que un edificic sea

declarado fuera de ordenación hace que la práctica aludida sea peligrosa. Pudiendo dejar fuera de ordenación un gran número de edificios, sin que haya precedido un análisis pormenorizado de la disconformidad de cada uno.

La generalidad del planeamiento debería ser, aquí, articulada convenientemente con la particularidad de una declaración de "fuera de ordenación".

Insistiendo sobre lo dicho anteriormente, hay que resaltar que basta la disconformidad con el Plan vigente para que el edificio queda fuera de ordenación. En ese sentido STS, entre otras de 17.II.1981 (107) cuando dice:

"Que para que se dé un edificio o instalación fuera de ordenación bastará la disconformidad con el Plan vigente, y así lo entiende la Jurisprudencia -S. de 30 de septiembre de 1975- cuando dice que la calificación como fuera de ordenación es una consecuencia especifica de la disconformidad con un Plan de los edificios erigidos con anterioridad a su aprobación; de ahí que si la primitiva construcción se levantó, cuando aún no estaba regulada la Ordenación Urbana, por su lado Norte, a una distancia de 50 centímetros de la linde colindante, quedase aquella construcción fuera de ordenación, al aprobarse posteriormente el Plan y su Ordenanza que exigía una separación mínima de 3 metros desde cualquier punto de la edificación a los lindes de las propiedades vecinas."

"La discrepancia o disconformidad del edificio con las determinaciones del Plan que origina la califación de fuera de

ordenación, puede ser motivada por muy distintas causas y, a la vez, presentar una muy diferente intensidad. Es por ello que no podemos estar de cuardo con NUÑEZ RUIZ (108) cuando, refiriéndose a que los edificios e instalaciones que resultaren disconformes con las nuevas líneas trazadas por el Plan serán calificados como fuera de ordenación, afirma que "la limitación hace referencia a las nuevas alineaciones", puesto que "nada se dice repecto a las alturas o nuevos coeficientes de edificabilidad". En nuestra opinión, la redacción del precepto no permite esa interpretación. ya que la disconformidad con el Plan que genera automáticamente, "ope legis", la calificación de fuera de ordenación, puede referirse tanto a las alineaciones como al volumen.

Ahora bien, no es lo mismo el caso de un edificio que, como consecuencia del nuevo planeamiento, queda emplazado en medio de lo que será una futura gran avenida, imposibilitando fisicamente su apertura, a que el inmueble presente, como única disconformidad con el Plan, la circunstancia de que su fachada avance unos centimetros en relación con la nueva alineación oficial fijada por el Plan; o que, el edificio, sobrepase unos metros del nuevo fondo edificable permitido, o que tenga un frente de fachada inferior al señalado como mínimo por el nuevo planeamiento. Otro caso frecuente es el de los inmuebles que perfectamente alineados y cumpliendo con todos los requisitos y determinaciones del Plan y las Ordenanzas, únicamente incumplen el aspecto de volumen, por tener un piso más de los permitidos, o acaso por sobrepasar un metro, o dos, de la nueva altura máxima autorizada. Todos son ejemplos de edificios fuera de ordenación, pues la disconformidad con el Plan se da en todos

ellos, pero, a la hora de autorizar la ejecución de obras, el criterio municipal no puede ser idéntico en todos los supuestos, sino que ha de ser mucho más flexible cuando se trate de un edificio cuya disconformidad con el Plan sea mínima, que cuando el inmueble esté en manifiesta disconformidad con el mismo, como sería el caso mencionado de que la casa quedase emplazada en medio de una futura gran avenida, cuya apertura sea indispensable y urgente, y no pueda llevarse a cabo sin el derribo del edificio." (109)

Matización, esta última, de la prohibición en función del grado de disconformidad que, además de ser razonable, puede ser muy fructífera.

LASO MARTINEZ (110) ha afirmado sobre la discrepancia con el Plan que: "Entre la realidad consumada del planeamiento procedente y el nuevo planeamiento, para que opere el régimen de fuera de ordenación, tiene que producirse una radical disconformidad. Esta disconformidad puede versar sobre el tipo de edificios, sobre la edificabilidad concedida, sobre la zonificación, etc. Por eso también su aplicación puede alcanzar a zonas enteras o, por el contrario, a edificios singulares. Igualmente la disconformidad está en relación con el tipo de documento; por eso entendemos que la incompatibilidad ha de ser ostensible y radical, con lo cual se descartan de esta condición aquellas determinaciones gráficas o signos convencionales de los Planes superiores en los que únicamente se consigna la exigencia de proveer para un sector determinado ciertas dotaciones que habrán de ser concretadas en los Planes inferiores. Con lo cual, como decíamos antes, la disconformidad debe venir cifrada en

actos de afectación singular de bienes, inequivocos y contrarios a la situación fisica existente."

MARTIN RETORTILLO (111) destaca la injusticia a que puede conducir la rigidez del articulo 48 -hoy 60 LS- dada la falta de concreción sobre este concepto de la disconformidad, que puede ser de mínima o de máxima cuantía, absoluta o relativa, y cuyas consecuencias no deben ser idénticas en uno y otro caso. A su juicio, la declaración de fuera de ordenación debería ser objeto de un expediente, en el que se declarase la existencia de la disconformidad, su extensión e intensidad y la posibilidad, en su caso, de la subsanación, con indicación de los remedios pertinentes y plazo para utilizarlos.

Idea útil y valiosa aunque de difícil realización práctica habida cuenta de la abundancia de edificios disconformes.

Los supuestos de disconformidad más frecuentes en las recientes STS son los de: disconformidad con nuevas alineaciones aprobadas (STS, entre otras, de 20.XI.84 (112), 13.V.82 (113), 20.V.81 (114)); combinada, ésta causa con altura inferior a la mínima o superior a la máxima permitida (STS, entre otras, de 28.II.84 (115) y de 13.VII.83 (116)); tener cuerpos de edificación con fondo edificado superior al permitido (STS, entre otras, 28.XII.83 (117), 31.XII.1985 (118); disconformidad con los usos permitidos por el Plan (STS, entre otras, de 24.II.82 (119)).

Sin embargo, al menos a los efectos de apreciar la existencia de circunstancias urbanísticas como causa de

declaración de ruina, el TS no considera fuera de ordenación la mera disconformidad del edificio con las alineaciones interiores previstas (120).

Para que un edificio devenga fuera de ordenación su estado actual ha de contradecir lo previsto en el planeamiento. Al aplicarse el régimen de fuera de ordenación a un edificio disconforme, "grosso modo", lo que se está haciendo es prohibir a su titular que realice determinadas obras. Y esto con el fin de garantizar la plena efectividad del Plan. El art. 60. número 4 autoriza la demolición de edificios disconformes cuando el Plan no impida la edificación en el mismo solar. De modo análogo deben entenderse permitidas las obras -aunque comporten consolidación, aumento de volumen, modernización o aumento de los costos de expropiación -que estén encaminados a conseguir la plena adecuación del edificio fuera de ordenación al planeamiento vigente en los casos en que ello sea posible. Otra cosa sería, a mi juicio, una interpretación rigorista del art 60 LS, contraria a su finalidad, limitadora en exceso de los derechos de los particulares que no podrían por sí realizar el interés general que el Plan representa. La TS rara vez a afrontado este tema, tan sólo con los datos de que se disponen podemos citar una STS en la que, interpretando el art. 60.4. LS, apunta una solución de este tipo. Dice la STS. de 17.II.1981 (121).

"Que toda construcción fuera de ordenación, aun en un supuesto como éste en que tal calificación sólo deviene por uno de sus linderos, afectará necesariamente, en tanto no se rectifique, a todo el edificio, pues no de otra forma cabe

interpretarlo, a la vista de que, con referencia a la adaptación de los edificios fuera de ordenación, tanto el art. 48 núm. 4 de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956 como hoy el art. 60 núm. 4 del Texto Refundido de 9 de abril de 1976, adoptan la fórmula simplista de la demolición al decir que cuando la disconformidad con el Plan no impida la edificación en el mismo solar que ocupa el edificio, el propietario podrá demolerlo sometiéndose al Plan de Ordenación: ahora bien, otra cosa será que, para la adaptación de los edificios fuera de ordenación al régimen legal vigente, se precise que la demolición haya de ser necesariamente total o tan sólo baste, de ser posible, la demolición de lo que resulte suficiente para situar el edificio dentro de las condiciones exigidas por el Plan de Ordenación.

Se entiende que, cuando no sea precisa, ni siquiera la devolución parcial, la solución más adecuada es el otorgamiento de licencia para realización de las obras tendentes a conseguir una plena efectividad del plan; de acuerdo con una interpretación del precepto sensible a la magnitud de la disconformidad.

El que el hecho de estar un edificio fuera de ordenación tenga importantes consecuencias -en la medida en que veremos en el capitulo siguiente- para su posible declaración de ruina; hace que cobre especial interés, especialmente en estos momentos de enorme poliferación de Planes urbanisticos, el tema de que la disconformidad edificio -instrumento de planeamiento, ha de ser actual; no futura, ni respecto de Planes que hayan perdido vigor.

En esa línea hay que situar la STS de 16.V.1983 (122) cuando afirma: "el edificio está fuera de la alineación oficial y no alcanza tampoco la altura mínima exigida, y frente a la alegación de la demanda en el sentido de que se está realizando en Zamora una reforma del Plan de ordenación, sin saber si al edificio se va a dar un trato distinto, ha informado la Corporación demandada que, si bien acordó la iniciación de los trabajos pertinentes para revisión y adaptación del Plan General, no ha recaído todavía ningún acuerdo aprobatorio de los mismos, por lo que continúa la vigencia del Plan; y en consecuencia, estando el edificio en disconformidad con sus normas, ha de ser calificado como fuera de ordenación, conforme al art. 60 de la Ley del Suelo, siendo permitida únicamente la ejecución de pequeñas reparaciones exigidas por la higiene, conservación del inmueble, característica que, según lo expuesto no concurre en las obras reseñadas por el técnico municipal..."

Sugiere esta STS la posibilidad, del todo razonable, que de haber sido aprobado instrumento de planeamiento -aunque sea sólo inicialmente-, que con virtud modificadora del anterior vigente, saque del estado de fuera de ordenación a un edificio (o se prevea -pues puede no haber recaído aprobación definitiva) de acuerdo con su normativa, la conformidad del inmueble con el planeamiento); no puede ser apreciada, en tal caso la disconformidad como circunstancia urbanística que aconsejare la demolición del inmueble a efectos de la declaración de ruina del mismo.

En que la disconformidad con el Plan ha de ser actual y no futura se afirma de modo claro en la STS de 25.III.1982 (123) recogiendo doctrina sentanda en STS anteriores; extrayendo, de esta afirmación consecuencias, desorbitadas. Dice así la STS 25.III.1982:

"Por ser la ruina urbanística la que más aleja del verdadero concepto primitivo y originario de la ruina propiamente dicha, es menester ponderar adecuadamente el caso debatido y atemperarlo a la acertada interpretación que el Tribunal Supremo establece en las STS de 13 de noviembre 1965 (124) y 13 de diciembre 1965, en las cuales se afirma que la disconformidad con la ordenación urbanística ha de ser efectiva y actual, no futura, que dependa de instrumentos futuros, como Planes Especiales, Expropiación, Estudios de Detalle, etc., porque serán estos medios y no la declaración de ruina, los procedentes, por eso la sentencia dicha de 13 diciembre 1965, desestima la pretensión de declaración de "ruina urbanística", porque aun estando por expropiación en virtud del Plan General, esta afección, en cuanto solo habría de materializarse en el futuro, es decir en el momento en que realmente se proceda a la actuación pertinente en la zona en cuestión, no es "presente" o actual, y por ello mismo, no es subsumible en el concepto de circunstancia urbanística que aconseje ahora la demolición" (125).

Y se califica de desorbitada porque, aun sabiendo de lo que está de fondo es la declaración de ruina -siempre traumática-, la disconformidad ha de establecerse con los instrumentos de planeamiento vigentes y no con el hecho de que

éstos se encuentren en ejecución efectiva. No puede mantenerse que la disconformidad con el planeamiento sólo puede ser aplicable, para apreciar la ruina urbanística, en los casos en que la destrucción de lo edificado resulte conforme y facilite las actuaciones que se estén llevando a cabo para lograr la plena efectividad del planeamiento vigente.

Sobre la aplicación del régimen de fuera de ordenación y en orden a determinar la disconformidad actual del ejercicio LASO MARTINEZ afirma:

"La aplicación surge por la aprobación definitiva del nuevo Plan, no antes de aquel momento; es decir, que la aprobación inicial, que según hemos visto puede ya provocar la suspensión de licencias de edificación, entendemos que no es bastante para que produzca, en cambio, por si misma la suspensión de las facultades que el artículo 60 detalla para los edificios dejados fuera de ordenación. Así debe entenderse por el inevitable criterio restrictivo con el que ha de ser interpretada la materia respecto de las edificaciones consolidadas y en cuanto a las facultades negadas por el artículo 60, que deben ser aplicadas tan sólo al momento posterior al de la aprobación definitiva"(126).

Para finalizar este epígrafe es necesario hacer referencia a la posibilidad de que el Plan en virtud del cual un edificio quede fuera de ordenación sea inadecuado o carezca de virtualidad para modificar al anterior o superior Plan en aspectos que determinen la disconformidad de un inmueble. En principio el criterio a seguir en este caso es que lo que es motivo de impugnación del Plan debe ser empleado con esta

finalidad, en el momento oportuno. Sin que quepa aducir este hecho -vigente al Plan- para invocar que un edificio disconforme con el mismo no está fuera de ordenación. Así lo afirma, con bastante fuerza la STS de 18.X.1983 (127) cuando dice:

"6º Que aunque el Plan de referencia hubiera de ser calificado de Plan parcial, sin más, que desarrollara inadecuadamente el Plan general, no por ello sería procedente la estimación de la demanda, ya que lo que sólo podría, en su caso, constituir motivo de impugnación del acto de aprobación de aquél, no puede convertirse en causa que justifique su incumplimiento o impida su aplicación una vez aprobado y publicado- la diligencia acordada y practicada para mejor proveer acredita que fue aprobado definitivamente con fecha 20 de septiembre 1963 y que la resolución aprobatoria fue publicada en el Boletín Oficial del Estado de 11 de octubre del mismo año-, toda vez que, conforme a los arts. 44 y 45 de la Ley del Suelo, los Planes, una vez publicada su aprobación definitiva, son inmediatamente ejecutivos y obligan tanto a los particulares como a la Administración."

V.6.- NATURALEZA JURIDICA DE LA IMPOSICION QUE SOPORTAN LOS EDIFICIOS FUERA DE ORDENACION.

A estas alturas se está en condiciones de aventurarse en el análisis de la naturaleza jurídica de la imposición que soportan los edificios fuera de ordenación. Se ha analizado la "ratio legis" del art. 60 LS tal y como es entendida por el TS: como medida que evita que, un edificio fuera de ordenación, prolongue su existencia más allá de lo que cabría esperar de él en el momento de la aprobación del Plan por el que deviene disconforme. Esto es: como medida que imposibilite el que la plena efectividad del Plan, en ese predio, se vea obstaculizada por actuaciones posteriores al momento de su aprobación. A la vez, el art. 60., en sentido positivo, articula un régimen por el que se regirá la vida de esa edificación hasta tanto no decaiga o no se ejecute el planeamiento. Es lo que hemos venido a llamar régimen de sustitución diferida. La idea es clara, el que un edificio quede fuera de ordenación no supone la condena automática de la edificación como bien económico-social. De esta forma se matizan las prohibiciones y las permisiones del art. 60 LS, llegando a acoger una interpretación amplia de ese precepto, en los términos que antes se han visto (128).

HERNANDEZ GIL al dar las notas de la evolución que ha sufrido el derecho de propiedad señala en quinto lugar el "Acoplamiento del derecho de propiedad a la naturaleza y situación de los diversos objetos: las propiedades especiales (intelectual, industrial, aguas y minas), antes excepcionales, ahora se multiplican (propiedad comerical, de la empresa, agraria, forestal, urbana...). (129)

ROCA ROCA afirma defendiendo la especialidad "En el concepto tradicional del derecho de propiedad es donde se puede apreciar con mayor claridad este impacto, pues frente a su carácter individualista se ha ido matizando el conepto por la finalidad social que, de manera especifica, se manifiesta en nuestro derecho positivo a través de la Ley del Suelo, para dar lugar al nacimiento de la "propiedad urbana" o "propiedad urbanistica", que surge como categoria juridica perfectamente diferenciada y distante del tradicional concepto de propiedad" (130). El mismo autor, en otro trabajo (131) habia afirmado con anterioridad que "la propiedad urbana, por esta función-social que ha de cumplir, se ve sometida a un conjunto de restricciones y limitaciones tipicamente de derecho público -y más concretamente de derecho administratrivo- que van desdibujando el concepto clásico y absolutista hasta el punto que se ha a decir que la propiedad urbana se está transformando en una propiedad especial".

LUQUE SEVILLA (132) afirma que "casi sin advertir, estamos asistiendo en nuestros dias a una nueva configuración de la figura clásica de nuestro derecho privado. Nos estamos refiriendo a lo que se ha venido en llamar "Función urbanistica de la propiedad". Nueva configuración que se ha visto reafirmada por la Reforma de la Ley del Suelo de 1975, por la práctica jurisprudencial y, singularmente, por la Constitución Española de 1978.

A raiz del art. 33 de la Constitución Española de 1978 GARRIDO FALLA afirma:

"La declaración constitucional relativa a la función social de la propiedad privada, cubre ampliamente cuantos casos de limitaciones a la propiedad privada conoce tradicionalmente el Derecho administrativo. (133) y "La función social de la propiedad se ha consustancializado ya hasta tal punto con la definición misma de lo que la propiedad privada sea, que las limitaciones que de ella derivan -a diferencia, por ejemplo, de las limitaciones de policía- toman un sentido positivo, de afectación o subordinación a los intereses generales." (134).

Cita de interés para el objeto de nuestro estudio sobre la que volveremos más adelante.

El mismo autor define el "régimen administratrivo de la propiedad privada" como el conjunto de "las instrucciones a través de las cuales se manifiesta la subordinación en que el derecho de propiedad se encuentra respecto del interés público (135) "Las aludidas instituciones no son de naturaleza jurídica homogénea. Por una parte, se integran en este régimen las limitaciones policiales de la propiedad; así mismo, entran aquí los diversos supuestos de prestaciones obligatorias "in natura" a favor de la Administración; finalmente,. éste es también el lugar en que deben ser estudiadas las servidumbres administrativas sobre bienes privados." (136)

Lo que ahora nos interesa es deslindar la naturaleza jurídica de la imposición que hace el art. 60 LS.

Para eso, resulta fundamental sabel cuál es el criterio delimitador entre servidumbre (137) y limitaciones policiales de

la propiedad. Siguiendo la argumentación de GARRIDO FALLA se observa como "La doctrina moderna, ahondando más sobre el problema, ha señalado, los siguientes rasgos característicos de la servidumbre administrativa que, al mismo tiempo, sirven a delimitar el concepto frente a las limitaciones policiales: 1º la servidumbre restringe, no tanto el contenido del derecho de propiedad, cuando su exclusividad, por lo que las facultades de la propiedad vienen a quedar divididas entre el propietario y el titular de la servidumbre; así es que, desde el punto de vista del propietario, la servidumbre consiste en un "soportar algo" "pati" (138). La servidumbre implica, por tanto, la sujeción parcial del bien privado a un uso por parte de la colectividad." (139)

"En las limitaciones, en cambio, el fin de utilidad pública se consigue sin necesidad de esta utilización efectiva del bien afectado" (140)

Esta distinción entre servidumbres administrativas y limitaciones policiales de la propiedad privada hace que GARRIDO FALLA incluya dentro de las limitaciones, con carácter general, las limitaciones por razón de urbanismo (141).

Dejamos aquí esta línea no sin antes señalar que las previsiones contenidas en el art. 60 LS tal y como son entendidas y aplicadas definene lo que Garrido Falla denominan "régimen jurídico-administrativo de la propiedad privada" de los edificios fuera de ordenación.

El art. 87.3 LS distingue, como hemos visto entre limitaciones y vinculaciones a la hora de hablar de un posible derecho a indemnización a favor de los propietarios que soportan las ordenaciones que el planeamiento impone.

Desgajando esa distinción del contexto de la problemática indemnizatoria debe referirse de nuevo el juicio de GARRIDO FALLA, según el cual "es posible avanzar en el análisis jurídico distinguiendo la limitación de la vinculación en función de la idea de afectación concreta de una bien a un fin determinado." (142).

"En efecto -continúa este mismo autor-, como consecuencia de esta afectación surgen una serie de limitaciones; pero éstas no se enumeran o establecen taxativamente en forma aprioristica, sino que serán las que derivan de la necesidad de asegurar la afectación del bien a su fin especifico. Si un plan urbanistico o una ordenanza municipal, por ejemplo, establecen que la altura de las edificaciones en determinado sector urbano no pueden exceder de cinco plantas, ésta es una limitación especifica que atañe a la propiedad urbana situada en dicho sector. Si, en cambio, un determinado edificio se declara monumento histórico-artistico, entonces lo que la Ley pretende es que siga siendo tal, lo que entraña una prohibición abstracta de hacer cualquier cosa concreta que modifique la referida afectación. En el primer caso cabe hablar de limitación, y segundo, de vinculación".

"En resumen, parece posible la distinción conceptual entre limitación y vinculación de la propiedad privada. La nota

especifica y diferenciadora se encuentra en la idea de afectación; la afectación, además, sustativiza el instituto al convertirse en la idea clave en función de la cual se justifican las concretas limitaciones que pesan sobre la propiedad vinculada. Si, por ejemplo, un plan de ordenación urbana determina -en aplicación de la idea, más o menos discutible, de mantener el equipamiento de una determinada zona urbana- que los edificios destinados a escuelas o colegios no podrán destinarse a finalidad distinta, resultaría difícil conocer de antemano cuáles son las "limitaciones negativas" que pesan sobre esta propiedad privada. Los propietarios pueden transmitir su propiedad y realizar en ella cuentas obras permitan con carácter general las ordenanzas municipales y el propio plan urbanístico vigente...; lo único que les estaría vedado sería destinar el edificio a un uso distinto del docente (143) (144).

Analizada la distinción entre limitaciones y vinculaciones en función de la idea de afectación, un estudio superficial del régimen de fuera de ordenación conduciría a concluir que las imposiciones del art. 60 LS deberían calificarse como limitaciones, dentro de este sistema. Otra solución -cabría pensar- resultaría más limitativa de los derechos de los particulares. Vinculación supondría un "plus" de prohibición sobre las taxativamente recogidas en el art. 60 LS.

Por otro lado, "cabe añadir que los supuestos de vinculación exigen un acto administrativo concreto declaratorio de la afectación del bien al fin que se trata de proteger."(145)

La subsunción de las imposiciones del art 60 LS dentro de

la categoría de meras limitaciones puede ser discutida en base a una serie de razones:

1.- El precepto no tiene un carácter exclusivamente negativo pues, junto a las prohibiciones, articula un régimen de sustitución diferida que supone una auténtica garantía para las particulares (146). El precepto prevee permisiones. Y prohibiciones como un todo. Admitir que sus imposiciones so meras limitaciones supondr a entender la permisión de realizar pequeñas reparaciones como mero complemento de las prohibiciones allí establecdias y esto cuando el art. 60 sitúa en plano de igualdad a una y a otras.

2.- La idea de vínculo no tiene por qué representar un aumento en la prohibición, simplemente señala una relación objeto-finalidad. En función de la finalidad la vinculación -por lo hasta aquí dicho determinada por la afectación-, representará para el objeto sobre el que recaiga, y para el titular del derecho que la soporte, mayor o menor posibilidad de actuación. Por otro lado no repugna la idea de un vínculo que estableciendo deberes de no hacer permita llevar a cabo cuanto no se oponga a la consecución de la finalidad para la que se establece.

3.- Si es cierto que el art. 60 lo que prevee son prohibiciones -y permisiones, no lo olvidemos- enumeradas taxativamente y de forma aprioristica, también lo es que, por un lado, una interpretación literal de las mismas haría ineficaz las finalidades del precepto al prohibir -prácticamente toda actuación sobre el edificio disconforme, resultando

contradictoria incluso con la autorización de realizar pequeñas reparaciones. Y por otro lado, el TS ha aplicado el articulo conforme a la "ratio legis" a la que repetidamente se ha hecho referencia. Aplicación que hace pensar más en la idea de vinculación de un edificio a un fin que en la idea de meras limitaciones de policia.

4.- Que cabria afirmar respecto a las imposiciones del art. 60 LS que "la afectación -la relación con el fin, en este caso, de no obstaculizar la efectividad del planeamiento- sustantiviza el instituto hasta convertirse en la idea clave en función de la cual se justifican las concretas limitaciones que pesan sobre la propiedad vinculada." (147)

5.- Si el ejemplo que antes veiamos del plan urbanistico o la ordenanza municipal que establecen una determinada altura para unas edificaciones podria ser válido como prototipo de mera limitación respecto de terrenos vacantes de edificación; también lo es que el caso de un edificio construido conforme al Plan vigente en ese momento y que luego deviene disconforme es muy otro. Aqui estamos ante un derecho patrimonializado que ha producido un todo que, al devenir disconforme queda, en su totalidad -no es redundancia- sometido a la plena realización del Plan sobre el terrenc que ocupa.

6.- Que no repugna, en este caso, la idea de vinculación, desprovista de un acto concreto -individualizado- declaratorio de la afectación de un bien -edificicación en este caso- al fin que se trata de garantizar- no interrupir en la efectividad del Plan-. Y esto porque la imposición que soportan los titulares de

edificios fuera de ordenación no entraña la atribución de cargas positivas que conlleven deberes de hacer (148). Por otro lado la declaración de afectación, del dominio público artificial, que requiere un acto de afectación singular, supone el destino del bien a un uso o servicio público, cosa que aquí no se da. Esta idea de vinculación sin acto declaratorio de afectación matiza el alcance de estos vocablos para lo que, de aquí en adelante se dirá. (149)

7.- En la medida en que se flexibilice la interpretación y aplicación del art. 60 L.S. el régimen de fuera de ordenación tendrá más de contenido genérico en función del fin para el que se establece que de limitaciones tasadas. Sin perjuicio de que existan prohibiciones concretas y de que no se prohiba más allá de lo allí previsto cabe hablar de vinculación como idea que matiza el límite adaptándolo a la finalidad que se persigue.

Por todo lo dicho parece más adecuado pensar, en el marco de la delimitación conceptual aquí planteada, que el régimen de fuera de ordenación establece una vinculación de los edificios sobre los que recae el fin de no entorpecer la consecución de la plena efectividad del Plan sobre el terreno sobre el que se asientan. Vinculación de carácter positivo en tanto que matiza la aplicación de las prohibiciones establecidas en el art. 60 de la L.S. permitiendo las actuaciones compatibles con la finalidad del precepto. Prohibiciones que representarán el límite máximo admisible de restricción de los derechos de conservación de los titulares de edificios fuera de ordenación.

La "ratio legis" del art. 60 L.S. dada su especial fuerza, por encima de las concretas prohibiciones liga al edificio fuera de ordenación a un fin determinado creando una vinculación a la que cabria calificar "de disconformidad". Se trataria de una vinculación peculiar que, al no establecer cargas positivas ni requerir acto declaratorio la afectación, quedaria en un lugar intermedio "tertium genus" entre las meras limitaciones y las vinculaciones propiamente dichas.

La idea de vinculación propuesta cuadra con la formulada por los profesores GOMEZ FERRER y BASSOLS COMA en su ponencia presentada al V Congreso de la Asociación Italo-Española de Profesores de Derecho Administrativo. Allí se propone la siguiente formulación. "Los vinculos o vinculaciones representan las obligaciones o deberes inherentes al derecho de propiedad, impuestas por la Ley que habilita la planificación, y que cada plan en concreto actualiza en un momento determinado. La naturaleza jurídica de estas vinculaciones es la de auténticas cargas reales ex lege, de origen administrativo, que gravan la propiedad con independencia de su titular, o, mejor dicho, al margen de cualquiera que sea su titular." (150).

Si llegáramos a admitir tal concepto de vinculo sería posible retomar la diferenciación antes hecha entre limitaciones policiales y servidumbres administrativas a que nos hemos referido al comienzo de este epígrafe. Allí se daban como notas propias de las servidumbres administrativas la división de las facultades dominicales entre el propitario y el titular de la servidumbre, que requería por parte del primero un "soportar algo" un "non facere", implicando sujección parcial de un bien a

un uso por parte de la colectividad; a diferencia de las limiticaciones que se caracterizaban por conseguir la utilidad pública sin necesidad de esa utilización efectiva del bien afectado.

Si se admiten, siguiendo a GIROLA en Derecho Administrativo categorías de Derecho privado cuyos rasgos son comunes a instituciones de aquél Derecho, parece evidente que sería posible admitir la existencia, en Derecho Administrativo, de servidumbres del tipo recogido en los art. 530 y 531 del código civil (151). Ahora bien, estas servidumbres pueden ser aparentes o no aparentes. Las primeras se anuncian y están continuamente a la vista por signos externos que revelan uso y aprovechamiento de las mismas (art. 532 Código Civil), las segundas no presentan indicio alguno exterior de su existencia. Pueden ser así mismo positivas o negativas; las primeras imponen al dueño del medio sirviente obligación de dejar hacer alguna cosa, o de hacerla por sí mismo; las segundas prohiben al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre (art. 533 Código Civil).

La misma razón que permitiría la aplicación, al Derecho Administrativo, de categorías del Derecho Civil, y en concreto de la servidumbre; es la que avalaría la posibilidad de la existencia de servidumbres no aparentes y negativas en Derecho Administrativo.

De esta forma, con todos estos presupuestos cabría calificar el mandato del art. 60. L.S. como de vinculación que supone una servidumbre administrativa, no aparente y negativa

que conlleva una auténtica carga real establecida por la Ley que habilita la planificación y que cada plan actualiza en un momento determinado. Vinculación de contenido positivo al permitir todas aquellas actuaciones compatibles con la finalidad para la que se establece el vínculo (151).

Se prefiere, sin embargo, dejar de lado el término "servidumbre", habida cuenta del creciente desuso que padece esta institución en el ámbito del derecho privado; para acoger el concepto de limitación estatutaria.

GOMEZ FERRER y MARTIN BASSOLS dan una configuración amplia de la vinculación como expresión de la "situación de sujeción o de deber de la propiedad frente a los planes y sus instrumentos de actuación, sujeción que se materializará sucesivamente en una pluralidad de comportamientos que el propio Plan irá concretando y definiendo a través de su realización".

Sucesivamente aproximan la idea de vinculación a la de "vinculo, gravamen o cargas que se proyecta sobre la propiedad. De la misma forma que de la idea abstracta del deber surge o deviene el concepto de obligación, cabe análogamente considerar que de la vinculación genérica derivan vínculos o vinculaciones concretas, cuya estructura morfológica es parecida a las llamadas cargas o gravámenes reales, que se imponen sobre un fundo para asegurar el cumplimiento de determinadas obligaciones legalmente impuestas al propietario" (152).

El tipo de vinculación "sui géneris" que aquí proponemos cuadraría igualmente con este concepto, No así con el formulado

por LASO MARTINEZ quien en su Derecho Urbanistico acota las circunstancias que deben comportar las vinculaciones (153).

"1.- Su carácter singular. Esto es, no entrañan verdaderas vinculaciones las medidas de carácter general que afectan a zonas enteras de la ciudad, sino las que se refieren a restricciones individualizadas de determinados bienes.

Por esta razón debe considerarse desnaturalizada la aplicación del régimen jurídico de la Ley del Patrimonio Histórico-artístico de 1933, predicable de elementos aislados o conjuntos también aislados, cuando se extiende a partes enteras de la ciudad, lo cual representa la pérdida del sentido originario de la catalogación individual de determinados bienes. La aplicación a toda la ciudad require un nuevo concepto jurídico que debe ser objeto de tratamiento legal separado, como afirma Tomás Ramón Fernández (154).

2.- La vinculación se manifiesta a través de una doble alternativa: de uso o de destino. Es decir, el contenido de la vinculación se manifiesta a través de una concreción en los usos específicos de determinados bienes, en cuanto impliquen una utilización pública de los mismos, aunque puede ser lucrativa. No es vinculación por eso, en sentido estricto, la mera calificación de los Planes de zonas industriales, comerciales o de oficinas, por ejemplo. Sí lo es, en cambio, la creación de zonas de instituciones públicas para el uso común, aunque la prestación del servicio sea retribuido. Son vinculaciones de destino aquellas, en cambio, que no se refieren esencialmente a una utilización del suelo y de las edificaciones, sino a la

imposibilidad de su utilización con fines de construcción, estando prevista la transición al dominio público.

3.- Las vinculaciones de uso o de destino singulares no dan lugar por sí mismas y en principio a la creación de indemnización públicas, salvo que se adquieran por la comunidad en virtud de expropiación forzosa, o que no sea posible el traslado de la carga entre las propiedades beneficiadas por la vinculación.

Las manifestaciones que sobre vinculación pueden encontrarse dentro de nuestro Derecho positivo están recogidas fundamentalmente en los artículos 69 y 81.3 del Texto Refundido de la Ley."

Concepción esta válida para vinculaciones singulares. La unión de ambos términos se contempla en el art. 87.3 L.S. a efectos de posibilidad de otorgamiento de indemnizaciones; pero es una unión no necesaria a otros efectos. De otra forma: no toda vinculación -como no toda limitación es- ha de ser singular; sin perjuicio de que haya de serlo para que se dé uno de los requisitos exigidos por el art. 87.3 L.S. para la concesión de indemnizaciones (155).

Desde otra perspectiva completamente distinta GARCIA de ENTERRIA (156) se pregunta: "¿Estamos en presencia de un sistema de limitaciones administrativas del tipo tradicional, aunque más o menos sofisticadoo Parece evidente que no. No se trata de un fenómeno de restricción o comprensión de un determinado contenido previo de los derechos privados, o de una libertad de

principio, sino de algo en esencia diverso (y aquí el "salto dialéctico" de que antes hablamos), de un verdadero supuesto de delimitación o definición del contenido normal y ordinario de tales derechos, realizada libremente por la Administración desde la estimación por ella del modelo urbano que el Plan realiza por razones de puro interés colectivo. Es la propia LS la que, certeramente, lo afirma en su artículo 76: "las facultades del derecho de propiedad se ejercerán dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en esta Ley, o, en virtud de la misma, por los Planes de Ordenación, con arreglo a la calificación urbanística de los predios". Y aún más rigurosamente en el art. 87.1: "La ordenación del uso de los terrenos y construcciones... definen el contenido normal de la propiedad según su calificación urbanística", razón por la cual, sea el que sea el resultado de esa ordenación, "no conferirá derecho a los propietarios a exigir indemnización" -sin perjuicio de las técnicas redistributivas de beneficios y cargas del planeamiento que no corresponde estudiar, en este lugar-.

La delimitación de un derecho es, en efecto, fijar su "contenido normal", señalar límites o fronteras a su extensión, que no puede ser nunca ilimitada, por el contrario, la limitación de un derecho opera sobre este contenido normal, para restringir sus posibilidades de ejercicio".

Esta "técnica de la configuración por la Administración del contenido normal de derechos privados (no ya su limitación, que opera sobre el ejercicio del derecho y no sobre su contenido, según nos es ya conocido)" es posible "en virtud, naturalmente, de una habilitación legal explícita que a ello le

autorice"; así se consigue ese "grado de intensidad superior de la intervención administrativa" (157) (158) (159).

En este caso -continuando con el mismo autor- "la Administración no se encuentra con situaciones jurídicas previas: las crea, las configura, las delimita. No puede hablarse, por ello, de una actividad de limitación de derechos, que por fuerza presupone su existencia previa y su contenido "normal" sino de algo en esencia distinto, de una "delimitación" originaria de los mismos, que surgen como tales, originariamente, de la acción administrativa. La delimitación señala el contenido normal de los derechos, sus fronteras o límites (pues no hay ningún derecho ilimitado).

La doctrina alemana ya desde GIERKE distinguió lúcidamente, a propósito del régimen de la propiedad, entre Eigentumsbegrenzung, delimitación de la propiedad, que define su contenido normal, y Eigentumsbeschr nkungen, limitaciones de la propiedad, por reducción o compresión de ese contenido normal. La distinción que aquí proponemos está en esta misma línea, sólo que funcionalizada en otra dirección, la de la actuación administrativa directa, y no limitada tampoco al régimen de la propiedad." (160) (161).

Un punto que, en el caso que estamos tratando, no es posible admitir es la inexistencia de situaciones jurídicas previas o, mejor que el Plan cree, configure y delimite "ex novo" los derechos de los propietarios de edificios que, tras la aprobación de ese instrumento de planeamiento, queden fuera de ordenación.

Y esto porque estamos ante un derecho ya patrimonializado. No es el de los propietarios de edificios fuera de ordenación un "ius aedificandi" cuyo contenido podría venir dado por el Plan con independencia o, sin consideración de posibles derechos previos de los titulares de fundos vacantes de edificación. El derecho de los propietarios, en nuestro caso, es derecho a lo ya edificado conforme a una legalidad previa -en muchos supuestos- definida por un Plan urbanistico de iguales caracteristicas al que, ahora, convierte la edificación en disconforme.

En el caso que ahora se trata, se está claramente, ante una compresión del contenido normal de la propiedad más que ante una delimitación.

MONTORO CHINER se plantea "si existen derechos de propiedad sobre el suelo a priori o previos al planeamiento, o bien, si cualquiera que fuese el tipo de derecho y para la categoria de bienes de que se trate, se conforman y ven su existencia con y a través del planeamiento. En resumen, se configuran con él.

La respuesta que encontremos es trascendental para este estudio, por cuanto que si el planeamiento opera sobre unos derechos existentes, o llenos de un cortenido que procede a mutilar en aras de un interés colectivo, evidentemente se estará produciendo una lesión singular que no debe de soportarse sin indemnización; pero si por el contrario, el planeamiento configura, viste y mantiene el derecho de propiedad sobre el suelo, no hay anulación ni recorte de facultades que hacer

valer, y por ello, precisamente por ello, no hay lesión singular. Esta es creemos, la respuesta que habria de darse a la aparición del primer planeamiento sobre los derechos de propiedad sobre el suelo. No será, sin embargo, ésta la respuesta a los efectos de una modificación o revisión de ese planeamiento posiblemente, porque un segundo planeamiento sobre derechos que ya el primero ha delimitado, producirá bien distintos efectos." (162).

Esta respuesta distinta a la cuestión planteada según se trate de primer planeamiento o de sucesivas modificaciones o revisiones, aún cuando prevista la resolución de un problema distinto al nuestro, puede ser aquí, ilustrativa.

En nuestro caso, parece evidente que el modo en que los Planes definen el contenido normal de la propiedad -según expresión del art. 87.1. LS- es distinto según se trate de suelo en el que el derecho a edificar se haya previamente consolidado conforme a la legalidad entonces vigente (164) (165).

¿Y cómo, en este segundo caso, definen los Planes el contenido normal de la propiedado Mediante la claúsula contenida en el art. 60 LS estableciendo una serie de imposiciones a los titulares de los edificios fuera de ordenación. De este modo volveriamos a la pregunta inicial de cuál es la naturaleza jurídica de estas imposiciones ya que las mismas suponen un régimen transitorio que, aunque convierte en claudicante el derecho del propietario a su edificación, no afecta el núcleo de facultades esenciales que comporta el derecho de propiedad, en tanto no se ejecute el Plan.