

EL FOMENTO DE LAS BUENAS PRÁCTICAS ADMINISTRATIVAS EN LA NUEVA LEY DE SUELO Y OTRAS NORMAS ESTATALES RECIENTES

Ángel MENÉNDEZ REXACH

SUMARIO: I. Reflexiones introductorias sobre el concepto de corrupción.–II. La «buena administración» como antídoto a la «corrupción»: A) El derecho a una buena administración en la normativa europea. B) El Libro Blanco de la Gobernanza Europea. C) Principios de buena administración en el ordenamiento español. D) El código de conducta de los empleados públicos.–III. La definición del estatuto del ciudadano y las pautas para un desarrollo territorial y urbano sostenible en la nueva Ley Estatal de Suelo. Su reflejo en la legislación autonómica: A) Objetivos generales de la nueva Ley de Suelo. B) La ordenación territorial y urbanística como funciones públicas orientadas al desarrollo sostenible. C) El desarrollo sostenible del medio rural. D) Garantía del suministro de agua. E) El estatuto del ciudadano: transparencia y participación. F) Convenios.–IV. Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público con incidencia en el urbanismo.–V. Modificaciones de la Ley de Bases de Régimen Local.–VI. Consecuencias de la inactividad en la impugnación de disposiciones y actos de otras entidades: la posible responsabilidad solidaria: A) ¿Hay un deber de impugnar las actuaciones de otras entidades que se consideren ilegales? B) Posible responsabilidad solidaria derivada de la falta de impugnación.–VII. Apunte final.

I. REFLEXIONES INTRODUCTORIAS SOBRE EL CONCEPTO DE CORRUPCIÓN

SEGÚN el DRAE, corrupción es, ante todo, «acción y efecto de corromper o corromperse», lo que pone de relieve que hay un sujeto activo y otro pasivo. «Corromper» tiene varias acepciones, entre las que aquí interesa retener: 1) «alterar y trastocar la forma de alguna cosa»; 2) «echar a perder, depravar, dañar, podrir»; 3) «sobornar o cohechar al juez, o a cualquier persona, con dádivas o de otra manera». Esta última acepción es la más evidente, por extendida, en el ámbito jurídico. Pero no hay que olvidar las dos primeras, que apuntan con mayor precisión a la raíz del concepto. En el precedente latino «corrumpo» está muy claro este significado destructivo. Corromper es, primariamente, destruir, echar a perder algo porque se altera o se falsea. Que se alcance ese resultado mediante dádivas o sobornos es instrumental. Lo sustantivo es que la corrupción destruye el tejido social, porque altera, pervierte o desnaturaliza las pautas de comportamiento.

Lógicamente, bajo este concepto de «corrupción» pueden agruparse distintos tipos de conductas. En un informe reciente, elaborado por la Fundación Alternativas, bajo la dirección de Felipe Iglesias (1), se distinguen cuatro supuestos en el ámbito que podríamos denominar «institucional» o político-administrativo:

a) quiebra de normas legales con beneficio directo para el político o burócrata correspondiente. Se trata del tipo más comúnmente considerado como corrupción y tiene un reflejo penal claro (prevaricación, cohecho, malversación de caudales públicos);

b) quiebra de normas legales con beneficio indirecto para el político o burócrata correspondiente. Los supuestos más usuales consisten en la aplicación incorrecta de las normas de contratación o de otorgamiento de subvenciones para favorecer a determinados grupos o entidades (típicamente, financiación ilegal de partidos políticos, pero también trato de favor a empresas «familiares» o afines);

c) quiebra de normas éticas socialmente aceptadas con beneficio directo para el corrupto. El caso típico es la utilización del cargo público para obtener determinados beneficios (crédito en condiciones privilegiadas, invitaciones a viajes, comidas, regalos, etc.), y

d) quiebra de normas éticas socialmente aceptadas con beneficio indirecto para el corrupto. Este es el caso de más difícil control, porque el comportamiento es impecable, a primera vista, es decir ajustado a la legalidad, pero en el fondo tiene a favorecer a determinadas organizaciones, grupos o personas físicas.

Sin necesidad de entrar aquí en la crítica de esta tipología, resulta útil en cuanto pone de relieve que las conductas corruptas más evidentes (y graves) son, normalmente, ilegales, si bien puede haber otras que sean legales, aunque moralmente censurables, suscitándose en este caso la conveniencia de su ilegalización.

A mi juicio, la clave de la corrupción está en la posibilidad de obtener un lucro desorbitado con muy poco esfuerzo y en muy poco tiempo (por obra y gracia de la varita mágica del plan). De ahí que se haya señalado como una de las causas directas de la corrupción la excesiva discrecionalidad municipal en la formulación y alteración del planeamiento y la ausencia de controles efectivos sobre la aprobación de estos instrumentos, debida a una interpretación excesiva de la autonomía municipal (2). Sin embargo, también es cierto que en muchas ocasiones esos controles no han funcionado adecuadamente, porque las Comunidades Autónomas no han querido hacer uso de ellos o, sencillamente, porque estaban de acuerdo con las

(1) «Urbanismo y democracia. Alternativas para evitar la corrupción», Madrid, 2007.

(2) En este sentido, B. LOZANO CUTANDA, «Urbanismo y corrupción: algunas reflexiones desde el Derecho Administrativo», en *RAP* núm. 172 (enero-abril 2007), pp. 341-343. Sin embargo, creo que hay que matizar la tesis de que el control por las Comunidades Autónomas se haya debilitado por la interpretación jurisprudencial (restrictiva) de sus facultades de control en la fase de aprobación definitiva. Las CCAA podían haber sido mucho más beligerantes frente al «arbitrismo» municipal y haber utilizado sus competencias de ordenación territorial con mucha más intensidad, como han hecho en algunos casos. La propia autora señala, con toda la razón, que en la legislación autonómica hay «múltiples instrumentos jurídicos para ejercer un control supramunicipal, y que allí donde no existen pueden establecerse por dicha legislación». Otra cuestión es que «no concorra en muchos casos la voluntad política necesaria para introducirlos o aplicarlos eficazmente» (p. 345). El «Manhattan de Seseña» (y tantas otras barbaridades) no ha sido producto sólo de la alianza municipal con un promotor de fortuna, sino que cuenta con todas las bendiciones de la Administración castellano-manchega, encantada, seguramente, de beneficiarse de la irradiación urbanizadora de Madrid.

propuestas desarrollistas municipales. Por otra parte, muchas de ellas tampoco se han preocupado (o han tardado demasiado en hacerlo) por establecer unas pautas de ordenación territorial que sirvieran de referencia al planeamiento municipal y acotaran la discrecionalidad de estos instrumentos.

El desarrollo urbanístico ilimitado beneficia a muchos (propietarios de suelo, promotores, constructores, ayuntamientos, profesionales y trabajadores vinculados al sector). Por eso hay una gran tolerancia social, benevolencia, incluso, ante las pautas de actuación que genera orientadas hacia la consecución del máximo lucro y los efectos perjudiciales para el medio ambiente (destrucción del paisaje, ruido, vertidos, etc.). Este modelo desarrollista a ultranza puede ser rechazable, por insostenible, pero no es necesariamente corrupto. La corrupción empieza cuando se infringe la ley o se abusa del cargo para obtener un beneficio (personal, para el partido u otro colectivo). No obstante, como ya hemos apuntado, también se pueden considerar corruptas conductas plenamente legales, pero moralmente censurables, en cuanto incentivan la obtención del máximo beneficio con el mínimo esfuerzo. Ese «clima» social bien puede ser caldo de cultivo de la corrupción.

II. LA «BUENA ADMINISTRACIÓN» COMO ANTÍDOTO A LA «CORRUPCIÓN»

A) EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LA NORMATIVA EUROPEA

La otra cara de la moneda de la corrupción son las «buenas prácticas». Con ellas se pretende no tanto reprimir la corrupción como prevenirla. El «deber de buena administración» es el correlato del derecho a ella reconocido en la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, según la cual *«toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable»* (art. 41.1). En particular, este derecho incluye: *a)* la audiencia antes de que se adopte una medida individual desfavorable; *b)* el acceso a los expedientes que le afecten; *c)* la obligación de la Administración de motivar sus decisiones (art. 41.2).

El Código Europeo de Buena Conducta Administrativa (3), elaborado por el Defensor del Pueblo Europeo y aprobado por el Parlamento Europeo el 6 de junio de 2001, se propone concretar el significado práctico del derecho a una buena administración en las relaciones de los ciudadanos con las instituciones europeas. En lo que aquí interesa, hay que destacar la inclusión de los principios de igualdad, proporcionalidad, ausencia de abuso de poder, imparcialidad e independencia (4)

(3) Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2005.

(4) El artículo 8.2 establece que: «1. El funcionario será imparcial e independiente. El funcionario se abstendrá de toda acción arbitraria que afecte adversamente a los miembros del público, así como de cualquier trato preferente por cualesquiera motivos. 2. La conducta del funcionario nunca estará guiada por intereses personales, familiares o nacionales, ni por presiones políticas. El funcionario no participará en una decisión en la que él mismo, o un familiar cercano, tenga intereses económicos».

y objetividad (5), así como la coherencia con la práctica administrativa de la institución, de la que los funcionarios sólo se deben apartar motivadamente, en cuanto esa práctica crea una expectativa legítima y razonable de actuación en un determinado sentido, que la Administración debe respetar. También se establece un deber de asesoramiento por parte de los funcionarios, cuyo alcance habría que acotar para evitar abusos (6). Aunque tenga las apariencias de lo que ahora se denomina «soft law», este Código nace con la vocación de contribuir a la construcción de un Derecho Administrativo Europeo y, por tanto, habrá de informar también el desarrollo del derecho a una buena administración en el ámbito interno de cada Estado (7).

B) EL LIBRO BLANCO DE LA GOBERNANZA EUROPEA

En el ámbito europeo la preocupación por mejorar las pautas de actuación de las Instituciones se refleja en el Libro Blanco de la Gobernanza Europea (COM 2002, 428 final), al que vale la pena hacer una sucinta referencia.

Según este Libro Blanco, hay cinco principios clave para una buena gobernanza, (pp. 10-11): apertura, participación, responsabilidad, eficacia y coherencia (8). «Cada uno de estos principios es importante en sí mismo. Pero no pueden ponerse

(5) El principio de objetividad se establece en los siguientes términos (art. 9): «Al adoptar decisiones, el funcionario tendrá en cuenta los factores relevantes y otorgará a cada uno de los mismos su propia importancia en la decisión, excluyendo de su consideración todo elemento irrelevante.»

(6) Artículo 10.3: «Si fuera necesario, el funcionario asesorará al público sobre cómo debe presentarse un asunto que entra dentro de su ámbito de competencia, así como sobre el modo en que se debe actuar mientras se trate ese asunto.»

(7) Como ha señalado SCHMIDT-ASSMANN «no se puede predecir si el derecho a una buena administración podría convertirse en el eje o en la columna vertebral de una futura codificación de la Parte General del Derecho Administrativo de la Administración de la Unión, habida cuenta de la notable resistencia y críticas que levanta cualquier género de codificación», pero sí resulta indicativo de que «se ha extendido en la Unión Europea el reconocimiento general de que el Derecho Administrativo debe construirse sobre los fundamentos esenciales de la cláusula del estado de Derecho». En la obra colectiva *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, J. BARNES editor, Editorial Derecho Global, Sevilla 2006, p. 116-117.

(8) «Apertura. Las Instituciones deberían trabajar de una forma más abierta. Junto con los Estados miembros, deberían desarrollar una comunicación más activa sobre la labor de la UE y sobre las decisiones que ésta adopta. Deberían asimismo utilizar un lenguaje que resultara accesible para el público en general. Este aspecto reviste una especial importancia si se quiere fomentar la confianza en unas instituciones de por sí complejas.

Participación. La calidad, la pertinencia y la eficacia de las políticas de la Unión implican una amplia participación de los ciudadanos en todas y cada una de las distintas fases del proceso, desde la concepción hasta la aplicación de las políticas. Una participación reforzada debería generar una mayor confianza en los resultados finales y en las Instituciones de las que emanan las políticas. La participación depende esencialmente de la adopción de un enfoque integrador de este tipo por parte de las Administraciones centrales en la concepción y aplicación de las políticas de la UE.

Responsabilidad. Es preciso clarificar el papel de cada uno en los procesos legislativo y ejecutivo. Cada una de las Instituciones de la UE debe explicar su acción en Europa y asumir la responsabilidad que le incumbe. Pero también se precisa una mayor claridad y una mayor responsabilización de los Estados miembros y de todos los agentes que participan en el desarrollo y aplicación de las políticas de la UE en los distintos niveles.

Eficacia. Las medidas deben ser eficaces y oportunas, y producir los resultados buscados sobre la base de unos objetivos claros, de una evaluación de su futuro impacto y, en su caso, de la experiencia

en práctica mediante acciones separadas. Las políticas ya no pueden resultar eficaces si no se elaboran y aplican de una forma más integradora».

«*Mutatis mutandis*», estos principios son plenamente aplicables en el ámbito interno de cada Estado. Dada la distribución de las competencias con incidencia territorial es imprescindible coordinar las políticas respectivas para garantizar su coherencia. El Libro Blanco subraya esta necesidad, bajo el rótulo «Coherencia general de las políticas», en los siguientes términos (p. 15):

«Deberá tenerse en cuenta el impacto territorial de las políticas comunitarias en ámbitos tales como el transporte, la energía o el medio ambiente. Estas políticas deben formar parte de un todo coherente. Tal y como se precisa en el segundo Informe sobre la Cohesión, es preciso evitar una lógica demasiado sectorial. Del mismo modo, las decisiones adoptadas a nivel regional o local deberían ser compatibles con un abanico más amplio de principios que cimentaran una ordenación más sostenible y equilibrada del territorio en la Unión. La Comisión tiene la intención de aprovechar este diálogo reforzado con los Estados miembros, sus regiones y ciudades, para elaborar indicadores que permitan detectar los ámbitos en que aún se precisa una mayor coherencia. Se basará para ello en los trabajos existentes, tales como la *Perspectiva del Desarrollo Territorial Europeo* adoptada en 1999 por los Ministros encargados de la ordenación del territorio. Esta promoción de una mayor coherencia entre las medidas de ordenación territorial a distintos niveles debería asimismo contribuir a la revisión de las políticas en el marco de la Estrategia de Desarrollo Sostenible.»

Aplicado al ámbito interno español, este enfoque integrador refuerza el papel de la ordenación del territorio, función pública con un significado claramente coordinador, que debe tomar en consideración todas las actuaciones con incidencia territorial, incluso las de competencia estatal, como ha declarado reiteradamente el TC, subrayando la necesidad de articular las competencias autonómicas con las estatales mediante los mecanismos de cooperación pertinentes, sin perjuicio de que se imponga la competencia prevalente en caso de discrepancia.

Otro de los objetivos del Libro Blanco es «*reforzar la confianza pública en la utilización del conocimiento de los expertos por parte de los responsables políticos. El sistema de expertos multidisciplinario de la Unión Europea estará sujeto a un mayor grado de examen y debate públicos. Esto es necesario si se quiere dar respuesta a los retos, riesgos y problemas éticos planteados por la ciencia y la tecnología*» (p. 38). Esto es importante, porque, por una parte, uno de los problemas de la Administración española (en todas las esferas territoriales, pero sobre todo en las inferiores) es su descapitalización y, por otro, es absolutamente razonable que las organizaciones públicas requieran el apoyo de expertos en el los proce-

acumulada. La eficacia requiere también que la aplicación de las políticas de la UE sea proporcionada y que las decisiones se tomen al nivel más apropiado.

Coherencia. Las políticas desarrolladas y las acciones emprendidas deben ser coherentes y fácilmente comprensibles. La necesidad de coherencia de la Unión es cada vez mayor: sus tareas son cada vez más complejas y la ampliación aumentará la diversidad; desafíos tales como el del cambio climático o la evolución demográfica rebasan las fronteras de las políticas sectoriales que han cimentado la construcción de la Unión; las autoridades regionales y locales están cada vez más implicadas en las políticas comunitarias. La coherencia requiere un liderazgo político y un firme compromiso por parte de las Instituciones con vistas a garantizar un enfoque coherente dentro de un sistema complejo».

sos de toma de decisiones. La falta o insuficiencia de expertos propios induce a entregar muchas iniciativas y decisiones a los consultores externos, que exceden así abiertamente su función asesora para convertirse en protagonistas. El apoyo técnico externo es imprescindible –y lo será seguramente cada vez más– pero no debe convertirse en cauce alternativo para la toma de decisiones por quienes están legitimados para ello, sino contribuir al funcionamiento adecuado de los cauces establecidos. Para ello es fundamental el reforzamiento de la participación ciudadana en esos procesos, ya que el conocimiento de lo que hacen los expertos y el diálogo con ellos acrecentará, sin duda, «*la confianza pública en la utilización del conocimiento de los expertos por parte de los responsables políticos*», como quiere el Libro Blanco en el párrafo antes transcrito.

Mayor importancia aún tiene la necesidad de reforzar la confianza pública en la actuación de los empleados públicos. En España, la reciente aprobación de un «código de conducta» para este amplio colectivo y, sobre todo, su aplicación efectiva, debería ser un factor decisivo para ello.

C) PRINCIPIOS DE BUENA ADMINISTRACIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

En el ordenamiento español, el deber de buena administración resulta de lo dispuesto en los artículos 9.3 (especialmente, principios de legalidad, publicidad e interdicción de la arbitrariedad), 103.1 CE (objetividad en la realización de los intereses generales, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho) y 105 (audiencia de los ciudadanos en la elaboración de disposiciones que les afecten, acceso a los archivos y registros administrativos y regulación legal del procedimiento como garantía) (9). La LRJPAC reitera lo dispuesto en el artículo 103.1 CE (art. 3.1), añadiendo que «*en sus relaciones con los ciudadanos las Administraciones públicas actúan de conformidad con los principios de transparencia y de participación*» (art. 3.5). Estos principios se concretan, en sustancia, en el catálogo de derechos de los ciudadanos contenido en el artículo 35, así como en la obligación de resolver que recae sobre la administración competente (art. 42), el mandato de impulsar el empleo y aplicación de las nuevas tecnologías (art. 45, derogado en gran parte por la reciente Ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos), la obligación de motivar (art. 54) y notificar (art. 58) o publicar (art. 60) sus actos, la celeridad e impulso de oficio de los procedimientos (art. 74) y la participación de los interesados en los trámites de audiencia (art. 84) e información pública (art. 86). Éstas son también las garantías procedimentales básicas que deben respetarse por los poderes públicos en sus relaciones con sus ciudadanos (10).

(9) Sobre esta cuestión, *vid.* J. PONCE SOLÉ, «Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad», *Lex Nova*, Valladolid 2001, especialmente pp. 213 y ss.

(10) Para más detalle, *cfr.* A. MENÉNDEZ REXACH, B. RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO y J. A. CHINCHILLA PEINADO, «Las garantías básicas del procedimiento administrativo», Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Centro de Estudios, Madrid 2005.

D) EL CÓDIGO DE CONDUCTA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

El nuevo Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril (BOE de 13 de abril), dedica su Título III a regular los «derechos y deberes» y el «código de conducta de los empleados públicos». Este «código de conducta», ligado, lógicamente, a los deberes, integra el Capítulo V del citado Título (artículo 52-54) y refleja, como era obligado, los principios constitucionales y legales de actuación de las Administraciones Públicas a que antes hemos hecho referencia. En él se reflejan también los principios del Código Europeo de Buena Conducta Administrativa. Según la E. de M. de la Ley, *«estas reglas se incluyen en el Estatuto con finalidad pedagógica y orientadora, pero también como límite de las actividades lícitas, cuya infracción puede tener consecuencias disciplinarias»*. No obstante, una autorizada opinión considera que este código de conducta, *«técnicamente poco depurado y algo repetitivo»*, tiene en el Estatuto Básico un *«valor informativo e interpretativo de las normas sobre el régimen disciplinario»* (11). A efectos de la presente Ponencia, interesa destacar los siguientes aspectos:

a) Los principios que lo inspiran son los de objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres. Estos principios y las reglas establecidas en este Capítulo informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos (art. 52).

b) La actuación de los empleados públicos perseguirá la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos y se fundamentará en consideraciones objetivas orientadas hacia la imparcialidad y el interés común, al margen de cualquier otro factor que exprese posiciones personales, familiares, corporativas, clientelares o cualesquiera otras que puedan colisionar con este principio (art. 53.2).

c) Su conducta se basará en el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas, evitando toda actuación que pueda producir discriminación alguna por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo, orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (art. 53.4).

d) Se abstendrán en aquellos asuntos en los que tengan un interés personal, así como de toda actividad privada o interés que pueda suponer un riesgo de plantear conflictos de intereses con su puesto público (art. 53.5). No contraerán obligaciones económicas ni intervendrán en operaciones financieras, obligaciones patrimoniales o negocios jurídicos con personas o entidades cuando pueda suponer un conflicto de intereses con las obligaciones de su puesto público (art. 53.6).

e) No aceptarán ningún trato de favor o situación que implique privilegio o ventaja injustificada, por parte de personas físicas o entidades privadas (art. 53.7).

(11) M. SÁNCHEZ MORÓN, «Consideraciones sobre el Estatuto Básico del Empleado Público», en «Justicia Administrativa», núm. 36, julio 2007, p. 18. El autor señala que estos códigos de conducta son *«característicos de sistemas en los que se produce un constante y habitual trasvase de empleados entre el sector público y el privado»*, pero que está por demostrar *«su eficacia en países con una tradición consolidada de función pública, que presupone ya un sistema de valores»*.

f) No influirán en la agilización o resolución de trámite o procedimiento administrativo sin justa causa y, en ningún caso, cuando ello comporte un privilegio en beneficio de los titulares de los cargos públicos o su entorno familiar y social inmediato o cuando suponga un menoscabo de los intereses de terceros (art. 53.9).

g) Ejercerán sus atribuciones según el principio de dedicación al servicio público absteniéndose no solo de conductas contrarias al mismo, sino también de cualesquiera otras que comprometan la neutralidad en el ejercicio de los servicios públicos (art. 53.11).

h) Guardarán secreto de las materias clasificadas u otras cuya difusión esté prohibida legalmente, y mantendrán la debida discreción sobre aquellos asuntos que conozcan por razón de su cargo, sin que puedan hacer uso de la información obtenida para beneficio propio o de terceros, o en perjuicio del interés público (art. 53.12).

i) Administrarán los recursos y bienes públicos con austeridad, y no utilizarán los mismos en provecho propio o de personas allegadas. Tendrán, asimismo, el deber de velar por su conservación (art. 54.5).

j) Se rechazará cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía, sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal (art. 54.6).

Estos principios y reglas tienen carácter «básico» y, por tanto, son de obligada observancia para todo el personal incluido en el ámbito de aplicación del Estatuto (disposición final primera). Marcan, pues, las pautas de actuación de todos los empleados públicos. Su incumplimiento se refleja en la tipificación de las faltas disciplinarias contenida en el artículo 95 (en especial, apartado 2, letras *d, e, h y j*), en cuyo estudio no es necesario entrar aquí.

III. LA DEFINICIÓN DEL ESTATUTO DEL CIUDADANO Y LAS PAUTAS PARA UN DESARROLLO TERRITORIAL Y URBANO SOSTENIBLE EN LA NUEVA LEY ESTATAL DE SUELO. SU REFLEJO EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

A) OBJETIVOS GENERALES DE LA NUEVA LEY DE SUELO

La Ley 8/2007, de 9 de marzo, persigue tres objetivos fundamentales, que se explican en el Preámbulo. El primero es formal y concierne a las premisas competenciales. Los otros dos son sustantivos. El objetivo formal es la plena asunción del carácter «no urbanístico» de la Ley, dictada en ejercicio de una serie de competencias estatales que tienen relación con el suelo, pero que no pertenecen al ámbito material del urbanismo. Ello lleva a revisar la terminología, eludiendo el empleo de conceptos y técnicas urbanísticas. Los objetivos sustantivos consisten, por un lado, en la pretensión de desarrollar el conjunto de principios y preceptos constitucionales que inciden sobre el suelo, superando la óptica tradicional centrada en la regulación del suelo desde el derecho de propiedad exclusivamente. Por otro, aunque desde la legislación estatal no se pueda imponer un determinado modelo urbanísti-

co, se pretende desplazar la tradicional concepción desarrollista impulsora de un crecimiento urbano ilimitado por otra que lo controle de acuerdo con el principio del desarrollo sostenible, poniendo más el acento en la regeneración de la ciudad existente.

En el primer aspecto, el legislador se propone regular «*las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales relacionados con el suelo en todo el territorio estatal*» (artículo 1º). Este objetivo se traduce en la definición de «tres estatutos subjetivos básicos»: *a)* el de ciudadanía; *b)* el régimen de la iniciativa privada para la actividad urbanística; *c)* el de la propiedad del suelo.

El segundo objetivo sustantivo se manifiesta especialmente en la afirmación del principio de desarrollo sostenible, que debe informar las políticas públicas relativas a la regulación y utilización del suelo. Ello supone un cambio sustancial de perspectiva frente a la Ley 6/1998, que había establecido una presunción favorable al carácter urbanizable del suelo (12). Ahora bien, la Ley estatal no impone un determinado modelo territorial al servicio del principio de desarrollo sostenible. Esto es competencia de la ordenación territorial y urbanística, que la nueva Ley configura como funciones públicas (artículo 3). Su regulación no compete al legislador estatal, ya que son materias de competencia autonómica exclusiva, pero la nueva Ley las caracteriza mediante cinco notas: *a)* no son «*susceptibles de transacción*»; *b)* determinan las facultades y deberes del derecho de propiedad, pero sin que esta determinación confiera derecho a indemnización; *c)* su ejercicio «*deberá ser motivado*»; *d)* la legislación autonómica que las regule debe satisfacer una serie de garantías mínimas; *e)* se debe fomentar la participación privada en la gestión pública urbanística.

Las garantías mínimas que debe respetar la legislación autonómica son las siguientes (art. 3.2): *a)* la dirección y el control por las Administraciones Públicas competentes del proceso urbanístico en sus fases de ocupación, urbanización, construcción o edificación y utilización del suelo por cualesquiera sujetos, públicos y privados; *b)* la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción de los entes públicos en los términos previstos por esta Ley y las demás que sean de aplicación; *c)* el derecho a la información de los ciudadanos y de las entidades representativas de los intereses afectados por los procesos urbanísticos, así

(12) En virtud del principio de desarrollo sostenible, las políticas públicas deben propiciar «*el uso racional de los recursos naturales armonizando los requerimientos de la economía, el empleo, la cohesión social, la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, la salud y la seguridad de las personas y la protección del medio ambiente, contribuyendo a la prevención y reducción de la contaminación, y procurando en particular:*

a) La eficacia de las medidas de conservación y mejora de la naturaleza, la flora y la fauna y de la protección del patrimonio cultural y del paisaje.

b) La protección, adecuada a su carácter, del medio rural y la preservación de los valores del suelo innecesario o inidóneo para atender las necesidades de transformación urbanística.

c) Un medio urbano en el que la ocupación del suelo sea eficiente, que esté suficientemente dotado por las infraestructuras y los servicios que le son propios y en el que los usos se combinen de forma funcional y se implanten efectivamente, cuando cumplan una función social.

La persecución de estos fines se adaptará a las peculiaridades que resulten del modelo territorial adoptado en cada caso por los poderes públicos competentes en materia de ordenación territorial y urbanística (art. 2.2)».

como la participación ciudadana en la ordenación y gestión urbanísticas. Estas garantías reflejan los principios generales de buena administración en el desempeño de estas funciones públicas (13). Pero la nueva Ley aporta también orientaciones sobre los fines que deben perseguir.

B) LA ORDENACIÓN TERRITORIAL Y URBANÍSTICA COMO FUNCIONES PÚBLICAS ORIENTADAS AL DESARROLLO SOSTENIBLE

Para la realización efectiva del principio de desarrollo territorial y urbano sostenible y los derechos y deberes enunciados en el Título I, se establecen unos criterios básicos de utilización del suelo (artículo 10), que son otros tantos mandatos dirigidos a las Administraciones Públicas competentes en materia de ordenación territorial y urbanística (14). El objetivo es, como ya hemos apuntado, establecer unos criterios de sostenibilidad que habrán de ser concretados en cada Comunidad Autónoma. Frente a la presunción favorable al suelo urbanizable de la Ley 6/1998, se intenta ahora controlar los nuevos desarrollos urbanos, que deberán estar justificados. Únicamente se deberá urbanizar *«el suelo preciso para satisfacer las necesidades que lo justifiquen»*, preservando el resto del suelo rural (art. 10.b). Para evitar alteraciones encubiertas del modelo territorial por la vía de sucesivas modificaciones puntuales, la legislación autonómica de ordenación territorial y urbanís-

(13) La consideración de la ordenación territorial y urbanística como funciones públicas no es una novedad, pues ya estaba, en otros términos, en la legislación estatal del suelo de 1976 y 1992, así como en la autonómica. La LS92 establecía que *«la dirección y control de la gestión urbanística corresponde, en todo caso, a la Administración urbanística competente»* (art. 4.1), regla que constituye un claro precedente del actual artículo 3.2.a) de la nueva Ley. La LS98, preocupada por potenciar la propiedad, no contenía un precepto semejante, dejando abierta la posibilidad tanto de gestión pública como privada, si bien la primera debía suscitar *«en la medida más amplia posible, la participación privada»* (art. 4.2), regla que se mantiene en el artículo 3.3 de la nueva Ley. Tanto la LS92 (art. 4.3) como la LS98 (art. 4.3) establecían el mandato de participación de los interesados en los procesos de planeamiento y gestión urbanística, en términos análogos a los que ahora figuran en el artículo 3.2.c) de la nueva Ley. Dicha participación incluye el derecho de iniciativa para la actividad de ejecución de la urbanización, conforme a lo previsto en el artículo 6.a).

(14) En concreto:

«a) Atribuir en dicha ordenación un destino que comporte o posibilite el paso de la situación de suelo rural a la de suelo urbanizado, mediante la urbanización, al suelo preciso para satisfacer las necesidades que lo justifiquen, impedir la especulación con él y preservar de la urbanización al resto del suelo rural.

b) Destinar suelo adecuado y suficiente para usos productivos y para uso residencial, con reserva en todo caso de una parte proporcionada a vivienda sujeta a un régimen de protección pública que, al menos, permita establecer su precio máximo en venta, alquiler u otras formas de acceso a la vivienda, como el derecho de superficie o la concesión administrativa. Esta reserva, como mínimo, comprenderá los terrenos necesarios para realizar el 30 por 100 de la edificabilidad residencial prevista por la ordenación urbanística en el suelo que vaya a ser incluido en actuaciones de urbanización. No obstante, dicha legislación podrá también fijar o permitir excepcionalmente una reserva inferior para determinados Municipios o actuaciones.

c) Atender, en la ordenación que hagan de los usos del suelo, a los principios de accesibilidad universal, de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, de movilidad, de eficiencia energética, de garantía de suministro de agua, de prevención de riesgos naturales y de accidentes graves, de prevención y protección contra la contaminación y limitación de sus consecuencias para la salud o el medio ambiente.»

tica deberá establecer «*en qué casos el impacto de una actuación de urbanización obliga a ejercer de forma plena la potestad de ordenación del municipio o del ámbito territorial superior en que se integre*» (art. 15.6). La propia Ley establece unos criterios mínimos de «sostenibilidad» para el caso de que la legislación autonómica no lo haga en el transcurso de un año desde la entrada en vigor de la Ley estatal: que la actuación conlleve, por sí misma o en unión de las aprobadas en los dos últimos años, un incremento superior al 20 por 100 de la población o de la superficie de suelo urbanizado del municipio o ámbito territorial (D. Transitoria Cuarta) (15).

Habida cuenta del escaso alcance de la competencia estatal para incidir sobre la definición del «modelo territorial», sería exagerado decir que nos encontramos ante un cambio de paradigma (del urbanismo desarrollista al urbanismo sostenible). El principio del desarrollo sostenible ya estaba en la mayor parte de las leyes autonómicas, algunas de las cuales lo derivaban directamente de la Constitución (arts. 45, 46 y 47) y, en algún caso, revestido de un cierto carácter taumatúrgico (16). Su recepción en la nueva Ley estatal no supone novedad sustancial en cuanto al significado y contenido de este principio. Sin embargo, al establecerse ahora vinculado a la competencia estatal en materia de medio ambiente y a la garantía de la igualdad de las condiciones básicas del ejercicio de los derechos y deberes constitucionales, deja de ser opcional para los legisladores autonómicos y los planificadores territoriales y urbanísticos. Unos y otros, al definir el «modelo territorial» respectivo, tendrán que respetar los contenidos básicos del principio de desarrollo territorial y urbano sostenible establecidos en la Ley estatal (17). Obviamente, el margen de maniobra es amplio, pues las exigencias de ese principio varían en cada territorio. Pero su observancia se debe acreditar ahora en la documentación de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística, como ya estableció la Ley 9/2006, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y

(15) En Cataluña, el Decreto Ley 1/2007, de 16 de octubre, en su artículo 13, añade un nuevo apartado 5 al artículo 93 del Texto refundido de la Ley de urbanismo, con la redacción siguiente: «En todo caso, constituye revisión del planeamiento general la adopción de nuevos criterios con respecto a la estructura general y orgánica o el modelo de ordenación o de clasificación del suelo preestablecidos, y también la alteración del planeamiento general vigente que consiste en la modificación de la clasificación del suelo no urbanizable y que comporta, por sí misma o conjuntamente con las modificaciones aprobadas en los tres años anteriores, un incremento superior al 20 por 100 de la suma de la superficie del suelo clasificado por el planeamiento general como suelo urbano y del clasificado como suelo urbanizable que ya disponga de las obras de urbanización ejecutadas. La adaptación del planeamiento general municipal a las determinaciones de los planes directores urbanísticos de delimitación y ordenación de áreas residenciales estratégicas a que hace referencia el apartado 1.f del artículo 56 no requiere en ningún caso la revisión del planeamiento general municipal.»

(16) Así, en la Ley vasca 6/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo, cuyo artículo 3 establece que «*El desarrollo sostenible procura a todas las personas el disfrute de la naturaleza y el paisaje así como del patrimonio cultural, arqueológico, histórico, artístico y arquitectónico*».

(17) En esa línea se situaba, con una formulación nada ambigua, la última de las recomendaciones del «Informe sobre suelo y urbanismo en España» (MOPTMA, Madrid, 1996), elaborado en 1995 por una Comisión de Expertos: «*El planeamiento urbanístico, especialmente en las áreas metropolitanas, debe plantear un modelo sostenible de utilización del territorio, a través de medidas que vinculen las implantaciones de usos singulares y los nuevos crecimientos a la disponibilidad de transporte colectivo, impidiendo, de tal forma, la formación de un modelo urbano que esté supeditado al vehículo privado y que, por lo tanto, conlleve costes energéticos y ambientales inaceptables, así como a través de medidas que limiten el impacto ambiental de la ocupación excesiva de suelos rústicos (...)*» (p. 221).

programas en el medio ambiente, que incorporó la Directiva 2001/42/CE (18). En coherencia con ella, a la que se remite, la nueva Ley de Suelo exige: *a)* la evaluación ambiental de los instrumentos de ordenación que estén sometidos a ella y puntualiza que el informe de sostenibilidad ambiental de dichos instrumentos «deberá incluir un mapa de riesgos naturales del ámbito objeto de ordenación» (art. 15.1 y 2); *b)* la inclusión de un informe o memoria de sostenibilidad económica en la documentación de los instrumentos que ordenen actuaciones de urbanización (art. 15.4); y *c)* un informe de seguimiento de la actividad de ejecución urbanística, que deberá considerar, al menos, la sostenibilidad ambiental y económica de las actuaciones en curso (art. 15.5) (19).

La nueva Ley manifiesta, asimismo, su preocupación por evitar que se pueda alterar sustancialmente la ordenación por vía de sucesivas modificaciones puntuales o de elementos. Para prevenir este resultado remite a la legislación autonómica la definición de los supuestos en que el impacto de una actuación urbanizadora obligue a la revisión del plan («*a ejercer de forma plena la potestad de ordenación del municipio o del ámbito territorial superior en que se integre*», como dice el artículo 15.6). Si la legislación autonómica no establece una regulación de esos supuestos en el plazo de un año, se aplicarán los criterios de la Transitoria Cuarta, de modo que la revisión será necesaria «*cuando la actuación conlleve, por sí misma o en unión de las aprobadas en los dos últimos años, un incremento superior al 20 por ciento de la población o de la superficie de suelo urbanizado del municipio o ámbito territorial*».

Algunas de las previsiones de la nueva Ley estatal se empiezan a reflejar ya en la legislación autonómica (20), en la que se observa también la tendencia a reforzar las facultades de control del ejercicio de las competencias municipales por la Administración regional. Sin pretensión exhaustiva, cabe destacar:

a) La exigencia de Avance (además de en los Planes Generales y en los de Sectorización) en las modificaciones puntuales que afecten a una superficie superior al 10 por 100 del Plan (art. 56.2 de la Ley del Suelo de Madrid, nueva redacción introducida por el art. 10 de la Ley 3/2007, de 26 de julio, de medidas urgentes de modernización del Gobierno y Administración de la CM).

(18) Sobre esta materia, es obligado remitir al excelente libro de M. M. CUYÁS PALAZÓN, «Urbanismo ambiental y evaluación estratégica», Atelier, Barcelona 2007.

(19) El Decreto Ley catalán 1/2007, de 16 de octubre, antes citado, incorpora (art. 12) la exigencia y el contenido de los tres informes previstos en la nueva Ley estatal.

(20) En Madrid, la Ley 3/2007, de 26 de julio, de medidas urgentes de modernización del Gobierno y Administración de la CM, ha introducido algunas novedades relevantes, inspiradas, según explica el Preámbulo, por «*la consideración de que en las cuestiones de política urbanística es imprescindible la máxima información y la más absoluta transparencia en todos los trámites administrativos (...) ya que el mejor conocimiento por parte de los vecinos de las políticas urbanísticas es la más sólida garantía para dar un impulso a la solución de la aspiración de todos los ciudadanos, especialmente, de los más jóvenes, a tener una vivienda*». Las medidas que se introducen con el fin de mejorar la transparencia son elogiadas, pero la explicación que da el Preámbulo en el párrafo transcrito es notoriamente insuficiente, en mi opinión. El mejor conocimiento por parte de los vecinos de las políticas urbanísticas es imprescindible no tanto para dar un impulso a la solución del problema de la vivienda (que no parece depender mucho de ese conocimiento) sino para que los vecinos puedan participar en la definición del modelo de ciudad en que van a vivir, que no puede ser sólo decisión de los responsables políticos ni de los técnicos.

b) La elaboración preceptiva de un Informe de Impacto Territorial sobre el Avance (art. 10 de la Ley 3/2007), que debe analizar la incidencia de éste sobre el municipio afectado y los colindantes, las dotaciones y equipamientos, las infraestructuras y servicios, las redes generales y supramunicipales de transporte y cualquier otro aspecto que afecte directa o indirectamente a la estrategia territorial de la Comunidad de Madrid. Este Informe se debe emitir por la Consejería competente en materia de ordenación del territorio en el plazo máximo de seis meses, transcurrido el cual se entenderá desfavorable a la aprobación del Avance (aunque, en mi opinión, no la impide, ya que es preceptivo pero no vinculante).

c) La posible subrogación de la Administración autonómica en las competencias municipales de planeamiento, en caso de incumplimiento municipal grave en ejercicio de sus competencias urbanísticas *«que impliquen una manifiesta afectación a la ordenación del territorio y urbanismo»*, de competencia autonómica. En tales casos, el Consejo de Gobierno, previa audiencia del municipio afectado, dictamen del órgano consultivo autonómico e informe favorable de la Asamblea Legislativa, puede atribuir a la Consejería competente el ejercicio de las competencias municipales (21).

C) EL DESARROLLO SOSTENIBLE DEL MEDIO RURAL

Las previsiones de la LS07 sobre el desarrollo sostenible se complementan con las contenidas en la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, de desarrollo sostenible del medio rural, que también se propone regular condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los ciudadanos en el ejercicio de determinados derechos constitucionales, así como establecer bases de la ordenación general de la actividad económica en dicho medio, *«con el fin de alcanzar una acción pública coordinada y complementaria en este ámbito que mejore la cohesión económica y social entre los diversos territorios, así como la protección y el uso sostenible de los ecosistemas y recursos naturales»* (art. 1).

El instrumento principal para la planificación de la acción de la Administración General del Estado en relación con el medio rural será el Programa de Desarrollo Rural Sostenible, que concretará los objetivos y planes y actuaciones sectoriales a desarrollar por dicha Administración y los que sean concertados con las Administraciones de las Comunidades Autónomas (art. 5.1). El Programa será aprobado por el Gobierno, en coordinación con las Comunidades Autónomas y tendrá carácter plurianual (art. 5.3). En concreto, con el fin de perseguir un desarrollo urbanístico del medio rural adaptado a sus necesidades, el Programa podrá incluir medidas

(21) Esta previsión fue introducida en Andalucía por la Ley 13/2005, de 11 de noviembre (art. 28, que añade un apartado 4 al art. 31 de la LOUA). El Preámbulo explica que *«este grave incumplimiento supone la desaparición de la función pública del urbanismo, con vulneración del mandato constitucional exigido por le artículo 47 de la Constitución Española y generando incluso alarma social, y situaciones excepcionales que pudieran ser calificadas de “descontrol urbanístico”»*, en clara alusión al caso de Marbella. La previsión parece haber hecho fortuna, pues ha sido adoptada también en la Comunidad de Madrid, en términos casi idénticos a los de la Ley andaluza (nuevo artículo 63 bis de la Ley del Suelo de Madrid, introducido por el art. 12 Ley 3/2003). En ambos casos, llama la atención que la Asamblea Legislativa emita un informe en un procedimiento que resuelve el Consejo de Gobierno.

dirigidas a los siguientes objetivos (art. 33): *a*) hacer compatible el desarrollo urbano con el mantenimiento del medio ambiente, limitándolo a la disponibilidad de agua para abastecimiento y a una ordenación territorial previa, prestando una atención especial a los municipios que se encuentran localizados dentro del área delimitada por la Red Natura 2000 y, en general, a los municipios rurales de pequeño tamaño; *b*) facilitar el acceso a la vivienda de los ciudadanos del medio rural, adaptando los regímenes de protección pública a las singularidades de dicho medio y concediendo una atención específica a los jóvenes, las mujeres y las personas con discapacidad; *c*) fomentar la reutilización de viviendas ya existentes, la rehabilitación de viviendas y edificios, la preservación de la arquitectura rural tradicional, y la declaración de áreas de rehabilitación de los municipios rurales, a los efectos de las ayudas públicas que se determinen, con objeto de recuperar y conservar el patrimonio arquitectónico rural; y *d*) desincentivar el urbanismo disperso, particularmente en las zonas rurales periurbanas.

Por su parte, las Comunidades Autónomas las Comunidades Autónomas deberán aprobar Directrices Estratégicas Territoriales de Ordenación Rural, que orientarán y, en su caso, condicionarán la localización territorial de las medidas derivadas del Programa, favoreciendo la compatibilidad de los planes y actuaciones que se lleven a cabo en cada zona rural (art. 12). Así pues, estas Directrices contendrán los criterios y objetivos del desarrollo rural sostenible en el ámbito respectivo.

En esta ley llama la atención la preocupación por garantizar una gestión eficiente de los recursos hidráulicos, evitando cualquier desarrollo que no cuente con suficientes disponibilidades de agua (22). Esta preocupación se refleja en la nueva LS en términos que merecen una reseña más detallada.

D) GARANTÍA DEL SUMINISTRO DE AGUA

La Ley 8/2007 incluye entre los principios básicos de utilización del suelo la garantía de suministro de agua (art. 10.c). La existencia de los recursos necesarios para satisfacer las nuevas demandas derivadas de las actuaciones de urbanización previstas debe comprobarse en la fase de consultas sobre los instrumentos de ordenación de dichas actuaciones, conforme a lo establecido en el artículo 15.3.a) de la propia Ley. Ésa es la función del informe de la Administración Hidrológica (*sic* en vez de «Hidráulica») en dicha fase. El informe es «determinante» para el contenido de la memoria ambiental, que sólo podrá disentir de él de forma expresamente motivada (23).

(22) El extenso artículo 25, con el rótulo «agua», dispone que «para el fomento de la eficiencia, el ahorro y el buen uso de los recursos hídricos en el medio rural, en el marco de la planificación hidráulica correspondiente, el Programa (de Desarrollo Rural Sostenible) podrá contener medidas orientadas a: *a*) la implantación y ejecución de planes de gestión integral de recursos hídricos por zonas rurales o mancomunidades de municipios, que contemplen la gestión conjunta del ciclo integral del agua, las medidas necesarias para las situaciones de escasez y sequía y las acciones de protección contra posibles avenidas e inundaciones. Estos planes constituirán un límite para las actuaciones de urbanización en el medio rural y deberán ser tenidos en cuenta en los programas de mejora y modernización de regadíos (...)

(23) Esta categoría del informe «determinante», intermedia entre el meramente preceptivo y el vinculante (más bien, obstativo) adquirió carta de naturaleza en el artículo 42.5 de la LRJPAC, tras la

Esta regulación debe ponerse en conexión con la contenida en la legislación de aguas respecto de los informes que los organismos de cuenca han de emitir sobre los instrumentos de ordenación que afecten al dominio público hidráulico. El art. 25.4 de la vigente Ley de Aguas (Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001) exige el informe de las Confederaciones Hidrográficas (CCHH) «en el plazo y supuestos que reglamentariamente se determinen» sobre actos y planes que hayan de aprobar las CCAA en las materias que se mencionan, «siempre que afecten al régimen y aprovechamiento de las aguas continentales o a los usos permitidos en terrenos de DPH o sus zonas de servidumbre» (art. 25.4). El informe se exige también en relación con actos y ordenanzas de las entidades locales, salvo que hayan sido dictados en aplicación de planes ya informados por las CCHH. El desarrollo reglamentario, que aún no se ha dictado, debe resolver los problemas que suscita la redacción del precepto legal. En especial, la presunción de que el informe se entienda desfavorable si no se emite en plazo, carece, a mi juicio, de justificación, ya que es un aval a la Administración incumplidora de su obligación de emitir el informe. Seguramente, para establecer ese carácter desfavorable se ha considerado que hay un paralelismo con la presunción de silencio negativo cuando estén en juego facultades sobre el dominio público (art. 43.2 LRJPAC). Pero no hay tal paralelismo ya que aquí se trata simplemente de que la Administración hidráulica emita un informe, que debe pronunciarse sobre la disponibilidad de recursos, pero que no atribuye por sí facultades para su utilización. La Ley de Aguas tampoco indica el momento en que ha de emitirse el informe. Conforme a la LS07, será en la fase de «consultas» sobre los instrumentos de ordenación, es decir, en el marco de la llamada información «oficial», que suele ser coincidente con la información pública.

La preocupación por garantizar la disponibilidad de agua suficiente se manifestaba ya en algunas leyes autonómicas anteriores a la LS07. Así, la vigente Ley urbanística valenciana (Ley 16/2005, de 30 de diciembre) obliga a incluir entre las determinaciones de ordenación estructural las relativas al uso eficiente de los recursos hídricos y la protección de su calidad, estableciendo el límite potencial de suministro de agua en el municipio, los caudales estimados para satisfacer las nuevas demandas y los criterios exigibles a las actuaciones urbanísticas para conseguir la máxima reutilización de aguas residuales (art. 45.2).

E) EL ESTATUTO DEL CIUDADANO: TRANSPARENCIA Y PARTICIPACIÓN

En el ejercicio de las competencias con incidencia territorial, cualquiera que sea la entidad que las ejerza, se debe reforzar la participación pública, ya que, como señala el Libro Blanco de la Gobernanza Europea, antes citado, «una participación reforzada debería generar una mayor confianza en los resultados finales y en las Instituciones de las que emanan las políticas». La participación ciudadana en el proceso de toma de decisiones contribuirá, sin duda, a incrementar el respaldo social de

reforma introducida por la Ley 4/1999, que regula los supuestos que se puede suspender el cómputo del plazo legal para resolver y notificar, entre los que figura la solicitud de informes «que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución» (apartado c).

las que se adopten y, por consiguiente, facilitará que éstas se asuman como algo propio, previniendo el alejamiento de los ciudadanos de la vida pública. En esta línea, el citado Libro Blanco considera que «*el gran reto al que se enfrenta la Unión es la renovación del proceso político europeo*» (24). El «Informe sobre suelo y urbanismo en España» de 1995, partiendo de la premisa de que «*la normativa urbanística debe seguir constituyendo un código de garantías de los ciudadanos en orden a disfrutar de un entorno urbano de calidad*», incluyó entre sus recomendaciones la necesidad de «*acrecentar el interés de la sociedad en la conformación del espacio colectivo en el que se desenvuelve su actividad, mediante el fomento de la participación pública tanto en la formulación del planeamiento como en su ejecución*» (p. 218) (25). La legislación estatal de régimen del suelo ha dado siempre gran importancia a este principio, que se ha acentuado en la reciente legislación autonómica (26). La nueva LS se propone asegurar «*unos estándares mínimos de transparencia, de participación ciudadana real y no meramente formal*» (Preámbulo, IV) en los procedimientos de aprobación de instrumentos de ordenación y de ejecución urbanísticas. Este objetivo se vincula al de la evaluación y seguimiento de los efectos de los planes sobre la economía y el medio ambiente, que antes hemos comentado. La referencia para integrar el contenido del estatuto de los ciudadano en este ámbito debería ser la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente. Esta Ley, que incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE, contiene un completo catálogo de derechos en las materias mencionadas, que se vinculan directamente al artículo 45 de la Constitución (27).

(24) «El gran reto al que se enfrenta la Unión es la renovación del proceso político europeo. Las cuestiones que plantea el presente Libro Blanco y las soluciones que ofrece tienen que ver con dicha renovación. Este Libro Blanco inicia un proceso que responde al desencanto de muchos ciudadanos europeos. El alejamiento de la vida política no es sólo un problema europeo, sino mundial, nacional y local. Pero representa para la Unión un especial desafío. Dado el profundo nivel de integración alcanzado, la población abraza las mismas expectativas ante la Unión que ante las políticas e instituciones nacionales. Pero la Unión no puede desarrollar y aplicar sus políticas como lo haría una Administración nacional: tiene que crear asociaciones y contar con toda una serie de agentes» (p. 37).

(25) Añadía que «*en este sentido los procesos de información pública han de ser más efectivos, partiendo, en todo caso, de una profunda difusión de los documentos entre los ciudadanos mediante la utilización de lenguajes claros, foros adecuados (...) y formas de comunicación que permitan realmente la toma de posición de la sociedad en el debate urbanístico y, por lo tanto, incrementar su capacidad de presión para disfrutar de un entorno digno, así como para responsabilizar a los ciudadanos en la construcción y gestión de una ciudad ecológicamente de calidad*» (p. 218).

(26) Una de las formulaciones más completas se encuentra en la Ley vasca de suelo y urbanismo de 2006. Dedicó el artículo 8 a regular el «principio de participación ciudadana», que debe presidir la ordenación urbanística y que comporta el derecho a: «a) *Comparecer como interesado, sin necesidad de acreditar legitimación especial, en los procedimientos de tramitación del planeamiento, de ejecución y de disciplina urbanística*; b) *acceder y obtener copia, en la forma que se determine por cada administración pública de la documentación que obre en los archivos de las administraciones públicas competentes, sin otras limitaciones que las generales establecidas en las leyes*; c) *ejercer en vía administrativa y judicial, sin necesidad de legitimación especial, las acciones pertinentes para exigir de las administraciones públicas y de los sujetos privados el cumplimiento de la legislación y la ordenación urbanística*». Más adelante (art. 108 y ss.) la propia Ley regula la participación ciudadana en la formulación, tramitación y aprobación del planeamiento.

(27) El artículo 3, con el rótulo «derechos en materia de medio ambiente», establece lo siguiente: «Para hacer efectivos el derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona y el deber de conservarlo, todos podrán ejercer los siguientes derechos en sus relaciones con

El derecho de participación efectiva en los procedimientos de aprobación de instrumentos de ordenación y de ejecución urbanísticas se incluye en el catálogo de derechos del ciudadano que la Ley 8/2007 reconoce como condiciones básicas de la igualdad en el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales (art. 4.e). Se concreta en la facultad de formular alegaciones, propuestas y quejas y en el correlativo deber de la Administración de dar una respuesta motivada. Para fomentar la participación, la Ley obliga a someter a información pública todos los instrumentos de ordenación territorial y de ordenación y ejecución urbanísticas (incluidos los de distribución de beneficios y cargas), así como los convenios (art. 11.1). Para facilitar la consulta de los planes o sus alteraciones, en la documentación correspondiente hay que incluir un resumen ejecutivo, que contenga: *a)* la delimitación de los ámbitos en

las autoridades públicas, de acuerdo con lo previsto en esta Ley y con lo establecido en el artículo 7 del Código Civil:

1) En relación con el acceso a la información: *a)* A acceder a la información ambiental que obre en poder de las autoridades públicas o en el de otros sujetos en su nombre, sin que para ello estén obligados a declarar un interés determinado, cualquiera que sea su nacionalidad, domicilio o sede.

b) A ser informados de los derechos que le otorga la presente ley y a ser asesorados para su correcto ejercicio.

c) A ser asistidos en su búsqueda de información.

d) A recibir la información que soliciten en los plazos máximos establecidos en el artículo 10.

e) A recibir la información ambiental solicitada en la forma o formato elegidos, en los términos previstos en el artículo 11.

f) A conocer los motivos por los cuales no se les facilita la información, total o parcialmente, y también aquellos por los cuales no se les facilita dicha información en la forma o formato solicitados.

g) A conocer el listado de las tasas y precios que, en su caso, sean exigibles para la recepción de la información solicitada, así como las circunstancias en las que se puede exigir o dispensar el pago.

2) En relación con la participación pública:

a) A participar de manera efectiva y real en la elaboración, modificación y revisión de aquellos planes, programas y disposiciones de carácter general relacionados con el medio ambiente incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley.

b) A acceder con antelación suficiente a la información relevante relativa a los referidos planes, programas y disposiciones de carácter general.

c) A formular alegaciones y observaciones cuando estén aún abiertas todas las opciones y antes de que se adopte la decisión sobre los mencionados planes, programas o disposiciones de carácter general y a que sean tenidas debidamente en cuenta por la Administración Pública correspondiente.

d) A que se haga público el resultado definitivo del procedimiento en el que ha participado y se informe de los motivos y consideraciones en los que se basa la decisión adoptada, incluyendo la información relativa al proceso de participación pública.

e) A participar de manera efectiva y real, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación aplicable, en los procedimientos administrativos tramitados para el otorgamiento de las autorizaciones reguladas en la legislación sobre prevención y control integrado de la contaminación, para la concesión de los títulos administrativos regulados en la legislación en materia de organismos modificados genéticamente, y para la emisión de las declaraciones de impacto ambiental reguladas en la legislación sobre evaluación de impacto ambiental, así como en los procesos planificadores previstos en la legislación de aguas y en la legislación sobre evaluación de los efectos de los planes y programas en el medio ambiente.

3) En relación con el acceso a la justicia y a la tutela administrativa:

a) A recurrir los actos y omisiones imputables a las autoridades públicas que contravengan los derechos que esta Ley reconoce en materia de información y de participación pública.

b) A ejercer la acción popular para recurrir los actos y omisiones imputables a las autoridades públicas que constituyan vulneraciones de la legislación ambiental en los términos previstos en esta Ley.

4) Cualquier otro que reconozca la Constitución o las leyes».

los que la ordenación proyectada altera la vigente; *b*) en su caso, los ámbitos en que se suspenda la ordenación o los procedimientos de ejecución o de intervención urbanística, así como la duración de la suspensión (art. 11.2). Esta exigencia sólo se aplica a los planes, no a los instrumentos de ejecución ni a los convenios.

La publicidad de las actuaciones administrativas se configura así como medio para estimular y facilitar la participación. La nueva Ley quiere impulsar la publicidad telemática del contenido de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística en vigor, así como del anuncio de su sometimiento a información pública (art. 11.3). En esta línea, el nuevo artículo 70 ter de la LBRL (añadido por la disposición adicional 9.ª de la LS) obliga a las Administraciones públicas competentes a: 1.º poner a disposición de los ciudadanos copias completas de los instrumentos de ordenación, gestión y convenios urbanísticos; 2.º publicar por medios telemáticos el contenido actualizado de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística en vigor, el anuncio de su sometimiento a información pública y cualesquiera actos de tramitación que sean relevantes para su aprobación o alteración, así como a tener copias disponibles para los ciudadanos. En los municipios menores de 5.000 habitantes, esta publicación podrá realizarse a través de los entes supramunicipales que tengan atribuida la función de asistencia y cooperación técnica con ellos, es decir, en general, las Diputaciones Provinciales [art. 36.1.b) de la LBRL] (28).

El fomento de la participación ciudadana no sólo se refiere a los procedimientos de elaboración o alteración de los instrumentos de ordenación, sino también a la defensa de la legalidad urbanística. Para ello no se requiere la legitimación basada en la titularidad de un derecho subjetivo o interés legítimo (art. 19 de la LJCA), sino que, desde la Ley del Suelo de 1956 (art. 223), se reconoce la acción pública. La nueva Ley (art. 4.f) mantiene esta regla, que, con un arraigo de más de medio siglo, puede considerarse plenamente consolidada en la legislación urbanística española, habiendo sido objeto de una interpretación jurisprudencial en sus propios términos y, por tanto, con gran amplitud (29).

(28) En Madrid, la información pública y esta exigencia del resumen ejecutivo se regula en el nuevo artículo 56 bis de la Ley del Suelo añadido por el artículo 11 de la Ley 3/2007. En Cataluña, ambas exigencias se regulan en el artículo 10 del Decreto-Ley 1/2007, que modifica el apartado 5 del artículo 8 y añade una disposición adicional vigésima del Texto refundido de la Ley de urbanismo. Esta disposición establece el calendario para el cumplimiento de las obligaciones de publicidad por medios telemáticos por la Administración de la Generalidad y los municipios.

(29) Así, la STS de 10 de noviembre de 2004 (RJ 2004/7838) declara, remitiéndose a otra de 29 de noviembre de 1995 (RJ 1995/8559), que el ejercicio de la acción pública en materia de urbanismo no está sujeto a ningún requisito especial. Afirma (FD 2.º) que el artículo 304.1 TRLS 92 «no exige después ningún requisito de forma para su ejercicio, ni, más en concreto, la expresión por el accionante de que es esa y no otra la acción que ejerce; esa atribución, expresada imperativamente y no seguida de la exigencia de ningún requisito de forma, ni de ninguna otra referida a las cualidades del accionante, elimina de raíz la necesidad de prestar atención al requisito procesal de la legitimación, para pedir, tan sólo, el de la capacidad de obrar procesal. Otra, porque el espíritu y finalidad de la norma es incentivar la defensa del régimen urbanístico, propiciando su observancia, lo que no abona la sujeción del ejercicio de la acción pública de que se trata a cortapisa, límite u obstáculo que no imponga la norma que la regula o que no derive del resto del ordenamiento jurídico».

Añade que el precepto legal en cuestión «otorga la acción pública para exigir la observancia de la legislación urbanística y de los Planes, Programas, Proyectos, Normas y Ordenanzas. Si es esto lo que se pretende en el proceso, la acción es pública, sin que el precepto distinga al otorgarla, ni quepa por tanto distinguir al aplicarlo, según cuales sean los concretos contenidos normativos del régimen jurídico urbanístico cuya observancia se pretenda. Repárese, además, que dicha observancia, la querida por el precep-

Otra medida dirigida a mejorar la transparencia de las políticas urbanísticas es la exigencia de que en los expedientes de alteración de la ordenación urbanística, que incremente la edificabilidad o la densidad o modifique los usos del suelo fuera del marco de la revisión («*que no se efectúe en el marco de un ejercicio pleno de la potestad de ordenación*»), conste la identidad de todos los propietarios o titulares de otros derechos reales sobre las fincas afectadas por dichas alteraciones durante los cinco años anteriores a la iniciación de los respectivos expedientes (nuevo art. 70 ter, apartado 3, de la LBRL). El propósito de esta disposición es «*saber a quiénes benefician las decisiones que toman nuestros representantes en los ayuntamientos*», como dijo el Presidente del Gobierno en el debate parlamentario del proyecto de ley (30). A mi juicio, no basta saber quiénes se benefician con los cambios de ordenación. Se debería acreditar, además, que entre ellos no están los miembros de la Corporación que han votado favorablemente esos cambios ni sus familiares más próximos. Habría que aplicar aquí un régimen de incompatibilidades, semejante al que existe en materia de contratos públicos, porque éste es, sin duda, uno de los focos más potentes de la corrupción. Sobre esto volveremos después, al comentar otras modificaciones de la LBRL relativas al régimen de incompatibilidades.

Finalmente, también tiene por finalidad «*promover la transparencia*» el «*sistema de información urbana*», previsto en la Disposición Adicional Primera. Se configura como «*un sistema público general e integrado de información sobre suelo y urbanismo*», pero sólo podrá hacerse realidad en el marco de la cooperación entre las Administraciones implicadas, como quiere la propia Disposición. Hubiera sido deseable una mayor precisión sobre el contenido de esta gran base de datos (que no tiene por qué limitarse a los instrumentos de planeamiento, porque también podría incluir los de gestión, los convenios y las licencias), así como sobre las modalidades de acceso a ella y su coordinación «*con el resto de sistemas de información y, en particular, con el Catastro Inmobiliario*» (pero también con el Registro de la Propiedad, lo que puede resultar bastante más complejo).

Por su estrecha vinculación a la transparencia de la actuación administrativa y su trascendencia práctica, es obligado hacer referencia a los convenios urbanísticos.

F) CONVENIOS

Los convenios urbanísticos, empleados inicialmente para concertar actuaciones entre diferentes administraciones, se extendieron más tarde a los particulares y han proliferado extraordinariamente en los últimos años, tanto que puede decirse

to, queda impedida, incluso directamente impedida, por una decisión administrativa que, sin cobertura jurídica, suspende los usos y aprovechamientos del suelo que la norma urbanística en vigor prevé como autorizables. Y repárese, en fin, que el efectivo destino del suelo a los usos y aprovechamientos previstos en la norma en vigor, no satisface sólo un interés particular o privado, sino también, por principio, el interés de la colectividad: el interés general que llevó o hubo de llevar entonces, al aprobar el concreto instrumento de ordenación urbana, a destinar aquel suelo a aquellos usos y aprovechamientos. La razón de ser de aquel artículo 304 no deja de verse, pues, cuando lo que se pretende es la observancia del régimen jurídico que disciplina la revisión de las Normas Subsidiarias de Planeamiento del municipio.

(30) Diario de Sesiones del Congreso núm. 255, de 10 de mayo de 2007, pp. 12734 y ss. Recogido en M. LORA-TAMAYO BALLVÉ, *Historia de la Legislación Urbanística*, Iustel 2007, p. 683.

que casi no hay actuación relevante que no sea objeto de previo convenio. En principio, nada tiene de extraño ni de negativo el recurso a esta técnica de cooperación. La legislación de contratos se refiere a ella, en la doble modalidad de convenios entre entidades públicas y entre éstas y los particulares. Aunque no los incluya en su ámbito de aplicación directa, los somete a sus principios (básicamente, publicidad y concurrencia), sin perjuicio de que sean también aplicables las demás garantías básicas del Derecho público, en particular, el principio de igualdad, sin duda el más afectado por el auge del «convencionalismo» en el ámbito urbanístico.

La celebración de convenios en este ámbito se difundió en la práctica, pese a su falta de cobertura normativa. Ni la LS 76 ni la LS 92 los regulaban. La primera regulación fue, salvo error, la de la Ley valenciana 4/1992, sobre el suelo no urbanizable (Disposición Adicional Cuarta). Posteriormente, con carácter más sistemático los reguló la Ley foral 10/1994, de ordenación del territorio y urbanismo (art. 140-142), seguida por otras leyes autonómicas. En la actualidad, todas estas leyes regulan con mayor o menor detalle esta figura en el marco del principio de concertación entre Administraciones Públicas y particulares. Bajo el rótulo de «convenios urbanísticos» se distinguen los de «planeamiento», cuyo objeto es la modificación de la ordenación y los de «gestión», cuyo objeto es la fijación de las condiciones en que ésta haya de llevarse a cabo, sin alterar la ordenación (un supuesto típico de convenio de gestión es el que tiene por objeto concretar el cumplimiento del deber legal de cesión de aprovechamiento). Algunas leyes permiten que el convenio se convierta en modalidad de ejecución *sui generis*, en sustitución de los sistemas de actuación (art. 246.2 Ley del Suelo de Madrid, LSM).

Aunque en ambas modalidades exista el riesgo de tratamientos discriminatorios, es en los convenios de planeamiento donde esos riesgos se acentúan, en la medida en que el convenio puede servir para hacer un urbanismo «a la carta», favoreciendo más o menos abiertamente a determinados propietarios o entidades o, sencillamente, dando cauce a la más cruda arbitrariedad municipal. Sin embargo, los convenios no parecen haber constituido un especial motivo de preocupación durante los años 80 y 90 del pasado siglo, pese a que en la práctica se hiciera un uso cada vez más abusivo de esta técnica convencional, dando acogida a compromisos de todo tipo, hasta llegar al paroxismo en el caso de Marbella, donde, bajo un gobierno municipal corrupto, el convenio sustituyó pura y simplemente al planeamiento.

Hace ya más de diez años, el «Informe sobre suelo y urbanismo en España» de 1995, antes citado, se pronunció sobre la necesidad de prohibir modificaciones esenciales de los planes mediante «convenios extraurbanísticos» (*sic*, p. 199) (31), aunque también señaló la conveniencia de incluir en los Programas de Actuación «iniciativas privadas convenidas y autorizadas por los Ayuntamientos» (p. 200). Estas afirmaciones parecen reflejar el rechazo de los convenios de planeamiento y el estímulo de los de gestión. Hubiera sido deseable una mayor atención del Infor-

(31) Según el Informe, los elementos esenciales de los planes deben tener estabilidad, lo que requiere que su modificación «se haga por interés público y se funde en razones de una mejor ordenación urbanística, prohibiéndose, en todo caso que obedezca a convenios extraurbanísticos que supongan para la Administración correspondiente otras contraprestaciones que las que se derivarían de la aplicación de la normativa aplicable». En cambio, apuesta abiertamente por la concertación interadministrativa, «tanto en la fase de planeamiento como en la de gestión» para la integración de las infraestructuras en la ciudad (p. 206).

me sobre esta materia. Su laconismo quizá pone de relieve que la cuestión no era especialmente problemática en ese momento.

A mi juicio, si hay un urbanismo «legal», que objetiva los derechos y deberes de los propietarios y promotores, no puede quedar desvirtuado por un urbanismo «convencional» hecho a la medida de los interesados o a capricho del Ayuntamiento. De poco sirve que se sepa quiénes son los favorecidos por las decisiones de la Administración que suponen un cambio de ordenación, como pretende ahora, algo ingenuamente, el nuevo artículo 70 ter, apartado 3, de la LBRL, antes comentado. Hay que evitar que la ordenación urbana sea el resultado de una serie de acuerdos bilaterales, sin visión de conjunto y «a la carta», con un tratamiento diferente de los implicados (32).

Las consecuencias indeseables de este «panconvencionalismo» han motivado reacciones de distinta intensidad en la legislación autonómica. Así, en Andalucía se ha prohibido que la Administración perciba las cantidades estipuladas en los convenios de planeamiento mientras no sea aprobado el instrumento correspondiente y, si las percibe, no puede disponer de ellas hasta que recaiga dicha aprobación (33). En varias Comunidades (Aragón, Navarra, La Rioja, País Vasco), se ha establecido que en los convenios de ordenación «*el ayuntamiento conservará en todo caso la plenitud de su potestad de planeamiento por razones de interés público*» y que «*si finalmente no se aprobara definitivamente el cambio de planeamiento, el convenio se entenderá automáticamente resuelto*» (34). La legislación aragonesa y la riojana salvan «*las indemnizaciones que pudieran proceder*», mientras que la navarra y la vasca nada dicen, lo que parece apuntar a la exclusión de la indemnización en tales casos. Una formulación intermedia se encuentra en la legislación valenciana, que excluye la indemnización «*salvo que el cambio de criterio que determinara la imposibilidad de cumplimiento le fuera imputable (a la Administración) y no se justificara suficientemente en razones objetivas de interés público*» (35). En esta legislación se ha dispuesto un régimen específico para los convenios de planeamiento, exigiendo la justificación de «*la conveniencia de lo estipulado para el interés general y su coherencia con el modelo y estrategia territorial del municipio*», así como, en su caso, con la programación prevista en el planeamiento. Pero la reacción más radical se ha producido en Madrid, donde, en virtud de una Ley de medidas urgentes de modernización del Gobierno y Administración (Ley 3/2007, de 26 de julio), se han prohibido los convenios de planeamiento, «*para fortalecer la independencia de los Ayuntamientos y garantizar mejor la transparencia de todas las decisiones urbanísticas*», según explica el Preámbulo de la Ley (36).

(32) En la doctrina, se ha manifestado favorable a la supresión de estos convenios B. LOZANO CUTANDA, ob. cit. p. 359.

(33) Nuevo apartado 3 del artículo 30 de la Ley 7/2002, de ordenación urbanística de Andalucía, añadido por el artículo 24.3 de la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de medidas para la vivienda protegida y el suelo.

(34) Aragón: artículo 83.3 de la Ley de Urbanismo (Ley 5/1999); Navarra: artículo 24.3 de la Ley Foral 35/2002, de Ordenación del Territorio y Urbanismo; La Rioja: artículo 115.3 de la Ley 5/2006, de Ordenación del Territorio y Urbanismo; País Vasco: Disposición Adicional Séptima, apartado 5, de la Ley 6/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo.

(35) Disposición Adicional Cuarta de la Ley Urbanística valenciana (Ley 16/2005, de 30 de diciembre).

(36) Nueva redacción del art. 245 LSM introducida por el artículo 18 de la Ley 3/2007, de 26 de julio: «*son nulos de pleno derecho los convenios urbanísticos de planeamiento, así como cualquier*

La nueva LS no ha ido tan lejos. Contiene una afirmación de la que podría deducirse la misma conclusión: que la ordenación territorial y urbanística son funciones públicas *«no susceptibles de transacción»*. Tomada al pie de la letra, esta redacción parece implicar la prohibición de convenios urbanísticos (al menos, los de planeamiento) y así podría ser interpretada. Pero es evidente que no ha sido ése el propósito perseguido por el legislador. Así lo prueba la referencia a los convenios en diversos artículos (arts. 11.1 y 16.3). Ahora bien, si los convenios son admisibles ¿qué significa que estas funciones no son *«susceptibles de transacción»?* (37).

Al margen de estas dudas sobre el alcance de la prohibición de transigir, la Ley quiere reforzar la transparencia de los convenios urbanísticos, obligando a someterlos a información pública y a su posterior publicación *«en la forma y con el contenido que determinen las leyes»* (artículo 11.1). Además, se exige ahora la aprobación por el Pleno municipal (o la Asamblea vecinal, en el régimen de Consejo Abierto) de los convenios de planeamiento y las permutas de bienes inmuebles (disposición adicional novena). Sin embargo, esta novedad no afecta a los municipios de gran población, ya que sólo se ha modificado el artículo 22.2 LBRL, que se refiere a las competencias del Pleno en los municipios de régimen común.

A mi juicio, el problema más importante desde la óptica de esta ponencia es si, además de la publicidad, también es exigible a los convenios la aplicación del principio de concurrencia. La práctica demuestra que en la inmensa mayoría de los casos, el convenio persigue precisamente lo contrario, es decir, la elusión de la concurrencia (38). Ello puede estar justificado en algunos casos, pero no en otros muchos. En concreto, la concurrencia es especialmente exigible cuando el convenio se utilice para instrumentar la cesión de bienes municipales, pues, en tanto que enajenación, debe ajustarse a la normativa general de contratación [arts. 8.1.c) LPAP y 112.1 RBEL]. En la LCAP, los contratos de gestión patrimonial tenían

convenio o acuerdo, cualquiera que sea su denominación, que tenga por objeto definir los criterios de ordenación del futuro planeamiento urbanístico, o lo condicione de alguna forma mediante estipulaciones que establezcan la obligación de hacer efectivos, antes de la aprobación definitiva, los deberes legales de cesión y, en su caso, los convenidos entre las partes que establezcan obligaciones o prestaciones adicionales más gravosas que las que procedan legalmente en perjuicio de los propietarios afectados». Este último inciso es reflejo de la prohibición que en tal sentido establece la nueva LS, como se explica después en el texto. Pero ocurre que en la Comunidad de Madrid no tiene mucho sentido, al haberse suprimido la figura del urbanizador (art. 17 de la Ley 3/2007), que es quien, hipotéticamente, podría celebrar esos convenios en perjuicio de los propietarios.

(37) La prohibición de transigir, tradicional en el ámbito de la Hacienda Pública, se mantiene hoy en la Ley General Presupuestaria de 2003 (art. 4.3) y en la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) del mismo año, en iguales términos (art. 31). El artículo 77.1 de la LJCA prevé la posibilidad de terminación del procedimiento contencioso-administrativo mediante la llamada *«conciliación judicial»* cuando el juicio se promueva sobre *«materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad»*. Ahora bien, no parece que ése sea el significado de la prohibición de transigir en el contexto de la nueva Ley del Suelo. Parece más bien que se trata de una reiteración del principio de irrenunciabilidad de la competencia (art. 12.1 LRJPAC). Si esta hipótesis es correcta, se trataría de una reiteración innecesaria, con el inconveniente añadido de que suscita, también innecesariamente, el problema de la admisibilidad de los convenios.

(38) Es cierto que hay casos en que el convenio formaliza el resultado de un proceso de concurrencia competitiva, como ocurre en algunas leyes autonómicas que han previsto la formalización de la adjudicación de la urbanización mediante convenio urbanístico (por ejemplo, Andalucía: artículo 119.1 de la LOUA).

naturaleza privada (art. 5.3), pero ello no era obstáculo, lógicamente, a la aplicación del principio de concurrencia, de acuerdo con la legislación patrimonial por la que se rigen en primer término (art. 9.1). Precisamente por la aplicación directa de esta legislación, la nueva Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (LCSP), excluye estos contratos de su ámbito objetivo de aplicación (art. 4.1.p). Por consiguiente, la concurrencia en los contratos (y convenios) de gestión patrimonial se rige por la legislación de este ramo, aplicándose supletoriamente los principios de la LCSP para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.

En los convenios urbanísticos que no tengan por objeto la cesión o permuta de bienes, la concurrencia debería exigirse, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con ella, lo que debería justificarse en el expediente y, por tanto, ser objeto de la información pública y publicidad preceptivas. En otras palabras, la celebración de convenios urbanísticos con particulares sin concurrencia debería ser excepcional (lo mismo que la adjudicación por procedimiento negociado) y, por ello, necesitada de una específica justificación. Con este criterio, es previsible que el número de convenios se redujera drásticamente.

IV. NOVEDADES DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO CON INCIDENCIA EN EL URBANISMO

La transparencia de la actuación administrativa y la garantía del principio de igualdad hacen inexcusable la obligación de aplicar con todas sus consecuencias la legislación de contratos del sector público en el ámbito del urbanismo, lógicamente, en los supuestos y con el alcance que sea procedente (39). La actividad de planeamiento como tal no es susceptible de contratación (salvo en las modalidades de consultoría y asistencia, ahora refundidas en el contrato de «servicios»: art. 10 LCSP). Pero sí lo es, obviamente, la actividad de ejecución, que, cuando no sea asumida directamente por los propietarios, requiere un proceso de selección idéntico, en principio, al exigible para la realización de cualquier obra pública. El sometimiento a la legislación de contratos públicos resulta, pues, obligado y así lo ha declarado el Tribunal Supremo, en sentencia de 28 de diciembre de 2006, cuya doctrina reitera la de 27 de marzo de 2007 (RJ 2007/3149). Según estas sentencias las reglas de adjudicación del concurso establecidas en la legislación de contratos públicos son plenamente aplicables a la elección de la proposición más ventajosa para la adjudicación de los Programas de Actuación de la legislación urbanística valenciana.

En relación con la selección del agente urbanizador, la calificación de la relación jurídica como un contrato administrativo puede considerarse hoy pacífica, después de algunas discusiones doctrinales y de la intervención de la propia Comisión europea en relación con la legislación urbanística valenciana. En este supuesto el debate parece ahora acotado en torno a si esa relación se debe configurar como concesión de obra pública o como contrato administrativo especial. Sin entrar aquí

(39) Para un visión general de esta importante cuestión, *vid.* J. M. GIMENO FELIU, «El urbanismo como actividad económica y mercado público: la aplicación de las normas de contratación pública», en *RAP* 173 (mayo-agosto de 2007), pp. 63 y ss.

en este debate, lastrado, en mi opinión, por prejuicios competenciales, bastará subrayar que la primera tesis supone la subsunción en un contrato administrativo típico y, por tanto, la plena aplicación de la legislación de contratos, mientras que la segunda conlleva la aplicación preferente de la legislación específica (urbanística), dentro del obligado respeto a las reglas básicas de la ley estatal (art. 19.2 LCSP). La nueva Ley del Suelo apunta en esta segunda dirección al establecer que la habilitación a particulares para el desarrollo de la actividad de ejecución de la urbanización *«deberá atribuirse mediante procedimiento con publicidad y concurrencia y con criterios de adjudicación que salvaguarden una adecuada participación de la comunidad en las plusvalías derivadas de las actuaciones urbanísticas, en las condiciones dispuestas por la legislación aplicable, sin perjuicio de las peculiaridades o excepciones que ésta prevea a favor de la iniciativa de los propietarios de suelo»* (art. 6.a). Aquí la legislación aplicable es, obviamente, la urbanística, lo que pone de relieve el propósito de configurar la relación como un contrato administrativo especial sometido, en primer término a las reglas de dicha legislación. Por lo demás, las «peculiaridades» que ésta pueda prever en caso de que la ejecución sea asumida por los propietarios se justifican porque, como hemos señalado, en tal hipótesis no habrá normalmente adjudicación de la actuación mediante contrato (al menos, en el sistema de compensación o equivalentes) sino ejercicio de un derecho que la ley atribuye directamente a los propietarios, excluyendo, por tanto, la necesidad de un proceso de concurrencia competitiva.

Otra excepción a la adjudicación mediante un proceso concurrencial se encuentra en los supuestos en que la Administración actúe a través de sus «medios propios», entendiéndose por tales las entidades del sector público que realicen la parte esencial de su actividad para un poder adjudicador que ostente sobre aquéllas un control análogo al que pueda ejercer sobre sus propios servicios y, tratándose de sociedades, la totalidad del capital deberá ser de titularidad pública (art. 23.6 LCSP) (40). Las encomiendas de gestión que se realicen a estas entidades por el poder adjudicador del que dependan están excluidas del ámbito objetivo de aplicación de la Ley, sin perjuicio de que puedan estar sujetos a ella, en los términos que sean procedentes, los contratos que celebren con terceros estas entidades que tienen la consideración de «medio propio» [art. 4.1.n) de la propia LCSP]. Éste es un tema de gran trascendencia práctica, en el que aquí no podemos entrar.

La LCSP ha introducido también novedades relevantes en cuanto a la toma en consideración de criterios sociales y medioambientales en los expedientes de contratación. En síntesis:

a) En los contratos sujetos a regulación armonizada (es decir, los sujetos a las normas de Derecho comunitario), el órgano de contratación puede exigir, entre los requisitos de solvencia, la presentación de certificados expedidos por organismos independientes, que acrediten que el empresario cumple determinadas normas de gestión medioambiental (art. 70.1)

(40) El propio artículo aclara que se entenderá que el poder adjudicador ejerce un control análogo al que ostenta sobre sus propios servicios cuando pueda *«conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan»*.

b) Se pueden incluir en los pliegos prescripciones técnicas relativas a características medioambientales, con criterios de sostenibilidad y protección del medio ambiente (art. 101.1). Estas prescripciones podrán definirse de alguna de las formas que se señalan en este artículo (por referencia a especificaciones técnicas contenidas en normas nacionales, europeas o internacionales; en términos de rendimiento o exigencias funcionales o mediante fórmulas mixtas de las anteriores).

c) Se puede establecer en los pliegos condiciones especiales de ejecución del contrato de tipo medioambiental o social, previendo la imposición de penalidades en caso de incumplimiento o configurarlo como causa de resolución (art. 102).

d) Para facilitar el cumplimiento de las condiciones mencionadas en los apartados anteriores, se podrá señalar en el pliego el organismo u organismos que pueden proporcionar a los licitadores la información pertinente sobre las obligaciones relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente, protección del empleo u otras de carácter social (art. 103).

V. MODIFICACIONES DE LA LEY DE BASES DE RÉGIMEN LOCAL

El Congreso de los Diputados incluyó en la LS 07 una nueva Disposición adicional novena en la que se contienen una serie de modificaciones de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, que coloquialmente se han agrupado bajo el rótulo equívoco de «medidas anticorrupción» (41). Además de la modificación del artículo 22.2 (aprobación por el Pleno de convenios de planeamiento y permutas) y la adición del 70 ter (publicidad de instrumentos y convenios), ya comentadas, son las siguientes:

a) Aprobación por el Pleno del planeamiento general (inicial y la que ponga fin al procedimiento en sede municipal), así como los convenios de planeamiento y las permutas (art. 22). Pero no afecta a los municipios de gran población, ya que sólo se ha modificado el artículo 22.2 LBRL, que se refiere a los municipios de régimen común.

(41) El portavoz del PNV en el Senado se opuso a esta modificación de la LBRL, aunque luego retiró las enmiendas, con la siguiente argumentación: «En cuanto a los números 22, 23 y 24, consideramos que esta ley no es la adecuada para modificar la Ley de Bases de Régimen Local -a estos efectos es casi una ley de acompañamiento-, ni compartimos que los registros de intereses y de bienes, sobre todo este último, tengan el carácter de público, ni es correcto extender la regulación de las incompatibilidades durante dos años después de finalizado el mandato, sobre todo pensando en alcaldes de ayuntamientos pequeños, y mucho menos que semejante perjuicio no sea debidamente compensado a los perjudicados. Insisto, los perjudicados van a ser precisamente los ediles de municipios pequeños. Considero que esto es matar pulgas a cañonazos; además, se trata de una mala disposición adicional introducida en el Congreso de prisa y corriendo pero sin madurar lo suficiente. Lo adecuado habría sido eliminar la disposición adicional novena completa y dejar el contenido para un nuevo y futuro proyecto de ley de modificación de la Ley de Bases de Régimen Local. Esto no fue así y, para más inri, fue aprobada en el Congreso por unanimidad: Craso error. El tiempo nos dará -espero- o nos quitará la razón. Ahora bien, en aras de alcanzar un consenso y de poder sacar adelante el proyecto de ley, desde mi punto de vista, por haberse aprobado erróneamente por unanimidad esta disposición adicional, como he señalado anteriormente, en el Congreso, en este acto voy retirar las citadas enmiendas números 22, 23 y 24» (DSS Año 2007 VIII Legislatura Comisiones. Núm. 451, de 11 de abril de 2007).

b) La obligación de declarar bienes y actividades, que antes recaía sólo sobre los miembros de la corporación, se hace ahora extensiva a «los miembros no electos de la Junta de Gobierno Local» (modificación del artículo 75.7), a los titulares de órganos directivos (42) y a los funcionarios de habilitación estatal seleccionados por libre designación por razón del carácter directivo o la especial responsabilidad de sus funciones (nueva disposición adicional 15.^a, apartado 2, de la LBRL). Tales declaraciones se inscribirán, respectivamente, en el Registro de Bienes y en el de Actividades, «*que tendrán carácter público*» (artículo 75.7, párrafo quinto). Esta nota de publicidad no es aplicable, en mi opinión, al Registro Especial de Bienes Patrimoniales en el que se inscriben las declaraciones de los representantes locales y miembros de la Junta de Gobierno Local cuya seguridad (o la de su entorno) estuviere amenazada, ya que sería contradictoria con la finalidad de ese Registro Especial (43).

c) Durante los dos años siguientes a la finalización de su mandato, los representantes locales y demás directivos locales a los que se aplique el régimen de incompatibilidades, estarán sujetos a las limitaciones al ejercicio de actividades privadas establecidas en el artículo 8 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado. Ese artículo prohíbe, durante los dos años siguientes a la fecha del cese, el desempeño de servicios en empresas o sociedades privadas relacionadas directamente con las competencias del cargo desempeñado (44). En contrapartida, la nueva redacción de la LBRL introducida por la Ley 8/2007, dispone que los Ayuntamientos podrán establecer una compensación económica durante ese periodo para aquellos que, como consecuencia del régimen de incompatibilidades, no puedan desempeñar su actividad profesional, ni perciban retribuciones económicas por otras actividades (art. 75.8 y nueva disposición adicional 15.^a1 LBRL) (45).

(42) La nueva Disposición Adicional 15.^a aclara que «*a estos efectos, tendrán la consideración de personal directivo los titulares de órganos que ejerzan funciones de gestión o ejecución de carácter superior, ajustándose a las directrices generales fijadas por el órgano de gobierno de la Corporación, adoptando al efecto las decisiones oportunas y disponiendo para ello de un margen de autonomía, dentro de esas directrices*». Aunque la cuestión no es fácil, no puede decirse que esta redacción sea un modelo de precisión. El Reglamento orgánico de la entidad, con sujeción a lo que establezca, en su caso, la legislación autonómica, tendrá que identificar, en definitiva, cuáles son los cargos y puestos que tienen la consideración de directivos a estos efectos.

(43) La existencia de ese Registro especial se previó en la Ley Orgánica 1/2003, de 10 de marzo, de garantía de la democracia en los Ayuntamientos y la seguridad de los concejales. En su virtud, los miembros de las corporaciones locales que considerasen amenazada su seguridad o la de su entorno, pueden realizar sus declaraciones de intereses ante el secretario de la Diputación Provincial o, en su caso, el órgano competente de la Comunidad Autónoma. Uno u otro llevarán este Registro especial.

(44) A continuación, el precepto concreta los supuestos en que se considera que existe relación directa: a) haber propuesto o dictado resoluciones en relación con dichas empresas o entidades; b) haber intervenido en sesiones de órganos colegiados en que se hubiera adoptado acuerdo en relación con dichas entidades. La incompatibilidad no se aplica al supuesto de reincorporación a empresas cuando el puesto que se vaya a ocupar en ellas no esté directamente relacionado con las competencias del cargo público ocupado.

(45) E. CORRAL GARCÍA sostiene que la compensación económica sólo afecta a los «representantes locales», no al resto del personal directivo local (en «Ley de Suelo. Comentario sistemático de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo», dirigida por E. SÁNCHEZ GOYANES, La Ley-El Consultor, Madrid, 2007, p. 921). Esta tesis se basa en que el nuevo apartado 8 del artículo 75 menciona únicamente a dichos representantes. Pero la Adicional 15.^a aplica el mismo régimen de incompatibilidades al personal directivo local, que, por ello, podrá beneficiarse también de dichas «compensaciones».

VI. CONSECUENCIAS DE LA INACTIVIDAD EN LA IMPUGNACIÓN DE DISPOSICIONES Y ACTOS DE OTRAS ENTIDADES: LA POSIBLE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

Para finalizar este repaso de las buenas prácticas que deberían contribuir a erradicar la corrupción urbanística, tiene interés abordar esta cuestión, que se enmarca en el control de la actuación administrativa. La autonomía de las entidades territoriales es incompatible con la existencia de controles genéricos de legalidad ejercidos por unas entidades sobre otras (típicamente, facultad de suspensión de actos y acuerdos), pero no impide el recurso a la vía judicial para poner en marcha el control por los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. La «judicialización» de las discrepancias entre organizaciones públicas no es deseable en términos generales, es decir, como cauce normal de solución de conflictos, en cuanto supone que no han funcionado los mecanismos de cooperación entre ellas. Pero puede ser un remedio para reaccionar frente a actuaciones de una entidad que otra considere claramente ilegales. La LJCA (artículo 19.1) atribuye inequívocamente a las Entidades públicas legitimación para impugnar actos y disposiciones de otras. La cuestión que aquí vamos a abordar es si no sólo «pueden» sino que «deben» reaccionar en tales casos en defensa de la legalidad. Algunas sentencias recientes apuntan en esa dirección, con consecuencias de gran trascendencia en el plano de la responsabilidad patrimonial, ya que la inactividad procesal puede dar lugar a la responsabilidad de la entidad que no ha impugnado, pudiendo haberlo hecho, solidariamente con la entidad que ha incurrido en la ilegalidad determinante de la responsabilidad.

A) ¿HAY UN DEBER DE IMPUGNAR LAS ACTUACIONES DE OTRAS ENTIDADES QUE SE CONSIDEREN ILEGALES?

La falta de ejercicio de acciones procesales por parte de una Administración pública puede ser considerada como un supuesto de inactividad formal de aquélla, siempre que esté obligada legalmente a hacerlo, es decir, cuando suponga el incumplimiento de un mandato legal (46). Ahora bien, a primera vista, ni la LJCA ni la LBRL imponen a las AAPP la obligación de recurrir las disposiciones y actos de otras que consideren ilegales o invasoras de sus competencias. Facultan para ello, pero no obligan. Sin embargo, la carencia de autonomía de la voluntad de las organizaciones públicas da pie para sostener que, pese a la formulación legal potestativa del ejercicio de acciones, deberían actuar obligatoriamente en defensa de la legalidad. Este puede ser otro elemento a introducir entre las pautas de actuación de las organizaciones públicas para la efectividad del deber de buena administración.

¿Cuál sería el cauce para reaccionar frente a la inactividad procesal de la Administración? Aunque se mantenga la tesis de que están obligadas a impugnar los

(46) Cfr. M. GÓMEZ PUENTE, «La inactividad de la Administración», Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 667. Este autor pone como ejemplo de ejercicio obligatorio de acciones el art. 68 de la LBRL (en defensa de los bienes y derechos de las entidades locales).

actos y disposiciones de otras que consideren ilegales (como estarían también obligadas a revisar de oficio los que ellas mismas hayan dictado), hay que reconocer que no concurren aquí, en principio, los requisitos para que sea admisible el recurso contra la inactividad, porque ni hay un derecho a una prestación ni se trata de ejecutar actos firmes. Salvo que se diera alguno de estos supuestos, no sería aplicable el artículo 29 de la LJCA.

Cabe, sin embargo, plantearse, la posible responsabilidad patrimonial de la Administración por los perjuicios derivados de su inactividad procesal, aunque ésta no sea en sí misma, fiscalizable en vía contenciosa. Algunas sentencias apuntan en esta dirección, no tanto porque consideren directamente responsable a la Administración que no recurre como porque la hacen responsable solidaria junto con la Administración autora de la disposición o acto ilegal cuya anulación conlleva luego la exigencia de responsabilidad. El tema tiene interés, lo que justifica, al menos, una aproximación.

B) POSIBLE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DERIVADA DE LA FALTA DE IMPUGNACIÓN

Según el artículo 140 de la LRJPAC la responsabilidad solidaria procede en dos supuestos: *a)* cuando derive de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación; *b)* cuando concurren varias administraciones a la producción del daño y no sea posible determinar a quién sea imputable.

La redacción actual de este artículo fue introducida por la Ley 4/1999 con el fin de resolver los problemas interpretativos que suscitaba la redacción originaria de la Ley 30/1992. En ella se preveía la responsabilidad solidaria únicamente cuando derivase de «la gestión dimanante de fórmulas *colegiadas* de actuación». Sin embargo, el TS entendió que no había que atenerse a los términos literales de esta formulación, porque la solidaridad emana de la «*normatividad inmanente a la naturaleza de las instituciones*», de modo que habría que aplicarla no sólo cuando se dan fórmulas colegiadas de actuación, sino siempre que sea necesario para hacer efectivo el principio de indemnidad que constituye el fundamento de la responsabilidad patrimonial (STS de 12 de diciembre de 2001, RJ 2002/1125, que se remite a otras) (47). Ahora bien, la sentencia puntualiza que la regla de la solidaridad no es aplicable cuando la responsabilidad está claramente defini-

(47) «La expresión «fórmulas colegiadas de actuación», de evidente imprecisión y falta de corrección terminológica, como ha puesto de relieve la Doctrina, ha sido interpretada por la Jurisprudencia, entre otras, puede citarse la Sentencia de 23 de noviembre de 1999 (RJ 2000, 1370), en los siguientes términos: «El principio de solidaridad entre las Administraciones Públicas concurrentes a la producción del daño resarcible emana, como dice la Sentencia, de 15 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 10115), de la normatividad inmanente a la naturaleza de las instituciones no sólo cuando, a partir de la entrada en vigor del artículo 140 de la Ley del Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común, se dan fórmulas «colegiadas» de gestión, sino también al margen de este principio formal, cuando lo impone la efectividad del principio de indemnidad que constituye el fundamento de la responsabilidad patrimonial. Así ocurre cuando la participación concurrente desde el punto de vista causal de varias Administraciones o las dudas acerca de la atribución competencial de la actividad cuestionada imponen soluciones favorables a posibilitar el ejercicio de la acción por el particular perjudicado, sin perjuicio de las relaciones económicas internas entre ellas» (FD 8.º).

da (48). Eso es lo que ocurría en el caso, a juicio de la Sala, ya que *«fue la actuación municipal la que originó la producción del daño resarcible. Por otra parte, la titularidad de la competencia correspondía a la Administración Municipal, limitándose la Administración Autonómica (Informe de 21 de abril de 1992), como reconoce la Sentencia, a realizar funciones de asesoramiento a tenor de las facultades atribuidas por los artículos 22.1 y 3 de la Ley Autonómica, sobre Disciplina Urbanística de 8 de abril de 1997, siendo la Corporación Local la competente para adoptar los Acuerdos de los cuales deriva, como causa directa, la reclamación de los daños»* (FD 9.º).

Otra STS de 12 de julio de 1999 (RJ 1999/5887) hace referencia a la *«sabida y conocida doctrina de esta Sala sobre la responsabilidad concurrente y solidaria de las administraciones intervinientes en los casos en que el acto aprobatorio final es producido por una administración habiendo intervenido otra, de modo necesario, en el procedimiento del acto aprobado (el denominado “acto complejo”)»* (FD 6.º). Sin embargo, no la considera aplicable al supuesto porque *«lo impugnado es una determinación estrictamente local y que no afecta a intereses comunitarios»*. El hecho motivador de la reclamación indemnizatoria era la excesiva tardanza en la aprobación del proyecto de reparcelación, que es *«de la exclusiva responsabilidad municipal»*.

Esta doctrina legal está, sin duda, en el origen de la introducción del segundo supuesto de responsabilidad solidaria en la nueva redacción del artículo 140 LRJPAC introducida en 1999, a saber, *«otros supuestos de concurrencia de varias Administraciones en la producción del daño»* (49). Esta formulación residual acoge la tesis de que la responsabilidad puede ser exigible a varias administraciones no sólo cuando actúen en virtud de *«fórmulas conjuntas»* (en vez de *«colegiadas»*), sino también en cualquier otro supuesto de concurrencia en la producción del daño (como ocurre en los *«actos complejos»*). Ahora bien, en estos casos de concurrencia la responsabilidad, cuando no sea imputable a una sola Administración, será compartida o mancomunada (no *«solidaria»*), atendiendo a los criterios que se establecen (competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención). La solidaridad sólo se aplica cuando no sea posible la determinación individualizada de la responsabilidad en función de dichos criterios.

En síntesis, el criterio de la solidaridad se aplica directamente cuando la lesión indemnizable sea consecuencia de *«fórmulas conjuntas de actuación»*. En los demás supuestos de *«concurrencia»* la responsabilidad es compartida o mancomunada (y, por tanto, dividida por cuotas). Sólo subsidiariamente, cuando no sea posible la

(48) *«Sin embargo, tales soluciones carecen de sentido cuando la titularidad de la responsabilidad es susceptible de ser definida con claridad, bien desde el punto de vista formal, atendiendo al criterio de ejercicio de la competencia, bien desde el punto de vista sustantivo acudiendo al criterio del beneficio, revelado por la intensidad de la actuación o por la presencia predominante del interés del tutelado por una de las Administraciones intervinientes. En estos casos, se impone atribuir la legitimación a la Administración a la que corresponde el protagonismo en la actividad dañosa y excluir a las que han colaborado mediante actividades complementarias o accesorias, pero no significativas desde el punto de vista del desempeño de la actividad o servicio causante del servicio y su relevancia como causa eficiente»*.

(49) Para más información sobre el origen jurisprudencial de la nueva redacción del artículo 140, *vid.* F. LÓPEZ MENUDO, E. GUICHOT REINA y J. A. CARRILLO DONAIRE *«La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos»*, Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 257 y ss.

individualización, se recurre a la solidaridad. Esta regulación está inspirada, seguramente, en la del Código Civil. Sin embargo, no está claro, a mi juicio, que la jurisprudencia siga esos criterios. Más bien parece aplicar directamente la solidaridad en muchos supuestos de concurrencia sin hacer el esfuerzo de individualizar la responsabilidad, quizá porque considera artificioso su reparto por cuotas o porcentajes.

Así, por ejemplo, la STS de 27 de marzo de 2003 (RJ 2003/2936), confirmando la de instancia, declara la responsabilidad solidaria de la Comunidad Foral de Navarra y un Ayuntamiento, porque la primera denegó ilegalmente la autorización (de carreteras) solicitada y éste hizo lo propio con la licencia urbanística, concurriendo así a la producción del daño (50). En el caso era evidente que había «concurrencia» de administraciones en la producción del daño, pero también parece claro que el responsable «principal» era la Comunidad foral, mientras que la intervención municipal había sido «secundaria». Lo lógico hubiera sido el reparto de la responsabilidad, no su imputación con carácter solidario.

En el ámbito urbanístico, la STS de 11 de diciembre de 2002 (RJ 2003/183), declara también la responsabilidad solidaria de la Comunidad Autónoma y el Ayuntamiento, porque «*la disminución del aprovechamiento se produjo en la aprobación definitiva del Plan de C., que es acto de la Comunidad Autónoma, si bien propiciada por la previa aprobación provisional, que es acto del Ayuntamiento de C.*». De ahí que «*sea o no aplicable al caso el artículo 140 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (que parece que sí lo es, aunque sea por analogía, ya que nos encontramos ante una actuación que, si no es propiamente «colegiada» entre varias Administraciones Públicas, es en todo caso «compartida»)*, lo cierto es que la solución de la responsabilidad solidaria entre Administración Autónoma y Ayuntamiento en la aprobación de los Planes de Urbanismo es plenamente conforme a una jurisprudencia ya consolidada de este Tribunal Supremo, expresada, entre otras, en sentencias de 15 de noviembre de 1993, 2 de febrero de 1999 y 18 de marzo de 1999. Todo ello, desde luego, sin perjuicio de las relaciones internas entre ambas Administraciones Públicas». En este caso, el fundamento de la solidaridad estriba en que se trata de un «acto complejo» (la aprobación de un plan, en la que han intervenido las dos Administraciones), pero tampoco aquí se hace el intento de determinar a cuál de ellas es imputable la inclusión de la determinación cuya anulación posterior produce la lesión indemnizable.

Sin necesidad de profundizar en esta cuestión, bastará reseñar la plena acogida que la jurisprudencia ha dado a la responsabilidad «concurrente» (que no necesariamente debería ser «solidaria») en materia de urbanismo y, en concreto, cuando el

(50) «Discute aquí el Ayuntamiento el hecho de que la Sala de Pamplona le haya condenado solidariamente al pago de las indemnizaciones que establece, propugnando que se condene sólo a la Comunidad Foral de Navarra, a quien correspondía en exclusiva la decisión sobre la autorización solicitada, al no discurrir la variante sobre suelo urbano.

(...) El Ayuntamiento de Tudela concurrió con su decisión de denegar la licencia municipal de obras a la producción de los daños, pues, tal como dice la Sala de instancia, el Ayuntamiento tiene el deber inexcusable de conocer sus propias competencias y de ejercitarlas sin que pueda hacer dejación de ellas. Al Ayuntamiento se le pidió una licencia de obras, no una autorización de carreteras, y debió resolver la solicitud con arreglo al ordenamiento urbanístico, que la permitía. Y si el suelo era urbano, entonces también tenía competencia para otorgar la autorización de carreteras (artículo 3 de la Ley Foral 11/1986). Así que la denegación de la licencia de obras basada en la previa decisión del Servicio Autonómico de Carreteras fue una decisión precipitada y disconforme a Derecho, que originó los daños de cuya reparación se trata, juntamente con la actuación de la Comunidad Foral de Navarra.»

daño deriva de «actos complejos» como es la aprobación de planes. Ahora bien, salvo error, el Alto Tribunal no ha dado todavía el paso de considerar responsable solidaria a una entidad por no haber impugnado la disposición o acto de otra cuya anulación posterior causa la lesión determinante de la exigencia de responsabilidad.

Esto es lo que ha hecho el TSJ de Cantabria en varias sentencias recientes, en las que declara la responsabilidad de la Comunidad Autónoma, considerando que deriva no ya de la aprobación de los instrumentos de planeamiento, sino de su pasividad frente a ellos, al no utilizar los mecanismos legales para su impugnación. Así, la sentencia 95/2006, de 13 de marzo que declara la responsabilidad solidaria de la Comunidad Autónoma y el municipio porque aquélla no impugnó el Estudio de Detalle (ED), después anulado, en que se basaba la licencia, cuya anulación conlleva la demolición de las viviendas ilegalmente construidas. Según la sentencia, la responsabilidad del Gobierno de Cantabria deriva de su pasividad al no impugnar el ED, que había informado desfavorablemente, «*puesto que se ventilan no sólo intereses locales sino también supralocales cuyo control está atribuido al Gobierno de Cantabria, siendo como era plenamente consciente de las irregularidades de aquéllos y de las consecuencias dañosas que podrían generar, de las que es buena muestra el presente recurso contencioso-administrativo*» (FD 18.º).

En la misma línea, las sentencias 655 y 656/2006, de 7 de noviembre, declaran la responsabilidad solidaria de la Comunidad Autónoma y el Municipio. En ellas se resuelven sendas impugnaciones de la desestimación de la reclamación indemnizatoria por los perjuicios derivados de la anulación judicial de licencias de obras, que conlleva la demolición de las viviendas construidas a su amparo. La primera encuentra el fundamento de la responsabilidad de la Administración regional en la aprobación del planeamiento en cuya virtud se otorgó la licencia (51). La segunda, lo encuentra en el deficiente funcionamiento de los servicios de la Administración autonómica que no detectaron que el ED en que se basaba afecta a varios municipios y, por tanto, a intereses supramunicipales vinculados a un modelo territorial de competencia de aquélla, y tampoco detectaron que el ED era ilegal por contrario a las NNSS (52).

A primera vista estas sentencias, con el loable propósito de reforzar la protección de los adquirentes de las viviendas, que son en estos casos los más perjudica-

(51) «En efecto, el Ayuntamiento de A. otorgó la licencia anulada pero las NNSS de las que trae causa este instrumento recibieron también la aprobación definitiva del Gobierno de Cantabria, sin cuyo concurso no hubiera podido desplegar su eficacia ni entrar en vigor, pues la legislación urbanística prevé la conjunta actuación de las Administraciones local y autonómica. A la vista de ello, ambas Administraciones deben ser consideradas responsables del funcionamiento de los servicios públicos causantes del daño y, por tanto, el deber de repararlo recae solidariamente sobre ambas (...)» (FD 18.º).

(52) «Resulta, por ello, que la nulidad de la licencia y de los daños a los que se ha hecho referencia provienen de un deficiente funcionamiento de los servicios públicos referido no sólo al otorgamiento de la licencia de edificación sino también a la elaboración y aprobación de un estudio de detalle que territorialmente afecta a tres municipios diferentes y de lo cual es responsable también la Administración regional al tratarse de un instrumento complementario de planeamiento del que tuvo conocimiento y emitió acuerdo (...) en el que tras apreciar una serie de deficiencias de especial relevancia concluye diciendo que “actuaciones como las que ampara el presente estudio de detalle constituyen una clara degradación del entorno del municipio de A” (...) al tiempo que remite a la Dirección general del Servicio Jurídico al objeto de iniciar en su caso las acciones legales pertinentes, de lo nada consta que se haya hecho y revela un deficiente funcionamiento de los servicios públicos (...)» (FD 9.º).

dos por las consecuencias de estas actuaciones ilegales, parecen ampliar injustificadamente la regla de la solidaridad, extendiéndola a supuestos en que no está nada clara la existencia de un nexo causal entre la actuación de una de las Administraciones responsables (en este caso, la autonómica) y el resultado dañoso producido. ¿Por qué va a responder la Administración autonómica por los perjuicios derivados de la anulación de unos actos (o disposiciones) que no ha dictado? Sin embargo, un examen atento de la cuestión pone de relieve, a mi juicio, que no se puede despachar con la crítica fácil de que estamos ante un exceso judicial más en la aplicación del instituto de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos, para proteger a los terceros perjudicados. Se trata de un problema muy serio al que hay que intentar dar respuesta con una construcción dogmática sólida. Las consideraciones que siguen pretenden apuntar en esa dirección.

Hemos visto que la jurisprudencia reconoce sin vacilación la responsabilidad concurrente en los procedimientos conjuntos («*actos complejos*») en que es preceptiva la intervención de varias administraciones. Hay tres modalidades básicas de esos procedimientos, que cumplen, obviamente, una función coordinadora (53): a) tramitación y aprobación por una entidad con informe vinculante de otra; b) tramitación y aprobación por una entidad con informe preceptivo, pero no vinculante, de otra; c) tramitación por una entidad y aprobación por otra.

Las tres modalidades se aplican en la legislación autonómica vigente para la aprobación del planeamiento urbanístico y, en particular, la primera y la tercera para la del planeamiento general. Habida cuenta de que, según doctrina jurisprudencial muy consolidada, las Comunidades Autónomas ejercen un control pleno de legalidad en la fase de aprobación definitiva del planeamiento urbanístico, parece razonable entender que ese control es obligatorio y no meramente potestativo, por lo que la Administración autonómica debería responder de los perjuicios derivados de la falta de control o de un funcionamiento deficiente de él (típicamente, por no detectar una ilegalidad).

En un intento de identificar las distintas hipótesis, se puede trazar el siguiente cuadro:

a) La responsabilidad de la Administración autonómica puede ser «concurrente» con la municipal (no necesariamente «solidaria», como ya hemos dicho) en los siguientes casos:

- Aprobación o informe favorable de un plan que luego es anulado.
- No emisión de informes preceptivos sobre planes que luego resultan ilegales.
- No impugnación de planes informados desfavorablemente y aprobados por el municipio en contra del informe.

El fundamento de la responsabilidad de la Comunidad Autónoma es aquí que no ha ejercido correctamente su control de legalidad sobre el planeamiento municipal porque o bien no ha detectado la ilegalidad (no ha emitido el informe o lo ha emitido favorable) o la ha detectado (en el informe), pero no ha utilizado todos los medios a su alcance para su corrección, al no haber reaccionado después impugnando el acto o disposición objeto de su informe desfavorable.

(53) A. MENÉNDEZ REXACH, «Coordinación de la ordenación del territorio con políticas sectoriales que inciden sobre el medio físico», en *Documentación Administrativa*, núm. 230-231, 1992, p. 263.

A mi juicio, la responsabilidad autonómica sería exigible, en principio, cuando el informe sea vinculante, porque la atribución de ese carácter sólo se justificará, normalmente, en defensa de las competencias autonómicas, ya que ese tipo de informes es una técnica de coordinación de competencias concurrentes. Cuando el informe sea meramente preceptivo, también cabría exigir responsabilidad, puesto que se trata de una intervención obligatoria de la Administración autonómica, que le permite comprobar la legalidad de la actuación municipal. Esto sentado, seguramente habría que matizar la posible responsabilidad de dicha Administración (por no emitir el informe o emitirlo pero sin detectar la ilegalidad o no impugnar después el acto ilegal) en función de las circunstancias del caso, ya que es razonable que no se dedique la misma atención a emitir un informe vinculante y a otro que no lo es.

En caso de lesión derivada de la anulación de un plan, habría que determinar el grado de responsabilidad de cada Administración, de acuerdo con los criterios del art. 140.2 LRJPAC y, cuando no sea posible esa individualización, aplicar la regla de la solidaridad.

b) En cambio, no puede haber concurrencia de la Comunidad Autónoma en la producción del daño (ni por tanto, responsabilidad de dicha entidad) cuando no ha intervenido en el procedimiento, por no resultar legalmente exigible esa intervención, aunque hubiera podido hacerlo (por ejemplo, en el trámite de información pública o presentando alegaciones). No se puede exigir a la Comunidad Autónoma que lleve a cabo un seguimiento de la legalidad de todas las actuaciones municipales, ya que ni ejerce ni puede ejercer una función tutelar genérica de estas entidades.

El esquema anterior puede aclarar en parte el planteamiento del problema que nos ocupa. En particular, en el último aspecto comentado, es decir, cuándo no es exigible la responsabilidad de la Comunidad Autónoma. En los que puede serlo, por tener atribuido un control de legalidad que no ha ejercido o no lo ha hecho correctamente, no sería correcto afirmar con carácter general que la Administración autonómica es responsable, ni, menos aún, que es responsable solidaria con la municipal. Como hemos visto, hay todo un elenco de supuestos que no debe someterse al mismo régimen. No es igual la anulación de un plan elaborado por el Ayuntamiento y aprobado definitivamente por la Comunidad Autónoma (que implica, en principio, un funcionamiento anormal de ésta y, por tanto, su responsabilidad) que la falta de impugnación por la Administración regional de un plan aprobado por el Ayuntamiento, en cuya tramitación aquélla no intervino (porque no estaba obligada a hacerlo) y que después es anulado en vía judicial. Lo mismo se puede decir de la anulación de una licencia en cuyo otorgamiento no ha intervenido la Comunidad Autónoma.

Por lo demás, para que sea exigible la responsabilidad patrimonial de una Administración por los perjuicios derivados de su inactividad procesal habrá que probar la existencia de los requisitos de la responsabilidad patrimonial y, en concreto, el nexo causal entre la falta de impugnación y los perjuicios derivados de la anulación posterior del acto o disposición que no fue impugnado. La prueba de esa relación de causalidad será difícil, como ocurre con mucha frecuencia en los supuestos de inactividad. Y si se aprecia la existencia de ese nexo en la actuación de las Administraciones que han concurrido a la producción del daño, habría, además, que determinar el grado de responsabilidad de cada una de ellas. Sólo cuando

la individualización resulte imposible, se aplicaría el criterio de la solidaridad. No se puede olvidar que éste es un criterio muy tosco, por simplista, por lo que se debe emplear como último recurso, tal como prevé el artículo 140.2 de la LRJPAC.

En el marco de esta ponencia, no podemos ir más allá de estas reflexiones para contribuir al esclarecimiento de un problema que, por su importancia teórica y práctica, bien merece una monografía.

VII. APUNTE FINAL

¿Se puede combatir la corrupción con «buenas prácticas»? La pregunta es banal, porque es evidente que si se actúa correctamente no habrá corrupción. También es una obviedad afirmar la necesidad de mejorar el funcionamiento de las organizaciones públicas en sus relaciones con los ciudadanos, haciendo verdaderamente efectivos los principios de transparencia y participación. El ordenamiento jurídico ofrece mecanismos suficientes para reaccionar frente a conductas reprobables. Cuestión distinta es que no se utilicen, lo que obliga a preguntarse por qué no se utilizan. Puede que exista una excesiva permisividad social ante determinados comportamientos y que la disciplina no sea muy rentable en términos electorales, como han puesto de relieve otras ponencias incluidas en este número del *Anuario*. Si así fuera, habrá que corregir los posibles déficits del ordenamiento jurídico, pero, sobre todo, habrá que hacer mucha pedagogía para que no sean enaltecidos y envidiados quienes sólo merecerían ser reprobados, porque eso es lo que corrompe (es decir, destruye) el tejido social.