

Cuadernos penales

José María Lidón

Núm. 5

Corrupción y urbanismo

Inés Olaizola Nogales / Alfonso Melón Muñoz / Inma Valeije Álvarez / Rafael Duarte Martínez / Esther Erice Martínez / Ana M.^a Prieto del Pino / Joaquín Giménez García / José Ángel Esnaola / Jesús Torres Martínez / Juan-Cruz Alli Aranguren / Juan Francisco López de Hontanar Sánchez

 **Deusto**

Publicaciones

Cuadernos penales
José María Lidón

Cuadernos penales

José María Lidón

Núm. 5

Corrupción y urbanismo

Inés Olaizola Nogales

Alfonso Melón Muñoz

Inma Valeije Álvarez

Rafael Duarte Martínez

Esther Erice Martínez

Ana M.^a Prieto del Pino

Joaquín Giménez García

José Ángel Esnaola

Jesús Torres Martínez

Juan-Cruz Alli Aranguren

Juan Francisco López de Hontanar Sánchez

Bilbao

Universidad de Deusto

2008

Consejo Asesor:

Adela Asúa Batarrita
Alfonso Aya Onsalo
Juan Mateo Ayala García
Juana Balmaseda Ripero
Itziar Casanueva Sanz
María Jesús Erroba Zubeldia
Inmaculada de Miguel Herrán
Miren Ortubay Fuentes
José Ricardo Palacio Sánchez-Izquierdo
Federico Ruiz de Hilla Luengas
Reyes San Emeterio Peña

Director:

Juan Ignacio Echano Basaldua

Secretario

Xabier Etxebarria Zarrabeitia

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

© Publicaciones de la Universidad de Deusto

Apartado 1 - 48080 Bilbao

e-mail: publicaciones@deusto.es

ISBN: 978-84-9830-771-9

Índice

Presentación <i>Inés Olaizola Nogales</i>	9
Algunas consideraciones sobre la distribución y el ejercicio de competencias en materia de urbanismo y ordenación del territorio <i>Alfonso Melón Muñoz</i>	13
Reflexiones sobre la eficacia de los delitos contra la Administración Pública en materia de corrupción urbanística <i>Inma Valeije Álvarez</i>	35
Normalización del urbanismo en Marbella <i>Rafael Duarte Martínez</i>	61
Prevariaciones urbanísticas: accesoriedad y subsidiariedad del Derecho Penal <i>Esther Erice Martínez</i>	69
Aspectos criminológicos y político-criminales de la corrupción urbanística. Un estudio de la Costa del Sol <i>Ana M.ª Prieto del Pino</i>	91
Aplicación del delito de cohecho en asuntos relacionados con la corrupción urbanística <i>Inés Olaizola Nogales</i>	123
El urbanismo como escenario delictivo <i>Joaquín Giménez García</i>	163
Control de legalidad de las licencias municipales y usos del suelo <i>José Ángel Esnaola</i>	189

El control de las actuaciones urbanísticas en el ámbito municipal <i>Jesús Torres Martínez</i>	203
Instrumentos de la Ley 8/2007 para reaccionar contra la corrupción urbanística <i>Juan-Cruz Alli Aranguren</i>	217
Control de la actuación urbanística desde la Jurisdicción Contencioso-Administrativa <i>Juan Francisco López de Hontanar Sánchez</i>	241

Presentación

Inés Olaizola Nogales

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad Pública de Navarra

Los días 13 y 14 de marzo de este año se celebraron en el Palacio de Justicia de Bilbao las V Jornadas de Derecho Penal en homenaje a José María Lidón: *La corrupción y el urbanismo*.

Igual que en las anteriores ediciones estas jornadas tuvieron como propósitos fundamentales mantener vivo el recuerdo de José Mari y continuar condenando la barbarie terrorista, que, desgraciadamente, sigue viva. Ambos objetivos se cumplieron y con ello los organizadores nos damos por satisfechos. Las jornadas pusieron de manifiesto que el pensamiento, la reflexión y la discusión son las únicas armas que caben en una sociedad democrática y la única forma de avanzar. Se nos dice que ETA está más debilitada que nunca y parece que es verdad, aunque sigue matando. Desde aquí los organizadores de estas jornadas y todos los ponentes que intervinieron en ellas queremos manifestar nuestro más profundo rechazo al terrorismo y nuestro deseo de que en la presentación de las jornadas del año próximo podamos celebrar el fin del mismo.

El tema elegido para las V Jornadas fue uno de esos temas con los que José Mari hubiera disfrutado, debido a su importantísima trascendencia práctica: Corrupción y urbanismo.

Como punto de partida, se puede afirmar que la alarmante corrupción urbanística en España aflora como un nuevo fenómeno asociado a la proliferación de determinados modelos urbanísticos altamente especulativos, insuficientemente planificados y escasamente participativos. Estos se derivan, a su vez, de procesos de ocupación del suelo que conllevan dinámicas socioeconómicas y desequilibrios territoriales, todos ellos amparados en un patrón de crecimiento expansivo, especialmente agudizado en el último decenio. El crecimiento urbano incontrolado se ha extendido en la última década dentro del marco legal vigente bajo el lema «todo es urbanizable» y lejos de suponer un mejor acceso a la vi-

vienda, ha implicado una menor accesibilidad a la misma con unos sobrepuestos de las viviendas inflados por el *boom* inmobiliario.

El fenómeno de la corrupción urbanística es complejo y su estudio no puede limitarse al análisis de la respuesta penal ante el mismo. Si bien es verdad que muchas de las conductas relacionadas con la corrupción urbanística constituyen delitos, también es cierto que en este ámbito la respuesta penal no puede ni debe ser la única. La propia definición de corrupción que se hace desde otras disciplinas no tiene por qué coincidir con la definición penal. Por ello, los organizadores de estas jornadas consideramos conveniente otorgar a las mismas un carácter mixto penal-administrativo, porque entendimos que estas dos eran las ramas del ordenamiento jurídico que más directamente se veían implicadas.

La primera ponencia puso de manifiesto el caos normativo que rige en el ámbito de la ordenación de territorio y el urbanismo y que provoca una indeseable inseguridad jurídica. En la segunda se analizó la eficacia de los delitos contra la Administración Pública en relación con la corrupción urbanística. Se indicó que los tribunales aplican poco todo un elenco de delitos recogidos en el título XIX del CP, tales como los fraudes y exacciones ilegales, negociaciones prohibidas, etc., que podrían servir para prevenir algunas de las conductas más graves. En la tercera ponencia se nos habló de un caso real y muy significativo: el caso de Marbella. El ponente nos ilustró con datos escalofriantes, como, por ejemplo, el de las más de treinta mil viviendas ilegales construidas en Marbella, cuya demolición resulta imposible en la práctica. A continuación se discutió en una mesa redonda diversos aspectos penales de la corrupción urbanística. En concreto: las prevaricaciones urbanísticas donde se hizo una especial referencia a los aspectos de accesoriedad y de subsidiariedad propios del Derecho Penal; las repercusiones medioambientales del fenómeno de la corrupción; algunos puntos político criminales y criminológicos de la corrupción urbanística y finalmente las particularidades del delito de cohecho en el ámbito urbanístico.

El segundo día de las jornadas se inició con dos ponencias, relacionadas entre sí, en las que se estudiaron respectivamente el papel del fiscal ante los delitos urbanísticos y la respuesta jurisprudencial ante el fenómeno de la corrupción. En ambas se destacaron las dificultades que existen para la aplicación práctica de los delitos relacionados con la corrupción en el ámbito urbanístico.

Las jornadas terminaron con una mesa redonda en la que se analizaron los aspectos administrativos más relevantes de la corrupción urbanística, como el control de legalidad de las licencias municipales y uso del suelo, el control de la legalidad urbanística desde la perspectiva supramunicipal, el control interno de la actuación municipal, los instrumentos de

la Ley 8/2007 para reaccionar contra la corrupción urbanística y el control de la actuación urbanística desde la jurisdicción contencioso-administrativa.

Tanto las ponencias como las mesas redondas fueron seguidas de un intenso debate que sirvió para enriquecerlas y para añadir nuevos problemas y nuevas propuestas de solución.

Como conclusión común a todas las intervenciones se destacó la importancia del fenómeno de la corrupción tanto por los efectos dañosos que produce como por la extensión del mismo. La democracia tiene un largo camino por recorrer para alcanzar los ideales ínsitos en su proyecto. Los ciudadanos que tenemos la fortuna de vivir en democracia disponemos de un proyecto ilusionante: construir una democracia coherente con sus principios. La idea de una democracia de calidad no es sino la consecuencia de clarificar cuáles son los principios básicos que sostienen el sistema democrático, y de tratar de desarrollar qué componentes institucionales, normativos y culturales son necesarios para que dichos principios no sean traicionados en el funcionamiento real de las democracias existentes.

Con la realización de estas jornadas y la publicación de las mismas, que ahora presentamos, tratamos de aportar un granito de arena a esa labor.

Algunas consideraciones sobre la distribución y el ejercicio de competencias en materia de urbanismo y ordenación del territorio

Alfonso Melón Muñoz
Abogado del Estado

I. Urbanismo y ordenación del territorio

El urbanismo es una disciplina o realidad social, económica y jurídica inherente a la propia existencia de comunidades humanas organizadas. Como consecuencia del carácter social del ser humano y del nacimiento de los asentamientos estables distantes del nomadismo, surge la aglomeración física de miembros de un grupo que, por ello, se convierte en comunidad radicada en un determinado espacio físico de contornos más o menos definidos. De ahí que el urbanismo surja, en principio, a partir del fenómeno sociológico y demográfico de las ciudades, como ciencia social que tiene por objeto y fin el estudio de las estructuras urbanas y su influencia, para lograr una organización urbana más perfecta.

Dado lo anterior, se hace preciso establecer un conjunto pluridisciplinar¹ de reglas y técnicas —jurídicas y extrajurídicas— que garanticen la ordenación y el desarrollo presentes y futuros del espacio físico horizontal y vertical de la aglomeración urbana, de forma que esta se aproxime lo más posible a un modelo ideal predefinido, generando la expansión escalonada de los núcleos urbanos; evitando la irradiación excesiva, desordenada y arbitraria de los mismos; garantizando la formación de reservas públicas de suelo; y, en fin, evitando la especulación, como impone actualmente el artículo 47 de la Constitución.

Por ello, el urbanismo adquiere la dimensión de fenómeno colectivo que impone medios públicos de actuación a las organizaciones políticas y que influye, en ocasiones decisivamente, sobre las situaciones jurídicas, derechos subjetivos e intereses de los ciudadanos. Se configura, a partir

¹ STS 8 de noviembre de 1983 (RJ 6002).

de ello, como una función pública² cuyo cumplimiento debe producirse sobre la base de una adecuada ponderación de los bienes jurídicos protegidos, territorialmente relevantes. Es particularmente incisivo el urbanismo sobre el régimen jurídico de la propiedad inmobiliaria, con resonancias en la valoración de los inmuebles y en sus repercusiones fiscales, así como sobre el sistema notarial, registral, de vivienda, obras públicas, desarrollo económico, conservación del medio natural, etc.

En consecuencia, la dimensión del urbanismo, a partir de lo anterior y de la interrelación de la urbe con el territorio no urbano y con otras urbes, supera hoy el estricto alcance urbanizador y la dimensión meramente local o municipal. Incluso supera la referencia exclusiva a la ordenación del suelo, en su doble vertiente de recurso natural, como tierra o terreno utilizado y de recurso artificial, construido para la materialización del aprovechamiento urbanístico, llegando a afectar al subsuelo y a las aguas continentales.

No cabe confundir e identificar el concepto de urbanismo con el de ordenación territorial o del territorio, como se deriva de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la legislación autonómica sobre la materia. Al respecto, se puede concebir aquella como el conjunto de criterios expresamente formulados, normas, planes y programas, que orientan y regulan las actuaciones y procesos de asentamiento sobre el territorio, en coordinación con la planificación socioeconómica y la protección de la naturaleza y del patrimonio histórico y cultural, «con objeto de conseguir una adecuada relación entre población, territorio, actividades, servicios e infraestructuras»³, vinculándose muy especialmente al desarrollo sostenible.⁴

² Numerosas leyes y disposiciones autonómicas urbanísticas lo califican expresamente así. Por ejemplo, la Ley del Parlamento Vasco 2/2006, de urbanismo, art. 75; la Ley de la Comunidad de Madrid 9/2001, del suelo, artículo 8.1; la Ley de La Rioja 5/2006, de ordenación del territorio y urbanismo, artículo 3 y conc.; la Ley Foral de Navarra 35/2002, de ordenación del territorio y urbanismo, artículo 4; o el Decreto Legislativo de Cataluña 1/2005, de urbanismo, artículo 1. Esta función, a cuyo desarrollo en todas sus fases —especialmente, en el planeamiento derivado y su ejecución— se llama intensamente a los particulares, que pueden incluso llegar a sustituir a la Administración urbanística en actuaciones de diversa índole, si aquella permanece inactiva (planeamiento de desarrollo) o acometer directamente las funciones para las que la legislación reclama primariamente a la iniciativa privada (gestión, como regla), se descompone en tres manifestaciones o flancos fundamentales: la planificación —también la territorial—, la gestión y la disciplina urbanísticas.

³ En este sentido, el artículo 1 de la Ley de Aragón 11/1992, de ordenación del territorio.

⁴ El *desarrollo sostenible* (de acuerdo con el Informe Brundtland, citado expresamente en la reciente Ley de la Comunidad Valenciana 4/2004, de ordenación del territorio y del paisaje, es aquel que, producido en el tiempo presente para satisfacer necesidades actuales, no hipoteca la capacidad de satisfacción futura de las que pudieran existir en lo sucesivo). Se cita también como principio rector de la actividad urbanística en la reciente Ley del Parlamento Vasco 2/2006, del suelo y urbanismo, art. 3.

Según la Carta Europea de Ordenación del Territorio, aprobada por la Conferencia Europea de Ministros de Ordenación del Territorio el 23 de mayo de 1983⁵, se trata de la «expresión espacial de la política económica, social, cultural y ecológica de toda sociedad». La ordenación del espacio físico es la expresión esencial de la política territorial que ha de ser: a) democrática, garantizando la participación de la población afectada; b) coordinadora de las distintas políticas sectoriales, asegurando en su conjunción un enfoque integrado; c) funcional, de manera que respete los valores, cultura e intereses de las diversas regiones o comarcas; d) prospectiva, tomando en cuenta la situación actual, la tendencia y la evolución a largo plazo de aquellas políticas.

Su objeto es «la actividad consistente en la delimitación de los diversos usos a que puede destinarse el suelo o espacio físico territorial» (SSTC 77/1984; 149/1991). Concretamente, dejando al margen otros aspectos normativos y de gestión, su núcleo fundamental «está constituido por un conjunto de actuaciones públicas de contenido planificador cuyo objeto consiste en la fijación de los usos del suelo y el equilibrio entre las distintas partes del territorio del mismo» (SSTC 36/1994; 28/1997), enlazando directamente con los principios rectores de la política social y económica (Capítulo III del Título I de la Constitución), que deben presidir la actuación de los poderes públicos e informar la legislación positiva.⁶

Se configura como un proceso continuado de gestión coordinada de las Administraciones públicas para la consecución en un marco de referencia global ordenado⁷ de los siguientes objetivos:

- a) Definir, proteger y mejorar la estructura territorial del ámbito al que se aplica, con el fin de conseguir desarrollo equilibrado de las zonas afectadas.
- b) Mejorar la calidad de vida, facilitando a la población el acceso y disfrute a equipamientos de toda índole.
- c) Promover una gestión eficaz de los recursos naturales que coordine las necesidades del medio socioeconómico con las obligaciones de conservación y mejora del medio ambiente y de los lugares o construcciones de interés ecológico, cultural o paisajístico⁸.

⁵ Celebrada en Torremolinos (Málaga).

⁶ En concreto: a) artículo 40 (según el cual corresponde a los poderes públicos generar las condiciones adecuadas para el progreso social y económico y para la más equitativa distribución de la riqueza y renta regional); b) artículo 45, que consagra el derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la personalidad.

⁷ Expresión recogida en la Exposición de Motivos de la Ley de Castilla y León 10/1998, de ordenación del territorio.

⁸ También en este sentido, artículo 2 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea.

- d) Procurar la utilización racional y equilibrada del territorio mediante la definición de usos admisibles y la potenciación de los adecuados en cada parte del mismo, la creación de las apropiadas infraestructuras y la adopción de medidas incentivadoras o disuasorias de determinadas actividades, todo ello en función del objetivo indicado.
- e) Identificar las áreas o zonas que, por su idoneidad actual o potencial para la explotación agrícola, forestal o ganadera, o por su riqueza paisajística, ecológica o cultural, deberán ser objeto de especial protección y ser sometidos a gestión sectorial específica en desarrollo de la legislación agraria, de protección del medio natural o del patrimonio cultural.
- f) Establecer un proceso conducente a la recuperación del patrimonio natural, cultural o económico deteriorado, coordinando las acciones sectoriales que se proyecten o ejecuten para ello en cada ámbito territorial.
- g) Favorecer la vertebración del territorio y su conexión con los principales núcleos de actividad, nacionales y extranjeros, mediante la creación e impulso de las infraestructuras adecuadas de comunicación y transporte.
- h) Cualesquiera otros que tiendan a conseguir la apropiada relación entre la población, el territorio, las actividades económicas, el medio natural, el patrimonio cultural, los equipamientos y servicios y las infraestructuras. Entre ellos, eliminar la regresión, el estancamiento demográfico y la despoblación.

Por otra parte, es un título competencial específico dentro del sistema constitucional, en favor de las Comunidades Autónomas, que no puede ser ignorado y que no se limita a la mera actividad de planificar, desde el punto de vista de su incidencia en el territorio, la actividad que por otros títulos haya de desarrollar la Administración o ente competente, sino que condiciona materialmente la actuación de estos en el territorio. (STC 149/1991, de 4 de julio; STC 40/1998, de 19 de febrero). «Sin embargo también ha advertido, desde la perspectiva competencial, que dentro del ámbito material de dicho título, de enorme amplitud, no se incluyen todas las actuaciones de los poderes públicos que tienen incidencia territorial y afectan a la política de ordenación del territorio, puesto que ello supondría atribuirle un alcance tan amplio que desconocería el contenido específico de otros títulos competenciales, no sólo del Estado, máxime si se tiene en cuenta que la mayor parte de las políticas sectoriales tienen una incidencia o dimensión espacial (SSTC 36/1994; 61/1997; 40/1998, 14/2004).»

— Asimismo, en cuanto competencia se identifica con una «política» o una función pública y no por sectores concretos del ordenamiento o de la actividad pública, por lo que su ejercicio ha de contemplar las competencias concurrentes de otras Administraciones en los sectores en los que incide la política de ordenación del territorio, de enorme amplitud. En suma, el ejercicio de dicha competencia autonómica no puede impedir el de otras del Estado (STC 56/1986, de 13 de mayo). De manera que siempre que el Estado goce de un título competencial específico que incida en la ordenación del territorio, el entrecruzamiento de competencias obliga a la coordinación de las Administraciones implicadas (STC 227/1988, de 29 de noviembre)⁹

No es identificable con el concepto de medio ambiente, el cual, si bien tiene un carácter complejo y un alcance interdisciplinar, queda referido a la conservación y protección de la naturaleza (SSTC 64/1982, de 4 de noviembre y 80/1985, de 4 de julio), con un alcance mucho más restringido que la ordenación territorial o asignación razonada y planificada de los diversos usos a que se destina el territorio. Especial incidencia en la ordenación territorial tiene la delimitación geográfica de espacios protegidos, así como la planificación de ordenación de sus recursos naturales. Al respecto ha de tenerse presente lo siguiente.

Existe relación directa entre la materia de medio ambiente y la relativa a espacios naturales protegidos. Sin embargo, las actividades públicas concernientes a una y a otra constituyen ámbitos distintos. Concretamente, el concepto medio ambiente tiene alcance genérico, tanto en su objeto como en el tipo de protección, mientras que la materia de espacios naturales protegidos se refiere únicamente al soporte topográfico del medio ambiente (SSTC 64/1982, de 4 de noviembre; 69/1982, de 23 de noviembre; 82/1982, de 21 de diciembre; 102/1995, 195/1998, de 1 de octubre).

La declaración de espacios protegidos y la delimitación de su ámbito territorial se encuadra «con toda naturalidad» en la materia de espacios naturales protegidos (STC 195/1998, recién citada)^{10,11}.

⁹ El principio de coordinación se formula en el artículo 4 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común y en los artículos 3.1.f) y 3.2.h) de la Ley 6/1997, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado.

¹⁰ La declaración de que un espacio merece la protección prevista constitucionalmente, es un acto netamente ejecutivo que consiste en aplicar la legalidad, individualizándola, por lo que es un acto materialmente administrativo (STC 195/1998).

¹¹ La STC 194/2004, en este ámbito, ha declarado contrarios a la Constitución los preceptos de la Ley 4/1989, de conservación de la flora y fauna silvestres reguladores del sistema de gestión de los parques nacionales (artículos 23 y concordantes), en cuanto

La calificación de que un segmento o trozo de la zona marítimo terrestre pertenece a un espacio protegido corresponde, en principio, a la Comunidad Autónoma (STC 102/1995), lo que incluye la zona periférica, salvo parques nacionales y reservas nacionales y espacios protegidos internacionalmente. Respecto de estos últimos, el acuerdo de inclusión de un paraje en la lista de espacios fijados en convenio internacional corresponde al Consejo de Ministros (STS de 31 de marzo de 1998)¹².

Dentro del contenido de la ordenación territorial se ha de incluir también el de ordenación del litoral, como especificación de aquel en las Comunidades Autónomas costeras. El concepto de litoral, si bien se ciñe en sentido estricto al ámbito del dominio público próximo a la costa, lo cierto es que para su ordenación, es decir, la delimitación de usos posibles y el establecimiento de reglas tendentes a que el equilibrio territorial quede asegurado, se hace preciso que incluya las aguas interiores, tanto al efecto del planeamiento municipal, como al efecto de la planificación territorial. En este sentido, incluye al menos la ribera del mar y sus zonas de protección e influencia, lo que quiere decir que, en principio, a estos efectos, cabe la posibilidad de incluir en el concepto de litoral las aguas interiores (STC 149/1991, de 4 de julio)¹³. La cuestión es importante, por cuanto al reputarse que el litoral es parte del territorio, la competencia de ordenación debe entenderse asumida por todas las Comunidades de vía lenta (artículo 143 de la Constitución) cuyos Estatutos de Autonomía recojan el concepto «ordenación del territorio». En caso contrario, sólo las Comunidades constituidas al amparo del artículo 151 y disposición transitoria primera, podrían ostentar título competencial sobre el litoral.

La competencia reiterada no puede confundirse con la de determinación de las distintas categorías de bienes que integran el dominio público natural (espacio aéreo, aguas, costas, minas) que la Constitución atribuye con toda precisión al Estado en su artículo 132, así como con la de fijación de su régimen jurídico. Como expone STC 227/1988,

establecían la cogestión de los mismos entre el Estado y las Comunidades Autónomas, sin que la competencia estatal sobre coordinación en este sector pueda atribuirle competencia para intervenir en la indicada gestión, aun compartida, incluso en caso de parques supra o interautonómicos. Esta Ley ha sido derogada en parte por la Ley 5/2007, de parques nacionales, y en parte por la Ley 42/2007 (medio ambiente y biodiversidad)

¹² Muy importante en sede de parques nacionales es la STC 194/2004, que ha alterado los «tradicionales criterios competenciales» en relación con la gestión de estos espacios protegidos.

¹³ En este sentido también, Sentencia del TSJ de Baleares de 19 de junio de 1996 (RJ 1957).

antes citada, «tratándose del demanio natural es lógico que la potestad de demanializar se reserve en exclusiva al Estado y que los géneros naturales de bienes que unitariamente lo integran se incluyan asimismo como unidad indivisible en el dominio estatal». Sin embargo, la titularidad del dominio público no es en sí misma un criterio de delimitación competencial y, por ello, la naturaleza demanial cuya determinación corresponde al Estado, no aísla a la porción del territorio ni la sustrae de las competencias que sobre él corresponden a otras entidades públicas (SSTC 103/1989, de 8 de junio; 149/1991).

No entra en la ordenación territorial, la fijación de las unidades mínimas de cultivo (sino que se sitúa en el ámbito de la agricultura y ordenación de la economía, artículos 148.1.7.^a y 149.1.13.^a), pero es muy próxima a aquella y presenta evidentes implicaciones en la ordenación del espacio físico y en el régimen de la propiedad inmobiliaria rústica. Por unidad mínima de cultivo se entiende la superficie suficiente que debe tener una finca rústica (suelo no urbanizable o semejante) para que las labores fundamentales de su cultivo, utilizando medios normales y técnicos de producción, pueda llevarse a cabo con rendimiento satisfactorio, teniendo en cuenta las características socioeconómicas de la agricultura en la zona o comarca. Su determinación corresponde a las Comunidades Autónomas (artículo 23 de la Ley 19/ 1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias).

Por fin, no alcanza obviamente la ordenación del territorio: a) a la regulación del espacio aéreo que sobre él se sitúa, que es competencia estatal según artículo 149.1.20.^a de la Constitución. Hay que atender a la Ley 48/1960, de 21 de julio y al Real Decreto 2610/1970, de 22 de agosto, de reestructuración del Espacio Aéreo Español. b) A la ordenación y explotación del mar territorial (Ley 10/1977, de 4 de enero), de la Zona Económica (Ley 15/1978, de 20 de febrero) ni de la plataforma continental, a salvo de lo dicho en relación con las aguas interiores. Todo lo relativo a ellos es competencia estatal, desarrollándose por los Departamentos competentes (disposición final 1.^a de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de Espacios Naturales y Flora y Fauna Silvestres).

Diferente es también la demarcación territorial, por la que se entiende la fijación de los límites y extensión superficial de los territorios que constituyen el elemento espacial de las personas jurídico públicas de base territorial (Estado, Comunidades, Provincias y Municipios, básicamente).

Por fin, hay que indicar que la diferencia entre los conceptos de urbanismo y ordenación ha sido también reiteradamente asumida por el Tribunal Supremo en materia de licencias de obras. Así, SSTs de 3 de

diciembre de 1982, 20 de febrero de 1984, 28 de mayo de 1986, 17 de julio y 30 de noviembre de 1987, 28 de septiembre de 1990, 17 de mayo de 1993, 11 de octubre de 1994, 5 de marzo y 29 de mayo de 1997. Según estas, las obras de ordenación del territorio no precisan licencia urbanística concedida por la Administración local. Es rasgo definitorio de tales obras la relevancia general que supera la de mera legalidad urbanística. Por ejemplo, las obras de pistas de aterrizaje y despegue de aeropuertos. En el último fallo se considera obra exenta de licencia la construcción de la segunda pista del Aeropuerto de Son San Juan (Mallorca). Las obras de carentes de relevancia general sí se someten a la licencia urbanística (STS 30 de julio de 1986). Aisladamente, la STS de 18 de diciembre de 1984, exige licencia urbanística en las obras de construcción de un hangar.¹⁴

¹⁴ La diferencia conceptual expuesta entre urbanismo y ordenación territorial (que también es una función pública, como expresa el artículo 3.1 de la Ley de la Comunidad Valenciana 4/2004, de ordenación del territorio y del paisaje, no se refleja en una división dogmática de ramas diversas del Derecho público. A ambas materias se dedica el Derecho urbanístico, que se puede definir como aquella rama del ordenamiento jurídico, de dimensión fundamental aunque no exclusivamente administrativa, que tiene por objeto regular el régimen del suelo, la ordenación del territorio, la transformación del medio, así como los derechos y deberes de los sujetos de derecho afectados, con especial relevancia de la salvaguarda del interés público. La STS de 10 de mayo de 1983 lo reputa como un Derecho eminentemente público inserto en el Administrativo como capítulo destacado de éste. Tiene un sistema de fuentes con productos normativos de carácter privativo, ajenos a otras ramas del Derecho, en general, y del Derecho público, en particular. Puede distinguirse así en sus fuentes. El bloque de la legalidad, compuesto por las normas jurídicas ajenas al planeamiento y, en general, superiores al mismo. Dentro de este grupo, existen normas propias sólo de esta rama jurídica, como determinadas ordenanzas locales previstas en la legislación estatal o autonómica (por ejemplo, las ordenanzas municipales de edificación y uso del suelo —artículo 40.2 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico—; o de edificación y urbanización —artículo 16 del Decreto Legislativo de Castilla-La Mancha 1/ 2004, de ordenación del territorio y actividad urbanística—; o de policía de la edificación —artículo 15 de la Ley de la Comunidad Valenciana 6/1994, de actividad urbanística, actualmente derogada por la Ley de la Comunidad valenciana 16/2005—); o como reglamentos o normas urbanísticas de carácter técnico (por ejemplo, los reglamentos orientativos de zonas de urbanización —artículos 13 y 14 de la Ley recién citada de la Comunidad Valenciana—; o las normas técnicas del planeamiento —artículo 15 de la Ley mencionada de Castilla-La Mancha, desarrollado por los artículos 1 a 5 del Decreto 248/2004, que aprueba el Reglamento de planeamiento de dicha Ley—). Y junto a aquel, el bloque del planeamiento territorial y urbanístico, en el que aparece con carácter privativo el plan o el instrumento de ordenación, norma jurídica escrita extraña (al menos relativamente) al resto del ordenamiento, en general con carácter reglamentario.

II. Distribución competencial Estado-Comunidades Autónomas¹⁵

¹⁵ En la evolución normativa en este campo, hasta el momento, cabe señalar cuatro fases o etapas básicas.

1.^a— Supone un primer intento de ordenación urbanística, que se desarrolla a lo largo de la segunda mitad del siglo XIX. Se concibe la ordenación desde una perspectiva exclusivamente local. Destacan:

- Real Orden de 25 de junio de 1846, que introduce el sistema de los llamados «planes geométricos de población».
- Legislación de ensanche, que tiene fin exclusivo de regular la expansión de los núcleos urbanos. Especialmente Ley de Ensanche y Extensión de 26 de junio de 1982; así como las de 1864 y 1876.
- Legislación de reforma interior de las poblaciones. Ley de Saneamiento y Mejora Interior, de 18 de marzo de 1895.

2.^a— Extendida desde el inicio del siglo XX hasta la Guerra Civil 1936-1939. No presenta grandes novedades, insistiendo la normativa en la perspectiva local, sanitaria, fiscal, así como en la municipalidad del urbanismo. Destaca el Estatuto Municipal de 1924, cuyo impulsor es José Calvo Sotelo. De esta época es también el Reglamento de Sanidad Municipal de 1925, vigente en la actualidad como disposición de mínimos en defecto de norma específica contraria o atributiva de mayor protección, y con rango de Ley (por obra de la Ley de 15 de septiembre de 1931, de revisión de la obra legislativa de la Dictadura de Primo de Rivera).

En la Primera República (1931-1939) se presentan los primeros intentos de convertir el urbanismo en una regulación general de la ordenación, más allá del ámbito local. Destacan:

- Plan General de Obras del Exrarradio de Madrid. (junio de 1936).
- Plan de distribución de Zonas del Territorio Catalán. (1931).

3.^a— Desde la Guerra Civil 1936-1939, hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1978. Se caracteriza por la globalización del fenómeno urbanístico. En un primer momento, permanecen constantes los mismos rasgos anteriores: perspectiva municipal; abandono del régimen del suelo a la autonomía de la voluntad y a la casi plena libertad de tráfico; preocupación principal centrada en el aumento de población de las ciudades; previsión de urbanización y ejecución sin respecto a orden de prioridades preestablecido.

Con la aprobación de la Ley de Solares de 15 de mayo de 1945 y especialmente con la Ley de 12 de mayo de 1956, sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, se aborda por vez primera la dimensión actual del urbanismo.

Posteriormente se aprueban la Ley 19/1975 y el Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana, que sustituye y deroga al anterior, así como a otras disposiciones. Revivificada como supletoria por efecto de STC 61/1997. La STC 159/2001 ha declarado inconstitucionales sus arts. 91.2 y 218.

4.^a— Desde la aprobación de la Constitución de 1978 en adelante. El artículo 148. 1. 3.^a de la misma prevé que las Comunidades Autónomas puedan asumir competencias sobre «ordenación del territorio, urbanismo y vivienda», lo cual han hecho efectivamente todas ellas por medio de sus respectivos Estatutos de Autonomía.

Como consecuencia de ello, *desaparece el monopolio estatal de producción normativa en la materia*. El Estado queda desapoderado de su competencia en esta materia —a salvo de lo que se expone seguidamente en el texto, desde el momento de la consumación del modelo autonómico, que debe entenderse producida con la aprobación y entra-

da en vigor del último de los Estatutos de Autonomía de Comunidades Autónomas (al margen los de Ceuta y Melilla, en las que el Estado conserva competencia urbanística). Esta fecha es 2 de marzo de 1983, día de publicación de la Ley Orgánica 4/1983, por la que se aprobó el Estatuto de Castilla y León, el mismo en el que entró en vigor con arreglo a su disposición final.

Como consecuencia de ello, los reglamentos urbanísticos del Estado —que siguen aplicándose directamente en aquellas Comunidades cuya normativa propia no los ha desplazado expresamente (por lo general, en caso de reglamentos urbanísticos autonómicos, como el aprobado por Decreto de Castilla y León 22/2004, o recientemente por Decreto del Principado de Asturias 278/2007), o implícitamente (como regla, en caso de leyes autonómicas contrarias) así como en Ceuta y Melilla y supletoriamente en todo el territorio nacional—, no están afectados de incompetencia. Estos reglamentos son: Real Decreto 1169/1978, de 2 de mayo, de Sociedades Urbanísticas; Real Decreto 2.159/1978, de 23 de junio, que aprueba el Reglamento de Planeamiento Urbanístico; Real Decreto 2.187/1978, de 23 de junio, que aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística; Real Decreto 3.288/1978, de 25 de agosto, aprobatorio del Reglamento de Gestión Urbanística; Decreto 1.006/1966, de Reparcelaciones; Decreto 635/1964, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Edificación Forzosa y Registro Municipal de Solares (Registro de Solares y Terrenos sin Urbanizar), declarado vigente por la STS 17 de diciembre de 1985. Tampoco están viciados los Reales Decretos Ley 16/1981, de 16 de octubre, sobre adaptación de Planes Generales de Ordenación Urbana y 3/1980, de 14 de marzo, sobre creación de suelo y agilización de la gestión urbanística.

Y también por tal causa, la legislación estatal de 1990-1992 (Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, que aprueba el nuevo Texto Refundido de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana y la previa Ley 8/1990, de 25 de julio, de Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo) está viciada de inconstitucionalidad en gran parte, de acuerdo con la STC 61/1997 —con efecto 25-4-1997, fecha de publicación el *BOE* de esta. Vigente sólo, tras la Ley 8/2007, en los artículos 104.3 (planes de iniciativa particular); 113.2 (planes directores territoriales de coordinación); 124.1 y 124.3 (publicación, publicidad de los planes); 136.2 (usos y obras provisionales); 137.5 (derecho de retorno de los arrendatarios de edificios fuera de ordenación); 138 b) (normas de aplicación directa); 159.4 (transmisiones de terrenos como consecuencia de Junta de Compensación); 168, 169, 170.1 (reparcelaciones); 183 (efecto de la aprobación de programas de actuación urbanística); 204 (ocupación temporal de terrenos en ejecución del planeamiento); 210, 211.3, 213, 214, 222; 224 (expropiaciones urbanísticas); 242.1 y 242.6, 243.2, 244.2, 244.3, 244.4, 245.1, 246.2, 255.2, 258.2 y 258.3, 259.3, 274 (intervención administrativa en edificación y uso del suelo); 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310 (régimen jurídico de la actuación administrativa en materia urbanística); disposición adicional cuarta, 1.^a y 3.^a; disposición adicional sexta; disposición transitoria quinta, 1.

Como consecuencia de esta declaración de inconstitucionalidad, ha de negarse efectividad al Real Decreto 304/1993, de 26 de febrero, que contiene la tabla de vigencias de los reglamentos urbanísticos del Estado.

Por su parte, la actualmente derogada Ley 6/1998, de régimen del suelo y valoraciones —reformada sucesivamente por la Ley 55/1999, Real Decreto Ley 4/2000; Ley 53/2002 y Ley 10/2003— ha sido declarada inconstitucional por la STC 164/2001, en sus artículos 16. 1 —redacción anterior al Real Decreto Ley 4/2000—, 38 y disposición final única, en cuanto se refiere a esos dos artículos.

Ha de tenerse presente, por fin, la entrada en vigor el 1-7-2007 de la Ley 8/2007, de suelo. Que, con incidencia directa en aspectos urbanísticos, no es, sin embargo, una «ley urbanística», como reza su Exposición de Motivos. Anuncia un texto refundido de las disposiciones estatales vigentes en la materia, aún no aprobado.

Con carácter paralelo al descrito desapoderamiento del poder del Estado de legislar integralmente en este ámbito, se ha producido —y se está produciendo— un fenómeno de pérdida de competencia objetiva, por parte del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sobre la materia analizada en estas páginas, como consecuencia de dos factores: uno, el ya examinado, de basculación de la fuente formal de producción normativa en sede urbanística y territorial, que pasa del Estado a las Comunidades Autónomas, con lo que la legislación sectorial va siendo, cada vez en mayor medida, autonómica, a salvo del «esqueleto normativo» que retiene el legislador estatal y a salvo de la legislación supletoria, incluidos los reglamentos urbanísticos; y otro, el régimen del recurso de casación frente a sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de Tribunales Superiores de Justicia, en relación con el hecho de corresponder la competencia subjetiva y orgánica, es decir, de ser la Administración urbanística, a las Comunidades y Entidades locales.

Efectivamente, dictada una sentencia en única instancia por dichos órganos judiciales (al margen de las que recaigan en apelación, contra las que no se dará en ningún caso recurso de casación ordinario), es requisito de admisibilidad que se justifique, en sede de preparación, que ha sido relevante y determinante del fallo la aplicación de normas de Derecho estatal o comunitario europeo (artículo 86. 3 de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). Lo que significa que sólo cabra el recurso citado cuando se haya aplicado de manera determinante —en la actualidad y fundamentalmente— la Ley 6/1998, los preceptos en vigor del Real Decreto Legislativo 1/1992, el Texto Refundido de 1976 o los reglamentos urbanísticos. No la legislación autonómica. A estos efectos, el criterio de admisibilidad del Tribunal Supremo es muy restrictivo pues.

No permite invocar en sede casacional normas autonómicas que sean mera transcripción literal de preceptos estatales [(STS 28 de febrero de 2002 RJ 1636)]. «En primer lugar, se debe poner de relieve del texto del artículo 3.2 del Decreto Legislativo 1/1990 de 12 de julio de Cataluña [por el que se aprueba el Texto Refundido de disposiciones vigentes en Cataluña en materia de urbanismo, derogado actualmente por la Ley del Parlamento de Cataluña 2/2002, refundida en el Decreto Legislativo de Cataluña 1/2005], es literalmente idéntico al del artículo 3.2 de la Ley del Suelo de 1976, lo que supone que el precepto legal invocado como infringido, es una norma de derecho autonómico, que no pierde este carácter, por el hecho de ser mera reproducción de una norma estatal. La invocación de un precepto legal autonómico, en concepto de infringido, no puede constituir objeto de estudio y enjuiciamiento en un recurso de casación, a tenor de lo dispuesto en los artículos 93.4 de la Ley Jurisdiccional [de 1956] y el 58.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, toda vez que conforme a los mismos, los Tribunales Superiores de Justicia, ostentan la cualidad de jueces supremos respecto de la aplicación e interpretación de los referidos preceptos autonómicos». En iguales términos, SSTs de 10 de febrero de 2001 (RJ 657), 27 de junio de 2001 RJ 6416, 22 de enero de 2003 (RJ 736). Ahora bien, «distinto es el supuesto que aquí se plantea en que la Sala de instancia aplica un precepto de Derecho Autonómico de idéntico contenido a otro de Derecho Estatal y la parte recurrente alega que la sentencia recurrida ha infringido la doctrina legal existente en interpretación de este último. Dicha doctrina no desaparece por la existencia del Derecho Autonómico ni pierde su valor de complementar el ordenamiento jurídico que le otorga el artículo 1.1 del Código Civil por lo que ha de ser tenida en cuenta como criterio de interpretación de las normas de Derecho Autonómico que se hayan limitado a transcribir, como con frecuencia sucede, otras normas preexistentes de Derecho Estatal, y su infracción puede ser invocada en un motivo de casación» [STS de 24 de mayo de 2004 (RJ 3790)].

Tampoco pueden ser invocados preceptos de leyes autonómicas de reenvío y asunción como propio del Derecho estatal (fenómeno que ha tenido lugar transitoriamente en

A partir del artículo 148.1.3.^a de la Constitución, estamos ante competencias autonómicas exclusivas¹⁶ que a su vez inciden en la esfera competencial del Estado (STC 61/1997; 164/2001; 14/2004); es decir que concurren con las de este. Efectivamente, el Estado *carece, en principio, de competencia en urbanismo y ordenación*. Sin embargo, se le atribuyen títulos que inciden de manera relevante en tales ámbitos:

- Determinación de las condiciones básicas, en todo el territorio nacional, que aseguren la igualdad de los ciudadanos en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (artículo 149.1.1.^a). Carente de condición de título competencial específico, sí habilita para regular lo estrictamente preciso a tales efectos, sobre materias en las que el Estado carece de competencia.

Andalucía por medio de la Ley 1/1997 —ya derogada por la Ley 7/2002, de ordenación urbanística de Andalucía—; Extremadura, a través de la Ley 13/1997 —también derogada por la Ley 15/2001—, de ordenación del territorio de Extremadura; y Cantabria, por cauce de la Ley 1/1997— también extinguida por la Ley 2/2001—, de ordenación territorial y régimen urbanístico de Cantabria, todas de asunción urgente de la legislación estatal declarada inconstitucional por la STC 61/1997), como afirma la STS de 9 de diciembre de 1999 (RJ 8758).

Por fin, la infracción de determinaciones normativas de instrumento de planeamiento tampoco es invocable en casación [SSTS 28 de enero de 2002 (RJ 920); 22 de octubre de 1999 (RJ 7971)], salvo los aprobados por el Estado en Ceuta y Melilla (cfr. nota 19).

Sobre estas cuestiones, la recién citada sentencia de 28 de enero de 2002 se pronuncia claramente, ante la invocación como motivo de casación del Real Decreto Legislativo 1/1992, con posterioridad a la STC 61/1997, sobre el argumento de haber sido asumido por Ley autonómica; y de cierto plan urbanístico. «Alude el recurrente a la vigencia en Andalucía de esta norma, pero si ello es así se debe a su eventual valor como norma autonómica dictada por el Parlamento de Andalucía. En esta hipótesis tampoco nos corresponde a nosotros el control de la interpretación que de dicha norma haya hecho la Sala de instancia pues es sabido que el conocimiento que a este Tribunal corresponde por vía de casación se circunscribe a las normas de naturaleza estatal, y quedan excluidas, por tanto, las de naturaleza autonómica. Por idéntica razón también quedan excluidas de la casación las normas urbanísticas del Plan General que se refieren en el motivo y que más arriba han quedado expuestas».

Se añade a lo anterior, que la reforma de la Ley 29/1998, por medio de la disposición adicional 19 de la Ley Orgánica 19/2003 —en este punto con carácter ordinario— ha ampliado considerablemente la competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo en materia urbanística, reduciendo la única instancia ante Tribunales Superiores de Justicia en este campo y, por tanto, la casación frente a sus sentencias, se concluye que el recurso de casación en el ámbito estudiado está en franco proceso de contracción.

¹⁶ Es llamativo cómo, últimamente, las Comunidades han empezado a usar del Decreto Ley para el ejercicio de competencias normativas en el campo urbanístico. Aparte del antecedente que supone el Decreto Ley del País Vasco 1/1983 —medidas urgentes derivadas de las inundaciones de agosto de 1983—: Decreto Ley de Cataluña 1/2007; Decreto Ley de Aragón 2/2007; Decreto Ley de Baleares 1/2007.

- Legislación civil y régimen jurídico del derecho de propiedad y demás derechos reales inmobiliarios, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos civiles forales o especiales, allí donde existan (artículo 149.1.8.º).

Ahora bien, la STC 164/01 ha sostenido que la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas sobre el urbanismo se extiende a la definición de facultades urbanísticas sobre la propiedad urbana¹⁷.

Hay que tener en cuenta la existencia de normas forales que pudieran incidir en la materia (sobre todo en valoración de derechos reales o, en general, patrimoniales, sobre fundos) en: Aragón, Ley 3/1985 de 21 de mayo, de las Cortes de Aragón, Compilación de Derecho civil. Cataluña, Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Parlamento de Cataluña, que aprueba el libro quinto del Código Civil, en materia de derechos reales. Navarra, Ley 1/1973, de 1 de marzo, que aprueba el Fuero Nuevo. País Vasco —Guipúzcoa y ciertas zonas de Vizcaya, Álava—, Ley Foral 1/1992, de 3 de julio, del Derecho civil del País Vasco. Baleares, Decreto Legislativo 79/1990, del Gobierno Balear, que aprueba el Texto Refundido de la Compilación. Galicia, Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia. Y Comunidad Valenciana, Ley 6/1985, de 15 de diciembre, de Arrendamientos Históricos Valencianos.

- Ordenación de los registros e instrumentos públicos (artículo 149.1.8.º). En esencia, acceso al Registro de la Propiedad de los actos y operaciones urbanísticas. En desarrollo de esta se ha aprobado el Real Decreto 1.093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de Naturaleza Urbanística.

¹⁷ Afirma también esta sentencia que la referencia hecha por el artículo 1 de la Ley 6/1998 (derogada con efecto 1-7-2007 por la Ley 8/2007, de suelo), al contenido «básico» de tal propiedad, en ningún caso podrá ser entendido como sinónimo de «bases» del derecho de propiedad urbana, dado que los títulos competenciales del Estado sobre el dominio urbano son limitados.

En definitiva, la fijación del alcance de la propiedad urbanística, a partir de los parámetros básicos fijados por el Estado, es de competencia autonómica, debiendo permitir tales parámetros estatales la diversa configuración en cada comunidad del contenido de tal propiedad urbanística (e incluso la delimitación de su función social). El dominio inmobiliario se convierte en urbanístico a través de la intermediación del planeamiento.

- Hacienda General, relevante en la fijación del tratamiento fiscal de propiedad inmobiliaria y de las operaciones urbanísticas (artículo 149.1.14.^a).
- Régimen jurídico de las Administraciones Públicas que garantice trato semejante a los administrados (competencia concurrente, bases más desarrollo); procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; responsabilidad patrimonial (artículo 149.1.18.^a).
- Legislación sobre expropiación forzosa (artículo 149.1.18.^a). Se atribuye al Estado competencia exclusiva en la materia. No rige al respecto la fórmula «bases más desarrollo». De esta forma no cabría en expropiación *en principio* coexistencia de normas estatales y comunitarias. No obstante, no es infrecuente en los Estatutos de Autonomía la asunción de competencia de desarrollo legislativo y ejecución en materia expropiatoria. Al respecto, el Tribunal Constitucional en sentencia 37/1987, de 26 de marzo, admite que puede existir legislación autonómica de desarrollo en sectores concretos en los que la Comunidad Autónoma de referencia goce de competencia material. Lo que matiza el alcance de la regla antes mencionada¹⁸.
- Puertos y aeropuertos de interés general (artículo 149.1.20.^a) y ferrocarriles (artículo 149.1.21.^a). En concreto, respecto de los puertos de interés general, las SSTC 40/1998; 193/1998, de 1 de octubre y 226/1998, de 26 de noviembre, reconocen la concurrencia sobre los mismos de los títulos competenciales de urbanismo y ordenación).
- Legislación básica sobre medio ambiente, montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias (artículo 149.1.23.^a). Competencia compartida, tiene especial incidencia en costas y aguas interiores. No sólo concurre en el espacio físico con la urbanística sino con otras sectoriales correspondientes a las Comunidades, que a su vez inciden en lo territorial. Señaladamente, la regulación exclusiva de la caza. En este campo, la intensidad de la competencia estatal medioambiental se reduce (STC 14/1998, de 22 de enero).

¹⁸ No entra en el título competencial expuesto la creación y regulación de órganos autonómicos de valoración (semejantes en su función, aunque no siempre coincidentes, a los jurados provinciales de expropiación forzosa del Estado. Por el contrario, aquella debe englobarse en la potestad autoorganizatoria de cada Comunidad Autónoma y, por tanto, en sede de régimen jurídico de esta, encajando en la competencia de desarrollo de las bases estatales sobre órganos colegiados —LRJPAC art. 22 s (SSTC 251/2006; 364/2006)—.

- Obras públicas de interés general, o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma (artículo 149.1.24.^ª). Su incidencia territorial ha sido destacada por la STC 61/1997, de 20 de marzo.
- Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (artículo 149.1.13.^ª). Este título no atribuye simplemente al Estado la competencia de aprobar planes económicos convencionales sino que le permite la adopción de cualquier medida o programa que responda a un principio de ordenación general de la economía (STC 1/1982, de 28 de enero).

Sin embargo, la competencia de coordinación no puede suponer un menoscabo, detrimento o sustracción de las competencias autonómicas sujetas a aquella; antes al contrario, presupone la titularidad de las competencias autonómicas sometidas a coordinación. Por ello, no puede suponer una vía de asunción por el Estado de competencias de las Comunidades, ni siquiera en una parte del objeto material de las mismas (SSTC 27/1987, de 27 de febrero; 227/1988, de 29 de noviembre)¹⁹.

Es clara, por tanto, la concurrencia de títulos competenciales sobre el territorio. Como pone de manifiesto la STC 14/2004, en relación con la ordenación territorial, «la actividad de planificación de los usos del suelo, así como la aprobación de los planes, instrumentos y normas de ordenación territorial se insertan en el ámbito material de la competencia sobre ordenación del territorio, cuyo titular deberá ejercerla sin menoscabar los ámbitos de competencia reservadas al Estado ex art. 149.1 de la Constitución que afecten al territorio, teniendo en cuenta los actos realizados en su ejercicio y respetando los condicionamientos que se deriven de los mismos (TSC 149/1998).»

Con igual criterio, la STC 164/2001, en relación con el urbanismo, afirma que «la competencia legislativa sobre urbanismo permite a las Comunidades Autónomas fijar sus propias políticas de ordenación de la ciudad, y servirse para ello de las técnicas jurídicas que consideren más adecuadas. Una de esas técnicas jurídicas puede ser, entre otras, la definición o conformación de las facultades urbanísticas de la propiedad urbana. Ahora bien, también en la STC 61/1997, FJ 5, dijimos que “la exclusividad competencial [de las Comunidades Autónomas] sobre urbanismo no autoriza a desconocer la competencia que, con el mismo carácter, viene reservada al Estado por virtud del art. 149.1 de la Constitución, tal como ha precisado la STC 56/1986, de 13 de mayo (FJ 3), referida al urbanismo, y

¹⁹ Por fin, en la normativa de régimen local se reconoce al Estado alguna intervención en la ordenación territorial, aunque tangencialmente. Por ejemplo, la posibilidad de fomentar la fusión de municipios para mejorar la capacidad de gestión local.

la STC 149/1991, de 4 de julio (FJ 1.b), relativa a ordenación del territorio. Procede, pues, afirmar que la competencia autonómica en materia de urbanismo ha de coexistir con aquellas que el Estado ostenta en virtud del art. 149.1 de la Constitución, cuyo ejercicio puede condicionar, lícitamente, la competencia de las Comunidades Autónomas sobre el mencionado sector material". En el mismo sentido añadimos, en el FJ 6 b) de la misma STC 61/1997, que "la competencia autonómica exclusiva sobre urbanismo ha de integrarse sistemáticamente con aquellas otras estatales que, si bien en modo alguno podrían legitimar una regulación general del entero régimen jurídico del suelo, pueden propiciar, sin embargo, que se afecte puntualmente a la materia urbanística"». ²⁰

Por lo tanto, desde la perspectiva del reparto constitucional de competencias, la de ordenación del territorio y el urbanismo no pueden suponer una facultad absoluta que impida, dificulte o perturbe el ejercicio de otras competencias con incidencia en la ocupación de determinados espacios físicos^{21,22,23}.

²⁰ «Y ello sin perder de vista que «este Tribunal ha señalado como criterio general a tener en cuenta en los supuestos de concurrencia de títulos competenciales el de la prevalencia de la regla competencial específica sobre el de la más genérica (así, en SSTC 87/1987, FJ 2 y 69/1988, FJ 4). Aunque también se ha dicho que a este criterio no se le puede atribuir un valor absoluto (STC 213/1988, FJ 3; STC 197/1996, FJ 4; STC 14/2004)».

²¹ Llama el Tribunal Constitucional a la cooperación en este campo en la STC 149/1998. «Es necesario insistir, una vez más, en orden a una adecuada articulación de las competencias autonómicas sobre la ordenación del territorio y de las competencias estatales sectoriales que afecten al uso del territorio, en el establecimiento de fórmulas de cooperación, que resultan "especialmente necesarias en estos supuestos de concurrencia de títulos competenciales en los que deben buscarse aquellas soluciones con las que se consiga optimizar el ejercicio de ambas competencias (SSTC 32/1983, 77/1984, 227/1988 y 36/1994) pudiendo elegirse, en cada caso, las técnicas que resulten más adecuadas: el mutuo intercambio de información, la emisión de informes previos en los ámbitos de la propia competencia, la creación de órganos de composición mixta, etc. (STC 40/1998)».

²² Por otra parte, las actuaciones desarrolladas dentro del territorio propio de una Comunidad Autónoma dada pueden implicar efectos físicos extraterritoriales en otra. En tal caso, si no se plantea un debate en el plano competencial, no cabe acudir para resolverlo al cauce del conflicto constitucional de competencias (STC 195/01).

²³ A pesar de todo lo expuesto el Estado tiene competencia subjetiva y orgánica en Ceuta y Melilla en el ámbito urbanístico, dado que no son Comunidades Autónomas y habida cuenta del contenido de sus respectivos estatutos. La disposición adicional tercera de la Ley 8/2007, de suelo, de forma semejante —aunque no igual— a la precedente la disposición adicional 3.ª de la Ley 6/1998 (modificada por el artículo 68 de la Ley 55/1999, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social), atribuye al Estado la competencia para la aprobación definitiva del plan general de ordenación urbana, sus revisiones y lagunas de sus modificaciones, de ambas ciudades, así como la emisión de informe preceptivo y vinculante previo a la aprobación definitiva de planes parciales, sus modificaciones y revisiones.

III. Exclusión de las habilitaciones de competencia

El rasgo esencial de la competencia en sede constitucional es su indisponibilidad (SSTC 167/1993; 163/1998, de 1 de octubre)²⁴. Como consecuencia de ello es rechazable la figura —poco frecuente en la práctica— de la habilitación de competencia. Mediante ella, una determinada Administración habilita normativamente a otra al desarrollo de actuaciones en un ámbito competencial ajeno.

En el campo que nos ocupa, no es admisible en sede constitucional, la Administración autonómica competente en materia de ordenación del territorio y urbanismo *habilite competencialmente* al Estado para el ejercicio de aspectos de la misma (como por ejemplo, para la aprobación de instrumentos de ordenación), pues ello supone ejercer la competencia autonómica invadiendo la esfera estatal y disponiendo de ella. En este sentido, se pronuncia STC 149/1998, de 2 de julio, que declara inconstitucional la disposición adicional 2ª de la Ley del Parlamento Vasco 4/1990, de ordenación del territorio, que habilitaba al Estado para la aprobación de Planes Territoriales Sectoriales en el ejercicio de su competencia. Efectivamente, tal disposición, «viene a facultar al Estado para que en el ejercicio de sus competencias sectoriales con incidencia territorial formule y prepare Planes Territoriales Sectoriales, a que se refiere la ley [citada], lo que supone ... una pretendida habilitación competencial genérica en favor de la Administración del Estado para lo que es obvio que el legislador autonómico resulta manifiestamente incompetente, habiendo transgredido los límites de su competencia en materia de ordenación del territorio, pues en el ejercicio de su competencia nada puede disponer acerca del ámbito competencial propio del Estado (STC 46/1990, fundamento jurídico 4º)». En suma, «aunque el Estado pueda en el ejercicio de sus competencias condicionar en algún extremo los planes, instrumentos y normas de ordenación territorial, la aprobación de los mismos corresponde en exclusiva a quienes poseen la competencia en materia de ordenación territorial» (STC 36/1994).

Asumido este hecho, y dado que no todo el territorio nacional está dividido en Comunidades Autónomas, podría admitirse que el Estado sigue reteniendo competencia legislativa en materia urbanística y de ordenación territorial respecto de las zonas no integradas en Comunidades Autónomas, lo que supondría, por otra parte, revitalizar la cláusula de supletoriedad del artículo 149.1.3 de la Constitución, dado que si no le cabe legislar con finalidad exclusivamente supletoria (STC 116/1998; STC 61/1997), sí le cabrá hacerlo directamente respecto de Ceuta y Melilla y demás enclaves no integrados en Comunidades, siendo la norma eventualmente producida supletoria en el resto del Estado.

²⁴ Característica esencial también a la competencia orgánica (Ley 30/1992, 26-11, art. 12. 1).

IV. Urbanismo y autonomía local. La subrogación

La autonomía local²⁵ se configura constitucionalmente como una «garantía institucional» que constituye un reducto indisponible o núcleo esencial de autogobierno de las entidades locales, que ha de ser respetado por el Estado y por las Comunidades Autónomas en el desarrollo de sus competencias constitucionales (TC 213/1988, de 11 de noviembre; 259/1988, de 22 de diciembre). Puede concebirse como el derecho de la comunidad local —municipal, provincial, comarcal, etc.— a participar en el gobierno y la administración de los asuntos que le atañen. Y entre ellos, intensamente, el urbanismo. Como expone la STC 159/2001, la doctrina constitucional en materia de autonomía local que seguidamente reseñamos «se ha proyectado sobre diversos sectores de la esfera de intereses locales y de las competencias municipales, intereses y competencias que tienen en el urbanismo una de sus manifestaciones más importantes, pues “no es necesario argumentar particularmente que, entre los asuntos de interés de los municipios y a los que por tanto se extienden sus competencias, está el urbanismo” (STC 40/1998, de 19 de febrero)».

Es, en suma, un principio estructural básico de la Constitución (TC 32/1981, de 28 de julio; 214/1989, de 21 de diciembre) que impone al legislador atenerse a un mínimo competencial que, como propio de la entidad local, ha de reconocerse a esta por vía legal (TC 4/1981, de 2 de febrero; 40/1998). Opera así como garantía «de los elementos esenciales o del núcleo primario del autogobierno de los entes locales territoriales, núcleo que debe necesariamente ser respetado por el legislador (estatal o autonómico, general o sectorial) para que dichas Administraciones sean reconocibles en tanto que entes dotados de autogobierno. En la medida en que el constituyente no predeterminó el contenido concreto de la autonomía local, el legislador constitucionalmente habilitado para regular materias de las que sea razonable afirmar que formen parte de ese núcleo indisponible podrá, ciertamente, ejercer en uno u otro sentido su libertad inicial de configuración, pero no podrá hacerlo de manera que establezca un contenido de la autonomía local incompatible con el marco general perfilado en los arts. 137, 140 y 141 de la Constitución. So pena de incurrir en inconstitucionalidad por vulneración de la garan-

²⁵ Según el artículo 3 de la Carta Europea de Autonomía Local de 15 de octubre de 1985 (ratificada el 20 de enero de 1988; *BOE* 24 de febrero de 1989) es «el derecho y capacidad efectiva de las Entidades Locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la Ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes».

tía institucional de la autonomía local, el legislador tiene vedada toda regulación de la capacidad decisoria de los entes locales respecto de las materias de su interés que se sitúe por debajo de ese umbral mínimo que les garantiza su participación efectiva en los asuntos que les atañen y, por consiguiente, su existencia como reales instituciones de autogobierno». (STC 159/2001). De manera que cabe en el plano de la legalidad ordinaria, aumentar o reducir las competencias locales, pero no eliminarlas. Al tiempo que la reducción de su contenido debe ser justificada y nunca dañar el principio de autonomía. De esta forma, la autonomía de las Corporaciones puede ser afectada por incidencias o actuaciones procedentes de otros niveles de gobierno, siempre que no se desnaturalice el núcleo indisponible de la institución (STC 109/1998, de 21 de mayo).

Sin embargo, no existe un conjunto de competencias determinadas apriorísticamente en la Constitución que puedan ser asumidas por las Corporaciones Locales, a diferencia de lo que sucede respecto del Estado y las Comunidades. En todo caso, es un poder limitado que no puede oponerse al de unidad estatal (STC 27/1987, de 27 de febrero), partiendo de la base de que el interés local cede ante el interés supralocal, claramente predominante (STC 170/1989, de 19 de octubre; 133/1990, de 19 de julio). Se trata de una autonomía de segundo grado que no puede prevalecer frente a la autonomía de las Comunidades Autónomas [STC 12 de diciembre de (1991 RJ 9514)].

La articulación efectiva de esta autonomía se produce a través de la intermediación del legislador estatal —a través muy especialmente de la Ley 7/1985, de de bases de régimen local (LBRL)— y, en su ámbito y en un plano posterior, al autonómico. Efectivamente, afirma la STC 159/2001 que «en el sistema arbitrado por el art. 2.1 LBRL ... se mantiene y conjuga ... un adecuado equilibrio en el ejercicio de la función constitucional encomendada al legislador estatal de garantizar los mínimos competenciales que dotan de contenido y efectividad a la garantía de la autonomía local, ya que no se desciende a la fijación detallada de tales competencias, pues el propio Estado no dispone de todas ellas. De ahí que esa ulterior operación quede deferida al legislador competente por razón de la materia. Legislador, no obstante, que en el caso de las Comunidades Autónomas, no puede, con ocasión de esa concreción competencial, desconocer los criterios generales que los arts. 2.1, 25.2, 26 y 36 de la misma LBRL han establecido» (STC 214/1989, de 21 de diciembre). Así que, como tuvimos ocasión de señalar en la STC 27/1987, de 27 de febrero, los preceptos estatutarios y legales configuradores de la autonomía local (o sea, aquellos artículos de la LBRL que sean reflejo inequívoco de los principios contenidos en los arts. 137, 140 y 141 de la Constitución) «interpretados conjunta y sistemáticamente y de conformidad con [esta], son los que

deben tomarse en consideración como parámetros de la legitimidad constitucional de los preceptos impugnados ..., de tal manera que su infracción por estos últimos determinaría su nulidad por vulneración del bloque de constitucionalidad aplicable a la materia de que se trata».

La LBRL, prosigue la STC 159/2001, «por definir o delimitar las competencias estatales y autonómicas, y por actuar los valores superiores consagrados en el art. 137 de la Constitución, “tiene una singular y específica naturaleza y posición en el Ordenamiento jurídico” (STC 259/1988, de 22 de diciembre), integrándose sin dificultad, en aquella parte que sea concreción de principios constitucionales, dentro del llamado “bloque de la constitucionalidad” (art. 28.1 LOTC), según dijimos, entre otras, en las SSTC 27/1987, de 27 de febrero, y 109/1998, de 26 de mayo. Por consiguiente, sólo en estos términos, y partiendo de la dualidad de contenidos de la LBRL (de un lado, aspectos que se refieren a la autonomía local constitucionalmente garantizada y, de otro, aspectos de simple regulación legal de los entes locales), puede afirmarse que el encaje constitucional esencial de la LBRL se encuentra en los arts. 137, 140 y 141 de la Constitución, aunque por razones competenciales (que ahora, hemos de notar, no vienen al caso) también halle fundamento en el título competencial estatal del art. 149.1.18 CE, pues “en el esquema constitucional de la distribución territorial de competencias, una de las adjudicadas al Estado con carácter exclusivo tiene por objeto las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y, entre ellas, por tanto, de la local” (STC 385/1993, de 23 de diciembre, con referencia a la STC 214/1989, de 21 de diciembre)».

En este contexto, la repetida STC 159/2001 ha resaltado la difícil relación de equilibrio entre esta autonomía y el mecanismo de la subrogación o sustitución funcional en el ámbito urbanístico. Dentro de este, y partiendo de la asunción general de las reglas rectoras del ejercicio de la competencia administrativa (subjética y orgánica), entendida como requisito esencial de actuación y producción válida y regular de actos y disposiciones administrativas, es muy frecuente la previsión normativa de dos técnicas de alteración competencial: la delegación intersubjetiva²⁶

²⁶ La STS de 11 de noviembre de 2003 (RJ 8061), declara no haber lugar a la casación de una sentencia del TSJ de Andalucía que inadmitió un recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, sin previa declaración de lesividad, contra un acto de cierta entidad local dictado por delegación intersubjetiva, en aplicación del entonces vigente Decreto 77/1994, sobre ejercicio de competencias urbanísticas en dicha Comunidad. Puesto que, «aceptado que se está en presencia de una delegación intersubjetiva, permitida legalmente, es indudable que la impugnación y anulación de dicho acto se encuentra sujeta a las reglas de la delegación por lo que es necesaria la previa declaración de lesividad del acto». Actualmente está en vigor el Decreto 220/2006 en esta materia.

y la subrogación²⁷. Por medio de esta una Administración superior sustituye funcionalmente a una entidad local en caso de pasividad en el ejercicio de una competencia propia, en los términos del artículo 60 LBRL²⁸.

Pues bien, la Sentencia analizada (a la que sigue la posterior 51/2004), declara contrarios a la Constitución y nulos el artículo 218 del Texto Refundido de 1976 y el artículo 15 del Decreto Legislativo de Cataluña 1/1990, que aprobaba el Texto Refundido de disposiciones vigentes en materia de urbanismo en Cataluña (actualmente derogado por la Ley del Parlamento de Cataluña 2/2002, refundida posteriormente en el Decreto Legislativo de Cataluña 1/2005) por incurrir estos preceptos en violación del citado artículo 60 LBRL, que solamente contempla como hecho desencadenante de la subrogación el incumplimiento grave en el ejercicio de una competencia local que afecte a competencias estatales o autonómicas —o al menos exceda al mero interés municipal—, mientras que los preceptos declarados inconstitucionales permitían una mayor amplitud en la posibilidad de intervención estatal o autonómica con la consiguiente reducción del nivel mínimo de actuación de los órganos propios de los municipios, llegando a establecer no una simple regla competencial, sino una sustitución o subrogación orgánica. Se resalta igualmente que esta técnica no puede activarse directamente, sin previa formulación de requerimiento previo.

No cabe confundir la subrogación en la competencia municipal no ejercida, respecto de la que aquella corregirá la pasividad de la entidad local, previo requerimiento, con la suspensión de actos de las entidades locales en materia de urbanismo; fundamentalmente licencias. Al respecto, como recuerda la STS de 24 de mayo de 2004 RJ 3790 «la doctrina de esta Sala recogida, entre otras, en la sentencia de 16 de febrero de 1993

²⁷ Se prevé, generalmente tanto en sede de planeamiento como de disciplina urbanística, en la mayor parte de la legislación urbanística vigente: artículos 5. 4 del Real Decreto 1346/ 1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del suelo y ordenación urbana; 12 de la Ley Foral de Navarra 35/2002, de ordenación del territorio y urbanismo; 88 y 144 del Decreto Legislativo de Cataluña 1//2005, de urbanismo; 237 y 254 del Decreto Legislativo del Gobierno del Principado de Asturias 1/2004, por el que se aprueba el Texto Refundido de ordenación del territorio y urbanismo; etc...

²⁸ Este precepto dispone lo siguiente. «Cuando una entidad local incumpliera las obligaciones impuestas directamente por la Ley de forma que tal incumplimiento afectara al ejercicio de competencias de la Administración del Estado o de la Comunidad Autónoma, y cuya cobertura económica estuviere legalmente o presupuestariamente garantizada, una u otra, según su respectivo ámbito competencial, deberá recordarle su cumplimiento concediendo al efecto el plazo que fuere necesario. Si, transcurrido dicho plazo, nunca inferior a un mes, el incumplimiento persistiera, se procederá a adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de la obligación a costa y en sustitución de la entidad local».

(RJ 532)²⁹, y partiendo de la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional, ha declarado que las Comunidades Autónomas carecen de competencia para suspender los acuerdos de las Corporaciones locales en materia de urbanismo por haberse suprimido su anterior potestad tras la promulgación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, conforme a sus arts. 65 y 66. Ahora bien esta doctrina no es aplicable a los supuestos, como el ahora enjuiciado, en los que la expresada facultad de suspensión es ejercitada, no por una Comunidad Autónoma, sino por el propio Alcalde del Ayuntamiento concedente de la licencia, al amparo del núm. 1 del citado art. 186 [del Texto Refundido de 1976]. Así lo han entendido las sentencias de esta Sala de 22 de enero RJ 335 y 6 de febrero de 1988 RJ 775 y más recientemente, aunque referida a un supuesto de subrogación del órgano autonómico por inactividad municipal, la de 7 de noviembre de 1991, la cual, con la particularidad citada, establece que “la expresada facultad que otorga al Alcalde el citado art. 186, en su apartado 1.º [del Texto Refundido de 1976], para disponer la suspensión de los efectos de una licencia cuando el contenido de la misma constituya manifiestamente una infracción urbanística grave, debe estimarse vigente, sin que a ello obste lo que disponen los citados arts. 65 y 66 de la Ley 7/1985 de Bases de Régimen Local, así como su disposición derogatoria e) ni la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Constitucional en sus sentencias 213/1988, de 11 de noviembre y 259/1988, de 22 de diciembre,... puesto que si bien es cierto que la jurisprudencia constitucional aludida ha dejado establecido que el apartado 2.º del repetido art. 186 no puede prevalecer frente al principio de autonomía municipal que consagran los arts. 137 y 140 de la Constitución en la medida en que su aplicación pueda suponer una indebida intromisión de un órgano estatal o autonómico en la esfera de competencias estrictamente locales —STS 21-2-1986 (RJ 1609) entre otras— no cabe decir lo mismo respecto del apartado 1.º de aquel precepto, que más bien viene a reforzar... la autonomía de la Corporación que acuerda la suspensión de una licencia otorgada, en virtud de subrogación, *por un órgano de la Administración autonómica...*”».

²⁹ También sentencias de 25 de enero de 1989 (RJ 486) y 3 de septiembre de 1990 (RJ 7082).

Reflexiones sobre la eficacia de los delitos contra la administración pública en materia de corrupción urbanística

Inma Valeije Álvarez

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Vigo

I. Introducción

Es posible que el mundo de la denominada corrupción urbanística —que es corrupción vinculada a la regulación y uso del suelo— sea un ejemplo de la dificultad de separar lo corrupto de lo ilegal, o lo corrupto de lo irresponsable. Algunas cuestiones sobre la corrupción y la especulación del suelo.

El urbanismo municipal ha sido en estos últimos tiempos de manera poco controlada el motor de desarrollo de muchos municipios españoles (y también de fortunas personales) ya que es competencia de los municipios la gestión en este ámbito planificando y ejecutando el planeamiento y controlando la disciplina urbanística. Es cierto que en algunas zonas de España la corrupción inmobiliaria ha sido un caldo de cultivo para blanquear fondos que provienen de narcotráfico u otras actividades delictivas, mafias que incluso se han hecho con el control político de la zona financiando partidos y candidatos a la Alcaldía dirigidos por grupos de delincuencia organizada¹. Pero en otras ocasiones, y esto es interesante subrayarlo, ya no son sólo causas que guardan relación con la criminalidad organizada, sino con razones estructurales. La arbitrariedad en la gestión urbanística, tiene relación con la crónica insuficiencia de las haciendas locales y los recursos municipales. Muchos políticos municipales necesitados de fondos o ingresos extraordinarios para financiar las obras de equipamientos y servicios municipales (a veces porqué no decirlo con fines electorales) incumplen la normativa urbanística o incluso

¹ Así se pone de relieve en el estudio del Instituto Andaluz universitario de Criminología titulado *Urbanismo, corrupción y delincuencia organizada: un proyecto de la Costa del Sol* (Director: José Luis Díez Ripollés) Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

adoptan decisiones dañinas para el medioambiente convencidos de que el resultado es beneficioso para el pueblo, genera empleo, es motor de desarrollo económico y atrae el turismo. No hay beneficio privado pero se lleva a cabo una pésima gestión del suelo.

Tampoco puede olvidarse que una gran parte de los escándalos por corrupción urbanística giran en tono al problema de financiamiento irregular de los partidos políticos. El Consejo de Europa ha destacado el financiamiento de partidos políticos como fuente principal de corrupción política en el estado español. Los escándalos conocidos afectan a todas las fuerzas políticas mayoritarias y en ellos se pueden distinguir tres tipos de financiación irregular: la obtención de donativos procedentes directamente o indirectamente (a través de otras entidades intermedias) de grandes empresas (españolas o extranjeras), condonación de deudas crediticias por bancos o cajas de ahorro y la utilización de administraciones públicas bajo su control para el desvío de fondos para el partido. Comenzando por esta última vía, una buena parte de los casos conocidos revelan que los partidos que tuvieron responsabilidades de Gobierno a uno u otro nivel de administración pública no tuvieron demasiados reparos en recurrir a la extracción irregular de fondos públicos para financiar sus campañas. Se hace de una de las siguientes formas: cobrando comisiones a empresas a cambio de la adjudicación de diversos contratos públicos (recogida de basuras, contratos de limpieza, contratos de determinadas obras públicas patrocinadas por instituciones autonómicas o provinciales), a cambio de determinadas decisiones urbanísticas (recalificaciones del suelo, licencias de obras, convenios urbanísticos en los que las plusvalías repercuten en el propietario del suelo y se socializan los costes de las infraestructuras urbanísticas necesarias) o mediante desvío directo de fondos procedentes de subvenciones publicas o descapitalización de empresas publicas o privadas controladas por personas próximas al partido².

En consecuencia, la inoperancia del vigente sistema de financiación de partidos en España es la causa de múltiples conductas irregulares en las instituciones públicas, impulsadas a obtener recursos públicos que propicien el normal desenvolvimiento de los partidos. Se hace preciso una modificación de la normativa de financiación de partidos, de forma que se prohíban las donaciones opacas, se refuerce la independencia del órgano fiscalizador de sus cuentas y se les requiera mayor transparencia en los ingresos y gastos que realizan a través de sus empresas y fundaciones.

² JIMÉNEZ SÁNCHEZ, F.: «Ética pública y sistema de financiación de partidos políticos en España», en *Ética pública: Desafíos e propostas*. Publicado por Escola Galega de Administración pública. Xunta de Galicia. Santiago de Compostela 2008, pp. 56 y ss.

Por lo que se refiere al acceso a la función pública se incumple de forma reiterada los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. En el nivel local de gobierno se ha producido una preocupante politización de los mecanismos de acceso y carrera que nos recuerdan a situaciones decimonónicas caracterizadas por el «clientelismo» y el «nepotismo» en la selección de personal de la función pública.

En lo que se refiere a los servicios municipales de urbanismo están descapitalizados ya sea por la escasa dotación de personal cualificado ya porque la dirección técnica no la llevan los funcionarios como exige la ley. En numerosos municipios esa dirección se realiza mediante asistencia técnica (mezclándose así actividad pública y privada), en otros no existe ni vínculo jurídico entre arquitecto o arquitecto técnico y en algunas Corporaciones locales, se ha verificado la existencia de «arquitectos honoríficos» que al parecer trabajan gratis aun cuando emitan informes sobre licencias o elaboren proyectos de obras municipales o obras privadas que después dirigen³. En este sentido, el ámbito municipal es el principal ámbito donde tienen cabida situaciones reales de conflicto de intereses que hasta la Ley 8/2007 del suelo carecían de ningún tipo de respuesta legal. La Disposición Adicional novena de la citada Ley modifica la Ley 7/1985 de Bases de Régimen Local introduciendo medidas para mejorar los mecanismos de transparencia y rendición de cuentas en este nivel de gobierno que es parte del Estado y que, como tal parte, debe rendir cuentas nacionales y no sólo en el nivel local. En concreto, se modifica el apartado 7 del art. 75 respecto al régimen de incompatibilidades y declaración sobre causas de posible incompatibilidad y sobre cualquier actividad que les proporcione o pueda proporcionar ingresos económicos de sus bienes patrimoniales de participación en sociedades de todo tipo y de las liquidaciones de impuestos sobre renta, patrimonio y en su caso sociedades. Tales declaraciones se inscribirán en el registro de intereses que tendrá carácter público. Igualmente se añade un nuevo apartado 8 al art. 75.7 sobre la aplicación a los representantes locales durante los dos años siguientes a la finalización de su mandato de las limitaciones establecidas al ejercicio de actividades privadas establecidas en el art. 8 de la Ley 5/2006 de 10 de abril de regulación de conflictos de intereses de los miembros del gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado. Se completa la inclusión de una nueva Disposición Adicional 15.^a sobre régimen de incompatibilidades y de-

³ ÁLVAREZ CORBACHO, X.: «Ética e control externo nos municipios galegos» en *Ética pública: Desafíos e propostas*. Publicado por Escola Galega de Administración pública. Xunta de Galicia. Santiago de Compostela 2008, pp. 77 y ss.

claraciones de actividades y bienes de directivos locales y otro personal al servicio de entidades locales.

II. La eficacia del derecho penal en materia de corrupción urbanística

El *boom* inmobiliario en nuestro país ha desbordado todas las expectativas haciendo ineficaces en muchos casos los controles legales de la actuación administrativa tanto a través de la jurisdicción contencioso-administrativa como de la jurisdicción penal⁴. En este sentido, de poco ha servido la introducción de los delitos de los arts. 319 y 320 en el Código Penal de 1995 que penalizan a los promotores, constructores o técnicos directores que llevan a cabo una construcción no autorizada o en suelos destinados a viales, zonas verdes o bienes de dominio público, o lugares que tengan administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico histórico o cultural o que por las mismas razones hayan sido considerados como suelos de especial protección. Dejando de lado, las lagunas apreciadas en el diseño de las conductas típicas, la fuerte dependencia que presentan estos tipos penales de la normativa administrativa (por ejemplo la interpretación de «edificación no autorizable en el suelo no urbanizable») ⁵. En lo que se refiere a las prevaricaciones urbanísticas descritas en el art. 320, a mi modo de ver, existe un elemento que le resta eficacia a estos delitos y es que es difícil cohonestar los delitos contra la ordenación del territorio con la inaprensible discrecionalidad administrativa o la decisión que se enmarca en la oportunidad política (el llamado acto político), ámbitos de decisión donde se mueven la calificación o recalificación del suelo, convenios urbanísticos, venta de aprovechamientos urbanísticos a precio inferior al del mercado o permutas de terrenos privados por excelentes solares de titularidad municipal. A las dificultades de catalogar algunas decisiones como prevaricaciones urbanísticas se suma que la mayor parte de esas actuaciones suponen un entramado de decisiones administrativas que normalmente se encuentran pendientes de recursos contencioso administrativo que casi sin

⁴ Vid. en sentido amplio, ACALE SÁNCHEZ, María: «Tratamiento de la corrupción urbanística en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal de 15 de enero de 2007» en *La Ley Penal*, número 38 mayo 2007. Vid. también, SANZ MULAS, N.: «Corrupción urbanística (la mezcla de cemento, ayuntamientos y comisiones ilegales)» en *La Ley Penal*, número 45, enero 2008.

⁵ En este sentido, vid. una propuesta de modificación relativa a los delitos sobre la ordenación del territorio elaborada por el Grupo de Estudios de Política Criminal en <http://www.gepc.es>

tregua son interpuestas desde los distintos niveles de administración, lo que lleva a los órganos judiciales penales a ordenar la suspensión del enjuiciamiento penal estimando la existencia de cuestiones prejudiciales suspensivas de carácter devolutivo que son sistemáticamente alegadas por las defensas de los acusados⁶. Por otra parte, y en lo que se refiere al delito de prevaricación administrativa, con relativa frecuencia se aprecia que la jurisdicción penal apelando al carácter fragmentario y de última ratio del Derecho Penal se inhibe en favor de la administrativa para que conozca de conductas claramente lesivas a los intereses colectivos y que encajarían perfectamente en la conducta típica de prevaricación si no fuera por la concepción sumamente restrictiva que mantienen los tribunales del elemento «resolución arbitraria».

Por lo que se refiere a la corrupción urbanística vinculada a pagos, esto es, el delito de cohecho, también la regulación actual resulta inoperante. La actual regulación del delito de cohecho se caracteriza por un complejo sistema de tipificación que exige del interprete una refinada caracterización de los actos que se pretenden del agente público con el fin de determinar la sanción aplicable, puesto que las sanciones difieren notablemente dependiendo de si el acto u omisión es un delito, un acto injusto, la abstención de un acto que debiera practicar, un acto característico de su cargo o un acto que no esté prohibido legalmente. Por ello, las críticas más frecuentes a esta regulación han incidido en que:

- La terminología empleada por las disposiciones es «arcaica» e inapropiada para describir la actual realidad económica de la corrupción.
- Que genera incertidumbre en orden a decidir cuál es la aplicación del tipo penal más adecuado cuando se trata de sancionar los pagos indebidos que persiguen decisiones discrecionales o producto de la oportunidad política.
- Igualmente, las posiciones irreconciliables en orden a admitir a si debe revestir o no naturaleza patrimonial los beneficios indebidos proporcionados a agentes públicos.
- Benignidad de las penas en relación a la gravedad que revisten este tipo de conductas para los intereses de la ciudadanía no per-

⁶ En este sentido, *vid.* CONDE-PUMPIDO, C.: «Urbanismo, corrupción y delincuencia», en *El estado de derecho frente a la corrupción urbanística* (Director Manuel Alcaraz) Madrid 2007, p. 25. Sobre toda la problemática derivada de la accesividad del Derecho Penal respecto del derecho administrativo en los delitos contra la ordenación del territorio *vid.* extensamente GORRIZ ROYO, E.: *Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 del CP* Valencia 2003, de la misma autora *Los delitos de prevaricación urbanística*, Valencia 2004.

mitiendo en algunos supuestos graves ni la extradición ni otras formas de asistencia judicial —como en la eurorden— en el caso de que los culpables se encuentren fuera del alcance de la jurisdicción penal española.

Igualmente, la subdivisión del cohecho pasivo en cinco disposiciones diferentes basada en los diferentes tipos de actuaciones que se esperan del agente público, tiene importantes repercusiones en el ámbito de aplicación del cohecho activo. Existe un debate en España sobre cuáles son los delitos de corrupción pasiva a los que se refiere el art. 423, y en particular sobre si se extiende a descritos en los arts. (425-26). Hasta hace poco, la posición que mantenía un sector de la doctrina española era que el art. 423 se refiere sólo a los delitos recogidos en los arts. (419-21). Por consiguiente, no se aplicaba a los delitos contemplados en los arts. (425-26). Otro sector, sostiene que se aplica también en relación al art. 425 pero en modo alguno al art. 426. Sin embargo, la jurisprudencia, aunque no muy abundante, ha mantenido sistemáticamente que el art. 423 es aplicable a los arts. (425-26), así como a los arts. (419-421). Este debate afecta directamente a la eficacia de estos tipos penales en relación a algunas modalidades de corrupción urbanística (fundamentalmente la que persigue la realización de actos discrecionales: por ejemplo las relacionadas con la modificación del planeamiento urbanístico, adjudicación de contratos públicos por procedimientos negociados, calificación de información, decisiones para las que no existen parámetros jurídicos reglados).

A tal fin deberían realizarse una serie de modificaciones en la actual redacción del delito de cohecho que pasarían por simplificar las actuales modalidades de cohecho pasivo propio manteniendo dos tipos penales diferenciados según la prestación persiga un «acto contrario al cargo» o «un acto propio del cargo». Con semejante modificación se evitaría la alternatividad o la relación de exclusividad formal en que se encuentran descritos los actuales tipos de cohecho, que en la practica genera solapamientos entre los distintos penales y que conductas graves terminen siendo sancionadas por los tipos penales privilegiados (por el cohecho pasivo impropio en la modalidad de «acto no prohibido legalmente»).

Debería prescindirse definitivamente de los términos «dádiva» o «presentes» sustituyéndolas por otras expresiones como «dinero» o «ventajas patrimoniales indebidas» para subrayar la naturaleza patrimonial de los beneficios recibidos por el funcionario o la autoridad. Esto es, dejar sentado que es la presencia de un interés económico la que determina la decisión pública final, no la presencia de un mero interés privado. La naturaleza patrimonial de la retribución solicitada, recibida o aceptada por el

funcionario es el rasgo fundamental del delito de cohecho en todas sus variantes y lo que lo individualiza frente al resto de las figuras delictivas contenidas en el Título XIX, especialmente, respecto del tráfico de influencias, fraude y negociaciones prohibidas y otras actividades prohibidas a funcionarios y autoridades públicas.

Se hace preciso un incremento de la gravedad de las penas. Con ello se subraya que en las modalidades más graves de cohecho en ningún caso la pena puede ser objeto de suspensión de la pena por ser superior a dos años de privación de libertad quedando excluido en todo caso el régimen de suspensión. La prevención de la corrupción en la administración pública exige en todo caso que las penas de cárcel se cumplan efectivamente.

Otra consecuencia importante de este endurecimiento es que se mejoran los plazos de prescripción. Se sabe que con la actual regulación los plazos prescripción en procedimientos penales por delitos de corrupción son muy cortos. Los actuales plazos de prescripción de tres años constituyen un serio obstáculo para los procesos judiciales en España. La utilización de facturas falsas, intermediarios múltiples y otros tipos de recursos hace muy difícil inicialmente el desenmascarar este tipo de delitos. Es más, dichos recursos sólo salen a la luz cuando las investigaciones van dirigidas a esclarecer otros delitos o cuando surgen testigos colaboradores. Además, el periodo de tres años presenta múltiples dificultades a la hora de llevar a cabo investigaciones internacionales complejas. Incrementando las sanciones fijadas se ampliarían los plazos de prescripción.

Por último, sería aconsejable introducir una nueva disposición que en el caso de que la persona física culpable de un delito de cohecho activo pertenezca a una persona jurídica, pudieran imponerse a las sanciones del art. 129 del CP. En este sentido, sería deseable hacer una llamada de atención para que el legislador modifique la legislación penal para establecer que las personas jurídicas estén sujetas a las sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias en casos de corrupción de agente públicos, incluyendo además de las consecuencias accesorias del art. 129 del CP multas o sanciones monetarias.

También cobra importancia en la lucha contra la corrupción urbanística y la corrupción en general — ya que se trata de un fenómeno proterico—⁷ el delito de tráfico de influencias. Las practicas de corrupción

⁷ Vid. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: «Poderes públicos y corrupción (delitos contra el correcto ejercicio de poderes públicos y alcance de la noción jurídico penal de corrupción)» en *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, (director Francisco Muñoz Conde) Valencia 2008, pp. 1.009-1.032.

urbanística van más allá del intercambio de una decisión administrativa a cambio de un pago. Así, puede conseguirse que los funcionarios o autoridades públicos sacrifiquen el interés general y favorezcan a determinados particulares o personas jurídicas en exclusiva debido a una eficaz estrategia de penetración por parte de *lobbies* en puestos clave del gobierno o en comisiones decisorias o influyentes. Ciertos grupos sociales son capaces de controlar a los líderes políticos a través de diversos mecanismos y los líderes tienen poca capacidad y/o poco deseo de resistir tales influencias. En el caso de la política del suelo española, todavía está sin explicar como es posible que los propietarios del suelo han sido capaces de quedarse con toda o casi toda la plusvalía que se deriva de las urbanizaciones y ensanches de ciudades⁸.

Para sancionar estas situaciones el Código Penal sanciona bajo la rúbrica de «tráfico de influencias» tres conductas diversas que se agrupan en tres artículos (arts 428, 429, 430). El primero de los preceptos tipifica la influencia ejercida por un funcionario público o autoridad sobre otro funcionario público o autoridad prevaleándose de las facultades que le confiere el cargo o de otra relación personal o jerárquica. El segundo tipifica la misma conducta realizada por el particular que, obviamente, no puede prevalerse como el funcionario de las facultades derivadas del cargo, pero sí igual que ellos de otra situación derivada de su relación personal (política, civil, profesional, afectiva... etc) realmente existente. El art. 430 apunta a la conducta de quien aparentando crédito, influencias o relaciones cerca de otros funcionarios con competencia decisoria en la Administración recibe o se hace prometer dinero o alguna ventaja patrimonial como recompensa de su mediación en la resolución favorable de un asunto que de aquellos dependa.

En la práctica la aplicación del delito de tráfico de influencias es prácticamente residual, las sentencias son escasas y el motivo de su imposición suele obedecer a la insuficiencia de la prueba para reconducir la conducta enjuiciada a la órbita del delito de cohecho⁹.

Sin embargo, la corrupción urbanística vinculada a pagos no expresa la totalidad de estas practicas ilegales porque no siempre los beneficios son directos, sino que pueden tener lugar en un momento posterior o no son traducibles económicamente de un modo inmediato (por ejemplo una información posterior para comprar acciones, aseguramiento de

⁸ Vid. CUGAT MAURI, M: *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*. Barcelona 1997.

⁹ Vid. CUGAT MAURI, M.: «Tráfico de influencias» en *Fraude y corrupción en derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude* (coord. Luis Arroyo Zapatero y Adán Nieto Martín) Cuenca 2006, pp. 66 y 67.

un puesto de salida en las próximas elecciones, recalificación de terrenos para favorecer a particulares o empresas que financien el partido o para condonar una deuda contraída por la financiación previa, ser accionista de un empresa suministradora de un producto o servicio a la oficina que se gestiona, etc.). Se trata de beneficios indirectos que quedan ocultos al escrutinio público, pero son conductas que implican abuso de poder público en procura de intereses privados y aunque no desconozcan la literalidad de una norma conculcan principios constitucionales de neutralidad e imparcialidad y una subordinación de la autonomía intencional de la administración a intereses privados. Es frecuente encontrarnos con alcaldes y concejales que ejercen profesiones directa o indirectamente relacionadas con la esfera de sus atribuciones oficiales (constructores, promotores, proveedores de materiales de construcción) o sencillamente que tienen intereses accionariales o familiares en determinada compañía que contrata con la Administración). Para reprimir estas prácticas que en sus estadios más graves implican una colusión de intereses públicos y privados se dirigen los delitos de fraudes en la contratación pública y las negociaciones prohibidas y de los restantes abusos en el ejercicio de la función (desconocimiento del régimen de incompatibilidades). Sin embargo, son tipos penales que tienen una validez limitada, en parte por sus propias limitaciones técnicas.

III. Conflicto de intereses y transparencia

Se trata de un conjunto heterogéneo de delitos cuyo denominador común sólo puede cifrarse en la instrumentalización del cargo con la finalidad directa o indirecta de obtener un beneficio económico o de otro tipo. Como esta característica no los diferencia de otros tipos penales comprendidos en el mismo Título, algunos autores le han adjudicado al Capítulo VIII y IX un carácter residual con relación al resto de las figuras delictivas tipificadas en el Título XIX. Hasta el punto que se defiende que como algunos de los delitos que vamos a comentar no son más que los incumplimientos más graves de las leyes de incompatibilidades de la administración que se han elevado a la categoría de delitos proponen de *lege ferenda* transferir al Derecho Administrativo la solución de esta clase de conflictos.

Por ejemplo, para MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA el delito tipificado en el art. 439 (negociaciones prohibidas) es uno de los principales exponentes de la función suplente que el Derecho penal cumple con relación a la falta de aplicación y operatividad de otras ramas del ordenamiento jurídico. Así las conductas que normalmente vienen subsumi-

das en este artículo suponen un mero incumplimiento de los deberes de abstención del funcionario. Para los autores citados en orden a reprimir este tipo de actuaciones ya se dirigen otros preceptos del Código Penal, así el delito de cohecho, el tráfico de influencias y de fraudes del art. 436. Por lo que la aplicación del delito analizado no viene a cubrir un ámbito distinto al que corresponde a estos delitos y su inclusión en el Código resulta perturbadora¹⁰.

La función residual que le atribuye la doctrina se traduce también en un número escaso de sentencias condenatorias, en todo caso se aplican a supuestos de escasa importancia, y la interpretación de los elementos típicos está presidida por una interpretación muy rigurosa. Sin embargo, la escasa presencia de estos delitos en el panorama de la represión penal no se cohonesta con la frecuencia con la que los medios de comunicación denuncian el incremento del patrimonio privado o la mejoría económica que experimentan algunas empresas familiares participadas por determinados representantes electos (alcaldes y concejales, diputados provinciales, consejeros de Comunidades Autónomas) tras su paso por la política.

El escaso interés por la represión de estos comportamientos también puede apreciarse en la sanción penal que el legislador ha considerado que merecen esta clase de comportamientos, ya que si la medida de la pena impuesta es un indicio de la valoración de la importancia del bien jurídico es obvio que las practicas corruptas dentro de la Administración pública pueden concitar un grave escándalo, pero en modo alguno sanciones que puedan reputarse lo suficiente disuasorias para evitar este tipo de comportamientos.

En el caso de los delitos de fraude y exacciones ilegales, negociaciones prohibidas e infracción del régimen de incompatibilidades tienen penas que no son disuasorias ni proporcionadas a la gravedad de estos comportamientos: Las penas previstas para los fraudes es de 1 a 3 años mientras que los artículos 439 y 440 sólo disponen multas. Las sanciones por corrupción no parecen ser proporcionales a las de graves delitos económicos. La estafa de especial gravedad está castigada con prisión de uno a seis años y multas de 180 a 360 días, y en ciertos casos agravados, con sanciones de hasta ocho años (véase los arts. 248 a 250 CP). La jurisprudencia aparentemente ha determinado que los casos de estafa que excedan de 36.060 € (6 millones de pesetas) serán generalmente de especial gravedad. Sanciones similares se aplican a la apropiación in-

¹⁰ Vid. MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA M.J.: *Comentarios al Nuevo Código Penal* (Director Gonzalo Quintero Olivares y José Manuel Valle Muñiz coordinador) 4.ª ed., Pamplona 2005, pp.1909 y 1910.

debida en el art. 252 CP. Esas sanciones parecen ser considerablemente más altas que las sanciones por corrupción. En particular, mientras que la sanción por delitos económicos aumenta rápidamente en cuanto se trata de cantidades relativamente modestas, la cantidad en juego no influye en la pena máxima de prisión por corrupción.

En el caso de que se apreciaran circunstancias atenuantes y agravantes (como, por ejemplo, las contempladas en los arts. 21 y 22 del CP relativa a la confesión antes del descubrimiento del delito) se rebaja sustancialmente las penas aplicables. Así aparece que en los casos en que haya una confesión al principio del caso e intentos de remediar los efectos de la corrupción, se aplicarían penas sustancialmente reducidas.

Por otra parte, las penas de menos de dos años, pueden dejar en suspenso la ejecución de la sentencia de acuerdo con los arts. 80 y 81 del CP. Además los jueces pueden imponer sentencias sustitutivas de multas o trabajos en beneficio de la comunidad (con el consentimiento de la parte condenada) en los casos en los que la pena de prisión sea inferior a dos años de acuerdo con los arts. 88 y 89. No hay estadísticas disponibles respecto a las sentencias impuestas en los casos de corrupción. Y por lo que se refiere a la pena de inhabilitación especial para cargo o empleo público, que suelen llevar aparejada todos los delitos de funcionarios públicos, despliega su eficacia una vez que la sentencia ha alcanzado firmeza circunstancia que normalmente coincide con la finalización del mandato o cargo lectivo, puesto que con arreglo a la regulación actual es imposible apartar de forma cautelar a los representantes locales o altos funcionarios imputados por un hecho delictivo como la separación temporal del cargo o la prohibición de participar en asuntos relacionados con los hechos que se le imputan. Pero una vez alcanzada la firmeza de la sentencia y abierta la posibilidad de ejecutar la inhabilitación especial a quién puede tener interés en continuar con un cargo electivo cuando se ha obtenido un abultado patrimonio privado o un puesto en un consejo de administración o la dirección de un buen proyecto.

Por mi parte considero que la presencia de este nuevo grupo de delitos tiene una función de cierre para cubrir posibles grietas de impunidad para conductas de aprovechamiento y abuso del cargo próximo al cohecho, prevaricación, tráfico de influencias, malversación de caudales pero de difícil integración en la descripción típica de tales delitos. No existe un peligro menor para los intereses públicos en el caso del funcionario público que interviene en la adjudicación de una obra, ocultando que tiene un interés económico en una de las empresas en liza, que en el caso del mismo funcionario que interviene en la adjudicación de la obra sobornado por una determinada empresa. No obstante, debe reco-

nocerse que la equiparación no es absoluta. El funcionario público que ha recibido la ventaja patrimonial o al menos su promesa se ha enriquecido ya, o tiene una expectativa, abusando de su cargo. El funcionario en conflicto, por el contrario, habrá incumplido ciertamente una norma de comportamiento (abstención, comunicación del conflicto etc) pero de él no puede decirse todavía que se ha enriquecido, perjudicado a la administración de forma similar o abusado del cargo. Por esta razón no en todos los ordenamientos en estos casos se produce la intervención del Derecho Penal y existe la opinión generalizada de que nos encontramos ante una forma de corrupción menos importante o atenuada¹¹.

El derecho disciplinario es en bastantes ordenamientos el instrumento elegido para sancionar este tipo de comportamientos, a menos que el funcionario público efectivamente abuse de su cargo y se procure a él o a un tercero una ventaja patrimonial o de cualquier otro tipo merced a su intervención, en cuyo caso la actuación penal se produciría de la mano de delitos como la prevaricación, la malversación de caudales públicos, o por alguno de los delitos que vamos a comentar a continuación.

Pese a lo que acaba de indicarse, las razones para sancionar penalmente estas conductas en los casos más graves deben prevalecer frente a quienes consideran que es suficiente el derecho disciplinario y es que la afectación a los intereses jurídicos protegidos por el delito de cohecho es muy similar.

IV. De los fraudes en la contratación pública

Dentro del Capítulo VIII del Título XIX, en el art. 436 se castigan los fraudes realizados por funcionario público o autoridad en las contrataciones públicas o las liquidaciones de efectos públicos. Dicho artículo sanciona a la autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años. Se trata de un tipo de peligro concreto en el que la conducta del empleado público se orienta hacia la producción de un menoscabo a la corrección de los procesos de gestión de recursos

¹¹ Vid. NIETO MARTÍN, Adán: «Conflicto de intereses y transparencia (art. 8)» en *Fraude y corrupción en derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude* (coord. Luis Arroyo Zapatero y Adán Nieto Martín) Cuenca 2006, pp. 103 y ss.

públicos —infringiéndose el deber de funcionamiento conforme al principio de economía y eficiencia en los procesos de gasto público (art. 31.2 de la CE)— como a la causación de un perjuicio patrimonial al ente público, sin que sea necesario para la consumación del delito la producción de la efectiva lesión del patrimonio¹².

En orden a su estructura típica, ORTS BERENGUER en relación con el artículo 400 del Código derogado, precedente inmediato del 436 actual, había apuntado la presencia de los siguientes elementos típicos: 1) Sujeto activo es el funcionario público o autoridad que interviene en el hecho en el ejercicio de sus funciones; 2) la intervención del funcionario o autoridad ha de realizarse en alguna de las materias relacionadas en el art. 436 (en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidación de efectos y haberes públicos); 3) el núcleo de la conducta delictiva puede consistir en concertarse con los interesados o en usar cualquier otro artificio; 4) tales acciones han de realizarse para defraudar a cualquier ente público (STS de 16 de febrero de 1995)¹³.

En el art. 436 se sanciona el funcionario o autoridad con capacidad para «intervenir directa o indirectamente» » expresión amplia por la cual tiene cabida actividades de consultoría, información y decisión por lo que tratándose de procesos de contratación o liquidación que por sí mismos presentan un carácter complejo la participación del sujeto activo puede ser cualquiera (informes técnicos, documentación, decisión), siempre que puedan influir en el resultado final del proceso de causación de perjuicio a un ente público.

En orden a la conducta típica contempla dos modalidades que se formulan alternativamente:

- a) la de concertarse con terceros o
- b) usar de cualquier artificio para defraudar a la entidad pública ambas modalidades han de ser trascendidas por un objetivo común «para defraudar a cualquier ente público».

Los verbos —concertarse y usar— describen la conducta penada y ambos son trascendidos por un mismo objetivo perseguido por el sujeto, como es el de defraudar a un ente público, convertido en elemento subjetivo del injusto.

En relación a la primera modalidad la acción de concertarse requiere un acuerdo de voluntades entre el funcionario y las personas intere-

¹² MIR PUIG, C.: *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*. Bosh. Barcelona 2000, pp. 335 y 336.

¹³ *Vid.* ORTS BERENGUER, E.: *Comentarios al Código Penal*. Tomo II (234 a Disposiciones finales) Tomas S. Vives Antón Coordinador. Valencia 1995, pp. 1.862 y 1.863.

sadas en la contratación o liquidación de haberes o efectos públicos. La concertación no es otra cosa que pactar un negocio o convenio o ponerse de acuerdo el funcionario con el interesado, conjunción de voluntades que debe estar trascendido por la finalidad de defraudar al ente público. Estos es, concertar debe entenderse como pactar un negocio o un convenio (por ejemplo vender bienes públicos a bajo precio, permuta de terrenos, etc.). No basta la mera solicitud o proposición dirigida a obtener el acuerdo sino que es preciso que se haya logrado el mismo.

El art. 436 dice expresamente que la conducta defraudatoria puede tener cabida «*en cualquiera de los actos de modalidades de contratación pública*», por lo que ha de entenderse que el precepto se refiere por una parte a las diversas modalidades de contratación y por otra a las distintas fases por las que atraviesa el proceso de contratación.

Carlos MIR PUIG se ha encargado de depurar el contenido del objeto material. En su opinión para integrar el término típico *contratos* se hace preciso acudir a las leyes administrativas que regulan esta actividad pública y en general toda la normativa que regula la contratación en el sector público. Así, por ejemplo, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 13/1995. Según su artículo 5 los contratos públicos lo serán los contratos administrativos —de concesión de obras, de gestión de servicios públicos, y realización de suministros— en sus formas de adjudicación y subasta y concurso, y los contratos privados (los restantes contratos), en particular los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas, y valores negociables. También comprende el art. 436 los contratos excluidos del ámbito de dicha ley por su art. 3. Dentro de estos quedarían cubiertos (los contratos regulados en la legislación laboral, las relaciones jurídicas derivadas de la prestación por parte de la Administración Pública de un servicio público que los administrados tienen la facultad de administrar mediante el abono de una tarifa, tasa o precio público de aplicación general a los usuarios, los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas, las entidades locales, sus respectivos Organismos autónomos y las restantes entidades públicas o cualquiera de ellos entre sí; los convenios de colaboración que con arreglo a las normas específicas que los regulen celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado¹⁴.

¹⁴ MIR PUIG, C.: *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, op. cit., p. 338

Igualmente, en la Ley de Contratos Públicos de la Administración del Estado se regula el proceso de contratación. Ello incluye así actos de preparación del contrato que comporta la obligatoriedad de abrir un expediente de contratación —ordinario, urgente o de emergencia— y *la adjudicación por órgano competente*, por el procedimiento abierto, restringida o negociada) forma de adjudicación excepcionalmente directa. Según MIR PUIG en cualquiera de los actos que forman parte de este procedimiento puede producirse la actividad defraudatoria típica siempre que resulte idónea para determinar un resultado final perjudicial para el ente público.

La expresión «*liquidación de efectos o haberes públicos*» amplía la materia objeto del delito más allá del proceso de contratación. Por «*haberes públicos*» ha entendido el Tribunal Supremo, el conjunto de derechos de contenido patrimonial que corresponden a una persona pública (incluyendo en ellos los impuestos que cobra dicha persona pública, tales como la liquidación de un impuesto de plusvalía; así en la STS de 16 de febrero de 1995). ETXEBARRÍA es de la opinión que los actos de concertación o el empleo de artificios — como por ejemplo, obtener desgravaciones importantes— para defraudar al fisco deberían quedar fuera del art. 436, al afectar al proceso de ingresos públicos, mientras que el campo propio del art. 436 es el del proceso de gasto público, sin perjuicio de aquellos actos que puedan ser incriminados con arreglo a otros delitos como prevaricación, o como delitos contra la Hacienda Pública o estafa.¹⁵

Además de la modalidad típica de concertarse con los interesados en el contrato o liquidación el art. 436 recoge una segunda modalidad típica cual es «*usar de cualquier artificio*» para defraudar al ente público. Se trata de una cláusula abierta para referirse a posibles acciones que no consistan directamente en un acuerdo, incluyendo la doctrina cualquier maquinación, simulación o engaño que tenga por objeto defraudar. Así, para MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA quedaría dentro del tipo penal la conducta de venta de bienes a bajo precio sin que se haya acordado previamente con el adquirente de los mismos en perjuicio del ente público¹⁶.

Se trata de un delito de comisión dolosa, además del dolo se exige un especial elemento subjetivo del injusto que es el ánimo defraudatorio.

¹⁵ ETXEBARRIA ZARRABETIA, X.: «Fraudes y exacciones ilegales» en *Delitos contra la Administración Pública*, ed. a cargo de Adela Asúa Batarrita, IVAP, Bilbao 1997, pp. 210 y 215.

¹⁶ MORALES PRATS, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M. J.: *Comentarios al Código Penal*, op. cit. p. 1.905.

La consumación se produce cuando se ponen de acuerdo funcionario e interesados o cuando se usa de cualquier artificio, persiguiendo defraudar a un ente público, no precisándose, por tanto, de la efectiva defraudación o de la causación del perjuicio al ente.

La autoría está reservada a funcionarios y autoridades que intervienen en la operación por razón de su cargo. El *extraneus* responde como partícipe del delito cometido por el funcionario en calidad de cooperador necesario.

Surge la pregunta sobre cuál es la utilidad de la tipificación autónoma de estas conductas ya que es creencia popular que la mayor parte de los convenios que puedan celebrar un funcionario y un particular es motivado por soborno u otra clase de influencia por lo que pueden ser re-conducidos al delito de cohecho o tráfico de influencias.

La respuesta la ofrece la contratación pública pues son múltiples los convenios irregulares que pueden surgir independientemente de la existencia de un soborno o una influencia y que responde a la fenomenológica de los contratos públicos realizados en interés de terceros. Por ejemplo, concertarse para la preconfiguración de un convenio o un proceso de licitación pública a favor de uno de ellos. También los acuerdos sobre los requisitos para la adjudicación de un contrato público entre el funcionario encargado de la contratación y el empresario para que el contrato pueda ser adjudicado a este último, o para adjudicarlo a una empresa familiar. Al final el proceso de contratación no está viciado, pues se cumplen todas las pautas de licitación aunque en el fondo está totalmente preorientado e inducido artificialmente. Estas irregularidades pueden aparecer no sólo en el proceso de contratación sino que pueden surgir en el proceso de ejecución del contrato una vez que haya sido adjudicado.

V. Negociaciones prohibidas a funcionarios públicos

El Capítulo IX «de las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos» ha sido completamente modificado en el Código Penal de 1995. En el anterior existía un sólo precepto relativo a negociaciones prohibidas a funcionarios, el art. 404, cuyas notas más destacadas era la restringida selección de los sujetos activos (jueces, los funcionarios del ministerio fiscal, los jefes militares, gubernativos, económicos) y el arcaísmo de su redacción típica (recuérdese las famosas operaciones de agio, tráfico o granjería») que reducían el marco de aplicación de la figura jurídica a supuestos agrarios alejándola de los supuestos más frecuentes como concursos y adjudicaciones públicas. El viejo precepto

desaparece para dejar paso a otros artículos de contenido distinto en el que se incluyen factores diferenciales que configuran figuras penales de nuevo cuño.

Igualmente, ciertas modalidades típicas incluidas en el Capítulo referido a «fraudes y exacciones ilegales» como por ejemplo el art. 401, que tenía su complemento en el art. 198 del mismo texto legal, se han repartido entre los artículos 439 y 441 del texto legal actual. El contenido de los anteriores preceptos se proyecta ahora sobre dos figuras delictivas de carácter complementario, pero acogidas a preceptos penales distintos. Del mismo modo, las conductas de solicitación sexual por funcionario que en el viejo Código se contemplaban en un Capítulo separado, se reúnen ahora en el mismo Capítulo XI.

Los tipos que reúne el nuevo Capítulo IX del Título XIX, relativos a las negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos y a otros abusos en el ejercicio de la función pueden integrarse en cuatro grupos:

- a) participación indebida en negocios (arts. 439 y 440);
- b) actividad profesional o de asesoramiento incompatibles (art. 441);
- c) Uso indebido de secreto o de información privilegiada (art. 442);
- d) Solicitación sexual (arts. 443 y 444).

Con la previsión de estos delitos se trata garantizar la neutralidad funcional y la interdicción de que el funcionario aparezca con un doble e incompatible papel: actuando como funcionario con la obligación de defender los intereses de la Administración y a la vez interviniendo como particular con intereses privados encontrados con los públicos y que lógicamente no pueden menos que pretender que prevalezcan sobre los públicos.

Los elementos típicos requeridos por el delito de negociaciones prohibidas pueden concretarse en los siguientes: la presencia de un funcionario o autoridad que deba intervenir por razón del cargo en cualquier clase de suministro, operación u actividad y el aprovechamiento para forzar o facilitar cualquier forma de participación en tales negocios o actuaciones¹⁷.

Reviste la condición de sujeto activo el funcionario público o la autoridad que ha de informar en un asunto. Ambos elementos típicos se

¹⁷ Art. 439: La autoridad o funcionario público que, debiendo informar, por razón de su cargo de cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitar cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años.

encuentran definidos en el art. 24 del CP. En este sentido el art. 439 como la mayoría de los que están inscritos dentro del Título XIX pertenecen a la categoría de delitos especiales propios porque sólo pueden ser cometidos por un círculo determinado de sujetos, en este caso el funcionario y la autoridad y en virtud del art. 440 al que nos referiremos en un momento posterior a los que aparecen allí definidos¹⁸. Pero no basta que el sujeto reúna la cualidad de funcionario o autoridad sin más sino que constituye presupuesto ineludible para que la conducta típica pueda ser inscribible en el art. 439 que sea competente para informar sobre el negocio u operación que se trate.

La conducta típica descrita en el art. 436 ha cambiado sustancialmente respecto a su predecesora. El derogado art. 401 describía la conducta como «el funcionario público que se interesase en cualquier clase de contrato o operación que debiera intervenir por razón de su cargo», en el vigente la acción se refiere a la autoridad o funcionario que debiendo informar por razón del cargo se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitar. La comparación entre los dos textos permite concluir en una reducción del tipo operada en el vigente Código Penal de 1995, pues si en el anterior art. 401 la expresión «interesarse» supone una expresión amplia y genérica de la idea de instrumentalización del cargo como medio para obtener una participación, siendo más difusa la idea de beneficio o ventaja, en el actual 439 los elementos que integran el delito, partiendo del origen común de tratarse de funcionario y autoridad se exige además:

- a) Que dicha autoridad o funcionario deba informar en asuntos por razón del cargo debiéndose notar que el término informar es más preciso y concreto que el de interesarse
- b) Que con una clara puesta a disposición de sus intereses particulares de las ventajas que le depara su condición publica aproveche tal circunstancia para forzar o facilitar cualquier forma de participación lo que pone de manifiesto una clara instrumentalización

¹⁸ Algún autor como CATALÁN SENDER defiende que sólo los puedan ser sujetos activos de este delito, excluyendo la posibilidad de que lo sean también las Autoridades. Son dos los argumentos que apoyan su postura. Un argumento jurídico: La función de informar está normalmente encomendada por la legislación vigente a los funcionarios, dejando la de resolver —excluida del tipo penal del art. 439.1— para las autoridades. Y una razón histórica, en el art. 404 del derogado código penal se excluía expresamente a los alcaldes y ahora se ha pretendido excluirlos también empleando indirectamente el verbo informar en el art. 439. *Vid.* del autor CATALÁN SENDER, Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, Barcelona, 1999. pág 359

del cargo público, de suerte que debe existir un claro prevalimiento de su condición pública para el asunto público que deba informar obtenga un interés particular. Para la doctrina basta que el funcionario sea competente genéricamente (con capacidad decisoria, consultiva o informativa) para intervenir, directa o indirectamente, en la adopción de un contrato, operación u actividad.

En la práctica el art. 439 se aplica a supuestos de escaso merecimiento de pena resultando además inexplicable la restricción realizada a funcionarios que tengan la función de emitir informes, pero no por ejemplo la de resolver o realizar cualquier otra actividad administrativa que genere conflictos de intereses de mayor entidad.

En consecuencia, la línea jurisprudencial mayoritaria defiende que el delito de negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios se integra por un incumplimiento de los deberes de abstención por parte del funcionario o autoridad como materialización del deber de imparcialidad que debe exigirse tanto a la administración como a los funcionarios públicos que actúen en su nombre, deber de imparcialidad que tiene su consagración constitucional en el art. 103 del CE. Coherentemente con la línea de pensamiento apuntada el nuevo art. 439 sanciona al funcionario o autoridad que en negocio público concreto deba intervenir en la forma de emitir un informe jurídico o técnico, esto es, realizar una actividad de asesoramiento, por lo que se concluye que quedan extramuros del tipo penal las funcionarios o autoridades que decidan en un asunto aunque tengan interés particular en el mismo, conclusión sorprendente pero que es la que se deriva del tipo y que a juicio de la jurisprudencia debe ser aceptada en virtud del principio de legalidad y de la prohibición de la interpretación extensiva. En este sentido, las SSTS 920/2001 de 16 de mayo, 1586/20000 de 17 de octubre, 1823/2000, de 27 de noviembre y la 127/2001 de 5 de febrero acordaron la absolución de tres alcaldes precisamente por no aparecer descrita en la acción la obligación de informar cuestionado por ello que los alcaldes puedan ser sujeto activo de este delito en cuanto que sus funciones son ejecutivas y no de asesoramiento.

La conducta típica requiere que el funcionario se «aproveche» de la circunstancia de tener que informar «*para forzar o facilitarse*» cualquier forma de *participación* directa o por persona interpuesta en *el negocio, operación u actividad* correspondiente. Como ya se ha adelantado, se trata de iniciativas en las que los funcionarios en relación directa con la función pública que les está encomendada deben emitir los correspondientes informes para que sean aprobados por el órgano competente de la administración que se trate.

En opinión de ORTS BERENGUER el verbo *forzar* no parece que deba ser interpretado como hacer fuerza o violencia física u obligar a alguien mediante ellas o mediante coacción, aunque si un funcionario hiciera tal cosa, sin duda estaría incurriendo en un delito. Otro entendimiento del verbo *forzar* no explicaría su equiparación con el otro, facilitarse, de menor contundencia. Forzar puede traducirse, en su opinión, como presionar, influir intensa y vigorosamente, y facilitarse como hacer posible o proporcionarse la participación. Más con sólo apuntar estas ideas, ya surge la duda sobre el grado de eficacia que ese *forzar* o *y ese facilitarse* ha de tener para entender consumado el delito¹⁹.

El informe a emitir ha de versar sobre «cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad». El sujeto activo ha de facilitarse a través de ese informe una participación en el negocio o actividad. La acción de participar ha sido interpretada por la jurisprudencia como cualquier forma de intervención en el negocio u la operación dirigida a obtener un interés personal; que puede ser buscada personalmente o por persona interpuesta (STS de 28 de junio de 1993 y 1 de febrero de 1999).

Ahora bien, es discutible si han de tener un contenido económico o consecuencias de otra naturaleza o si la contraposición entre negocios y actuaciones permite incluir en estas últimas las que no tengan carácter económico. El derogado art. 401 antecedente histórico del actual art. 439 que aludía a interés y lo tomaba como base de la cuantía de la multa impuesta (del tanto al triplo en función del interés obtenido por el sujeto) lo que indicaba que el mismo había de ser evaluado económicamente, aparte, como señala LUZÓN PEÑA, que así se desprende de la expresión «interés en el negocio» y del contexto del precepto dentro de los fraudes de funcionarios²⁰.

Por el contrario, el actual art. 439 ya no se construye como una modalidad de fraude o exacción ilegal, sino que se castiga al funcionario que debiendo informar en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad se aproveche para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta en tales negocios u operaciones. No ofrece ninguna pista, en favor de entender la participación en sentido económico, puesto que ya se ha visto como la ley contrapone

¹⁹ Vid. ORTS BERENGUER, E.: *Derecho penal Parte Especial* (Tomas S. Vives Antón, E. Orts Berenguer, J.C. Carbonell Matear, J.L. González Cussac, C. Martínez-Bujan) Valencia 2004, pp. 940.

²⁰ Vid. LUZÓN PEÑA, D.M.: *Actuación en interés propio en los «fraudes» de funcionarios del art. 401 CP* (Comentario a la STS 29-5-1989, en LL 1989-4, pp. 416 y ss. y en Estudios Penales, Barcelona 1991, p. 604. En idéntico sentido, la STS de 24 de diciembre de 1996).

este concepto a negocios. De ahí que se produzcan discrepancias en la doctrina.

Para ORTS BERENGUER las expresiones empleadas suponen, básicamente, que el funcionario ha de perseguir la participación en una actuación de carácter económico, aunque no le reporte beneficio o las posibles ventajas de esa participación favorezcan a otra persona. En este sentido, la doctrina jurisprudencial en repetidas resoluciones estimó que para la aplicación de esta figura delictiva no se requiere que la actuación del funcionario se dirija a obtener un beneficio injusto —directo o indirecto— ni que persiga la causación de un perjuicio económico para la Administración, como tampoco que el funcionario tenga la pretensión de adoptar un acto ilegal (así, por ejemplo, las sentencias 17 de octubre de 1994 y STS de 28 de septiembre de 1995). En esta última, el TS condena a un Alcalde por haber intervenido en la adjudicación de un contrato de suministros —compra de un ordenador— que se resolvió en favor de la oferta presentada por una empresa cuya titular era su esposa, habiéndose probado que la adquisición del material informático era necesaria y que el precio de la adquisición fue favorable para el Ayuntamiento.

Por el contrario Carlos MIR PUIG sostiene que no queda claro que las actividades deban de ser de naturaleza económica. En su opinión no se puede defender este carácter estrictamente económico esgrimiendo la jurisprudencia vertida en relación al viejo art. 401 (así la STS de 5 de marzo de 1992 que habló de cualquier actividad de carácter económico) porque ha desaparecido la clara alusión al interés económico antes existente. Por otra parte, la ley penal contrapone negociaciones a actuaciones y el delito comentado queda englobado en un Capítulo que reúne tanto abusos económicos como de otra índole (sexuales).

Se trata de un delito de mera actividad por lo que resulta indiferente que como resultado de esa participación se alcance el beneficio personal o económico o del mismo modo favorezcan a un tercero, y que tampoco que se perjudique con ello a la Administración. De tal forma, en una rígida interpretación del tipo y un entendimiento del contenido de injusto del delito en examen como pura infracción del deber ha llevado a la jurisprudencia a castigar al funcionario también cuando el negocio o la actividad no causa perjuicio a la Administración ni siquiera suponga un beneficio indebido. En suma, que la conducta es igualmente inscribible en el art. 439 cuando la resolución derivada del informe es ajustada a derecho, por lo que el injusto se limita al incumplimiento del deber de abstención del funcionario con independencia de la efectiva repercusión de tal incumplimiento en el proceso de motivación y de decisión.

En el artículo 440 se dispone la extensión de las previsiones del artículo 439 para determinadas personas²¹. Se castiga en el comentado art. 440 a los peritos, árbitros curadores y albaceas, sujetos todos ellos que deben intervenir en la valoración de bienes, que aprovechando las facilidades que les brinda el desempeño de sus obligaciones, se beneficiaran directamente o por medio de otro, de los bienes o cosas que debieran tasar, adjudicar o partir.

Las consideraciones que se hacen en relación al art. 439 son reproducidas aquí.

VI. Quebrantamiento del régimen de incompatibilidades

El art. 441 del CP sustituye, aunque con contenido diferente, al art. 198 del Código Penal derogado²². Se diferencia del derogado art. 198 en que no castiga todo ejercicio profesional relacionado con la esfera de las atribuciones oficiales, ni desde luego toda intervención directa o indirecta en empresas o asociaciones privadas, especialmente estas, con ánimo de lucro como hacia el anterior art. 198.

Una vez más, la objetividad con la que han de servirse los intereses generales pasa a primer plano, en el delito previsto en el artículo 441. Objetividad que puede verse trastocada si un funcionario o autoridad desarrollan actividades profesionales en las esferas pública y privada a un tiempo, con el riesgo de que los intereses dimanantes de la segunda se superpongan y se les otorgue preferencia respecto a los de la primera.

La conducta estriba en realizar una actividad profesional o de asesoramiento a entidades privadas, en asunto, de alguna manera, relacionado con el cargo ejercido por el sujeto activo, fuera de los casos legalmente admitidos. Varias son las cuestiones a tratar:

²¹ Art. 440: Los peritos, árbitros y contadores partidores que se condujeran del modo previsto en el artículo anterior, respecto a los bienes o cosas en cuya tasación, partición o adjudicación hubieren intervenido, y los tutores, curadores o albaceas respecto de los pertenecientes a los pupilos o testamentarias, serán castigados con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, guarda, tutela o curatela, según los casos, por tiempo de tres a seis años.

²² Art. 441: La autoridad o funcionario público, que fuera de los casos admitidos en las leyes o reglamentos, realizare, por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto en que deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo o en los que se tramiten informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en el que estuviere destinado o del que dependa, incurrirá en las penas de multa de seis a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

- a) Se castiga efectuar una actividad profesional —realizada, por tanto, de forma habitual como medio de obtener ingresos—, o una actividad de asesoramiento permanente o accidental, esto es, dar consejo profesional, aunque sea ocasionalmente.

Dentro del artículo 441 sólo tienen cabida las actividades profesionales o de asesoramiento que puedan dar lugar a solapamientos de intereses particulares con los fines para los que ha sido concebido el organismo, oficina o centro directivo, al que pertenece el funcionario, o a las funciones que dichos organismos han de cumplir y aquel sirve.

- b) Tales actividades han de llevarse a cabo fuera de los casos admitidos en las leyes o reglamentos. El ejercicio de la función pública entraña unas incompatibilidades profesionales, pero incurrir en alguna de ellas no conduce inexorablemente a la responsabilidad criminal; hay actividades consideradas legalmente compatibles con el ejercicio de la función pública. Por lo demás pueden existir actividades que apuntan a una incompatibilidad horaria o de otra naturaleza de trascendencia puramente disciplinaria y que nada tienen que ver con la posible exigencia de responsabilidades penales.

Se trata de una ley penal en blanco, la determinación del suceso de hecho exige la puesta en relación con normas extrapenales que regulan las incompatibilidades de la función pública y sus excepciones. Son fundamentalmente la Ley 53/1984, de 26 de diciembre de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas y el RD 598/1985, de 30 de abril, sobre la incompatibilidades del Personal al Servicio de la Administración del Estado, de la Seguridad social y de los Entes, Organismos y empresas dependientes (*vid.* más referencias en el Código Penal, y en relación a los miembros del Gobierno y los altos cargos de la Administración del Estado está 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.

- c) Se incurre en responsabilidad criminal cuando se realiza una actividad profesional o de asesoramiento, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares. Pero no cuando se trabaja para otra entidad pública.
- d) La actividad profesional o de asesoramiento ha desarrollarse en asunto en que el funcionario o la autoridad deban o hayan de intervenir por razón de su cargo o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuvieren destinados o del que dependan.

La doctrina del Tribunal Supremo, sumamente escasa en esta clase de delitos, señala que como se trata de un delito de peligro abstracto basta con que las resoluciones deban adoptarse en la dependencia de la que el sujeto forma parte aunque no le corresponda directamente la gestión (STS de 5, abril de 1999). De igual manera dice que no es necesario que el asesoramiento en las entidades privadas que cause una real incidencia en las funciones públicas porque si estas vienen afectadas se trataría de un delito de prevaricación.

Por último para Carlos MIR PUIG el nuevo precepto deja de mencionar la intervención directa o indirecta en empresas o asociaciones privadas con móvil de lucro a que antes se refiriese también el viejo art. 198. Esta omisión, en su opinión, va en la misma línea de despenalización de las conductas antes castigadas en el art. 404 de intervención «en operaciones de agio, tráfico o granjería».

En orden al tipo subjetivo la cuestión más importante es la presencia o ausencia de un error sobre la existencia de una posible incompatibilidad, error que la doctrina califica como de prohibición. La jurisprudencia excluye el error de prohibición cuando hay motivos para estimar que el sujeto tiene plena seguridad de o ilícito de su actuar o cuando es consciente con alta probabilidad de que su comportamiento es antijurídico, lo cual resuelve por regla general con un juicio de inferencia, salvo los casos de ilicitud notoria, patente y clamorosa. El Tribunal Supremo lo ha rechazado cuando la actividad que realiza el acusado no está permitida reglamentariamente, ni se realizan con la autorización de quien pudiese administrativamente concederla (STS de 5 de abril de 1999)

Bibliografía

- ACALE SÁNCHEZ, María: «Tratamiento de la corrupción urbanística en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal de 15 de enero de 2007» en *La Ley Penal*, número 38, mayo 2007.
- ÁLVAREZ CORBACHO, X.: «Ética e control externo nos municipios galegos» en *Ética pública: Desafíos e propostas*. Escola Galega de Administración pública. Xunta de Galicia. Santiago de Compostela 2008
- CATALÁN SENDER, J: *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (doctrina y jurisprudencia)*, Barcelona, 1999.
- CONDE-PUMPIDO, C.: «Urbanismo, corrupción y delincuencia», en *El estado de derecho frente a la corrupción urbanística* (Director Manuel Alcaraz), Madrid 2007
- CUGAT MAURI, M: *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*. Barcelona 1997

- CUGAT MAURI, M.: «Tráfico de influencias» en *Fraude y corrupción en derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude* (coord. Luis Arroyo Zapatero y Adán Nieto Martín), Cuenca 2006.
- ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X.: «Fraudes y exacciones ilegales» en *Delitos contra la Administración Pública*, ed. a cargo de Adela Asúa Batarrita, IVAP, Bilbao 1997.
- GORRIZ ROYO, E.: *Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 del CP*. Valencia 2003.
- GORRIZ ROYO, E.: *Los delitos de prevaricación urbanística*, Valencia 2004.
- INSTITUTO ANDALUZ UNIVERSITARIO DE CRIMINOLOGÍA: *Urbanismo, corrupción y delincuencia organizada: un proyecto de la Costa del Sol* (Director José Luis Díez Ripollés), Tirant Lo Blanch, Valencia 2004.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, F.: «Ética pública y sistema de financiación de partidos políticos en España», en *Ética pública: Desafíos e propuestas*. Escola Galega de Administración pública. Xunta de Galicia. Santiago de Compostela 2008.
- LUZÓN PEÑA, D.M.: *Actuación en interés propio en los «fraudes» de funcionarios del art. 401 CP (Comentario a la STS 29-5-1989, en LL 1989-4, pp. 416 y ss. y en Estudios Penales)*, Barcelona 1991, p. 604.
- MIR PUIG, C.: *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código penal*. Bosh. Barcelona 2000.
- MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA M.J.: *Comentarios al Nuevo Código penal* (Director Gonzalo Quintero Olivares y José Manuel Valle Muñiz coordinador) Pamplona 4 ed. Pamplona 2005, pp. 1.909 y 1.910
- NIETO MARTÍN, Adán: «Conflicto de intereses y transparencia (art. 8)» en *Fraude y corrupción en derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude* (coord. Luis Arroyo Zapatero y Adán Nieto Martín), Cuenca 2006
- OCTAVIO DE TOLEDO, E.: «Poderes públicos y corrupción (delitos contra el correcto ejercicio de poderes públicos y alcance de la noción jurídico penal de corrupción)» en *Problemas actuales del Derecho penal y la de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita* (director Francisco Muñoz Conde), Valencia 2008
- ORTS BERENGUER, E.: *Comentarios al Código penal*. Tomo II (234 a Disposiciones finales) Tomas S. Vives Antón Coordinador. Valencia 1995.
- ORTS BERENGUER, E.: *Derecho penal Parte Especial* (Tomas S. Vives Antón, E. Orts Berenguer, JC Carbonell Matear, J.L. González Cussac, C. Martínez-Bujan) Valencia 2004, pp. 940.
- SANZ MULAS, N.: «Corrupción urbanística (la mezcla de cemento, ayuntamientos y comisiones ilegales)» en *La Ley penal*, número 45, enero 2008.

Normalización del urbanismo en Marbella

Rafael Duarte Martínez

Abogado

I. Realidad burocrático-administrativa

1. La disolución del Ayuntamiento de Marbella, al amparo de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, tiene lugar por medio del *Real Decreto Ley 421/2006, de 7 de abril*. Días antes, el 29 de marzo, se manifiesta la llamada operación «Malaya», con la detención de la mayoría de los concejales, alcaldesa incluida, y de otros responsables públicos, notarios, abogados, intermediarios y empresarios. Se motiva la disolución en las graves imputaciones que figuran en el sumario, delitos de cohecho, prevaricación, tráfico de influencias, malversación de fondos públicos y blanqueo de dinero, identificando a la gestión urbanística como razón mediata.

2. El Gobierno encomienda la designación de la Comisión Gestora que ha de asumir la administración del municipio de Marbella a la Diputación Provincial de Málaga, en cuyo seno hay acuerdo de los partidos representados designando a 16 miembros: 6 PSOE, 6 PP, 2 PA, 2 IU.

3. La Comisión Gestora toma posesión el 26 de abril de 2006.

4. Prácticamente en paralelo, aunque iniciado con anterioridad al abrigo de la modificación de la LOUA que hace la *Ley 13/2005, de 11 de noviembre (art. 31.4 LOUA)*, sobre medidas en materia de vivienda protegida y suelo, se daba trámite de audiencia al Ayuntamiento de Marbella para alegar en el expediente de asunción temporal de las potestades del Ayuntamiento de Marbella en materia de planeamiento y de convenios de planeamiento.

5. Las alegaciones se presentaron ya disuelto el Ayuntamiento, y la Comisión Gestora, que tuvo conocimiento formal de la existencia del expediente, aprobó por unanimidad ser comprensiva con la retirada de las competencias, que se estimaba justificada, bien que interesando la permanencia de la tramitación y resolución del planeamiento de desarrollo y la limitación temporal de la medida hasta la celebración de las nuevas elecciones previstas para mayo de 2007.

6. La Consejería de Obras Públicas, previa la tramitación prevista e intervención del Parlamento, las asume mediante el Acuerdo del Gobierno de *20 de junio de 2006*. Poco tiempo después se dispondrá la creación de una Oficina de Planeamiento Urbanístico en Marbella, que se alojará en las mismas dependencias del departamento de urbanismo de Marbella

7. En el año 2003 (la moción de censura que desalojó de la Alcaldía a Julián Muñoz tiene lugar en agosto de 2003 —las elecciones locales recién celebradas, en el mes de junio—, y como consecuencia del acercamiento de este a las posiciones de a Junta —recordar que precipita la moción el cese de J.A. Roca como gerente de urbanismo), la Consejería y el Ayuntamiento firman un Convenio dirigido a establecer las bases de proceso, que efectivamente se inicia, conducente a la elaboración del Nuevo Plan General. El Convenio se ejecuta por el nuevo gobierno, que selecciona en concurso a Territorio y Ciudad (Manuel González Fustegueras), lo que hizo posible la redacción y publicación en agosto de 2005 —es un detalle de la situación el que se optara por no aprobar el documento y simplemente darle trámite— del Avance de la Revisión de Plan General de Ordenación Urbanística de Marbella. El Convenio fue denunciado, estimándose el convenio resuelto y desligada a la Junta de Andalucía en los primeros meses de año 2006.

II. Complejidad de la situación urbanística

La realidad urbanística a la llegada de la Comisión Gestora:

1. En el período 1991-2006 se contaba con unos 1000 expedientes de licencias (obras mayores y primera ocupación) resueltos sobre la base de convenios urbanísticos o de planeamientos no aprobados. En tales expedientes se habilitaba la construcción aproximada de 30.000 viviendas, hoteles, centros comerciales, hospitalarios, residencias de tercera edad, gasolineras, urbanizaciones enteras..., en su inmensa mayoría construidas, aunque en una cifra relevante aún en construcción o no iniciadas.

2. El Ayuntamiento disuelto, en sus cuatro mandatos, había suscrito unos 950 convenios, que en su mayoría eran urbanísticos (y orientados a los planes generales en revisión) aunque también había otros de índole patrimonial (concesiones, arrendamientos, permutas, expropiatorios) o de reconocimiento de obligaciones —muchas de ellas supuestas y sobrelvaloradas— y entrega de bienes en dación de pago.

3. Inusitada conflictividad judicial, con más de 700 recursos contencioso administrativos «vivos», de los que más de 500 versaban sobre

materia urbanística, 400 de los cuales inició la Junta de Andalucía (Consejería de la Presidencia, primero, y de Obras Públicas, después), tratándose por lo general de la impugnación de acuerdos dictados en clara contravención de la legalidad vigente. Había además una fiscalización del Tribunal de Cuentas, intervenciones de la Cámara de Cuentas, el famoso sumario y líneas de investigación policial variadas.

4. Múltiples requerimientos judiciales y administrativos referentes a la ejecución de resoluciones judiciales (más de 90 autos de medidas cautelares, casi todos sin cumplimiento) o para la revisión de licencias (eran numerosos los pendientes y existían 50 recursos contencioso administrativos iniciados por la Consejería de Obras Públicas frente a la inactividad municipal).

5. El aparato burocrático-administrativo del Ayuntamiento de Marbella era más que débil, como su Hacienda, con más de 500 millones de euros de deuda «viva», con un Secretario imputado que tuvo que apartarse, sin tesorero y con un Interventor de dudosa fiabilidad. Lo peor era que no existía un departamento jurídico, ni una unidad de contratación, ni algo parecido a un inventario. Lo que allí podía percibirse eran a lo sumo los restos de una administración (800) desolada, paciente y complaciente, y de una ingente masa de trabajadores de empresa (2.500) con asignación indiferenciada de funciones.

6. El urbanismo de Marbella respondía fielmente a este diagnóstico. Lo dirigía, con el peso de autoridad de 15 años, J.A. Roca, con dos jefaturas teóricas de servicio, una técnica y otra jurídico-administrativa, aunque esta última llevaba un tiempo relativamente corto (desde el 2000) desprovista de la capacidad de intervenir jurídicamente en los expedientes. Antes tampoco lo hacía en los asuntos de cierta relevancia para el Gobierno, de ahí el protagonismo de abogados como José Luis Sierra o José María del Nido. En su lugar, se creó un aparato paralelo, con personas y profesionales elegidos a dedo (la condición funcionarial en el Ayuntamiento de Marbella, con todo, no es cualidad de la que inferir que el procedimiento de selección ha sido objetivo y limpio, al menos en la época Gil), a los que correspondía impulsar e informar desde el punto de vista jurídico los expedientes urbanísticos.

III. Diagnóstico y causas

1. La infracción sistemática y muy prolongada en el tiempo de la legalidad urbanística se concreta en el otorgamiento de licencias, por lo general contra informes técnicos, al amparo muchas veces de convenios de planeamiento en los que, en verdad, lo que se venía a hacer era sus-

tituir económicamente el aprovechamiento de cesión (10 % y excesos) en aras de un futuro plan que nunca es aprobado y sobre la base de valoraciones irrisorias. De hecho, las licencias se otorgaban y ejecutaban sin esperar a plan alguno, y el Ayuntamiento recibía, en dinero, en obras o inmuebles, lo que legalmente le hubiera correspondido de haber visto aprobado el plan. No había, sobre el papel, otra contraprestación, luego simplemente se condicionaba la gestión futura del hipotético plan. Lo cual, sobre ser irresponsable, deja a la luz el margen de rentabilidad y la atmósfera de riesgo en la que aflora el cohecho.

2. La trasgresión metódica de la legalidad urbanística ha pretendido encontrar explicación en el problema del «planeamiento vigente en Marbella». El PGOU vigente fue aprobado en el año 1986, si bien quedaron asuntos pendientes y la aprobación final tuvo lugar en el año 1990. Pero este PGOU no fue publicado, sino hasta mucho tiempo después, en el año 2000, una vez advertida la Junta de Andalucía de la doctrina que venía reiterando el Tribunal Supremo desde al menos el año 1991 en cuanto a la necesidad de que los planes, para ser eficaces, tienen que ver íntegramente publicadas sus disposiciones normativas y literarias. La cuestión sirvió de excusa a la posición, realmente estrecha durante la década de los '90, de la Sala de lo Contencioso Administrativo de TSJ de Málaga, que denegaba sistemáticamente las medidas cautelares (de suspensión y de anotación en el Registro de la Propiedad), acusaba una lentitud extraordinaria y estimó vigente el Plan de 1968, y ello cuando las causas penales solían ser suspendidas hasta tanto se resolvía el recurso contencioso administrativo, en un exceso de valoración de la prejudicialidad. La Revisión del PGOU (que había sido iniciada bajo el último mandato del PSOE) se retoma sobre el año 1994, sus propuestas de modificación guardan estrecha relación con las licencias que ya entonces empiezan a otorgarse contra el Plan de 1986-1990, y la tramitación concluye en 1998, año en el que la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Málaga se pronuncia sobre el documento aprobado inicial y provisionalmente (20/07/98), cuyas previsiones son aprobadas por lo general, salvo determinados asuntos que se estiman poco justificados, acordando suspender, no obstante, la aprobación definitiva en aras de la debida coherencia de la totalidad del documento. La singularidad de la resolución sirve de pretexto al Ayuntamiento para convocar un Pleno nocturno, el día 1 de agosto de 1998, en el que acuerda entender aprobado por silencio el Texto Refundido de la Revisión del PGOU y ratifica las licencias otorgadas a su amparo. La Consejería impugnará esta resolución, que fue suspendida judicialmente, e impedirá el acceso al BOJA del Plan supuestamente aprobado.

Con posterioridad a estos hechos, el Ayuntamiento intentará en dos ocasiones que se le apruebe el PGOU, la primera mediante un Documento de Cumplimiento que teóricamente subsanaba las deficiencias puestas de manifiesto en la resolución de la CPOTU, si bien, en realidad, no hacía ello y recogía nuevas propuestas adaptadas a las nuevas licencias ilegales acordadas entre 1998 y el 2000. La CPOTU rechazó este expediente el día 30 de octubre de 2000, lo que asimismo hizo, con otro nuevo documento, con semejantes previsiones, en sesión celebrada el día 21 de julio de 2003. La realidad de la suscripción de convenios y de tramitación de licencias les superaba día a día.

3. El problema de Marbella no se centra exclusivamente en la existencia de muchas decenas de licencias y de otros variados acuerdos urbanísticos ilegales y revisables. Por lo general estos acuerdos han dado lugar a obras, se han ejecutado transformando el paisaje urbano sin que nadie haya podido evitarlo en un tiempo prolongado. No ha funcionado, evidentemente, el remedio de las medidas cautelares, que de manera sistemática se denegaban o se requería —cuando se trataba de particulares— la prestación de desorbitadas garantías, hasta el año 2003, fecha en la que la Sala de lo Contencioso Administrativo dicta el Auto de 21 de julio, en el que la suspensión se fundamenta no en razones aisladas o atinentes sólo a la licencia impugnada, e incluso con independencia de cual fuera el Plan vigente, sino en la percepción de que el comportamiento obedece a algo general y que la licencia cuestionada, más otras muchas, han conseguido alterar el modelo de ciudad previsto en el Plan General. La inmensa mayoría de suspensiones cautelares se desencadenarán a partir de este momento.

IV. Afrontar el problema

1. Reorganización del servicio jurídico y del departamento de disciplina urbanística, que de un solo administrativo y dos auxiliares, pasa a recomponerse, con el servicio jurídico-administrativo, con 7 abogados nuevos (habilitados desde el grupo C —4— y asignación de personal titulado de empresa —3—), dos administrativos, cuatro auxiliares, cuatro inspectores, tres de ellos de la policía local, y cuatro aparejadores de apoyo. Se mantienen las áreas de tramitación de licencias y gestión, apostando por la integración del personal que dependía directamente de Roca excepción hecha de determinadas personas (se despide a una arquitecta vinculada con el entorno de Roca, «amigablemente» cesan el arquitecto director «formal» de los planeamientos de Gil y la persona encargada de las relaciones con la Consejería en la tramitación de a Revisión de Plan General, y otras son reasignadas).

2. Cumplimiento inmediato de las resoluciones de la Jurisdicción contencioso administrativa, autos de suspensión de obras autorizadas con licencia en piezas de medidas cautelares, que habían venido siendo desatendidas, comportamiento que ya había empezado a determinar la incoación de causas por desobediencia. De los aproximadamente 90 autos de suspensión, sólo unos cuantos habían sido llevados a ejecución; las obras afectadas, en alta proporción, se encontraban terminadas y habitadas, desde luego con suministros de agua y de electricidad, y a veces con licencia de primera ocupación, bien que formulada en certificación del Secretario General en la que constataba la producción del silencio administrativo (el mecanismo del silencio ha dado juego en los últimos años de la era Gil —por la apariencia de normalidad pretendida artificialmente— respecto de licencias de obras o de utilización). Pese a ello, la Comisión Gestora logró ejecutar autos y paralizar obras en una veintena de casos, siendo el primero y paradigmático —de la desobediencia y permisividad municipal, así como del grado de ejecución alcanzado por las obras— el supuesto del hotel Senador y de las 99 viviendas anejas, una de las cuales se encontraba incluso habitada.

3. Evaluación de los recursos contencioso administrativos en tramitación, a fin de reconsiderar la posición municipal. La Comisión Gestora desiste de más de 50 recursos de casación, y se allana en 170 recursos contencioso administrativos en los que se cuestiona la legalidad de acuerdos urbanísticos. En coherencia con el inicio de procedimientos de revisión de oficio, solicitará la terminación de otros 50 recursos entablados frente a la desestimación por silencio de la acción de revisión de oficio.

4. Inicio de revisiones de oficio de licencias y otros acuerdos. Por premura y realismo, sobre todo por la composición plural de a Gestora, la estrategia es simplemente revisar todo aquello que «salta», bien por que ha sido objeto de denuncia o resulta de un expediente pendiente de resolución. El caso paradigmático han sido las obras autorizadas en licencia respecto de las que se había solicitado primera ocupación. Prácticamente los dos tercios de los 120 expedientes de revisión tienen este origen; en ellos se ha afrontado el problema del silencio, optando con cierto atrevimiento por la desestimación del silencio, la denegación de la primera ocupación y el inicio de la revisión, en unidad de resolución, al amparo del artículo de la LOUA que se pronuncia por la suspensión de plazo para resolver cuando se inicia la revisión de la licencia de obras. De los expedientes iniciados, apenas ha concluido uno, con informe favorable a la revisión de Consejo Consultivo, encontrándose los demás bien pendientes de resolución definitiva (el número no llegará a cinco), bien en tramitación.

La cuestión de las revisiones ha tenido y tiene frentes abiertos. El problema del plazo —brevísimos, 3 meses, aunque no compute el tiempo del Consejo— y el rigor en garantías formales —el Consejo viene requiriendo la notificación a los terceros adquirentes—, ha derivado en reiterados archivos y reinicios. De hecho, en algunos casos se ha optado por razonar la necesidad de ampliar desde el mismo inicio otros tres meses. Por otra parte, es cuestión polémica, por su resonancia e inquietud sobre terceros, a la que no son ajenos intereses y posiciones políticas. La consideración de que se trata de algo reglado, que además es el medio para conseguir involucrar a las empresas promotoras en el proceso de normalización (se les hace más patente el riesgo de ser denunciadas por los adquirentes) y que de otra forma no podrá exigirse responsabilidad disciplinaria a quienes otorgaron las licencias, orientaron la posición de la Comisión Gestora. Hay que reseñar, finalmente, el sentido, aparentemente atinado pero flexible, del Consejo Consultivo en cuanto al grado de la infracción determinante de la nulidad de pleno derecho. Apenas le preocupa la infracción en sí misma, sino el que la licencia hubiera sido otorgada en función de un plan no vigente, apreciando en este comportamiento afectación del principio de no derogabilidad de la potestad reglamentaria y la atribución al particular de facultades para las que no ha adquirido legalmente el derecho.

5. Impugnaciones directas de licencias de obras, en grave y manifiesta infracción de la legalidad, que se encontraban en ejecución. Se paralizan los efectos de licencias, precintándose las obras, procediéndose a promover el procedimiento previsto en el artículo 127 de la LJCA. En varios casos, pese a la enorme gravedad de la infracción, los Juzgados de lo Contencioso remueven las suspensiones sobre la base de certificados de final de obras que tienen mejor valoración en sede judicial que los informes policiales y técnicos municipales actualizados alusivos al verdadero estado de las obras. Las impugnaciones rondan las 10. También se utiliza la suspensión de efectos de las autorizaciones, como medida cautelar vinculada a inicio del procedimiento de revisión de oficio.

6. Como consecuencia de las impugnaciones y de la actuación de la Comisión Gestora, se consigue paralizar obras que representan a 3.355 viviendas, 2 hoteles, 10 centros comerciales ... Además, no inician los trabajos de construcción, licencias que amparaban la ejecución de 6.084 viviendas, 2 hoteles, 2 centros comerciales y 3 gasolineras.

7. En el momento de la llegada de la Comisión Gestora, existían ya algunas sentencias, firmes y definitivas, que anulaban licencias de obras, derivando al procedimiento de ejecución las exactas consecuencias de la revocación de la licencia. Apenas eran quince, y el número fue incrementándose, hasta rondar las 40, durante el mandato de la Comisión Ges-

tora. Nada se hizo durante la etapa anterior en cuanto a la ejecución de las sentencias notificadas, salvo dar cuenta de algunas y no de otras. La Consejería, en el mes de noviembre de 2006, anunció que iba a interesar la ejecución forzosa de siete de estas sentencias, al estimarlas ejemplares, de las que cuatro fueron efectivamente tramitadas requiriendo el órgano judicial a la Comisión Gestora para que informara sobre la inejecución. El criterio, apoyado unánimemente, fue interesar la suspensión del procedimiento de ejecución, a la vista de circunstancias tales como la magnitud de la problemática, la ocupación de los inmuebles incluso con primera ocupación, la apuesta por la normalización que anunciaba el Avance de la Revisión y el hecho de no existir terceros personados y directamente afectados, al tratarse de casos en el que la recurrente era la Junta de Andalucía y actuaba en defensa del principio de legalidad. A la conclusión de mandato de la Comisión Gestora, existía una sentencia firme y en ejecución; la respuesta aquí al incidente debía considerar que la recurrente era una Asociación de afectados por la ilegalidad, sin que aún conociéramos la posición del nuevo gobierno municipal.

Prevaricaciones urbanísticas: accesoriedad y subsidiariedad del Derecho Penal

Esther Erice Martínez

Magistrada de la Audiencia Provincial de Navarra
Profesora Asociada de la Universidad Pública de Navarra

*«(...) van tropezándose a ciegas por un mundo que
no pueden entender pero que son capaces de destruir»*
E.M. Forster (Edición inglesa de *I gattini ciechi* - G.Lampedusa).

I. Introducción

El Código Penal (CP) de 1995 ha reforzado mediante la tipificación específica de la prevaricación urbanística la protección jurídica otorgada a dos bienes jurídicos diferentes: el interés público por el pleno sometimiento de las resoluciones administrativas a la ley y al derecho (concreción del correcto ejercicio de la función pública en el ámbito urbanístico, conforme al interés general según la legalidad vigente), y además el interés por una utilización racional del suelo que permita utilizar este recurso natural conforme al destino que según la Ley y el Derecho le corresponde.

El objetivo de esta tipificación fue garantizar el correcto ejercicio de la actividad administrativa en el ámbito urbanístico y de la ordenación del territorio, en el que la corrupción se había puesto de manifiesto reiteradamente.

En la regulación relacionada con el urbanismo se aprecia una gran disparidad normativa derivada de la aplicación de la ley estatal del suelo y leyes sectoriales, leyes urbanísticas autonómicas, sus reglamentos, y normas urbanísticas de los instrumentos de planeamiento que tramitan los ayuntamientos, entre otras disposiciones. Así la regulación sobre urbanismo es cada vez más prolija y más técnica de tal forma que da lugar a una inseguridad jurídica, que dificulta el conocimiento de la normativa aplicable, el control de la actividad urbanística y la propia aplicación de los tipos penales. Paradójicamente las numerosas normas aplicables han dado lugar a una desregularización del Derecho urbanístico que ha facilitado, en algunas ocasiones, la actuación arbitraria de la administración, en la que a su vez se han debilitado los tradicionales mecanismos de control interno de la gestión urbanística. Esta situación unida a un siste-

ma de financiación municipal insuficiente y necesitado de revisión, necesidad que también alcanza a la financiación de los partidos políticos, ha dado lugar a que la política urbanística se haya convertido en una fuente de obtención de ingresos para la atención de diversas necesidades, obviándose su verdadera finalidad, lo que ha contribuido a que hayan aumentado de forma alarmante las actuaciones contrarias a los bienes jurídicos que la regulación penal pretende proteger.

La técnica legislativa empleada por el Código Penal para tal fin ha supuesto una mayor penetración del Derecho Penal en ámbitos del Derecho Administrativo, como son el urbanismo y la responsabilidad de las autoridades y funcionarios públicos, estrechamente vinculada esta última con el Derecho Administrativo sancionador.

II. **Accesoriedad**

Por autonomía del Derecho Penal no puede entenderse la independencia absoluta de este respecto a otras ramas del ordenamiento jurídico, primero porque todo el ordenamiento tiene una vocación de coherencia de la que no puede quedar al margen el Derecho Penal, y por ello de búsqueda de criterios sistemáticos que doten al sistema de unidad y de racionalidad. A ello se añade que el propio sistema penal cuando explicita sus principios informadores, refiere entre otros el principio de necesidad de la intervención en su doble manifestación de intervención mínima y carácter fragmentario, cuyo sentido y alcance resulta imposible de establecer si no es con relación al conjunto del ordenamiento jurídico (QUINTERO, MORALES y PRATS)¹, asimismo no puede admitirse la dependencia del Derecho Penal afirmando que cumple una función sancionadora de comportamientos ya definidos en otras ramas del ordenamiento, dado que el ordenamiento penal está regido por sus propios principios, fines y valores tutelados; por ello el Derecho Penal no puede ser un instrumento para aplicar penas a las conductas recogidas como ilícitas por el Derecho Administrativo.

Las formas concretas de relación entre Derecho Penal y Derecho Administrativo que se encuentran en el Código Penal son expresión de las diversas clases de accesoriedad: accesoriedad conceptual, accesoriedad al Derecho Administrativo y accesoriedad al acto administrativo (MORALES)².

¹ QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F. y Prats Canuts, J.M: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, pp. 104 y ss.

² MORALES PRAT, F. «Técnicas de tutela penal de los intereses difusos», en *Intereses Difusos y Derecho Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, 1995, p. 75 a 91

Por accesoriadad conceptual se entiende la recepción de conceptos administrativos en el derecho penal a través de la incorporación de elementos normativos. La accesoriadad al Derecho Administrativo o accesoriadad normativa, supone la remisión de la ley penal a normas jurídico-administrativas, pudiendo ser la remisión estática (la norma penal indica de forma expresa y concreta la norma administrativa de complemento) o dinámica (lo que equivale a normas penales en blanco). La accesoriadad al acto administrativo supone la incorporación expresa del acto administrativo concreto (autorización, prohibición) entre los elementos típicos de un determinado delito (PRATS, MARQUÉS y MORÁN)³

La estructura típica de esta prevaricación específica plantea un problema en esta materia debido a su configuración como ley penal en blanco, de la que se deriva la accesoriadad de la norma penal respecto al Derecho Administrativo, en especial al Derecho urbanístico.

El art. 320 del CP realiza un envío completo desde la norma penal a toda la normativa de un sector administrativo —leyes, reglamentos e incluso disposiciones de rango inferior, tanto estatales, como autonómicas y locales—, delimitado por la materia a que se refiere de forma expresa la ley penal, es decir, la materia urbanística y de ordenación del territorio; de aquí la accesoriadad de derecho o dependencia que este precepto manifiesta con respecto al Derecho Administrativo urbanístico.

El TC se ha pronunciado reiteradamente sobre la constitucionalidad de las leyes penales en blanco (STC 127/1990, de 5 de julio: «es conciliable con los postulados constitucionales la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas leyes penales en blanco, esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico penal no se encuentre agotadoramente prevista en ella, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta»).

No obstante el TC exige el cumplimiento de lo que se denomina parámetros de constitucionalidad: en primer lugar, que el reenvío normativo sea expreso, en segundo que esté justificado en razón del bien jurídico, en tercer lugar que la ley además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición, y por último que sea satisfecha la exigencia de certeza o, se de la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte así salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada.

³ PRATS CANUT, J.M., MARQUÉS I BANQUÉ, M. y MORÁN MORA, C.: «Derecho Penal y Derecho Comunitario. La Directiva IP», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, N.º 7, 2002.

1.º El carácter expreso del reenvío normativo puede considerarse satisfactorio ya que el art. 320 se refiere a las normas de carácter urbanístico y vigentes en la actualidad; se incluirán por tanto las normas contenidas en las distintas leyes del suelo, estatal y autonómicas, en sus instrumentos de desarrollo, es decir en el planeamiento, e incluso en las disposiciones procedentes de las Corporaciones locales. El carácter de esta remisión es especial o parcial, ya que su ámbito queda acotado a un determinado aspecto del supuesto de hecho: la conducta de informar proyectos de edificación o licencias, y de votar o resolver licencias. La remisión es limitada porque la disposición de complemento sólo precisa una circunstancia, y por ello la exigencia de contravención deviene en un elemento típico necesario, aunque no suficiente por sí sólo para verificar el desvalor de la acción.

No puede obviarse que el precepto remite a la contravención de un acervo normativo extrapenal, no incorporando la materia de prohibición en la norma penal, de tal forma que únicamente se requiera para su interpretación determinar qué es aquello que la Administración autoriza. El precepto requiere que la contravención se manifieste entre los proyectos de edificación y licencias que se informen o las licencias que se voten o resuelvan, y las normas urbanísticas vigentes, lo cual restringe la amplitud de la remisión a la normativa urbanística.

2.º A juicio de algunos autores (GÓRRIZ)⁴ para evitar una interpretación extensiva, el reenvío se limita a los preceptos administrativos reguladores de concretos usos del suelo, como son la realización de obras e instalaciones, considerando que la remisión debe ser interpretada integrando el art. 320 CP únicamente con las normas urbanísticas relativas al aprovechamiento y uso del suelo, quedando excluidas las normas relativas al ejercicio del derecho a urbanizar, pese a la gran transcendencia de estas (GONZÁLEZ CUSSAC⁵, DOMÍNGUEZ y FARRÉ⁶). Las normas urbanísticas vigentes serían las normas reguladoras del régimen de licencias para realizar actos de ejecución (NARVÁEZ)⁷, relacionando así el precepto con el art. 319 CP, en el que se tutela en exclusiva el bien jurídico-penal ordenación del territorio.

⁴ GÓRRIZ ROYO, E.: *Los delitos de prevaricación urbanística*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, Tirant monografías n.º 324.

⁵ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, Valencia, 1997.

⁶ DOMÍNGUEZ LUIS, J.A., y FARRÉ DÍAZ, E.: *Los delitos relativos a la ordenación del territorio*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 1998.

⁷ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A.: «Los delitos sobre ordenación del territorio: la responsabilidad de la administración urbanística», *La Ley Actualidad Penal*, n.º 16 14 - 20 abril 1997, pp. 386 y ss.

De esta forma la remisión normativa queda justificada en razón del bien jurídico penalmente tutelado. Cualquier norma urbanística reguladora de los suelos y lugares que dote de contenido material a este bien jurídico penal y que condicione el otorgamiento de licencias urbanísticas será apropiada para integrar la remisión normativa, se halle en la legislación del suelo o en leyes sectoriales, como la Ley de Carreteras, Ley de Aguas, Ley del Patrimonio Histórico Español y otras (ACALE)⁸

3.º Un sector doctrinal mantiene que en tanto que el precepto describe la acción de informar, votar o resolver licencias o proyectos de edificación contrarios a las normas urbanísticas vigentes contempla el desvalor de la acción, y en cuanto que de él es posible deducir la lesión del correcto funcionamiento de la función pública y a su vez la puesta en peligro de la ordenación del territorio, también contiene el doble desvalor del resultado, por lo que se contemplarían los elementos esenciales del delito, conteniendo por tanto el núcleo esencial de la prohibición (GARCÍA ARÁN)⁹.

4.º En cuanto a la exigencia de certeza, resulta dificultoso que la conducta delictiva quede suficientemente precisada, teniendo en cuenta el disperso acervo normativo que en principio puede constituir el complemento necesario de esta norma en blanco. Cuando se exige la contrariedad a las normas urbanísticas vigentes podría entenderse que el legislador penal incorpora en el tipo todo aquello que el Derecho urbanístico prohíbe, de tal forma que cualquier infracción de la normativa urbanística integraría esta remisión en blanco. Ante los agravios comparativos que pudieran plantearse, dado que se desplazaría a las distintas cámaras legislativas y a los distintos órganos administrativos autonómicos y locales la determinación de una parte de la materia de prohibición, se ha considerado necesaria la configuración de criterios interpretativos que acoten el amplio campo normativo extrapenal al que llama la remisión del artículo 320 CP, entre los que destaca el criterio material teleológico del bien jurídico que cualifica el precepto, esto es la ordenación del territorio. De la interpretación que se realice de las normas urbanísticas llamadas a integrar la remisión en blanco del artículo 320 CP, así como de la posibilidad de concretar ese disperso conjunto normativo depende en definitiva que el precepto cumpla con el requisito de certeza exigido constitucionalmente.

Aunque el precepto hace referencia a las normas urbanísticas y no a las de ordenación del territorio, por parte de la doctrina se considera que

⁸ ACALE SÁNCHEZ, M.: *Delitos Urbanísticos*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1997, p. 168.

⁹ GARCÍA ARÁN, M.: «Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal», *Estudios Penales y Criminológicos*, XVI, 1992-1993.

tanto unas como otras pueden integrar la remisión del art.320 del CP ya que la lógica sistemática que debe guardar este precepto con el art. 319, en el que se incluyen determinadas normas vinculadas a la tutela de la ordenación del territorio (por ejemplo las relativas al suelo no urbanizable especialmente protegido) y la necesidad político-criminal de evitar lagunas de impunidad cuando un funcionario favorezca la comisión de los delitos contra la ordenación del territorio en el sentido estricto previsto en el art. 319 CP, así lo aconseja, ello unido a que en el ámbito administrativo no se establece una distinción tajante entre las normas de uno y otro sector; máxime si consideramos que el art. 320 CP prevé, al menos, dos delitos pluriofensivos en los que se exige una puesta en peligro penalmente relevante de la ordenación del territorio, lo que da lugar a que las normas administrativas protectoras de este bien jurídico deban ser consideradas a los efectos de integrar la remisión en blanco del art. 320 CP.

En la remisión se incluyen además de las normas que regulan los suelos y lugares previstos en el art. 319, aquellas referidas a otras clases de suelos, en especial las que regulan el suelo urbano y el suelo urbanizable, ya que el precepto alude a normas urbanísticas, orientándose la protección penal hacia la perspectiva urbanística de la ordenación del territorio, mientras que el art. 319 orienta su tutela a la perspectiva medioambiental de la ordenación del territorio.

La remisión integra por tanto la normativa de los suelos urbano y urbanizable y aquella que regula las licencias urbanísticas distintas a las de obra, respetándose así el principio de legalidad.

La normativa puede emanar tanto del Estado, como de las Comunidades Autónomas o Comunidad Foral y de las Entidades Locales (STC 61/1997, de 20 de marzo)

La integración de la remisión en blanco se realiza a través de normas de diverso rango, incluso planes urbanísticos y ordenanzas municipales, lo cual no plantea problemas de constitucionalidad por vulneración de la reserva de Ley Orgánica en materia penal según reitera el Tribunal Constitucional (STC 120/1998, de 15 de junio), con la excepción de los llamados reglamentos independientes, ya que se prohíben las remisiones que hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley (STC102/1994, de 11de abril).

La diversificación normativa supone una dificultad añadida para la aplicación de la norma por lo que parece conveniente la fijación de términos propios del Derecho Penal (con independencia de su procedencia) para evitar que las disparidades entre las distintas legislaciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales dificulten la aplicación de los tipos.

Uno de los principales rasgos de la licencia urbanística es su naturaleza reglada, exigiéndose a tal efecto que la normativa de referencia para comprobar la conformidad o no de lo proyectado esté vigente; vigencia exigible tanto a las normas con rango de ley como a los planes urbanísticos por cuanto tienen carácter normativo y rango reglamentario. En la práctica en muchas ocasiones será la planificación urbanística configurada la que dote de contenido a esta remisión normativa, ya que llevará a la práctica la ordenación territorial y urbanística efectuada por la legislación del suelo, que necesita de un desarrollo ejecutivo eficaz a través de estos instrumentos, a los que deben adecuarse las licencias urbanísticas.

Es importante determinar la vigencia de los planes urbanísticos y de las ordenanzas urbanísticas, que traen causa en la potestad reglamentaria legalmente reconocida, por lo que son técnicamente normas reglamentarias, y que por referirse a los principales usos y actos de ejecución sobre el suelo, serán válidas para integrar la remisión normativa.

Las licencias se otorgarán conforme al planeamiento en vigor bien en el momento de su solicitud, bien en el momento de la decisión, nunca conforme a un planeamiento futuro (STS 15 de junio 2001)

Es importante determinar el momento de entrada en vigor de las normas, ya que solo las vigentes pueden integrar la remisión en blanco. De especial interés resultan las peculiaridades de la entrada en vigor de los planes urbanísticos y de las ordenanzas. Para la vigencia de estas normas y las ordenanzas es preciso que hayan sido publicadas en el Boletín Oficial de la Provincia o Comunidad Autónoma, mientras tanto sigue vigente el planeamiento anterior.

La ordenación aplicable a las licencias y proyectos de edificación ha de ser la vigente al tiempo de otorgarse o denegarse la licencia si esta resolución se dicta dentro del plazo reglamentario para ello, si la Administración dicta la resolución fuera de aquel ha de estarse a la normativa vigente al tiempo de solicitud de la licencia.

No puede obviarse que la remisión a las normas urbanísticas vigentes resulta amplia y de difícil determinación, ya que abarca un disperso cuerpo legislativo, compuesto por normas de diverso rango y emanadas de diferentes entes. Esta remisión resulta problemática desde el postulado de la certeza máxime teniendo en cuenta el carácter dinámico, evolutivo y versátil que viene caracterizando a la legislación urbanística, que junto a la técnica legislativa empleada dificulta la aplicación del tipo y hace necesario el establecimiento de criterios para contrarrestar la posible devaluación del principio de certeza, y así obtener la tutela de los bienes jurídicos protegidos con el respeto a las garantías y principios que corresponden al Derecho Penal.

Se considera conveniente reducir los efectos negativos del componente de accesoriadad mediante la atenuación de su estructura de leyes penales en blanco, de tal forma que se configure de forma más precisa el núcleo esencial de la prohibición, con mayor independencia de decisiones legales o reglamentarias administrativas, intentando evitar los efectos de la accesoriadad administrativa sobrevenida, que encubre con mucha frecuencia la legalización *a posteriori* de conductas ilegales.

En el art. 319 del CP se realiza una remisión normativa a la ausencia de autorización en su apartado 1.º, mientras que en el apartado 2.º la referencia se lleva a cabo mediante el término «*no autorizable*». La mayoría de la doctrina considera preferible transformar la evidente accesoriadad administrativa por el acto que manifiesta este precepto, por una accesoriadad de derecho. El término «*no autorizable*» permite excluir del ámbito típico las conductas formalmente ilícitas pero que resulten inocuas por tratarse de irregularidades carentes de relevancia, que incluso serían subsanables, pareciendo más adecuado contrastar si la ausencia de licencia se contradice con la normativa administrativa en general, que si la contradicción tiene lugar con el concreto acto administrativo de concesión, de aquella manera muchos ilícitos subsanables quedarían excluidos del ámbito penal, con respeto de los principios de *última ratio* y de proporcionalidad.

Es preciso minimizar los efectos negativos de la dispersión normativa, por lo que resulta conveniente adoptar en el ámbito penal una terminología administrativa adecuada de modo que resulte conocido y cierto su contenido material, ya que son distintas las denominaciones utilizadas por las actuales Leyes del Suelo, estatal y autonómicas. Sobre la base de la accesoriadad relativa respecto a los conceptos procedentes del derecho administrativo resulta conveniente mantener la terminología de mayor tradición jurídica para aludir con ella al suelo excluido del proceso urbanizador o constructivo general sin necesidad de verificar especiales valoraciones del suelo.

En la misma línea, la referencia a los actos administrativos debe precisarse de tal forma que se pueda acotar con más certeza el ámbito típico; del mismo modo la remisión normativa debe dotarse de exactitud respecto al ámbito típico, ya que, por ejemplo, la referencia a las normas vigentes relativas a la ordenación del territorio supondría un concepto más amplio que las normas urbanísticas vigentes, y llevaría consigo una tutela penal más adecuada a dicha ordenación.

La accesoriadad del Derecho Penal adecuadamente articulada se convierte en un instrumento esencial para satisfacer las exigencias de subsidiariedad que posibilitan una intervención del Derecho Penal atenta a los principios de racionalidad y efectividad.

III. Subsidiariedad

En la fundamentación político-criminal y dogmática de la prevaricación específica recogida en el art. 320 del CP no puede obviarse la necesidad de atajar las conductas prevaricadoras de funcionarios y autoridades competentes en el sector urbanístico, que no sólo han sido graves y reiteradas, sino que además se han producido en un ámbito que genera cuantiosos beneficios económicos. A ello debe unirse un contexto de desconfianza respecto a la actuación de la administración generada por la escasa eficacia o inactividad de la misma, en ocasiones, frente a la actuación de particulares o entidades mercantiles con incidencia negativa sobre el bien jurídico protegido, y por la tendencia a ceder a presiones procedentes de los sectores económicos donde se manifiestan los intereses especulativos y lucrativos, a veces antagónicos a dicho bien (GÓRRIZ)¹⁰.

El principio de intervención mínima exige que el sistema penal de control social solo pueda actuar frente a agresiones graves de los principios informadores de la actuación de la Administración, no contra meras irregularidades que encontrarán su mecanismo de control en otro orden. El sistema penal tiene un carácter fragmentario, es la *última ratio* sancionadora y por ello actúa frente a las modalidades más graves de agresión a los bienes jurídicos tutelados.

En principio, cualquier infracción de la normativa urbanística podría integrar el tipo, esto es cualquier vulneración de las prescripciones contenidas en la legislación y el planeamiento urbanístico, bien constituya infracción grave (informar proyectos de edificación o conceder licencias que constituyan incumplimiento de las normas relativas a parcelaciones, uso del suelo, altura, volumen y situación de las edificaciones, ocupación permitida de las superficies de las parcelas, parcelación urbanística en suelo no urbanizable, así como la realización de obras de urbanización sin la previa aprobación del Plan y Proyecto de urbanización exigibles), bien infracción leve.

Sin embargo, efectuando una interpretación del precepto penal en relación con el contexto legislativo urbanístico, sin olvidar el principio de intervención mínima o el carácter de *última ratio* del Derecho Penal, en cuanto que este debe proteger el bien jurídico frente a los ataques más graves o intolerables, se llega a la conclusión de que debe restringirse la amplitud de una interpretación literal del precepto. Para que un bien jurídico susceptible de protección administrativa sea además considera-

¹⁰ GÓRRIZ ROYO, E.: *Los delitos de prevaricación urbanística*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, Tirant monografías n.º 324, p. 40.

do un bien jurídico penal es preciso que tenga suficiente importancia social y necesidad de protección por el Derecho Penal; para que la infracción administrativa sea considerada como tal, basta normalmente con la mera superación de unos límites cuantitativos o bien el cumplimiento del *dictum* de la norma administrativa, mientras que en el ámbito penal es preciso que se produzca una mayor lesividad.

Si bien algún autor muestra sus dudas sobre la susceptibilidad de protección jurídico-penal del bien jurídico «ordenación del territorio», la mayor parte de la doctrina discrepa de la técnica utilizada, pero considera que bien por la ineficacia y escasa fiabilidad con que en esta materia se comporta la Administración, bien por la vinculación de estos delitos a la calidad de vida o, mayoritariamente por la conexión de la ordenación del territorio con el medio ambiente y la función social de la propiedad, es un bien supraindividual necesitado y merecedor de protección jurídico-penal.

En los delitos contra la ordenación del territorio ha surgido la polémica cuestión de la expansión del Derecho Penal y la consiguiente conculcación del principio de intervención mínima, principio dinámico que en su faceta positiva debe servir de control y filtro en la incorporación de nuevos bienes jurídicos a la tutela penal.

La inclusión de un acto ilícito como injusto penal o administrativo es un concepto normativo que responde a la decisión del legislador, tras ponderar los principios de intervención mínima y los intereses necesitados de protección. La exposición de motivos del nuevo Código Penal refleja los criterios del poder legislativo: «en segundo lugar, se ha afrontado la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia, pero eliminando, a la vez figuras delictivas que han perdido su razón de ser. En el primer sentido merece destacarse la introducción de los delitos contra el orden socioeconómico o la nueva regulación de los delitos relativos a la ordenación del territorio y de los recursos naturales (...)».

Se ha criticado la llamada expansión del llamado moderno Derecho Penal, que alejándose de un modelo tendente a la protección exclusiva de bienes personales —vida, integridad física, libertad, ...— efectúa una mayor intervención en la esfera del ciudadano, cuando aumenta las conductas penalmente tipificadas, con el fin de proteger bienes jurídicos colectivos o supraindividuales (SILVA SÁNCHEZ)¹¹.

¹¹ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 2001.

Atendiendo a lo expuesto en la exposición de motivos del Código Penal, esta nueva orientación tiene su origen en la necesidad de atender a los requerimientos de una sociedad cada vez más compleja, caracterizada por nuevas formas de criminalidad (CORCOY BIDÁSULO)¹². Esta nueva realidad social ha llevado a la criminalización de nuevas conductas, así como a establecer el adelantamiento de la barrera punitiva en determinados puestos. Un sector doctrinal se muestra crítico con este fenómeno expansivo, posicionándose en contra de que sea el Derecho Penal el que deba dar una respuesta a la complejidad creciente de la sociedad moderna —sociedad del riesgo—, revindicando que la intervención del Derecho Penal se atenga a lo estrictamente necesario.

Se critica asimismo que en el nuevo Derecho Penal no se persiga la eficacia, sino tan sólo la apariencia de eficacia con el objetivo de alcanzar una apariencia de paz social. Las normas dictadas para ser efectivas también persiguen efectos simbólicos según HASSEMER¹³, diferenciando este autor entre la función de protección del bien jurídico —funciones manifiestas— y las funciones encaminadas a apaciguar a la población comunicándole que el Estado actúa —funciones latentes—. Nos encontramos con un Derecho Penal simbólico cuando las funciones latentes predominan sobre las manifiestas, produciéndose la imagen de apariencia de eficacia, conociendo el legislador que no se atenderán las necesidades manifiestas del Derecho Penal. Si la creación de la norma no va acompañada de los medios adecuados para mantener su vigencia cuando se transgrede, se produciría un derecho penal simbólico en sentido negativo.

Con independencia de la intención del legislador en la creación de la norma, la misma puede ser o no necesaria y eficaz. Las conductas que tipifica el Código Penal como delitos relativos a la ordenación del territorio ya eran objeto de otras ramas del ordenamiento, valorándose si en dicho ámbito el conflicto se ha resuelto de forma satisfactoria lo que excluiría la intervención penal, ya que esta rama del ordenamiento debe responder a las exigencias de utilidad y eficacia. Un sector doctrinal ha considerado que la intervención administrativa se ha mostrado ineficaz para tutelar una adecuada ordenación del territorio, aún existiendo una normativa

¹² CORCOY BIDÁSULO, M.: «Los delitos relativos a la ordenación del territorio y el medio ambiente: una perspectiva criminológica», en CORCOY BIDÁSULO y RUIDÍAZ GARCÍA, *Problemas criminológicos en las sociedades complejas*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2000.

¹³ Citado por L. POZUELO PÉREZ, en «Notas sobre la denominada “expansión del Derecho Penal”: un análisis al hilo de los delitos contra la ordenación del territorio», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, N.º 9, 2003-1, pp. 13-47.

sancionadora administrativa, dado que se producía una deficiente persecución de las infracciones urbanísticas y un insuficiente cumplimiento del contenido de las resoluciones y sentencias dictadas en este ámbito.

En cualquier caso la intervención penal no puede ser un correctivo de la deficiente aplicación de otras ramas del ordenamiento, ni destinarse a garantizar su efectivo cumplimiento (GÓMEZ TOMILLO)¹⁴. El Derecho Penal cuando tipifica comportamientos que constituyen ilícitos administrativos no tutela el Derecho Administrativo sancionador, sino que protege los bienes jurídicos que son también objeto de protección por aquel, castigando las infracciones más graves. Se protege por tanto la ordenación racional del territorio de acuerdo con los intereses generales ya expuestos, respecto de determinado tipo de ataques, caracterizados por su gravedad y llevados a cabo mediante las conductas recogidas en los art. 319 y 320 del CP.

Procede solo aplicar el Derecho Penal cuando en las otras ramas del ordenamiento jurídico no existan remedios para corregir el error producido con la resolución, o esta sea de tal naturaleza evidente y grave que pueda apreciarse el plus de antijuridicidad que requiere el precepto penal.

Así dentro del campo de las infracciones la tipificación penal o administrativa de una conducta viene determinada por su gravedad: sólo las más graves deben ser consideradas típicas a efectos penales, quedando las menos graves sancionadas por el Derecho Administrativo. La diferencia entre las infracciones penales y administrativas ha de ser exclusivamente cuantitativa siendo por tanto determinante la gravedad de la infracción (ACALE)¹⁵. Ello significa que no sólo se han de reservar las sanciones más graves a las lesiones más graves a los bienes jurídicos, sino que ha de corresponder al Derecho Penal la tutela de los bienes jurídicos frente a los atentados más graves.

Cuando no estén claros los límites entre la ilegalidad administrativa y la ilegalidad con relevancia penal, las resoluciones de la jurisdicción contencioso-administrativa pueden constituir una importante fuente de información (VERCHER)¹⁶

Cuando se producen infracciones tipificadas en el Código Penal y también recogidas en la legislación urbanística y de ordenación del territorio, debido a la *vis attractiva* que tiene la legislación penal para el ejercicio de la potestad sancionadora, las administraciones públicas pondrán los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal absteniéndose de

¹⁴ GÓMEZ TOMILLO, M.: *Urbanismo, Función pública y Derecho Penal*, Granada, 2000.

¹⁵ *Op. Cit.*

¹⁶ VERCHER NOGUERA, A.: *La delincuencia urbanística. Aspectos penales prácticos sobre urbanismo y ordenación del territorio*, Constitución y Leyes, Madrid, 2002.

proseguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado.

En el ámbito penal, el concepto de resolución injusta queda limitado a «aquellas infracciones de la normativa aplicable que tenga naturaleza palmaria y evidente, de modo que su injusticia resulte manifiesta para cualquiera, y en especial debiera serlo para el que dicta la resolución».

En todo caso, las conductas que recoge el tipo del 320 han de ser contrarias a las normas urbanísticas vigentes. Puede ocurrir que en los proyectos y licencias, sobre todo en los más complejos, se presenten contrariedades con la norma administrativa. Teniendo en cuenta que el legislador no ha introducido un criterio de gravedad en la infracción de las normas urbanísticas, algunos autores han intentado soslayar esta cuestión acudiendo al elemento subjetivo del injusto «a sabiendas de su injusticia», considerando que su inclusión supone la exclusión del ámbito de la punición no solo de conductas imprudentes, sino que también circunscribe la aplicación del tipo a la injusticia que sea «evidente, flagrante y clamorosa, de tal manera que se encuentre en insoportable contradicción con los mínimos esenciales de funcionamiento de los órganos administrativos y además que se cause a sabiendas o por ignorancia o negligencia inexcusable, un perjuicio a tercero o a la causa pública en general» (STS de 25 de marzo de 1995).

En los tipos penales en blanco, se considera por un sector de la doctrina que aquella actuación que no es infracción administrativa no puede ser tampoco constitutiva de delito, refiriendo que «la reiteración casuística de epítetos atribuibles a la infracción urbanística (manifiesta, caprichosa, grosera, patente, etc.)» por parte de la jurisprudencia para restringir la aplicación del tipo penal a los casos más graves de infracciones urbanísticas es una técnica expresiva pero defectuosa (CONS GARCÍA)¹⁷ manteniendo que cuando se trata de tipos penales en blanco subsidiarios de materias administrativas dotadas de sistema sancionador administrativo no debe elevarse al rango de infracciones criminales las conductas que no sean antes infracciones administrativas, y además del máximo nivel de gravedad contemplado en la normativa a la que se remite el tipo penal; tesis objetiva en los casos en que hay régimen sancionatorio administrativo, pero que restringe severamente el tipo vaciando en gran parte su contenido.

La disyunción entre ilícito penal e ilícito administrativo urbanístico está necesitada de una mayor clarificación, elaboración y coordinación

¹⁷ CONS GARCÍA, J.: «Tipos penales en blanco: ¿puede ser delito lo que no es infracción administrativa?», *La Ley Penal*, 2006.

entre ambos ámbitos normativos sancionadores, evitando el solapamiento de ilícitos.

El art. 320.1 CP supone un adelantamiento respecto a la conducta delictiva, en apariencia contrario al principio de subsidiariedad del Derecho Penal, pues en el ámbito administrativo se exige para que se produzca la infracción no sólo que se emita el informe favorable y se conceda la licencia, sino también la efectiva realización de la obra. En este tipo el legislador ha recurrido a la técnica, utilizada en otros lugares del CP, consistente en equiparar penológicamente la participación (inducción mediante emisión de informes) a la autoría (votación o resolución), lo cual se justifica por distintos autores en el nivel técnico o de especialización requerido para adoptar la decisión, que hace del informe emitido una *conditio sine qua non* de aquella.

No puede olvidarse que uno de los bienes jurídicos protegidos en el precepto que nos ocupa es el interés público por el pleno sometimiento de las resoluciones administrativas a la Ley y al Derecho, concreción del correcto ejercicio de la función pública en el ámbito urbanístico, conforme al interés general según la legalidad vigente.

La actuación del estado en su acepción más amplia, que incluye no sólo a la Administración en sentido estricto, sino también a sus instituciones políticas y a sus canales de comunicación con particulares en la medida en que el flujo de intereses entre unos y otros se inscribe en la actuación pública, debe caracterizarse por la persecución y/o salvaguarda del interés general, siendo los comportamientos desviados en éste ámbito, los que obvian este interés para favorecer intereses particulares. Ello no supone estigmatizar la presencia de intereses particulares y su intervención en el ámbito de lo público, sino que dado que influyen o pueden influir en este ámbito, y que su intervención puede ser beneficiosa para ambas partes sin detrimento de la legalidad ni del interés público, lo que debe asegurarse por el ordenamiento es no sólo la claridad y transparencia en el proceso de interacción en la toma de decisiones por la administración, sino también el modo en que son adoptadas, garantizando que la Administración no responda al interés de quien ejerce la presión más fuerte en detrimento de intereses superiores, ya que en ningún caso la Administración puede reducirse a un simple mecanismo de confrontación entre distintos intereses económicos, por lo que sus actuaciones deberán ser revisables confrontándolas con el interés general (GARCÍA ARÁN)¹⁸.

¹⁸ GARCÍA ARÁN, M.: «¿Hasta dónde la criminalización de lo público?», *Estudios de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, vol. 6, 1998, pp. 255-272.

No resulta adecuado acudir al Derecho Penal para solucionar problemas que se encuentran en la estructura política o social, ya que ello supone que aquellos no serán resueltos adecuadamente, dado que el Derecho Penal carece de aptitud para ello y de esta forma no se adoptan otros mecanismos ajenos al ordenamiento penal y más adecuados a tal fin.

No puede obviarse tampoco que la materia que nos ocupa no es nueva y en ella influyen motivos económicos y culturales. La estructura social en la que es relevante la relación clientelar facilita la comisión de este tipo de ilícitos, ya se trate de una relación clientelar entre personas con poder e influencia y aquellos a quienes otorgan apoyo y protección, o de su variante más moderna donde la lealtad se presta a una maquinaria política obteniéndose a cambio contraprestaciones (subsidios, empleo público o viviendas públicas). Es deseable el desarrollo de una cultura cívica en la que no sean precisos intermediarios para conseguir «favores» servicios o prestaciones de ningún tipo, y en la que los funcionarios y/o políticos tomen las decisiones con transparencia y sean susceptibles a la crítica de los ciudadanos, estableciéndose mecanismos de control entre los diversos grupos y poderes, para ello se precisa que la Administración sea transparente, más participativa, y rápida, así como que los tramites y gestiones sean sencillos y eficaces, ya que toda complejidad facilita los mecanismos de corrupción (GARRIDO, STANGELAND y REDONDO)¹⁹; resulta por tanto imprescindible una Administración Pública, profesional y fortalecida a fin de poder llevar a cabo la gestión y el control administrativo que se demanda, produciéndose en caso contrario el ámbito más adecuado para la corrupción urbanística. Ciertamente la situación actual dificulta la aplicación de la legalidad administrativa en esta materia, haciendo dificultosa asimismo la aplicación de los tipos penales incluidos en el Código Penal de 1995 con la finalidad de proteger la correcta ordenación del territorio mediante el adecuado funcionamiento de la función pública en el ámbito urbanístico.

Los facultativos privados que emiten informes para la Administración relativos a materias urbanísticas están se incluyen por en el ámbito de posibles autores, siendo importante el número de facultativos contratados como expertos, asesores independientes o técnicos que aun no siendo funcionarios o autoridades, pueden tener una intervención esencial y decisiva en el resultado final, pese a las dudas que inicialmente puede plantear el artículo 320 del CP sobre estas figuras; no obstante en los

¹⁹ GARRIDO GENOVÉS, V., STANGELAND UTNE, P. y REDONDO ILLESCAS, S.: *Principios de Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

casos en que actúen previo acuerdo con los funcionarios públicos, o como suele ser más frecuente, con las autoridades competentes para conceder la licencia, podrán ser castigados como partícipes en un delito ajeno, y en los casos en que dicho informe sea determinante para la posterior decisión de los funcionarios y autoridades que tienen que informar, serán castigados como cooperadores necesarios, y si por el contrario el informe no es vinculante serán castigados como cómplices (ACALE)²⁰.

El sometimiento de la Administración y su gestión a fórmulas de Derecho privado da lugar a que esta precisión sea relevante, ya que es necesario coherer la situación real con el tenor literal de los preceptos, lo que da lugar a conceptualizar penalmente al funcionario público desde la perspectiva del ejercicio de la propia función pública. Desde el punto de vista del Derecho Penal nos encontramos con un concepto propio, independiente de las categorías y definiciones que ofrece el Derecho Administrativo, siendo aquí lo relevante la protección eficaz de la función pública y de los intereses de la Administración en sus diferentes facetas y modos de operar.

El concepto de *funcionario público* abarca todas las personas en las que concurren por una parte la participación en el ejercicio de funciones públicas y por otra la existencia de una designación pública para el ejercicio de tal función, en cualquiera de las tres formas previstas en el propio art. 24.2 del CP: por disposición inmediata de la Ley, por elección o por nombramiento de autoridad competente; así el concepto de *funcionario público* en el orden penal es más amplio que en el administrativo, siendo la participación en funciones públicas la que define su condición. Por ello el Tribunal Supremo (STS Sala 2.ª 27 de enero de 2003) considera que no es obstáculo para ostentar esta condición de funcionario público a efectos penales el que la causa de ese nombramiento por autoridad competente se encuentre en un contrato laboral (RODRÍGUEZ LÓPEZ)²¹.

En el ordenamiento penal deben articularse tipos técnicamente adecuados y con respeto a los principios rectores de este ordenamiento, para la protección de bienes jurídicos tan relevantes, frente a las infracciones urbanísticas más graves que dañen aquellos, a la vez que se articulan mecanismos extrapenales que eviten un uso inadecuado del ordenamiento penal, que derivaría en definitiva en su inaplicación, ineficacia y descrédito.

La efectividad de la norma penal para prevenir la comisión de nuevas infracciones urbanísticas precisa la certeza de la imposición de la sanción y la imposición de un coste que resulte disuasorio.

²⁰ *Op. Cit.*

²¹ RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.: *Medio Ambiente, Territorio, Urbanismo y Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 2007.

Como ya se ha expuesto, el respeto a los principios que inspiran el Derecho Penal, en especial los de *última ratio*, subsidiariedad, lesividad y proporcionalidad, deben presidir la respuesta penal a los ataques perpetrados contra los bienes jurídicos protegidos. Dicho esto, y teniendo en cuenta la gravedad de las conductas sancionadas, parece adecuado que la respuesta punitiva se ajuste a las mismas, en este sentido la pena de prisión recogida en el artículo 319 apartado 1.º CP (*prisión de seis meses a tres años*) parece insuficiente en tanto en cuanto el incremento del límite máximo de la pena de prisión a cuatro años resulta más acorde, siendo preciso aumentar los plazos en los que es posible ejercitar la acción penal, toda vez que teniendo en cuenta la opacidad y complejidad con la que se actúa por los sujetos activos, y la conducta de la administración, en ocasiones colaboradora o al menos omisiva en su persecución, parece conveniente una ampliación del plazo de prescripción de estos delitos a cinco años, igualándose en ello a otros delitos del mismo Título XVI (*vid* art. 325.1 CP). En cuanto al límite mínimo de la pena es oportuno el aumento a un año, por la escasa capacidad disuasoria en este tipo de conducta de una pena de seis meses.

La pena de multa que opta por el sistema de *días-multa* no parece la respuesta penal más adecuada, teniendo en cuenta los beneficios que pueden obtenerse a través de estas infracciones, a las que debe aplicarse el precepto, resultando más idónea la aplicación del sistema de *multa proporcional* con el daño causado, ya que aún teniendo en cuenta que la actuación infractora puede ser especialmente lucrativa, los beneficios espurios que se obtengan pueden ser objeto de comiso en estos casos, y la imposición de una multa proporcional al daño producido a la ordenación del territorio resultará adecuada a cualquiera que sea la condición de los promotores, constructores o técnicos intervinientes.

La pena de inhabilitación especial siendo la actuación recogida en el apartado 1.º de mayor gravedad que la reseñada en el apartado 2.º del mismo precepto debe aumentarse en su límite mínimo a un año, también de conformidad a lo previsto en delitos de similar entidad contra bienes jurídicos tutelados en el Título XVI.

Las penas de prisión, de multa, y de inhabilitación especial previstas en el apartado 2.º del art. 319 CP, en relación con lo expuesto anteriormente, parece adecuado que se estableciesen como pena de prisión de 1 a 3 años, pena de multa proporcional al daño causado y, pena de inhabilitación especial de 1 a 3 años, por las razones ya indicadas.

El art. 319, en su apartado 3.º, recoge la posibilidad de Jueces y Tribunales de ordenar motivadamente, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe. Esta medida encaminada a restaurar la legalidad y

otorgar una mayor tutela del bien jurídico protegido, no es aplicada regularmente, argumentándose su falta de ejecución en el carácter extremadamente aflictivo que puede suponer, habiéndose planteado la posible inconstitucionalidad de la norma en base a su incompatibilidad con el principio de proporcionalidad, habiendo rechazado el Tribunal Constitucional esta cuestión de inconstitucionalidad no admitiéndola a trámite. Para su aplicación debe ponderarse el perjuicio ocasionado, el efecto de prevención general y su carácter de medida restauradora de la legalidad evitándose que el conjunto de los ciudadanos deban asumir los efectos negativos del comportamiento delictivo, así como los perjuicios que pudieran ocasionarse a terceros, si bien los bienes jurídicos individuales de carácter patrimonial no son en principio preferentes a los bienes jurídicos tutelados en este precepto.

Respecto a las penas previstas en el art. 320 del CP, la pena de prisión ahora establecida parecería más adecuada si contemplara de 1 a 3 años, ya que de esta forma se equipararía en su límite máximo con el de la pena impuesta por prevaricación en materia medioambiental.

Conviene precisar que existencia de una dualidad de regímenes sancionadores sobre una misma materia debe ser atendida y utilizada, ya que no es sino consecuencia en muchas ocasiones de la identidad ontológica entre delitos e infracciones administrativas propiciada por la consideración de la unívoca potestad punitiva del Estado que se concreta en dos manifestaciones el delito y la pena por una parte, y por otra la infracción administrativa y su sanción. No puede obviarse que actualmente la protección penal solo recoge una parte de las omisiones y actos contra el uso del suelo y la edificación que la legislación administrativa urbanística configura como infracciones.

La propia Administración mediante el ejercicio de sus funciones de dirección, como en el caso de los Planes Directores Territoriales de Coordinación competencia de las Comunidades Autónomas y de la Comunidad Foral, y mediante sus funciones de control interno, es la primera garante del correcto ejercicio de la función pública en el ámbito urbanístico.

La jurisdicción contencioso-administrativa debe llevar a cabo un control jurisdiccional destacado en esta materia, evitando la arbitrariedad o desviación de poder de la Administración en el ejercicio de sus competencias, y demostrando la efectividad del ordenamiento administrativo desde la adopción de medidas cautelares, cuando sean precisas, hasta la ejecución de las sentencias.

Por último la disyunción entre ilícito penal e ilícito administrativo urbanístico está necesitada de una mayor clarificación y coordinación de ambos ámbitos normativos sancionadores, siendo necesario armonizar

los dos derechos sancionadores, máxime tras la publicación de la nueva Ley del Suelo 8/2007, siendo necesaria la fijación de criterios que permitan identificar las infracciones más graves, para conseguir además de fundamentar la fragmentación positiva, salvaguardar la subsidiariedad de la intervención penal.

Bibliografía

- ACALE SÁNCHEZ, M.: *Delitos Urbanísticos*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1997.
- AA.VV.: «Retos de la política criminal actual», *Revista Galega de Seguridade Pública*, Xunta de Galicia, N.º 9, 2008.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.: «Los delitos urbanísticos o relativos a la ordenación del territorio», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, Vol. X, 1998, pp. 145-194.
- CONS GARCÍA, J.: «Tipos penales en blanco: ¿puede ser delito lo que no es infracción administrativa?», *La Ley Penal*, 2006.
- CONTRERAS ALFARO, L.H.: *Corrupción y principio de oportunidad penal: Alternativas en materia de prevención y castigo a la respuesta penal tradicional*, Ratio Legis, Salamanca, 2005.
- CORCOY BIDÁSULO, M.: «Los delitos relativos a la ordenación del territorio y el medio ambiente: una perspectiva criminológica», en CORCOY BIDÁSULO y RUI-DÍAZ GARCÍA, *Problemas criminológicos en las sociedades complejas*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2000.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: «Incremento de la respuesta penal frente a la corrupción en el Proyecto de reforma del Código Penal: el delito de cohecho», *Revista Galega de Seguridade Pública*, Xunta de Galicia, N.º 9, 2008, pp. 15-32.
- DIEZ RIPOLLÉS, J.L., GÓMEZ-CÉSPEDAS, A., PRIETO DEL PINO, A.M., STANGELAND UTNE, P. y VERA JURADO, D.J.: *Prácticas ilícitas en la actividad urbanística. Un estudio de la Costa del Sol*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- DOMÍNGUEZ LUIS, J.A., y FARRÉ DÍAZ, E.: *Los delitos relativos a la ordenación del territorio*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 1998.
- ESTÉVEZ GOYTRE, R.: «Límites entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador: especial referencia a los delitos sobre la ordenación del territorio en relación con las infracciones urbanísticas», *Actualidad Administrativa*, N.º 30/22-28 julio 1996, pp. 633-645.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, J.: *Sanciones para empresas por delitos contra el Medio Ambiente*, Civitas, Madrid, 2002.
- GARCÍA ARÁN, M.: «Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal», *Estudios Penales y Criminológicos*, XVI, 1992-1993.
- GARCÍA ARÁN, M.: «¿Hasta dónde la criminalización de lo público?», *Estudios de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, vol. 6, 1998, pp. 255-272.
- GARCÍA RUBIO, F.: «Ética pública, corrupción y urbanismo», *Actualidad Administrativa*, N.º 6/16-31 marzo 2007, pp. 660 y ss.

- GARRIDO GENOVÉS, V., STANGELAND UTNE, P. y REDONDO ILLESCAS, S.: *Principios de Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- GÓMEZ MARTÍN, V., CORCOY BIDÁSULO, M. y MIR PUIG, S.: *Nuevas tendencias en política criminal: una auditoría al Código Penal español de 1995*, Editorial Reus, 2006.
- GÓMEZ TOMILLO, M.: *Urbanismo, Función pública y Derecho Penal*, Granada, 2000.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: «La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995: la Prevaricación», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, vol. XXX, 1996, pp. 13-49.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, Valencia, 1997.
- GÓRRIZ ROYO, E.: *Los delitos de prevaricación urbanística*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- HASSEMER, W.: «Perspectivas del Derecho Penal Futuro», *Revista Penal (Praxis)*, N.º 1, julio 1997, pp. 37 y ss.
- LASO MARTÍNEZ, J.L.: *Urbanismo y Medio Ambiente en el nuevo Código Penal*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- LÓPEZ BARRIA DE QUIROGA, J.: «Problemas generados por la dualidad sancionadora administrativa y penal en el ámbito de la protección del medio ambiente», *Estudios de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, vol. 52, 2004, pp. 45-67.
- MORALES PRAT, F.: «Técnicas de tutela penal de los intereses difusos», en *Intereses difusos y Derecho Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, 1995, p. 75-91.
- NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A.: «Los delitos sobre ordenación del territorio: la responsabilidad de la administración urbanística», *La Ley Actualidad Penal*, n.º 16/14-20 abril 1997, pp. 386 y ss.
- OLAIZOLA NOGALES, I.: «Los delitos contra la administración pública», en GÓMEZ MARTÍN, V., CORCOY BIDÁSULO, M. y MIR PUIG, S.: *Nuevas tendencias en política criminal: una auditoría al Código Penal español de 1995*, 2006, pp. 361-403.
- PICÓ LORENZO, C. (Dir.) et al.: «Las fronteras del Código Penal de 1995 y el Derecho Administrativo sancionador», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, vol. XI, 1997.
- POZUELO PÉREZ, L.: «Notas sobre la denominada "expansión del Derecho Penal": un análisis al hilo de los delitos contra la ordenación del territorio», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, N.º 9, 2003-1, pp. 13-47.
- PRATS CANUT, J.M., MARQUÉS I BANQUÉ, M. y MORÁN MORA, C.: «Derecho Penal y Derecho Comunitario. La Directiva IP», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, N.º 7, 2002.
- QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F. y PRATS CANUTS, J.M.: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2002.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.: *Medio Ambiente, Territorio, Urbanismo y Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 2007.
- ROMERO REY, C.: «Interrelaciones entre protección penal y protección administrativa de ordenación del territorio. En especial, art. 319 CP», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, N.º 177, abril 2000.

- SANTANA VEGA, D.M.: «Delitos urbanísticos (o de cómo no legislar en Derecho Penal)», en GÓMEZ MARTÍN, V., CORCOY BIDÁSOLO, M. y MIR PUIG, S.: *Nuevas tendencias en política criminal : una auditoría al Código Penal español de 1995*, 2006, pp. 315-360.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 2001.
- ÚBEDA TARAJANO, F.E.: *La responsabilidad por el otorgamiento de licencias ilegales*, Iustel, Madrid, 2006.
- VERCHER NOGUERA, A.: *La delincuencia urbanística. Aspectos penales prácticos sobre urbanismo y ordenación del territorio*, Constitución y Leyes, Madrid, 2002.
- VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: *Delitos contra la administración pública: estudio crítico del delito de cohecho*, Comares, Granada, 2003.

Aspectos criminológicos y político-criminales de la corrupción urbanística. Un estudio de la Costa del Sol

Ana María Prieto del Pino

Profesora de Derecho Penal de la Universidad de Málaga

I. La Costa del Sol como privilegiado campo de estudio de la corrupción urbanística. El proyecto «Prácticas ilícitas en la industria de la corrupción: vulnerabilidad frente a la delincuencia organizada y a agentes corruptores en el planeamiento urbanístico y la industria de la corrupción»

Rasgos que caracterizan la actividad urbanística son, entre otros, su trascendental incidencia en la ordenación del territorio, en el medio ambiente y en la calidad de vida de los ciudadanos, el condicionamiento de su desarrollo por decisiones de planeamiento de políticos y gestores públicos, los grandes beneficios económicos que genera y la notable carga económica que la participación en ese mercado acarrea para la mayoría de los consumidores.

Todos estos factores contribuyen a hacer de la referida actividad el caldo de cultivo adecuado para comportamientos irregulares de diversa índole. Muchas y muy diversas son, en efecto, las conductas ilícitas que pueden aparecer en el ámbito de la industria de la construcción y de la actividad urbanística. Así, las personas físicas pueden parapetarse tras empresas constructoras a las que les resulta sencillo contratar inmigrantes ilegales a fin de eludir el pago de impuestos y de cotizaciones a la seguridad social. El bajo coste de la mano de obra las coloca en una posición competitiva privilegiada. Sin embargo, la contratación de inmigrantes ilegales estimula el tráfico ilegal de personas y la falsificación de documentos. Cabe también que las empresas concursantes lleguen a ofrecer favores personales o pagos directos a los funcionarios a cambio de decisiones favorables, e incluso a recurrir a prácticas violentas para lograrlas. Todas estas prácticas encuentran un campo de actuación particularmente atractivo en las zonas turísticas. En ellas, como es bien sa-

bido, la construcción es una fuente aparentemente inagotable de extraordinarias ganancias y existen fuertes presiones sobre los políticos para cambiar la clasificación del suelo, enajenar suelo público u otorgar licencias de obra, propiciadas por la ausencia de un interés público reconocido socialmente como prioritario en cuanto a parques, zonas de ocio, playas limpias y zonas verdes. Asimismo, las zonas que disfrutaban de un «boom» prolongado de la construcción pueden convertir a los políticos en empresarios que consideran la política como un negocio más¹ y contribuir a un mercado semi-regulado y de precios inflados donde la construcción será más el resultado de una política orientada al lucro que de una planificación urbanística detallada.

La Costa del Sol malagueña constituye desde hace unos años una de las zonas de mayor actividad urbanística de toda Europa, con una aportación masiva de capitales para la construcción residencial procedente de los más diversos lugares, y con una velocidad de crecimiento hasta ahora pocas veces vista. Téngase en cuenta que, pese a que conforme al censo de población de 2001 Málaga, con un total de 1.287.071 habitantes, un 74,83% de los cuales tenía su residencia en la Costa del Sol, era la sexta provincia más poblada de España y la segunda de Andalucía (después de Sevilla), era la primera de todo el país en la construcción de viviendas privadas. Asimismo, aunque siete de los trece municipios costasoleños (Benalmádena, Estepona, Fuengirola, Manilva, Marbella, Mijas y Rincón de la Victoria) habían registrado niveles de crecimiento poblacional superiores al 30% en los últimos veinte años (1981-2001), las cifras de construcción de viviendas se multiplicaron por veinte entre 1994 y 2003.

Sentado lo anterior, era evidente que la Sección de Málaga del Instituto andaluz interuniversitario de Criminología tenía ante sí un inmejorable campo de estudio, y en él nos adentramos José Luis Díez Ripollés, Alejandra Gómez-Céspedes, Per Stangeland, Diego José Vera Jurado y yo misma, junto a otros tres investigadores del Instituto. En nuestra tarea contamos con la valiosa colaboración de cuatro prestigiosos penalistas y/o criminólogos procedentes de otros Estados europeos que aportaron datos y conocimientos que nos permitieron contrastar los resultados de nuestro estudio con la realidad de sus respectivos países.

Un primer estudio jurídico-penal, criminológico y político-criminal referido a la identificación de las prácticas administrativas irregulares más extendidas que terminaban fácilmente conduciendo a la obtención

¹ Vid. DELLA PORTA, D./VANUCCI, A.: *Corrupt Exchanges: Actors, Resources and Mechanisms of Political Corruption*, Aldine de Gruyter, New York, 1999.

de beneficios económicos ilícitos por parte de los diferentes implicados², sirvió de base para el diseño en 2001 de un más ambicioso proyecto de investigación empírica de carácter cualitativo sobre la Costa del Sol³, titulado «Prácticas ilícitas en la industria de la construcción: vulnerabilidad frente a la delincuencia organizada y a agentes corruptores en el planeamiento urbanístico y la industria de la corrupción».

El sector de la construcción presenta la peculiaridad de que en él la realización de comportamientos irregulares y delictivos requiere del esfuerzo conjunto de actores legítimos e ilegítimos, y esta sinergia se hace posible a través de la corrupción. Sea cual sea la causa o motivo que la genere, el hecho de que la corrupción ocurre en todos los países es algo aceptado. La corrupción se reconoce cada vez más como un factor que afecta adversamente el desarrollo sostenible de un país (principio aplicable de modo especial a muchos países o regiones en vías de desarrollo o en transición), además de consolidarse la convicción de que erosiona la legitimidad y estabilidad de los mercados e instituciones financieras (como es el caso en muchos países industrializados)

Ahora bien, la grave dañosidad social propia de la corrupción se ve incrementada cuando aparece vinculada a ese fenómeno que se ha dado en llamar «delincuencia organizada». Es cierto que ni todas las actividades de corrupción están vinculadas al crimen organizado orientado al lucro, ni todas las actividades de la delincuencia organizada se basan en la corrupción de funcionarios públicos. Pero no es menos cierto que la corrupción del sector público desempeña un papel trascendental en la atracción y formación de grupos delictivos organizados. Tampoco parece

² Nuestra implicación en el tema comenzó con la solicitud de subvención por el área de Derecho Penal de la Universidad de Málaga para un proyecto de investigación al Ministerio de Educación y Ciencia dentro de su programa de Promoción general del conocimiento. Dicha subvención nos fue concedida a finales de 1999, permitiendo el desarrollo del referido proyecto bajo el título de «Conductas irregulares en la Administración pública. Algunos aspectos penales y criminológicos de la corrupción administrativa» (PB98-1400). El análisis jurídico-penal se centró, entre otros temas, en la adecuación de los preceptos del Código Penal a las exigencias internacionales en materia de corrupción y delincuencia organizada, en un análisis técnicojurídico de los preceptos más relevantes, como las prevaricaciones urbanística y medioambiental, o menos estudiados, como las negociaciones prohibidas a los funcionarios, y en una detenida consideración de la eficacia políticocriminal de determinadas figuras premiales o favorecedoras de la persecución de estos delitos mediante la exención de pena a quienes los denuncien habiendo participado en ellos. El análisis criminológico, por su parte, decidió desde un principio orientarse hacia el conocimiento de las prácticas irregulares que podían estar teniendo lugar en la actividad urbanística de la Costa del Sol.

³ Para su desarrollo se solicitó financiación a la Unión Europea en el marco del Programa Falcone, cuya concesión nos fue comunicada finalmente en enero de 2002 (Programa Falcone 2001/FAL/168)

cuestionable que la penetración de la delincuencia organizada en la corrupción urbanística presenta rasgos que le confieren singular peligrosidad y, por ende, especial relevancia.

Por una parte, el desenvolvimiento en un ámbito de actuación lícito favorece el desarrollo y la permanencia de los grupos delictivos organizados. Allí donde se crea un entramado social basado en la tolerancia de las actividades corruptas el crimen organizado con fines lucrativos encuentra el medio perfecto para desarrollarse, puesto que puede pasar desapercibido durante mucho tiempo. Por otra parte, la participación en la economía legítima trae consigo la integración, es decir, el permanecer invisible o ser considerado legítimo⁴. La capacidad de corromper es, así, proporcional al grado de integración de la persona o el grupo en la sociedad «legítima», es decir, cuanto mayor es la integración en la sociedad, tanto mayor será la capacidad de corromper.

A lo anterior se suma el hecho de que el sector de la construcción ofrece una gran variedad de oportunidades para blanquear dinero obtenido ilegalmente y, a menos que los controles sean muy rigurosos, las posibilidades de detección suelen ser reducidas.

II. Objetivos del estudio

Nuestro estudio —conviene precisarlo— no pretendió en ningún momento investigar y descubrir casos de corrupción o delincuencia organizada, tareas que competen a las fuerzas policiales, la fiscalía y la judicatura, sino aumentar el conocimiento sobre las graves consecuencias de un sector de la construcción en crecimiento rápido con escasos mecanismos de control. Nuestros esfuerzos se orientaron, por lo tanto, hacia la realización a la luz de la experiencia en otros países (Italia, Gran Bretaña y Países Bajos) de un diagnóstico del modo en que se interrelaciona la actividad urbanística privada con la administración pública encargada de regularla, la evaluación de los riesgos de corrupción e infiltración de delincuencia organizada originados por un veloz crecimiento urbanístico, la identificación de criterios de gobernabilidad que podrían prevenir esos riesgos, así como la elaboración de una serie de recomendaciones en esa línea. Más concretamente, los objetivos perseguidos fueron los siguientes⁵:

⁴ BEARE, M.E.: «Corruption and organized crime: Lessons from history», en *Crime, Law and Social Change*, vol. 28, 1997, págs 155-172.

⁵ Vid. GÓMEZ-CÉSPEDES, A./ PRIETO DEL PINO, A.M./ STANGELAND, P.: «Urbanismo, corrupción y delincuencia organizada: Un proyecto en la Costa del Sol», *Boletín Criminológico*

1. identificar áreas vulnerables del proceso de construcción;
2. identificar las mejores prácticas;
3. identificar indicadores de *modus operandi* típicos para señalar la forma en que la corrupción y la delincuencia organizada influyen en la ordenación urbana y en los procedimientos de adjudicación de licencias de obra, así como del *modus operandi* de funcionarios corruptos y agentes corruptores;
4. estudiar casos obtenidos a través de investigación empírica y documentarlos siguiendo directrices específicas;
5. analizar los códigos penales en lo relativo a corrupción y delincuencia organizada, contrastándolos con las recomendaciones de la UE y otros instrumentos internacionales, como la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional;
6. evaluar la efectividad de los controles administrativos internos, las sanciones administrativas, la investigación criminal sobre la delincuencia organizada y la corrupción urbanísticas, y las sanciones penales;
7. identificar y comprender las causas de la criminalidad en el sector de la construcción y proponer un diagnóstico de tendencias futuras;
8. difundir los resultados del proyecto en el nivel nacional e internacional.

III. Hipótesis del estudio

La experiencia registrada en otros países indica que las prácticas clientelares en el sector público terminan creando oportunidades de infiltración de organizaciones criminales que, una vez asentadas en una determinada zona, arraigan, extienden su influencia sobre el ámbito político y son difíciles de combatir. Inspirándonos en el manual contra la delincuencia organizada de la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito (UNDOC), la hipótesis del estudio es que la zona de la Costa del Sol, igual que muchos distritos urbanos en veloz crecimiento en otras partes del mundo, podría estar inmersa en un ciclo que puede culminar con el sólido establecimiento de grupos delictivos organizados

n.º 65, mayo-junio 2003, p. 1; DIEZ RIPOLLÉS, J.L./GÓMEZ-CÉSPEDES, A./PRIETO DEL PINO, A.M./STANGELAND, P./VERA JURADO, D. J.: *Prácticas ilícitas en la actividad urbanística. Un estudio de la Costa del Sol*, Tirant lo Blanch, 2004, p. 101.

controladores de la política y las actividades empresariales locales. Este ciclo comprendería cinco etapas⁶:

En una primera etapa, la existencia de contactos personales directos o indirectos entre el sector privado local y las autoridades municipales da origen al abuso sistemático del poder con fines privados o ajenos a los intereses públicos, mediante el surgimiento de redes clientelares. Algunos ejemplos típicos incluyen el uso de información privilegiada para comprar terrenos y especular con su venta, acuerdos de recalificación urbanística que favorecen a los promotores privados y actitudes de tolerancia hacia las construcciones ilegales o permisos de obra. Estas redes de pequeña corrupción clientelar a escala local han existido durante muchos años en toda la geografía española.

1. En un momento dado, la zona atrae el interés de inversores que compran propiedades relacionadas con promociones inmobiliarias en áreas vacacionales seguras utilizando capitales procedentes de la evasión fiscal y, si el mercado es suficientemente opaco, también del blanqueo de capitales. Con el aumento de la demanda, los precios de la propiedad y los beneficios de los promotores urbanísticos aumentan desmesuradamente.
2. Una vez establecidos en la zona, los inversores que disponen del dinero obtenido de la evasión fiscal o de actividades delictivas graves consolidan sus oportunidades para el blanqueo y la reinversión a fin de obtener mayores beneficios. Incrementan la adquisición de terrenos y viviendas o establecimientos de ocio, como complejos de tiempo compartido, hoteles, bares, restaurantes, locales de prostitución, etc.
3. El aumento de sus negocios en la zona genera la necesidad de contar con autorizaciones oficiales o de eludir el control público. Estos inversores, así como las empresas de construcción que han llegado a la zona atraídas por el «boom» del mercado, establecen alianzas estratégicas con empresas locales que ya cuentan con estrechos contactos dentro de las autoridades locales.
4. Estos inversores foráneos tras obtener el control de partes importantes del sector inmobiliario y turístico deciden controlar a la clase política. Los partidos políticos y los candidatos a ocupar

⁶ Vid. GÓMEZ-CÉSPEDES, A./ PRIETO DEL PINO, A.M./ STANGELAND, P.: «Urbanismo, corrupción y delincuencia organizada», *op. cit.*, p. 2; DIEZ RIPOLLÉS, J.L./GÓMEZ-CÉSPEDES, A./PRIETO DEL PINO, A.M./STANGELAND, P./VERA JURADO, D. J.: *Prácticas ilícitas en la actividad urbanística*. *op. cit.*, pp. 101-102.

puestos públicos terminan siendo poco más que testaferros de grupos delictivos organizados.

De conformidad con nuestra hipótesis, los municipios que, como los costasoleños, se encuentren en la primera etapa de este ciclo pueden llegar a la quinta etapa en un periodo de tiempo relativamente breve, dadas la fuerte presión urbanística y las enormes plusvalías que reportan la recalificación y compraventa de terrenos. La existencia de una cultura local tolerante con la corrupción política a pequeña escala, que constituye el desencadenante de todo el proceso, actuaría como catalizador de esta veloz progresión. En definitiva, quien tolera los primeros comportamientos clientelares, estaría abriendo la vía por la que luego podrían penetrar fuerzas más oscuras y poderosas.

IV. Metodología

Las vías utilizadas en nuestra investigación para obtener la información analizada fueron entrevistas abiertas, cuestionarios estructurados y semi-estructurados, análisis de datos de segundas fuentes (estadísticas del Instituto Nacional de Estadística, del Instituto de Estadística de Andalucía, del Ministerio del Interior; prensa local, nacional e internacional; monografías y revistas, etc.), etnografía y estudio de casos (de la Costa del Sol, Italia, Gran Bretaña y Países Bajos)⁷.

Para empezar, el equipo de investigación tomó contacto con once municipios de la Costa del Sol malagueña (dejando fuera los municipios de Málaga capital y Casares). Los alcaldes de nueve de los once municipios accedieron a una entrevista, a las que siguieron otras concedidas por los respectivos concejales de urbanismo. Posteriormente fueron entrevistados varios colectivos vinculados a la actividad urbanística, representativos de arquitectos, promotores, constructores, partidos políticos, periodistas, académicos, fiscales, jueces, fuerzas de seguridad del estado y funcionarios públicos, entre otros. Todas las entrevistas (que integraron un total de 87) fueron grabadas, salvo aquéllas en las que, excepcionalmente, el entrevistado mostró su oposición. En cualquier caso los entrevistadores tomaron notas. Se garantizó a todos los entrevistados la confidencialidad de sus nombres y afiliaciones.

Por lo que respecta a los cuestionarios, fueron dos los diseñados. El primero, dirigido a funcionarios de las oficinas de urbanismo de la Costa

⁷ Vid. GÓMEZ-CÉSPEDES, A./ PRIETO DEL PINO, A.M./ STANGELAND, P.: «Urbanismo, corrupción y delincuencia organizada», *op. cit.*, p. 3; DIEZ RIPOLLÉS, J.L./GÓMEZ-CÉSPEDES, A./PRIETO DEL PINO, A.M./STANGELAND, P./VERA JURADO, D. J.: *Prácticas ilícitas en la actividad urbanística*. *op. cit.*, pp. 103 y ss.

del Sol, constaba de aproximadamente 18 variables bajo los temas generales siguientes: personas que trabajan en dicha oficina, ingresos totales generados por la misma, número total de permisos de obra, número total de trámites de recalificación de suelo, número total de empleados asignados a las inspecciones de obras, número total de órdenes de demolición, preguntas generales sobre el cumplimiento de las normas urbanísticas y el número de sanciones por incumplimiento del mismo. El cuestionario era estructurado y no daba lugar a respuestas abiertas. Fue enviado por correo a un funcionario específico de dichas oficinas y recogido personalmente después de algunas semanas. Todos los cuestionarios fueron cumplimentados y devueltos sin omitir ninguna respuesta. Dado que se envió solamente un cuestionario para cada municipio, se utilizó esta información solamente como base, y no para análisis estadístico. El segundo cuestionario fue dirigido a funcionarios de todas las instituciones provinciales y locales que trataban con cuestiones de planificación y desarrollo urbanístico. Se trataba de un cuestionario semiestructurado que constaba de doce preguntas relativas a los siguientes aspectos: puesto, cumplimiento de los procedimientos, cumplimiento de las inspecciones de obras, evaluación de las medidas de control, contexto general de los procedimientos irregulares, procedimientos de recalificación de suelo, legalización de obras carentes de permisos, e información general de casos de corrupción. Contenía algunas preguntas abiertas y también espacio para comentarios. Los cuestionarios fueron entregados personalmente a los funcionarios junto con sobres con franqueo pagado para su posterior envío por correo. En este caso no se recibieron más de 15 cuestionarios rellenos, la mayoría de ellos de forma parcial, y algunos incluían notas agresivas en el espacio reservado a los comentarios. Por estos motivos, se decidió abandonar este sistema.

A partir de los datos recabados se localizó una serie de casos significativos, que fueron verificados a través de información contrastada hallada en diversos tipos de registros públicos, entre los que cabe destacar el registro de la propiedad, el registro mercantil y el catastro. De igual forma, se revisaron archivos periodísticos, estadísticas oficiales, informes y colecciones privadas. El estudio de los casos se realizó adoptando un enfoque cualitativo. La investigación de casos de estudio tiene variados niveles de complejidad y ofrece una riqueza y profundidad de información que otros métodos no alcanzan. Al intentar capturar la mayor cantidad de variables posible, los casos de estudio pueden identificar cómo un conjunto complejo de circunstancias se suman para producir una manifestación determinada.⁸

⁸ BREWER, J. D.: *Ethnography*, Open University Press, Buckingham, 2000.

Se logró justificar un total de veinte casos, pero sólo ocho de ellos fueron documentados a fondo. Tres de esos casos fueron remitidos a los socios europeos para que ellos los calificaran desde sus respectivos contextos legales y socio-culturales. En esta etapa de la investigación también se solicitó a los referidos socios que facilitaran un caso significativo de sus países de origen. Más adelante se llevó a cabo un análisis jurídico-penal, jurídico administrativo y criminológico de los casos identificados en la Costa del Sol⁹, seguido de un análisis comparativo referido a la forma de abordaje de casos similares en otros contextos nacionales.

La participación y observación propias de la etnografía, que se desarrollaron simultáneamente en diversos entornos, no estuvieron exentas de dificultades. Aunque el mantenimiento de la confidencialidad garantizada a las fuentes impide ofrecer detalles relativos a dichos entornos, cabe señalar que fueron necesarias numerosas y largas conversaciones para crear el clima de confianza necesario con los sujetos en ellos integrados.

Como antes se apuntaba, los distintos casos de estudio dan una idea rica en matices de las características y *modus operandi* de la corrupción, de la delincuencia de cuello blanco y de grupos delictivos organizados en la ordenación urbanística. Resulta evidente que el número de casos estudiados no sirve para cuantificar el problema, sin embargo, nuestro estudio no fue concebido para ello, sino para *obtener indicadores comparativos fiables de gobernabilidad*. A tal fin, la evaluación criminológica consistió en identificar los temas recurrentes en todos los casos. A partir de dichos temas se elaboró un índice de indicadores de gobernabilidad que ilustra, no el alcance de la corrupción, del delito de cuello blanco o de la delincuencia organizada, sino los fallos o puntos más frágiles del funcionamiento de los poderes públicos que pueden terminar originando tales comportamientos delictivos. A los efectos de nuestra investigación el término «gobernabilidad» se define como:

«Las tradiciones e instituciones que determinan cómo se ejerce la autoridad en un país determinado. Esto incluye (1) el proceso mediante el cual se eligen los gobiernos y la forma en que se los controla, se exigen responsabilidades por sus acciones y se los sustituye; (2) la capacidad de los gobiernos de gestionar los recursos de forma eficiente y de formular, aplicar y ejecutar políticas y reglas concretas; y (3) el

⁹ Vid. GÓMEZ-CÉSPEDES, A./ PRIETO DEL PINO, A.M./ STANGELAND, P.: «Urbanismo, corrupción y delincuencia organizada», *op. cit.*, pp. 3 y 4; y Díez Ripollés, J.L./ GÓMEZ-CÉSPEDES, A/ PRIETO DEL PINO, A.M./ STANGELAND, P/ VERA JURADO, D.J.: «Urbanismo, corrupción y delincuencia organizada: Conclusiones y recomendaciones», *Boletín Criminológico* n.º 66.

respeto de los ciudadanos y el Estado por las instituciones que rigen las interacciones económicas y sociales entre ellos».¹⁰

El referido índice de gobernabilidad lo integran ocho aspectos que se definen de la siguiente manera:

1. *Información pública y transparencia.* Se refiere a que la toma de decisiones y su implementación se realicen de forma clara y manifiesta. También alude a que la información esté disponible en un formato inteligible para cualquiera y que todas aquellas personas que se vean afectadas por alguna resolución en particular tengan acceso a los informes pertinentes antes de su puesta en práctica. Una herramienta indispensable para esta transparencia es contar con medios de comunicación independientes.
2. *Participación.* Implica que todos los ciudadanos tienen la oportunidad de involucrarse en la toma de decisiones de carácter público. Esto requiere una sociedad informada y organizada, lo que significa que, por una parte, existe plena libertad de expresión y, por otra parte, que la sociedad es capaz de organizarse.
3. *Intereses generales.* Apunta a que las decisiones de carácter público consideren las necesidades presentes y futuras del conjunto de la sociedad. Ello supone no dejarse guiar por intereses a corto plazo o de ciertos sectores privilegiados. Sugiere también una sociedad que pueda lograr un crecimiento económico equilibrado usando con prudencia los recursos naturales y conservando el medio ambiente.
4. *Intereses de los directamente afectados.* Presta la debida atención a los intereses de las personas directamente afectadas por una decisión pública. Prevé planes de orientación y asistencia, un trato justo y el resarcimiento de los daños.
5. *Inclusión.* Se refiere a la integración e inserción de los más desfavorecidos en el conjunto de la sociedad. Esto significa que se ha de fomentar la mejora de las condiciones y calidad de vida del conjunto de los ciudadanos, especialmente de los más desfavorecidos.
6. *Legalidad.* Expresa la capacidad de respuesta del estado de derecho. Alude a la verificación de si se activan, ante diversos conflictos, los controles administrativos y judiciales.
7. *Rendición de cuentas.* Supone hacer explícitas las razones o motivos que han llevado a tomar las correspondientes decisiones

¹⁰ KAUFFMANN, D., /KRAAY, A./ ZOIDO-LOBATÓN, P.: «Governance Matters: From Measurement to Action», *Finance & Development*, vol. 37 num. 2, junio 2000.

que se han de ejecutar. No es exclusiva de instituciones públicas sino que también debe cumplirse por el sector privado y organizaciones sociales sin fines de lucro. La rendición de cuentas no puede implementarse a menos que exista legalidad y transparencia.

8. *Resolutividad*. Requiere que la administración pública lleve a término cualquier procedimiento administrativo o judicial en un marco de tiempo razonable.

V. Principales conclusiones del estudio

Desde la perspectiva jurídico-administrativa los casos analizados presentaban una serie de coincidencias. Particularmente destacada era la presencia de *convenios urbanísticos* acordados entre promotores-constructores y los Ayuntamientos. Dichos convenios reportaron dudosos beneficios al municipio y sirvieron de base para una modificación del planeamiento urbanístico y/o para una recalificación de suelo favorables, en cualquiera de los dos casos, a los intereses de las promotoras y constructoras.

Además, buena parte de las actividades urbanísticas en los casos estudiados no se adaptaban al contenido de la licencia otorgada, detectándose una generalizada falta de control de la adecuación entre lo autorizado y lo efectivamente edificado. Se pudo constatar, asimismo, que una vez finalizada una construcción ilegal —por cuanto no encontraba cobertura en la licencia de obras concedida, o por carecer de ella— se iniciaba el proceso de *legitimación de la ilegalidad* y no, como cabría esperar, el de retorno a la legalidad.

Por último, se detectó un importante déficit en la ejecución de las normas sobre disciplina urbanística, así como una utilización irregular del patrimonio público del suelo por parte de los Ayuntamientos.

El análisis de los casos desde la perspectiva jurídico-penal reveló que sólo en dos de ellos entraban en consideración los delitos urbanísticos tipificados en el art. 319, y permitió constatar que el factor que tornaba inaplicable el referido precepto penal en la mayoría de los supuestos analizados no era otro que la firma de convenios entre promotoras o constructoras y los ayuntamientos, seguidos de las correspondientes modificaciones de planeamientos y recalificaciones de suelo. En otras palabras, se evitó incurrir en responsabilidad penal (ex art. 319 CP) eliminando previamente, a través de los instrumentos que se acaban de mencionar, los «obstáculos legales» con los que se encontraba la construcción proyectada. De esta manera, la entrada en acción del mencionado

precepto sólo podía plantearse respecto a los casos estudiados en los que se produce una violación abierta y flagrante de las normas vigentes. Estas mismas consideraciones pueden reproducirse en relación con la prevaricación específica del art. 320 CP, cuya presunta concurrencia se detectó en 3 de los supuestos analizados.

A la luz de estos datos pudimos concluir que en los casos estudiados en los que concurrían presuntos delitos urbanísticos, el Derecho Penal ni siquiera logró cumplir su limitada función de instrumento reparador de las situaciones de ilegalidad cuya producción debería haber sido impedida por el Derecho Administrativo, dado que las construcciones ya realizadas terminaron siendo legitimadas.

Se detectó también la posible concurrencia de delitos relacionados con la corrupción administrativa. En todos los casos analizados se apreciaron indicios —de diverso peso y consistencia— de posibles delitos de cohecho y/o tráfico de influencias. En buena parte de ellos se podría haber cometido, además, delito de fraude, relacionado sobre todo con enajenaciones irregulares de patrimonio público y con la firma de convenios urbanísticos que dudosamente favorecen los intereses públicos y claramente redundaban en beneficio de intereses particulares.

Otras infracciones penales presumiblemente cometidas en los supuestos estudiados serían desobediencia judicial, que aparece relacionada con la no paralización de obras, estafas masa agravadas, falsedad documental y administración desleal de patrimonio.

Desde la perspectiva criminológica la aplicación de los índices de gobernabilidad al conjunto de resultados del estudio permitió extraer las siguientes conclusiones:

1. Información pública y transparencia:

- a) Echamos en falta un esfuerzo de divulgación de los instrumentos de planificación a fin de facilitar al ciudadano el conocimiento y entendimiento de los mismos.
- b) El acceso a los expedientes administrativos conducentes al otorgamiento de licencias urbanísticas en algunos municipios resulta extremadamente difícil, incluso para los directamente afectados por ciertas actividades urbanísticas con indicios de irregularidad.
- c) Existe una excesiva dependencia de los medios de comunicación de ámbito local con respecto a los Ayuntamientos. Por un lado, buena parte de la financiación de la prensa local proviene de la publicidad insertada por los consistorios. Por otra parte, los directivos de algunas cadenas de televisión locales están

ligados por vínculos de diversa índole a los poderes públicos del municipio en el que operan.

- d) El ejercicio del periodismo de investigación en el ámbito local se ve disuadido a través de conductas de hostigamiento y discriminación de profesionales.
- e) La existencia de empresas y sociedades municipales da lugar con frecuencia a una confusión entre intereses urbanísticos públicos y privados. Este fenómeno adquiere caracteres preocupantes en la enajenación de patrimonio público.

2. Participación:

- a) Decisiones tan trascendentes como las que dan lugar a la firma de convenios urbanísticos y/o a la modificación de elementos de planeamiento se presentan generalmente como hechos consumados. La oposición política recibe poca información sobre la gestión urbanística, especialmente en aquellos municipios en los que el partido gobernante goza de mayoría absoluta, careciendo por ello de la capacidad necesaria para ejercer un eficaz control político.

3. Intereses generales:

- a) El 80% de los alcaldes entrevistados afirmó que el desarrollo urbanístico intensivo es fundamental para obtener financiación que permita satisfacer los intereses generales¹¹. Sin embargo, el análisis realizado permite poner en tela de juicio este argumento en relación con varios aspectos:
 - i) Se han encontrado ejemplos de gestiones urbanísticas que han causado un empobrecimiento del municipio, como es el caso de numerosas enajenaciones irregulares de patrimonio público y de convenios urbanísticos que reportan a aquél escasos beneficios.
 - ii) La creciente necesidad de recursos económicos que pretendidamente aboca al fomento de la actividad urbanística podría aliviarse a través de la implementación de buenas técnicas de coordinación y cooperación entre las diferentes Administra-

¹¹ VERCHER NOGUERA, A.: «Reflexiones sobre corrupción y urbanismo», en FERRÉ OLIVÉ, J.C. *et al.*: *Fraude y corrupción en la Administración Pública*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2003, p. 310, se hace eco de que se calcula que, aproximadamente, el 30% de los presupuestos de las corporaciones locales lo integran los ingresos que reportan recalificaciones de suelo, incrementos de valor de los suelos o plusvalías e impuestos de licencias de obras.

ciones Públicas —obras de infraestructura, instalaciones socioculturales—, cuya existencia no se ha detectado.

- iii) La protección de los intereses generales no parece compatible con la patente inclinación hacia el desarrollo del turismo residencial descartando alternativas, como el desarrollo de la planta hotelera, que generarían mayor empleo y reportarían más ventajas económicas para los municipios.
- iv) Se descuida un interés general tan importante como el medio ambiente: el gran consumo de agua, suelo y energía, así como los atentados medio ambientales derivados de un crecimiento urbanístico no controlado representan un grave riesgo para el desarrollo sostenible de los municipios; además, la protección del medio ambiente puede aportar financiación externa.

b) No resulta explicable la intensa actividad urbanística desarrollada en la Costa del Sol a menos que se parta de que se está nutriendo de dinero negro proveniente de actividades lucrativas lícitas no declaradas al fisco, o bien de actividades ilegales.

4. Intereses de los directamente afectados:

a) La falta de transparencia de las decisiones municipales puede generar indefensión a los ciudadanos directamente afectados. Los casos analizados pusieron de manifiesto que sólo con el comienzo de las obras los referidos afectados se percatan de que se ha producido una modificación en el planeamiento urbanístico. Es entonces cuando han de proceder a realizar las oportunas averiguaciones, topándose con la opacidad de los procedimientos, la falta de asistencia institucional y la brevedad o incluso superación de los plazos para emprender acciones legales.

5. Inclusión:

a) El interés por satisfacer el bienestar de los ciudadanos debería reflejarse en un fomento de la construcción de viviendas de protección oficial. Por el contrario, los datos y comportamientos analizados mostraron una clara tendencia al descenso en la construcción de vivienda social en toda la Costa del Sol.

6. Legalidad:

a) Las multas urbanísticas no generan el efecto disuasorio deseado sobre los posibles infractores. En la determinación de sus

cuantías no se aplican los criterios de graduación de sanciones establecidos por la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA).

- b) Se observa una inaplicación generalizada de la demolición de construcciones, como medida de reposición de la realidad física alterada y disuasoria de posibles comportamientos infractores. Con ello se fomenta, además, la convicción de que una vez finalizada una construcción las irregularidades en las que se haya podido incurrir se van a poder legalizar en todos los casos.
- c) Los municipios prestan poca atención a la inspección urbanística. Así, se detectó una sistemática falta de control de un número elevado de actividades urbanísticas, especialmente de autoconstrucción, así como de comprobación de que lo efectivamente construido se adecua a lo autorizado por la licencia urbanística. A ello contribuye el que no todos los ayuntamientos cuentan con cuerpo de inspectores, teniendo que suplirse esta ausencia con la intervención de la policía local. De cualquier manera, la efectividad real de cualquiera de los sistemas de inspección está supeditada a la voluntad política del municipio de querer ejecutar un control real de la legalidad urbanística.
- d) El habitual recurso a convenios urbanísticos, modificaciones de planeamiento y recalificaciones de suelo dan lugar a que los delitos urbanísticos sólo sean aplicables a casos en los que se producen violaciones abiertas y flagrantes de la normativa vigente. Incluso entonces, las actividades constitutivas de delitos urbanísticos no son objeto de persecución. El impulso de oficio brilla por su ausencia. Sólo las partes afectadas que estén bien organizadas y sean capaces de llevar a término una investigación —siempre difícil—, podrán lograr la activación del sistema judicial. Las actividades delictivas más frecuentes conectadas con la actividad urbanística están relacionadas con la corrupción de la administración local, pudiendo tener que ver con delitos de cohecho, tráfico de influencias y fraude.
- e) Sin embargo, la persecución de la corrupción encuentra graves escollos en el sistema legal:
 - i) Tras la reforma operada en 2003, el Estatuto del Ministerio Fiscal dificultaba sobremanera la actuación de la Fiscalía contra la corrupción y la delincuencia organizada (Fiscalía Anticorrupción). Conforme a su art. 5 las investigaciones

de la Fiscalía Anticorrupción, al igual que las de todo representante del Ministerio Fiscal, debían ser puestas en conocimiento del sospechoso y concluidas en seis meses prorrogables sólo excepcionalmente¹². Dado que la complejidad de las investigaciones que le competen resulta incompatible con tan breve periodo de tiempo, debe valorarse muy positivamente que el precepto haya sido modificado a través de la LO 5/2007, de 20 de abril, de manera que las diligencias de investigación de la Fiscalía Anticorrupción han pasado a tener una duración máxima de doce meses salvo prórroga acordada mediante Decreto motivado del Fiscal general del Estado¹³.

- ii) La Fiscalía Anticorrupción adoptó la decisión político-judicial de no perseguir delitos que no superen los setecientos millones de euros.
- iii) Los delitos de corrupción no están recogidos en el elenco de actividades de delincuencia organizada cuya investigación permite la intervención de agentes encubiertos.
- iv) Existe una insuficiencia de figuras premiales y de medidas de protección para las personas que colaboren con la justicia, pese a que la experiencia internacional avala su eficacia en el afloramiento de la corrupción: la aplicación de la figura premial del cohecho (art. 427 CP) es *per se* poco factible y hasta el momento el precepto no ha sido aplicado nunca¹⁴.
- v) La imposibilidad legal de perseguir penalmente a las personas jurídicas propicia la impunidad de quienes actúan a través de complejos entramados empresariales de oscura composición.
- vi) Desde mi punto de vista todos estos factores permiten afirmar que la implementación de las medidas represoras de la corrupción en España constituye una clara manifestación de lo que, parafraseando la sobradamente conocida obra de Jakobs, he denominado *Derecho Penal del*

¹² JIMÉNEZ VILLAREJO, C.: «La neutralización del ministerio Fiscal», *Diario El País* de 26 de abril de 2003 afirma que el precepto priva a la Fiscalía de la función de investigación preprocesal introducida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la LO 7/88 y constituye «uno de los mayores y serios ataques a la Institución»

¹³ Fuertemente crítico con esta modificación se muestra BANACLOCHE PALAO, J.: «La instrucción en manos del Fiscal: un grave riesgo», *Papeles Faes* 28-3-2007 n.º 41.

¹⁴ Vid. GARCÍA ESPAÑA, E.: *El premio a la colaboración con la justicia. Especial consideración a la corrupción administrativa*, Ed. Comares, Granada, 2006, pp. 112 y ss.

*amigo*¹⁵. Característica fundamental del *Derecho Penal del amigo* es la transformación —a través de diversas vías— del instrumento punitivo en un tigre de papel frente a sujetos que ocupan posiciones destacadas social, económica y políticamente, sacrificando la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de su respuesta en aras de la preservación de sus intereses. De poco o nada sirve que un ordenamiento jurídico cuente con una batería de normas enderezadas a reprimir la corrupción si no existe voluntad jurídico-política de aplicarlas, y/o si el camino de su efectiva aplicación está jalonado de obstáculos muy difíciles de superar.

- f) El Estado de Derecho no está indefenso ante la corrupción. La implementación de una represión que sea a la vez eficaz y respetuosa con la presunción de inocencia de los ciudadanos no es imposible, pese a que la idea contraria esté bastante extendida incluso entre los jueces. En primer lugar, debe subrayarse que una correcta aplicación de la prueba de indicios —acorde con las exigencias que para la misma ha establecido el Tribunal Constitucional¹⁶— permite demostrar la comisión de un delito de cohecho o de tráfico de influencias sin incurrir en una —inadmisible— inversión de la carga de la prueba. Como pone de relieve BAJO FERNÁNDEZ¹⁷, la prueba de indicios o presunción judicial, a diferencia de la presunción legal, «no libra al acusador de acreditar todos los extremos de su acusación con prueba de cargo suficiente». Así por ejemplo, si existen indicios que apuntan de forma unívoca hacia el origen ilícito de una cantidad de dinero obtenida por un sujeto, y no existen contraindicios que hagan quebrar esa inferencia, el juzgador podrá considerar probada la comisión del hecho ilícito. Del mismo modo, en un asesinato en el que no hayan existido testigos presenciales, el cuchillo con restos de sangre de la víctima hallado en casa de un individuo no es más que

¹⁵ PRIETO DEL PINO, A. M.: «Uso de información privilegiada en el mercado de valores», *La armonización del Derecho Penal español: una evaluación legislativa*, *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, suplemento al n.º 215, pp. 168 y ss.

¹⁶ Sobre los requisitos que debe reunir la prueba de indicios vid. el análisis de la jurisprudencia constitucional que realiza CLIMENT DURÁN, C.: *La prueba penal (doctrina y jurisprudencia)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 627 y ss.

¹⁷ BAJO FERNÁNDEZ, M.: «Presunción de inocencia, presunción legal y presunción judicial o prueba de indicios», en *La Ley*, 1-1991, p. 974

un dato objetivo a partir del cual se puede inferir su participación en el hecho que nadie le ha visto cometer, y pese a ello se afirma sin más que estamos ante una «prueba»¹⁸. En segundo lugar, la realidad desmiente a quienes están convencidos de que la complejidad comisiva propia de estos delitos hace imposible su esclarecimiento. Por una parte, el grado de complejidad al que se acaba de aludir a menudo se exagera, siendo ello expresión de prejuicios contruidos sobre el desconocimiento y/o sobre la falta de voluntad de implicarse en su persecución. Por otra parte, no debemos olvidar que hablamos de un ámbito en el que como consecuencia de la intervención de personas jurídicas y de órganos colegiados, paradójicamente, pueden existir más pruebas documentales que en otros delitos «menos sofisticados» (como el homicidio o el robo). Un Estado de Derecho puede y debe reaccionar con sus armas legítimas frente a la corrupción. Si no la combate a tiempo, se verá pronto enfrentado a la siguiente disyuntiva: soportar un intolerable nivel de corrupción o combatirla con medios que supondrán renunciar a su propia esencia, es decir, suprimiendo derechos y garantías del ciudadano cuyo logro hoy nos enorgullece.

7. Rendición de cuentas:

- a) Se echa en falta una rendición de cuentas, entre otros, en los siguientes aspectos:
 - i) Modificación del planeamiento y cambios radicales del mismo, así como enajenaciones de patrimonio público.
 - ii) Explicación del balance costes-beneficios en los convenios urbanísticos.

¹⁸ A este respecto conviene reseñar que, como señala MUÑOZ SABATÉ, L.: *Técnica probatoria. Estudio sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, 4.ª ed. corregida y aumentada, Praxis, Barcelona, 1993, toda prueba —no sólo la indiciaria— es siempre un proceso inferencial. «Por eso —argumenta con acierto el autor— cuando en ocasiones vemos que la jurisprudencia se refiere a la prueba de confesión, de documentos o de testigos calificándola de prueba *directa*, porque en ella las inferencias generalmente empleadas son inferencias *inmediatas* que concluyen una proposición de otra sin intervención de una tercera, y contrapone esta especie de prueba a la llamada prueba de presunciones que tacha de prueba *indirecta* basándola en inferencias *mediatas*, en las cuales como sabemos, se concluye una proposición de otra por medio de una tercera, observamos que está realizando inconscientemente una desafortunada campaña contra la valoración presuntiva a la que se presenta como algo injustamente remoto, inseguro y complementario».

- iii) Decisiones políticas que implican cambios de destino del suelo que conducen a la postergación de la construcción de viviendas de protección oficial.
- iv) Beneficios que reporta al municipio el desarrollo de un turismo residencial frente a otras opciones que favorecen la creación de puestos de trabajo.

8. Resolutividad:

- a) La tramitación de los procedimientos en los casos analizados se ha desarrollado en unos plazos razonablemente aceptables, muy probablemente condicionada por la importancia económica de los asuntos.

Sentado lo anterior, los aspectos que requieren urgentemente de consideración de cara a una política pública de prevención son los siguientes:

1. Estimular la participación ciudadana a través de campañas de información y concienciación del problema.
2. Tener como clara prioridad el fomento de los intereses generales, incluido el medio ambiente, antes que el beneficio de unos cuantos promotores.
3. La rendición de cuentas obligatoria por parte de los ayuntamientos es de suma importancia a fin de justificar razonablemente las modificaciones en las cuales incurra el Plan General. Esto reforzaría la legitimidad del consistorio y la confianza que los ciudadanos depositan en el mismo.
4. Se precisa una estricta aplicación de la ley, lo cual implica una reforma en la distribución de los recursos para optimizar el control y cumplimiento de las normas.
5. Siguiendo con el punto anterior, debe mejorarse el acceso a la información pública y las medidas de transparencia bajo un código de conducta que promueva la integridad del sector e impulse informes oficiales que detallen la normativa vigente, el presupuesto del ayuntamiento y cómo se gasta, el resultado de auditorías externas, los convenios, concesiones y contrataciones que se hagan con actores públicos y privados, etc.
6. Finalmente, sería necesario que se abriera un módulo de información y quejas para aquellos ciudadanos que resulten directamente afectados. Esto favorecería la inclusión ciudadana en general y estrecharía los vínculos entre los ciudadanos y el ayuntamiento. También habría que tomar en cuenta los «tiempos» judiciales para que este tipo de conductas delictivas se castigaran y no prescribieran.

VI. Análisis comparado

Como se indicó previamente, la última parte de la investigación estuvo dedicada al examen comparativo de las diversas situaciones europeas y a la determinación de la naturaleza de las similitudes y diferencias detectadas.

El análisis comparado resulta de gran utilidad a fin de determinar con datos empíricos la influencia disuasoria de normas y sanciones tanto en materias concretas en las que aquéllas aún no han incidido, como en otras en las que la existencia de información relevante permite comparar las fases anterior y posterior al incremento de la severidad de la sanción imponible a un determinado comportamiento ilícito, o a modificaciones de otra índole tocantes a su represión. Para ello, los resultados extraídos del análisis comparado deben interpretarse a la luz de las pautas sobre la eficacia represiva de las normas que aportan la Criminología moderna y el modelo neoclásico de análisis económico del Derecho, desde el cual se estima que el comportamiento del infractor responde al de un individuo racional que adopta sus decisiones tras valorar los costes y beneficios derivados de su actuación («*homo oeconomicus*»), orientándose hacia la maximización de su beneficio, cifrado en términos de renta, utilidad o bienestar¹⁹.

A pesar de que los comportamientos delictivos no pueden entenderse fuera de un contexto socio-cultural específico, el análisis comparativo permite la construcción de generalizaciones transculturales sobre la naturaleza del sector urbanístico. Sin duda, puede haber variaciones y las generalizaciones no serán completas. Sin embargo, intentamos abstraer lo que nos pareció significativo a fin de formular una evaluación integral comprensiva de todas.

1. En primer lugar se observó que la definición del comportamiento «criminal» (en este caso, manifestaciones de corrupción y delincuencia organizada) no varía de manera significativa. Todos los Estados sometidos a estudio criminalizan las mismas conductas y sus variaciones son mínimas. Ahora bien, mientras que la corrupción y/o la delincuencia organizada ocupan un lugar muy destacado en las agendas políticas tanto de Gran Bretaña como de los Países Bajos, en España e Italia no ocurre lo mismo.

¹⁹ Los beneficios que reporta la comisión de un delito pueden ser monetarios y/o no monetarios, si bien en opinión de muchos autores todos los beneficios —y también los costes— no monetarios pueden ser «monetizados», es decir, traducidos en términos económicos. *Vid.* sobre esta cuestión objeto de importantes controversias en la doctrina especializada MONTERO SOLER, A/TORRES LÓPEZ, J.: *La economía del delito y de las penas. Un análisis crítico*, Ed. Comares, Granada, 1998, pp. 27-34.

2. Tanto los delitos encuadrables dentro del concepto de «corrupción» como los delitos urbanísticos propiamente dichos analizados en nuestro estudio presentan los rasgos característicos de la delincuencia económica en sentido amplio²⁰ identificados por la Criminología moderna y por el análisis económico del Derecho, a saber:
- i) Se aprecia claramente su carácter de delitos de oportunidad privilegiada (*special opportunity crimes*²¹), es decir, se trata de infracciones cometidas, en el ejercicio de sus funciones, por sujetos que ocupan posiciones relevantes en los núcleos de decisión político-empresariales.
 - ii) Se estima asimismo la apariencia externa de licitud de los comportamientos ilícitos, imagen de la que gozan también sus autores²². En efecto, a diferencia de lo que puede predicarse de otro tipo de comportamientos, en buena parte de las infracciones urbanísticas sólo un análisis detenido, realizado con el auxilio de expertos, permite detectar cuáles son las notas que distinguen una conducta ilícita de otra lícita²³. Por otra

²⁰ El concepto amplio de Derecho penal económico —señala TIEDEMANN, K.: *Poder económico y delito*, ed. Ariel, Barcelona, 1985, p. 11— «obedece a una clara tendencia internacional» (...) asumida en el XIII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal, que «permite al Derecho penal considerar como delitos económicos, no sólo los hechos punibles dirigidos contra la planificación estatal de la economía, sino todo el conjunto de los delitos relacionados con la actividad económica y dirigidos contra las normas estatales que organizan y protegen la vida económica». A juicio de este autor (ibídem p. 12) el concepto de delito económico comprende, en primer término, las transgresiones en el ámbito del Derecho Administrativo-Económico, es decir, contra la actividad interventora y reguladora del Estado en la economía. También quedan abarcadas las infracciones en el campo de los demás bienes jurídicos colectivos o supraindividuales de la vida económica. Y, por último se extiende a los delitos patrimoniales clásicos (estafa, extorsión, defraudación, cohecho, etc.) «cuando éstos se dirigen contra patrimonios supraindividuales (como en los casos de obtención fraudulenta de subvenciones o créditos estatales) o cuando constituyen abuso de medidas e instrumentos de la vida económica (como en las hipótesis de un cheque en descubierto o un falso balance)».

²¹ TIEDEMANN, K.: *ibidem*. Se refiere con carácter general a las complejas relaciones existentes entre las actividades legales e ilegales dentro del mundo de los negocios CROAL, H.: «Business, Crime and the Community», *International Journal of Risk, Security and Crime Prevention*, vol. 3 núm. 4, oct. 1998 p. 281.

²² La decisiva importancia que cobra en la valoración de un hecho criminal la valoración de su autor es destacada por SMAUS, G.: «A Preliminary Research on the Social Evaluation of crime», *Sociologia del diritto* 1975/2, pp. 455, 456 y 459.

²³ *Vid.* sobre este aspecto en relación con la delincuencia económica en general BAO FERNÁNDEZ, M.: «La delincuencia económica. Un enfoque criminológico y político criminal», *CPC* n.º 5, p. 19.

parte, a la escasa visibilidad social contribuye el elevado status de los autores. La imagen de licitud da lugar a la ausencia de «*crime appeal*», es decir, a la no percepción de la conducta en cuestión como un comportamiento nocivo y socialmente reprochable. Las víctimas no se reconocen a sí mismas como tales, tampoco la colectividad se identifica con el paradigma de la víctima; consecuencia de ello es la ausencia de interés social en la represión de tales comportamientos. De la percepción de la imagen de licitud esbozada no se sustraen tampoco las instancias de detección y persecución. Estas prestan menor atención a la delincuencia económica especializada que a la «delincuencia tradicional»²⁴. Las instancias judiciales tampoco quedan al margen de la forma en la que el conjunto social percibe al delincuente económico. Paradójicamente, los costes sociales generados en términos económicos por este tipo de delincuencia son muy altos, hasta el punto de superar con creces el coste de todos los delitos que tradicionalmente han constituido la «cuestión criminal»²⁵. Con todo, existen variaciones culturales en los distintos estados estudiados, de manera que en los países del norte se apreció un mayor grado de rechazo y denuncia públicos que en los países del sur. Así, por ejemplo, en el caso británico analizado se aludía expresamente a la estigmatización social sufrida por quienes actúan de forma ilícita en el ámbito empresarial (empresas constructoras y promotoras protagonistas de delitos relacionados con la corrupción).

- iii) El factor moral no parece desempeñar un papel inhibitorio similar al que puede ejercer en otros actos ilícitos. Las normas vulneradas presentan una de las notas características de toda

²⁴ La cifra negra de este tipo de delincuencia es mayor que la relativa al aborto. Así lo indica ZYBON en *Wirtschaftskriminalität als gesamtwirtschaftsliches Problem*, München, 1972, p. 5, citado por BAJO FERNÁNDEZ, M. en *Derecho Penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Civitas, 1978, p. 69.

²⁵ SUTHERLAND, E. H.: *Il Crimine dei Colletti bianchi* (traducción del texto íntegro original de 1949), Milano, 1987, p. 11; CROAL, H.: «Business, Crime ...», *op. cit.*, p. 281. En el análisis de las estadísticas del Ministerio de Justicia francés realizado por COSSON a finales de los setenta (Vid. FERNÁNDEZ ALBOR, A./MARTÍNEZ PÉREZ, C.: *Delincuencia y economía*, Santiago de Compostela, 1983, p. 41) se ponía de relieve que el perjuicio social y económico generado por la delincuencia económica suponía el 90% del perjuicio total irrogado por la delincuencia en general; sin embargo, los delincuentes económicos condenados sólo integraban el 1'7% del total de infractores condenados. En la actualidad, el porcentaje de condenas sigue siendo muy bajo.

norma económica que es, precisamente, un escaso reproche social²⁶. Se trata de un Derecho de origen reciente, caracterizado, además, por un alto grado de tecnicismo.

3. La sanción desempeña un papel importantísimo en la prevención de estas conductas. Dado que, como se ha señalado con anterioridad, el mandato o la prohibición por sí mismos no cuentan con el respaldo necesario para garantizar su seguimiento, es la conminación punitiva la que puede lograr que el comportamiento de los ciudadanos resulte acorde con lo ordenado o prohibido. Debe tenerse presente que la optimización de este efecto disuasorio depende de dos variables. La primera de ellas es la alta sensibilidad a la sanción que presenta el destinatario de la norma económica, de manera que es posible conseguir un notable incremento de la prevención con sanciones poco elevadas o con ligeros incrementos cuantitativos de éstas. La segunda es el mayor efecto preventivo que ejerce la probabilidad de ser sancionado en comparación con el generado por la gravedad de la sanción imponible²⁷. Este aspecto, como señaló el informe británico, se muestra de manera evidente en relación con los delitos de fraude y todos los relacionados directamente con el concepto de corrupción.
4. No debe pasar inadvertido el llamado «efecto de impulso pasajero», que podría estar produciéndose en relación con los delitos urbanísticos introducidos en la legislación española por el Código Penal de 1995. Con esta denominación se alude al siguiente fenómeno empíricamente verificado: la entrada en vigor de una norma nueva va acompañada por un fuerte incremento en el nivel de observancia que, posteriormente, decae volviendo a igualar el nivel anterior o rebasándolo un poco. Cabe atribuir este efecto a la reducción real y objetiva que experimenta la probabilidad de aplicación derivada de la relajación de los controles establecidos, así como a la disminución del grado de sobrevaloración del riesgo de ser descubierto en el que previamente ha incurrido el ciudadano como consecuencia de las campañas de difusión de

²⁶ PALIERO, C.E.: «La sanción administrativa como medida moderna en la lucha contra la criminalidad económica», en *Hacia un Derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, pp. 471 y ss.;

²⁷ PALIERO, C.E.: «La sanción administrativa como medida moderna en la lucha contra la criminalidad económica», *op. cit.*, p. 474; PRIETO DEL PINO, A.M.: *El Derecho Penal ante el uso de información privilegiada en el Mercado de Valores*, Thomson-Aranzadi., Pamplona, 2004, pp.266 y ss.

la nueva ley y sus consecuencias, llevadas a cabo por los medios de comunicación²⁸.

5. Los sistemas legales español e italiano ofrecen signos de una disuasión inadecuada de los infractores. Ambos países ofrecen claros ejemplos de inaplicación de las sanciones en materia urbanística, los cuales, de conformidad con las consideraciones previamente expuestas, alientan al potencial infractor por cuanto éste percibe una reducida probabilidad de ser castigado. En el caso de Italia encontramos supuestos en los que una vez detectada la infracción masiva de la normativa vigente se procede a legalizar la situación de ilicitud a través de amnistías. En España se constata una clara tendencia a la «legalización» *de facto* de las edificaciones ilícitas.
 - i) Desde mi punto de vista, la máxima aplicable al ámbito de los delitos contra el honor «calumnia, que algo queda», resulta extrapolable *mutatis mutandi* al ámbito urbanístico: «construye, que algo queda» es lo que nuestro sistema jurídico parece decirle a quien vulnera la legalidad urbanística. Paradójicamente, y de forma contraria a lo que impone una elemental lógica jurídica, cuanto mayores proporciones alcanza la construcción, edificación o actividad urbanística ilícita y, en consecuencia, cuanto mayor es la lesión del bien jurídico, mayor es la probabilidad de que se conserve en lugar de ser demolida.
6. Una represión de las conductas ilícitas en la actividad urbanística como la ejercida en Italia y España, basada en la imposición de sanciones pecuniarias (multas) no acompañadas de demoliciones de lo edificado, es ineficaz. Conservan su vigencia los resultados obtenidos por BRELAND en un estudio piloto realizado en 1975 en el que encuestaba a 100 personas que debían colocarse hipotéticamente ante la posibilidad de cometer un delito y a las que se preguntaba cuáles eran las sanciones efectivas en delitos económicos contra los intereses generales²⁹. El estudio tomaba como

²⁸ PALIERO, C.E.: *ibidem*.

²⁹ Vid. TIEDEMANN, K.: *Lecciones de Derecho penal económico, (Comunitario, español, alemán)*, PPU, Barcelona, 1993, pp. 273-274; Vid. asimismo las referencias a trabajos empíricos con resultados similares TIEDEMANN, K.: *Poder económico y delito...*, *op. cit.*, pp. 160 y 161; en las que el autor alude al estudio realizado por Mark GREEN en Estados Unidos (*The Closed Enterprise System*, Nueva York, 1972), en el que entrevistó a mil hombres de negocios. Los resultados obtenidos revelaron la insuficiencia disuasoria de las multas en relación con los comportamientos infractores de las leyes antimonopolio.

base la teoría del aprendizaje, asumiendo que el delito económico es un comportamiento que se aprende a través de la propia experiencia o del seguimiento de un modelo.³⁰ Las variables introducidas tenían que ver con la clase y gravedad concreta de las penas imponibles, la certeza de su imposición, las repercusiones en el ámbito social, factores morales internos (conciencia), etc. La conclusión extraída fue que tanto la conciencia del sujeto como las sanciones pecuniarias tienen una eficacia intimidatoria muy baja, y que la única medida eficaz desde el punto de vista disuasorio es la certeza de persecución penal con condena a pena privativa de libertad de corta duración sin remisión condicional. También la inhabilitación para ejercer una actividad profesional económica o la clausura de la empresa —medidas particularmente severas— tienen un importante efecto disuasorio.

7. Sin embargo, la eficacia intimidatoria de las penas de multa en el delincuente económico ha sido defendida especialmente desde los postulados del análisis económico neoclásico³¹. Argumentos similares se esgrimen en favor de la multa administrativa³². Ahora bien, la eficacia preventiva de esta medida parece exigir una decisión de vulnerar la legalidad basada en un análisis racional de costes y beneficios. Sin embargo, los propios modelos económicos sobre el comportamiento criminal reflejan la relevancia que adquieren en la decisión de delinquir factores relacionados con la personalidad concreta y las relaciones personales del individuo. El carácter exclusivamente racional de la resolución infractora ha

³⁰ Vid. BRELAND, M.: *Lernen und Verlernen von Kriminalität*, Opladen, 1975

³¹ Vid. sobre la eficiencia en la aplicación de la pena de multa en Estados Unidos POLINSKY, A.M.: «Enforcement Costs and the Optimal Magnitude and Probability of Fines», *Journal of Law and Economics*, vol. XXXV (abril 1992), pp. 133-147 y WALDFOGEL, J.: «Are Fines and prison Terms Used Efficiently? Evidence on Federal Fraud Offenders», *Journal of Law and Economics*, vol. XXXVIII (abril 1995), pp. 107-138.

³² PALIERO, C.E.: «La sanción administrativa como medida moderna en la lucha contra la criminalidad económica», *op. cit.*, considera que la idoneidad de la sanción pecuniaria administrativa se debe a su «homogeneidad funcional» con el ilícito, del que actúa como contrainpulsio. Afecta directa o indirectamente al beneficio de la actividad. Esto es un elemento importante de prevención general y especial sobre todo en los comportamientos económicos donde se produce una actuación movida por la racionalidad del fin (p. 475). Además —afirma— la sanción administrativa frente a la penal no tiene un efecto estigmatizante, por lo que resulta adecuada en los casos en los que los comportamientos o los autores no son considerados como degradados desde el punto de vista ético-social. Por otra parte, presenta una efectividad optimizable porque los costos se pueden convertir en beneficios económicos y se pueden reducir los costos-eficiencia de los aparatos de control.

sido también puesto en tela de juicio por la psicología aplicada y especializada en los negocios³³. Por otra parte, los costes que implican las sanciones pecuniarias, sobre todo las satisfechas por empresas, pueden ser repercutidas sobre los consumidores de las mercancías y servicios ofertados por los infractores³⁴. En el caso de personas individuales, la multa no acompañada de otras medidas como la demolición de lo construido puede percibirse por el potencial infractor como «precio» exigido por las autoridades a cambio de tolerar el ilícito cometido.

- a) La intervención de entramados empresariales en las actividades ilícitas en el ámbito urbanístico es una constante en todos los casos analizados, factor éste que dificulta en gran medida su persecución. La disuasión de las conductas se ve obstaculizada

³³ En este sentido TIEDEMANN, K.: *Poder económico y delito*, *op. cit.*, p. 161.

³⁴ *Vid.* en este sentido ANIYAR DE CASTRO, L.: «Sistema penal y sistema social: la criminalización y la decriminalización como funciones de un mismo proceso», *CPC* n.º 14, 1981, p. 350; DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: «Las consecuencias jurídicas en el ámbito de la delincuencia económica», *AP* n.º 6 / 3-9 febrero 1997, p. 117. En opinión de TIEDEMANN, K.: *Poder económico y delito*, *op. cit.*, pp. 169 y 170, la repercusión de la multa en los consumidores sólo ocurre en algunos casos, puesto que normalmente los mercados no admiten incrementos arbitrarios de precios. A su juicio, el problema grave que plantea este tipo de sanción es que sea también la empresa la que pague las multas que hayan sido impuestas a sus administradores o empleados. Toda intervención legal —dice STIGLER, J.: «La aplicación óptima de las leyes», *ICE* sept. 1978— debe realizar una adecuada distribución o asignación de los costes, de manera que éstos sean soportados por aquéllos cuyas conductas regula o prohíbe. El autor ilustra esta afirmación con un ejemplo de un renombradísimo caso de abuso de información en el mercado de valores: ...«los costes que supone para la Texas Gulf Sulfur su defensa ante la Securities and Exchange Commission son costes sociales del proceso regulador. En este caso el reembolso se logra mediante su cargo a los consumidores y a los propietarios de recursos especializados de estas industrias: éstos soportan los costes privados del proceso regulador». Este mismo argumento puede ser aplicado a la multa. RUIZ VADILLO, E.: «Tratamiento de la delincuencia informática como una de las expresiones de la criminalidad económica», en *Nuevas formas de delincuencia*, *Poder Judicial*, número especial IX, 1988, p. 79 advierte del peligro que representa que las multas sean asumidas por la empresa o el empresario responsable de la infracción como «precio del fraude» que debe ser computado como una partida más en los gastos de explotación del negocio. Con todo, las anteriores no son las únicas críticas ni las más graves que pueden formularse en contra de las tesis en torno a la multa de los economistas de la Escuela de Chicago. Como con rotundidad se ha señalado, este planteamiento supone asumir un doble rasero penal: los delincuentes con capacidad económica para hacer frente a elevadas multas nunca serán encarcelados, los que no la tengan nunca podrán evitar la prisión y el efecto estigmatizador que la acompaña. Para el delincuente que comete delitos económicamente rentables, el sistema penal viene a convertirse en un agente al que paga un precio a cambio de una «licencia» para cometer una actividad ilegal. En este sentido MONTERO SOLER, A./TORRES LÓPEZ, J.: *La economía del delito y de las penas...*, *op. cit.*, p. 101.

además en algunos países europeos —como España e Italia— por la vigencia del principio *societas delinquere non potest*.

8. Los discursos políticos y mediáticos que aluden al carácter periférico de la delincuencia organizada respecto de los epicentros de decisión política y socio-económica pueden ser puestos en tela de juicio a la luz de los resultados obtenidos por el estudio. Entre los delincuentes organizados tradicionales y los empresarios y políticos que abusan sistemáticamente de sus posiciones a fin de obtener beneficios económicos personales sólo existe una delgada línea de separación.
9. La *Ley de probidad de la Administración Pública en el proceso de toma de decisiones (BIBOB)* de los Países Bajos es una buena muestra de la necesidad de ir más allá de la represión en la reducción de la criminalidad organizada. Dicha ley se orienta claramente hacia la prevención, siendo su finalidad evitar que la propia Administración Pública, al contratar u otorgar licencias y ayudas, favorezca sin tener conciencia de ello la realización de actividades delictivas.

VII. Recomendaciones formuladas («buenas prácticas»)

Como cierre de nuestra investigación, procedimos a formular una serie de recomendaciones («buenas prácticas») surgidas de los conocimientos y experiencias adquiridos durante el desarrollo de aquélla³⁵. Su implementación, a nuestro parecer, permitiría un desarrollo urbanístico sostenible y respetuoso de la más estricta legalidad democrática.

Para el *ámbito europeo*, nuestras recomendaciones son las siguientes:

1. Es preciso que la lucha contra la corrupción y la delincuencia organizada ocupen un lugar destacado en las agendas políticas de Italia y España.
2. En la represión de los delitos relacionados con la corrupción, así como en los delitos urbanísticos, es necesario ser conscientes de que los comportamientos a combatir son manifestaciones de la delincuencia económica en sentido amplio y como tales deben ser tratados por las instancias de control. En especial debe tenerse presente que estamos ante infractores con una alta sensibili-

³⁵ Vid. Díez Ripollés, J.L./GÓMEZ-CÉSPEDES, A./PRIETO DEL PINO, A.M./STANGELAND, P./VERA JURADO, D. J.: *Prácticas ilícitas en la actividad urbanística*, op. cit., pp. 245 y ss.

dad ante la sanción, de manera que es posible conseguir un notable incremento de la prevención con sanciones poco elevadas o con ligeros incrementos cuantitativos de éstas.

3. Asimismo, debe reconocerse que los discursos políticos y mediáticos que aluden al carácter periférico de la delincuencia organizada respecto de los núcleos de decisión política y socio-económica pueden ser puestos en tela de juicio a la luz de los resultados obtenidos en la investigación. Entre los delincuentes organizados tradicionales y los empresarios y políticos que abusan sistemáticamente de sus posiciones a fin de obtener beneficios económicos personales sólo existe una delgada línea de separación.
4. En la persecución de este tipo de delincuencia desempeña un papel trascendental la aplicación efectiva de las sanciones. Aspecto éste en el que los sistemas español e italiano deben corregir el claro déficit que presentan.
5. Urge reconsiderar la vigencia del principio *societas delinquere non potest* en los sistemas legales español e italiano. En ellos la siempre difícil lucha contra la delincuencia económica se ve además lastrada por la impunidad de la que gozan las personas jurídicas.
6. La prevención primaria de estas conductas tampoco debe ser olvidada. En los próximos años deberán seguirse de cerca los resultados obtenidos con la aplicación, en los Países Bajos, de la *Ley de probidad de la Administración Pública en el proceso de toma de decisiones (BIBOB)*, cuya finalidad no parece ser otra que el de evitar que la propia Administración Pública, al contratar u otorgar licencias y ayudas, favorezca sin tener conciencia de ello la realización de actividades delictivas.

Las que siguen fueron nuestras recomendaciones *para el ámbito español*:

Información y transparencia

1. Incrementar la disponibilidad e inteligibilidad de todos los documentos relacionados con el planeamiento urbanístico, entre otras formas, a través de los medios telemáticos disponibles.
2. Todas las iniciativas urbanísticas de solicitud de licencia y de modificación de elementos de planeamiento deben ser anunciadas en el lugar en el que se va a desarrollar la actuación.
3. Habría que arbitrar medidas para que los datos relativos a la situación patrimonial de los cargos municipales antes, durante y después de su gestión fuesen objeto de un efectivo seguimiento y control.

Participación

1. Los convenios urbanísticos deben ser aprobados por el pleno del Ayuntamiento.

Intereses generales

1. A fin de aliviar las crecientes necesidades de financiación de los municipios y su excesiva dependencia de la actividad urbanística podrían adoptarse las siguientes medidas: (a) La implementación de buenas técnicas de cooperación y coordinación entre las diferentes administraciones públicas. (b) La eliminación de intermediarios en transacciones inmobiliarias a través de la integración de esos profesionales en la Administración, lo que permitiría una reducción de los elevados gastos que comportan dichas operaciones en la actualidad y, al mismo tiempo, incrementará los ingresos de las arcas municipales. (c) El otorgamiento de suficiente financiación pública a los municipios debiéndose tener presente la existencia de municipios con gran población transeunte, es decir, su condición de «municipios turísticos».
2. En aras de un desarrollo sostenible de los municipios de la Costa del Sol se recomienda la ejecución de la Ley de Ordenación del Territorio de Andalucía y el consiguiente desarrollo de los restantes instrumentos de planificación territorial.

Intereses de los directamente afectados

1. A fin de remediar la situación de indefensión de los ciudadanos directamente afectados por actuaciones urbanísticas irregulares, deberían crearse oficinas en las que se preste orientación legal y asistencia institucional a dichas personas.

Inclusión

1. Es preciso velar por el efectivo cumplimiento de la previsión que establece la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA) en relación con la reserva de suelo destinado a la construcción de viviendas de protección oficial u otros regímenes de protección pública.

Legalidad

1. El control urbanístico que tienen encomendado los colegios profesionales mediante la expedición de visados, y que en otros países de nuestro entorno realiza directamente la administración pública activa, debería mejorar notablemente su eficacia.

2. Deben controlarse de manera efectiva los convenios urbanísticos y las modificaciones del planeamiento.
3. Se ha de reforzar la verificación del ajuste entre lo autorizado por la licencia y lo efectivamente construido. A tal fin, es preciso dotar de mayores recursos humanos y materiales a los cuerpos inspectores de los municipios. Asimismo sería conveniente la creación y eficaz funcionamiento de algún mecanismo de control urbanístico supramunicipal.
4. La demolición debe aplicarse en los casos legalmente previstos.
5. Las multas deben ser suficientemente disuasorias, tal como prevé la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA).
6. Con fines de prevenir el arraigo de grupos de delincuencia organizada en la Costa del Sol, es preciso una mejor coordinación de datos sobre extranjeros, transeúntes o residentes, entre los diversos cuerpos policiales y el padrón municipal. Debería igualmente mejorarse la transferencia de información entre los distintos organismos policiales y fiscales competentes respecto a actividades empresariales, transferencias bancarias y transacciones inmobiliarias. Se echa igualmente en falta un mayor control de las obligaciones impositivas indirectas en el ámbito de la actividad urbanística.
7. Una persecución eficaz de los delitos relacionados con la corrupción de las administraciones públicas exigiría la adopción de las siguientes medidas: (a) Su investigación con independencia del monto económico al que asciendan los perjuicios irrogados o beneficios obtenidos. (b) Los referidos delitos deben figurar en el elenco de actividades de delincuencia organizada recogido en la ley de enjuiciamiento criminal cuya investigación permite la intervención de agentes encubiertos. (c) No sujeción de la Fiscalía Anticorrupción a los condicionantes del art. 5 del Estatuto de Ministerio Fiscal tras la reforma operada en 2003³⁶ (d) Deberían introducirse en el CP figuras premiales de aplicación factible y arbitrar medidas eficaces de protección de las personas que colaboren con la justicia. (e) Resulta necesario realizar investigaciones más rigurosas de los entramados empresariales así como una aplicación efectiva de las consecuencias accesorias previstas en el CP para las personas jurídicas; al mismo tiempo, se hace preciso un replanteamiento serio en torno a la exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas.

³⁶ Vid. a este respecto *supra* apartado 5. 6) e) i).

Rendición de cuentas

1. Sería conveniente que los poderes públicos fomentasen la conciencia de lo público y de la responsabilidad ciudadana de cara a la exigencia de rendición de cuentas.
2. Deberían preverse rendiciones de cuentas taxativas y preceptivas, al menos, en relación con los siguientes aspectos: (a) Modificación del planeamiento así como enajenaciones de patrimonio público. (b) Explicación del balance costes-beneficios en los convenios urbanísticos. (c) Decisiones políticas que implican cambios de destino del suelo que conducen a la postergación de la construcción de viviendas de protección oficial. (d) Beneficios que reporta al municipio el desarrollo de un turismo residencial frente a otras opciones (hoteleras...) que favorecen la creación de puestos de trabajo.

Bibliografía

- ANIYAR DE CASTRO, L.: «Sistema penal y sistema social: la criminalización y la decriminalización como funciones de un mismo proceso», *CPC* n.º 14, 1981.
- BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Derecho Penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Civitas, Madrid, 1978.
- BAJO FERNÁNDEZ, M.: «La delincuencia económica. Un enfoque criminológico y político criminal», en *CPC* n.º 5, 1977.
- BAJO FERNÁNDEZ, M.: «Presunción de inocencia, presunción legal y presunción judicial o prueba de indicios», *La Ley*, 1-1991, pp. 974 y ss.
- BANACLOCHE PALAO, J.: «La instrucción en manos del Fiscal: un grave riesgo», *Papeles Faes* 28-3-2007 n.º 41.
- BEARE, M.E.: «Corruption and organized crime: Lessons from history», en *Crime, Law and Social Change*, vol. 28, 1997, págs 155-172.
- BRELAND, M.: *Lernen und Verlernen von Kriminalität*, Opladen, 1975.
- BREWER, J. D.: *Ethnography*, Open University Press, Buckingham, 2000.
- CLIMENT DURÁN, C.: *La prueba penal (doctrina y jurisprudencia)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- CROAL, H.: «Business, Crime and the Community», *International Journal of Risk, Security and Crime Prevention*, vol. 3 núm. 4, oct. 1998.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: «Las consecuencias jurídicas en el ámbito de la delincuencia económica», *AP* n.º 6 / 3-9 febrero 1997.
- DELLA PORTA, D./ VANUCCI, A.: *Corrupt Exchanges: Actors, Resources and Mechanisms of Political Corruption*, Aldine de Gruyter, New York, 1999.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L./ GÓMEZ-CÉSPEDES, A/ PRIETO DEL PINO, A.M./ STANGELAND, P./ VERA JURADO, D.J.: «Urbanismo, corrupción y delincuencia organizada: Conclusiones y recomendaciones», *Boletín Criminológico* n.º 66, julio-agosto 2003.

- DIEZ RIPOLLÉS, J.L./GÓMEZ-CÉSPEDES, A./PRIETO DEL PINO, A.M./STANGELAND, P./VERA JURADO, D. J.: *Prácticas ilícitas en la actividad urbanística. Un estudio de la Costa del Sol*, Tirant lo Blanch, 2004.
- FERNÁNDEZ ALBOR, A./MARTÍNEZ PÉREZ, C.: *Delincuencia y economía*, Santiago de Compostela, 1983.
- GARCÍA ESPAÑA, E.: *El premio a la colaboración con la justicia. Especial consideración a la corrupción administrativa*, Ed. Comares, Granada, 2006.
- GÓMEZ-CÉSPEDES, A./PRIETO DEL PINO, A.M./STANGELAND, P.: «Urbanismo, corrupción y delincuencia organizada: Un proyecto en la Costa del Sol», *Boletín Criminológico* n.º 65, mayo-junio 2003.
- JIMÉNEZ VILLAREJO, C.: «La neutralización del ministerio Fiscal», *Diario El País* de 26 de abril de 2003.
- KAUFFMANN, D., KRAAY, A. & ZOIDO-LOBATÓN, P.: «Governance Matters: From Measurement to Action», *Finance & Development*, vol. 37 n.º 2, junio 2000.
- MONTERO SOLER, A./TORRES LÓPEZ, J.: *La economía del delito y de las penas. Un análisis crítico*, ed. Comares, Granada, 1998.
- MUÑOZ SABATÉ, L.: *Técnica probatoria. Estudio sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, 4.ª ed. Corregida y aumentada, Praxis, Barcelona, 1993.
- PALIERO, C.E.: «La sanción administrativa como medida moderna en la lucha contra la criminalidad económica», en *Hacia un Derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995.
- POLINSKY, A.M.: «Enforcement Costs and the Optimal Magnitude and Probability of Fines», en *Journal of Law and Economics*, vol. XXXV, abril 1992.
- PRIETO DEL PINO, A.M.: *El Derecho Penal ante el uso de información privilegiada en el Mercado de Valores*, Thomson-Aranzadi., Pamplona, 2004.
- PRIETO DEL PINO, A. M.: «Uso de información privilegiada en el mercado de valores», *La armonización del Derecho Penal español: una evaluación legislativa*, *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, suplemento al n.º 215, 2006, pp. 168 y ss.
- RUIZ VADILLO, E.: «Tratamiento de la delincuencia informática como una de las expresiones de la criminalidad económica», en *Nuevas formas de delincuencia, Poder Judicial*, número especial IX, 1988.
- SMAUS, G.: «A Preliminary Research on the Social Evaluation of crime», en *Sociologia del diritto* 1975/2.
- STIGLER, G. J.: «La aplicación óptima de las leyes», ICE sept. 1978. SUTHERLAND, E.H.: *Il Crimine dei Colletti bianchi* (traducción del texto íntegro original de 1949), Milano, 1987.
- TIEDEMANN, K.: *Poder económico y delito*, ed. Ariel, Barcelona, 1985.
- TIEDEMANN, K.: *Lecciones de Derecho penal económico, (Comunitario, español, alemán)*, PPU, Barcelona, 1993.
- VERCHER NOGUERA, A.: «Reflexiones sobre corrupción y urbanismo», en FERRÉ OLIVÉ, J.C. et al.: *Fraude y corrupción en la Administración Pública*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2003.
- WALDFOGEL, J.: «Are Fines and prison Terms Used Efficiently? Evidence on Federal Fraud Offenders», *Journal of Law and Economics*, vol. XXXVIII (abril 1995), pp. 107-138.

Aplicación del delito de cohecho en asuntos relacionados con la corrupción urbanística

Inés Olaizola Nogales

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad Pública de Navarra¹

I. Aproximación al concepto de corrupción en general y al de corrupción urbanística en particular

Parto en esta ponencia de un concepto de corrupción general aceptado, con más o menos matices, por la mayoría de la doctrina: todo uso indebido (abuso) de una posición oficial pública (de cargos y de recursos públicos) para fines y ventajas privados². Se puede afirmar que la corrupción es el uso incorrecto del poder público para obtener beneficios privados.

Se hablará de corrupción urbanística cuando ese abuso o mal uso del poder público se produce en el ámbito de las actividades urbanísticas.

Hay dos notas que justifican el estudio específico de la corrupción urbanística separado del estudio de la corrupción en otros ámbitos.

En primer lugar, la extensión del fenómeno³. Las irregularidades en el ámbito urbanístico, a veces acompañadas de corrupción y otras veces no,

¹ El presente trabajo se enmarca en el contexto del Proyecto de Investigación SEJ 2007/60312-JURI, subvencionado por el MEC y fondos FEDER, dirigido por el Prof. Dr. D. Miguel Díaz y García Conlledo, de cuyo equipo investigador formo parte. También se beneficia indirectamente del Proyecto de Investigación subvencionado por el Gobierno de Navarra, sobre el Tratamiento Penal de los Menores Delincuentes, del que soy investigadora principal.

² TORTOSA, *Corrupción*, 1995, 18; CACIAGLI, *Clientelismo*, 1996, 54; ÁLVAREZ, en: LAPORTA/ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política*, 1997, 93; LÓPEZ CALERA, en LAPORTA/ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política*, 1997, 120; FABIÁN CAPARRÓS, en: FABIÁN (coord.), *La corrupción*, 17; GONZÁLEZ, *Corrupción*, 2000, 97; LASCOUMES, *Corrupciones*, 2000, 37; ROSE-ACKERMAN, *La corrupción*, 2001, 125; NIETO, *Balada*, 2002, 125; *El desgobierno de lo público*, 2008, 155.

³ Según el Informe de Transparency Internacional de España 2006 en términos globales, el ámbito donde la corrupción es más elevada en España es el del nivel local de gobierno en asuntos relacionados con el urbanismo.

o al menos no demostrada, es un problema muy extendido que preocupa enormemente a los estudiosos del tema⁴. No hay más que echar un vistazo a nuestras ciudades y pueblos para comprobar que el crecimiento de los mismos no obedece en muchos casos a un planeamiento ordenado. Ello se debe, en mi opinión, a determinadas causas, formas de actuación o incluso deficiencias legales que son específicas de la actividad urbanística. Dichas causas serán objeto de análisis en el siguiente epígrafe.

En segundo lugar, la reacción social. A diferencia de otros casos de corrupción que provocan un importante rechazo social, éste no se produce, al menos de forma tan clara, en el ámbito urbanístico. Todos podemos recordar los sucesivos escándalos que se produjeron en España en los años 90 bajo el gobierno del PSOE. Dichos acontecimientos provocaron la caída de dicho partido del gobierno y el rechazo generalizado de la sociedad que observaba con estupor cómo se sucedían en distintos ámbitos los casos de corrupción. Sin embargo, en el ámbito municipal (principal foro de las competencias urbanísticas) vemos como políticos procesados, incluso condenados, vuelven a ganar las elecciones, incluso con mayoría absoluta —se puede poner como ejemplo el del partido del GIL en Marbella, pero no es el único—. Probablemente ello se deba, entre otras razones, al discurso engañoso de estos políticos que enmascaran las actividades ilícitas urbanísticas bajo la excusa de un supuesto crecimiento de la economía. Así, es habitual oír a algunos políticos que determinadas recalificaciones de terrenos o edificaciones sirven para activar la economía de la ciudad o del pueblo porque generan puestos de trabajo, atraen al turismo, se fomenta la construcción de viviendas, etc. Los ciudadanos notan a corto plazo que la economía se reactiva, sin pararse a pensar que un crecimiento que no se fundamente en un desarrollo sostenible generará a medio y largo plazo destrozos irreversibles y graves, así como un progresivo desabastecimiento de servicios mínimos e imprescindibles, por ejemplo de agua, por no mencionar, como se verá más adelante, un incremento significativo del coste de la vivienda⁵.

En los siguientes epígrafes estudiaré las principales actividades ilícitas y las causas por las que se producen dichas prácticas. Ello permitirá mostrar un panorama general de cuál es la situación urbanística en nuestro país. A partir de ahí, aunque se mencionarán distintas soluciones del problema, el estudio se centrará básicamente en analizar la posible aplicación del delito de cohecho a diferentes supuestos.

⁴ DIEZ RIPOLLÉS/PRIETO DEL PINO/GÓMEZ-CÉSPEDES/STANGELAND/VERA JURADO, *Prácticas ilícitas en la actividad urbanística*, 2004; URQUIZA, *Corrupción municipal*, 2005; FUNDACIÓN ALTERNATIVAS, *Urbanismo y democracia*, 2007.

⁵ NIETO, *El desgobierno de lo público*, 2008, 32.

II. Principales prácticas ilícitas urbanísticas y sus causas

1. Prácticas ilícitas urbanísticas más frecuentes

En el informe realizado por la Fundación Alternativas se hace una enumeración exhaustiva de las irregularidades más habituales en el ámbito urbanístico⁶. Las más importantes son:

- a) La clasificación o reclasificación de suelos no urbanizables que, por sus características naturales deberían ser clasificados o mantener su clasificación como no urbanizables. Los problemas surgen cuando el planificador no pondera adecuadamente las circunstancias naturales del terreno clasificando como urbanizables espacios con valores ambientales evidentes, y las anomalías son aún más evidentes cuando habiéndose valorado adecuadamente la naturaleza de unos terrenos, se decide de forma sobrevenida modificar dicha decisión, reclasificando los terrenos para otorgarles una categoría distinta, susceptible de transformación urbanística. La incorrecta clasificación del suelo quiebra las bases de un modelo urbanístico sostenible. Estas prácticas provocan daños ambientales irreparables, pues una vez iniciada la transformación del suelo, en muchos casos es imposible la restauración del espacio. Se produce también un incremento del valor del suelo, puesto que ante las expectativas de que un suelo rústico pueda ser clasificado como urbanizable, se compran muchos terrenos cuyo valor sube sin ninguna actividad urbanística por la mera expectativa de su urbanización⁷.
- b) La realización de usos prohibidos en suelo no urbanizable (edificaciones, parcelaciones, etc.) bien con la autorización de la Administración municipal o bien aprovechando la falta de diligencia municipal en el control de las ilegalidades urbanísticas. El incumplimiento más generalizado son las construcciones de viviendas unifamiliares aisladas y la realización de parcelaciones urbanísticas. De esta manera, se consolidan núcleos de población aislados de las redes de servicio y suministro, mal comunicados y sin infraestructuras. Estas prácticas son el detonante de un modelo expansivo e insostenible

⁶ FUNDACIÓN ALTERNATIVAS, *Urbanismo y democracia*, 2007, 44 ss. También, Díez Ripollés/Prieto del Pino/Gómez-Céspedes/Stangeland/Vera Jurado, *Prácticas ilícitas en la actividad urbanística*, 2004, 121 ss.; Urquiza, *La corrupción municipal*, 2005, 130 ss.

⁷ FUNDACIÓN ALTERNATIVAS, *Urbanismo y democracia*, 2007, 45. También, Díez Ripollés/Prieto del Pino/Gómez-Céspedes/STANGELAND/VERA JURADO, *Prácticas ilícitas en la actividad urbanística*, 2007, 136 ss.

que consume muchos recursos naturales (suelo, agua) a un coste muy superior al de modelo de ciudad compacta⁸.

- c) La clasificación como suelos urbanos de terrenos que legalmente no pueden ser considerados como tales. La clasificación del suelo como urbano es reglada. Tradicionalmente se han distinguido dos criterios cuya convergencia impone esta clasificación: consolidación de la urbanización y consolidación de la edificación. Por lo que se refiere al criterio de la urbanización, es preciso que los terrenos cuenten con los servicios de abastecimiento y evacuación de aguas, suministro de energía eléctrica y acceso rodado. Se exige, además el criterio adicional de «inserción en la malla urbana» de los terrenos, es decir, que exista una urbanización básica constituida por una vías perimetrales y unas redes de suministro de agua y energía eléctrica y de saneamiento de las que puedan servirse los terrenos, y que éstos, por su situación, no estén desligados completamente del entramado urbanístico ya existente. En relación con el criterio de la consolidación de la edificación, el principio general y tradicional ha sido que la edificación ocupe, al menos dos terceras partes de su superficie. Como efecto más importante de estas prácticas se produce el de la aparición de urbanizaciones inadecuadas para prestar servicios a la zona urbana. Insuficiencias que *a posteriori* debe asumir el ayuntamiento soportando el coste de la urbanización. Se generan, además, zonas urbanas infradotadas⁹.
- d) Las modificaciones del planeamiento para introducir proyectos no previstos en origen. Esta práctica absolutamente legítima se torna sospechosa cuando se utiliza la modificación puntual de forma constante, hasta el punto de que el modelo urbanístico originalmente diseñado se distorsiona por completo, dando lugar a un nuevo y distinto plan. En muchos municipios españoles pueden contabilizarse docenas y docenas de modificaciones puntuales. En muchos casos la justificación de estas prácticas se encuentra en la necesidad de introducir en el planeamiento las previsiones de convenios urbanísticos. En otros casos las modificaciones pretenden introducir cambios cualificados que son disimulados para evitar los requisitos específicos que las leyes urbanísticas suelen exigir. El resultado final es la realización de sucesivas alteraciones

⁸ FUNDACIÓN ALTERNATIVAS, *Urbanismo y democracia*, 2007, 49.

⁹ FUNDACIÓN ALTERNATIVAS, *Urbanismo y democracia*, 2007, 51 s.; También, Díez RIPOLLÉS/PRIETO DEL PINO/GÓMEZ-CÉSPEDES/STANGELAND/VERA JURADO, *Prácticas ilícitas en la actividad urbanística*, 2004, 169 ss.; URQUIZA, *Corrupción municipal*, 2005, 131.

que producen una auténtica revisión del planeamiento sin las garantías y la coherencia que ésta exige. El recurso a la modificación sucesiva, por ejemplo, se pone en marcha cuando ha expirado el plazo fijado por el planeamiento general para considerar agotadas sus determinaciones y acudir necesariamente a su revisión. Otras veces estas modificaciones se autorizan inmediatamente después de aprobar un nuevo plan, incorporando convenios negociados durante la tramitación, lo que pone de relieve la falta de coherencia y de previsión del planificador, por no referirse a los intereses ocultos que estas prácticas pueden esconder. Finalmente, en algunas ocasiones, estas modificaciones tienen como finalidad impedir la ejecución de sentencias firmes que declaran la ilegalidad de una actuación urbanística no recogida previamente en el plan y que de forma sobrevenida quedarían legalizadas o también, a través de la modificación del planeamiento, se trata de evitar la declaración judicial de una licencia como nula. Es importante resaltar, además, que la modificación, al contrario que la revisión del Plan General, suele eximirse de la fase previa de avance e información pública¹⁰.

- e) La vulneración del procedimiento administrativo de tramitación y aprobación de planes urbanísticos. El procedimiento administrativo es un instrumento para la transparencia y la legalidad de los actos jurídicos aprobados conforme a los trámites legalmente establecidos. Sin embargo, la omisión o la práctica incorrecta de ciertos trámites preceptivos en los procedimientos de tramitación y aprobación de los planes urbanísticos sirven en bastantes casos para soslayar el cumplimiento de la ley y ocultar actuaciones irregulares. Así, por ejemplo, se producen suspensiones irregulares del otorgamiento de licencias, no se solicitan informes obligatorios, no se asumen las determinaciones de algunos informes cuando éstos no son vinculantes, introducción de modificaciones sustanciales no sometidas a información pública, etc.¹¹.
- f) Los planes urbanísticos o sus modificaciones son aprobados sin cumplir los estándares urbanísticos previstos en las leyes. Los estándares urbanísticos pueden definirse como los criterios materiales de ordenación que los planes urbanísticos están obligados a respetar en todo caso, a partir de los cuales la ley asegura un

¹⁰ FUNDACIÓN ALTERNATIVAS, *Urbanismo y democracia*, 2007, 55 s.; También, DIEZ RIPOLLÉS/PRIETO DEL PINO/GÓMEZ-CÉSPEDES/STANGELAND/VERA JURADO, *Prácticas ilícitas en la actividad urbanística*, 2004, 129 ss.

¹¹ FUNDACIÓN ALTERNATIVAS, *Urbanismo y democracia*, 2007, 58 ss.

mínimo inderogables de calidad de vida en espacio urbano. Sin perjuicio de los matices de cada ley autonómica, puede decirse que estos estándares imponen la obligación de prever un número de metros cuadrados de suelo destinado al uso y servicio público por metro cuadrado construido de usos residenciales, terciarios o industriales, o bien un número mínimo de plazas de aparcamiento por metro cuadrado edificado, o bien un número máximo de viviendas por hectárea¹².

- g) Se efectúan actuaciones urbanísticas en suelo urbano consolidado y en suelo urbanizable sin el correspondiente proyecto de reparcelación y, por tanto, sin las correspondientes cesiones urbanísticas. El planeamiento es un dibujo muerto si no se ejecuta a través de los instrumentos de gestión urbanística. Y el instrumento más relevante es el proyecto de reparcelación, que fija, de forma definitiva, las parcelas sobre las que se puede construir y localiza la ubicación de aquéllas en las que han de ubicarse las dotaciones públicas, que tienen que ser cedidas obligatoria y gratuitamente a la Administración local. La falta de proyecto de reparcelación se suele suplir, en el mejor de los casos, por cesiones unilaterales del promotor que no alcanzan las cesiones dotacionales exigidas¹³.
- h) Se otorgan licencias urbanísticas con anterioridad a que el proyecto de reparcelación se encuentre aprobado definitivamente. Es frecuente que con anterioridad a la aprobación del proyecto de reparcelación se otorguen licencias para la construcción de las edificaciones previstas en el planeamiento urbanístico. Esta práctica rompe de forma evidente el proceso lógico de la ejecución del planeamiento, que pasa, en primer lugar, por la equidistribución de beneficios y de cargas derivados del mismo a través del proyecto de reparcelación para pasar, sólo después, a su urbanización y terminar con la edificación de las parcelas resultantes, previo otorgamiento de la preceptiva licencia. El otorgamiento de licencias antes de la aprobación definitiva del proyecto de reparcelación corrompe la dinámica de equidistribución y la condiciona¹⁴.
- i) Los ingresos derivados de la enajenación de bienes integrantes del patrimonio municipal del suelo deberían dedicarse a la con-

¹² FUNDACIÓN ALTERNATIVAS, *Urbanismo y democracia*, 2007, 62 s.; También, DIEZ RIPOLLÉS/PRIETO DEL PINO/GÓMEZ-CÉSPEDES/STANGELAND/VERA JURADO, *Prácticas ilícitas en la actividad urbanística*, 2004, 161 ss.

¹³ FUNDACIÓN ALTERNATIVAS, *Urbanismo y democracia*, 2007, 65 s.

¹⁴ FUNDACIÓN ALTERNATIVAS, *Urbanismo y democracia*, 2007, 71. También, URQUIZA, *Corrupción municipal*, 2005, 134 ss.

servación y ampliación del citado patrimonio; sin embargo, se emplean, en muchas ocasiones, para financiar gastos ordinarios municipales. Los bienes que se integran en el patrimonio municipal del suelo, por mandato legal, pueden ser enajenados, pero el nuevo producto de las enajenaciones debe ingresar, de nuevo, en el citado patrimonio, habida cuenta su carácter de patrimonio separado, con el objeto de mantener y ampliar el patrimonio municipal del suelo. Sin embargo, resulta habitual que los ingresos procedentes de la enajenación de este patrimonio se dediquen a otros fines del presupuesto municipal. Este incumplimiento provoca la esquilma del patrimonio municipal del suelo. Por otro lado, los bienes integrantes del patrimonio municipal del suelo no se destinan a los fines legales previstos: vivienda con protección pública u otros fines de interés social¹⁵.

- j) El recurso constante y excesivo a convenios urbanísticos se está convirtiendo en un mecanismo que, lejos de flexibilizar la rigidez del planeamiento, sirve de base directa para actuaciones que posteriormente ni siquiera se recogen en el planeamiento o para acuerdos de reclasificación o recalificación de suelos que luego son legalizados mediante su incorporación en el planeamiento a través de la correspondiente modificación. El contenido de los convenios se rige por el principio de libertad de pacto y pueden tener un contenido muy amplio. En la práctica los convenios son formulados, en muchos casos, como instrumentos preparatorios de la modificación del plan con la finalidad de alterar la clasificación urbanística de los terrenos de un sujeto, aunque también pueden encontrarse convenios destinados a prever incrementos de edificabilidades, eliminación subrepticia de reservas destinadas a vivienda protegida, eliminación de cesiones, etc. En el peor de los casos, llegan incluso a suplantar la planificación urbanística, pues el convenio legitima directamente actuaciones urbanísticas no previstas *a posteriori* en el plan mediante la correspondiente modificación, otorgándose incluso licencias con único apoyo en convenios urbanísticos. En otros supuestos los convenios operan como base preparatoria para la modificación del planeamiento. Con ellos se consigue legalizar un proyecto no previsto inicialmente. Los convenios son utilizados por los ayuntamientos como instrumento para exigir e incrementar los deberes legales de los

¹⁵ FUNDACIÓN ALTERNATIVAS, *Urbanismo y democracia*, 2007, 81 ss. También URQUIZA, *Corrupción municipal*, 2005, 89.

promotores, así como para recurrir constantemente a la sustitución de cesiones de aprovechamiento por su equivalente en metálico, sin que después esas cantidades tengan el destino jurídico que les corresponde en el patrimonio municipal del suelo. Los efectos de esta práctica son especialmente perversos. Supone el deslabazamiento de la ordenación urbanística en una suma de convenios y sucesivas modificaciones que suplantando auténticas revisiones del planeamiento general; implica también el incumplimiento de los deberes urbanísticos a cambio de contraprestaciones en muchos casos muy onerosas, pero que no repercuten en un modelo urbanístico ordenado y sostenible; lleva a reclasificaciones de suelos no urbanizables con la consiguiente pérdida de espacios con valores paisajísticos, agrícolas, o bien de espacios libres, zonas verdes o equipamientos, que son los que generan calidad de vida. Por último, la exigencia de mayores cesiones urbanísticas que las previstas legalmente, así como otras contraprestaciones, contribuyen al incremento del valor del producto final, la vivienda, pues el promotor repercute el sobrecoste de estas contraprestaciones en el comprador¹⁶.

- k) Es relativamente frecuente que los planes urbanísticos desconozcan la legislación y la planificación ambiental. Las limitaciones y prohibiciones que esta normativa impone al planificador urbanístico son saltadas y vulneradas generando importantes daños ambientales¹⁷.

Ante este panorama de prácticas irregulares o ilícitas debemos preguntarnos por sus causas. No se trata de actuaciones esporádicas o puntuales, sino que están bastante extendidas, por lo que creo que se pueden señalar algunos motivos generales que las favorecen o las facilitan.

2. Causas de las prácticas ilícitas urbanísticas

a) AUSENCIA DE CONTROLES EXTERNOS E INTERNOS SOBRE LA ACTIVIDAD URBANÍSTICA

Debe tenerse en cuenta que en las actividades urbanísticas se produce una importante conexión entre la política y la economía. Ello conlleva

¹⁶ FUNDACIÓN ALTERNATIVAS, *Urbanismo y democracia*, 2007, 85 s. También, NIETO, *Balada*, 2002, 131 ss.; DIEZ RIPOLLÉS/PRIETO DEL PINO/GÓMEZ-CÉSPEDES/STANGELAND/VERA JURADO, *Prácticas ilícitas en la actividad urbanística*, 2004, 129 ss.

¹⁷ FUNDACIÓN ALTERNATIVAS, *Urbanismo y democracia*, 2007, 88 s. También, DIEZ RIPOLLÉS/PRIETO DEL PINO/GÓMEZ-CÉSPEDES/STANGELAND/VERA JURADO, *Prácticas ilícitas en la actividad urbanística*, 2004, 85 ss.

la necesidad de que los controles tanto internos como externos sobre las decisiones tomadas por la Administración funcionen. La realidad, sin embargo, indica que dichos controles no se producen, o se producen de manera insuficiente.

Por lo que concierne a los controles internos, en el ámbito municipal —principal tenedor de las competencias urbanísticas— éstos se han debilitado, al ir perdiendo espacio y competencias profesionales los denominados funcionarios con habilitación de carácter nacional en las Entidades Locales¹⁸. El Secretario del Ayuntamiento como el Interventor Municipal, funcionarios ambos de habilitación nacional ejercían respectivamente la supervisión de legalidad de los actos y acuerdos municipales y de control de gasto (en los municipios pequeños ambas funciones confluyen en la misma persona). Ha desaparecido de la legislación local el tradicional deber de advertencia de ilegalidad, que hacía responsable al Secretario de los acuerdos de los Ayuntamientos, en el caso de que no hubiera advertido de las manifiestas infracciones legales en que pudieran incurrir los mismos. Por ello, en este momento, se producen numerosas ilegalidades en expedientes administrativos sobre distintas materias, sin que el Secretario del Ayuntamiento haya tenido oportunidad de intervenir para poner reparos a las mismas. Además hay que añadir el dato de que el puesto de Secretario del Ayuntamiento puede ser cubierto hoy por el sistema de libre designación, por lo que este filtro interno es poco operativo en orden a impedir los actos y acuerdos ilegales¹⁹. Por lo que se refiere al control interno del gasto, el gran fallo del sistema consiste en que la nota de reparo de la intervención crítica o fiscalización

¹⁸ Los secretarios, interventores y depositarios eran «cuerpos nacionales» de funcionarios —mecanismo desarrollado durante la presidencia de Calvo Sotelo— y tenían asegurada su independencia al no depender ni su nombramiento ni su sueldo de la corporación vigilada sino del Estado. V. NIETO, *El desgobierno de lo público*, 2008, 291.

¹⁹ La Ley 10/1993 permite que los funcionarios llamados a ejercer el control jurídico y financiero de las Administraciones Locales sean libremente designados por aquellos a quienes tienen que controlar. El enorme número de cargos de confianza es considerado por la mayoría de los estudiosos de esta materia como un problema, puesto que impide que se realice un auténtico control interno de las políticas de la Administración. Así, SANCHEZ MORÓN, en: LAPORTA/ÁLVAREZ, (eds.), *La corrupción política*, 1997, 196, quien considera que el incremento considerable de puestos de confianza o de libre designación para sujetos afines o leales implica una importante «apropiación» de la Administración por los partidos políticos; URQUIZA, *Corrupción municipal*, 2005, 95; NIETO, *El desgobierno de lo público*, 2008, 291 afirma: «Los funcionarios están siendo sustituidos progresivamente por laborales y, lo que es más importante, todos los cargos de importancia están ocupados por individuos de confianza política, con lo que se garantiza su fidelidad servil, aunque sea a costa de su capacidad técnica. Las consecuencias saltan a la vista: el personal ejecuta las órdenes sin discutir su legalidad ni criticar su eficacia».

previa, o sea, la que se realiza sobre todo acto, documento o expediente susceptible de producir derechos u obligaciones de contenido económico, no suspende la tramitación del expediente²⁰.

Tampoco es mucho más eficaz el control externo de la actividad urbanística municipal. Por una parte las Administraciones superiores ejercen muy poco control sobre la actividad de las Entidades locales. Según SÁNCHEZ MORÓN, ello se debe a un mal entendimiento del concepto de la autonomía local que ha reducido a la nada ese tipo de controles. Según este autor, la presión llevada a cabo por las asociaciones de municipios en contra de todo tipo de control ha sido decisiva, puesto que no en vano los electos locales constituyen una parte relevante de las bases de los grandes partidos²¹. Sea cual sea la razón, lo cierto es que la realidad indica que ante los desmanes de algunos ayuntamientos el resto de las Administraciones públicas han mirado hacia otro lado. Así, son pocas las actuaciones acometidas por las Comunidades Autónomas o por el propio Estado impugnando, por ejemplo, licencias urbanísticas que se consideraban ilegales²².

Otros controles externos como el ejercido por el Tribunal de Cuentas o por los tribunales ordinarios tampoco son mucho más eficaces.

El Tribunal de Cuentas es, por disposición del art. 136 de la Constitución, el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del sector público²³. El Tribunal de Cuentas ha puesto de manifiesto en reiteradas ocasiones, a través de informes, que las cuentas públicas adolecen en muchos casos de falta de claridad, y que no todas las instituciones, especialmente las de ámbito local, las remiten a su debido tiempo para su examen. También ha denunciado el citado Tribunal que de forma constante se cometen infracciones, abusos o prácticas irregulares en la inversión o aplicación de fondos públicos. Dichos informes concluyen con recomendaciones que son

²⁰ SÁNCHEZ MORÓN, en: LAPORTA/ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política*, 1997, 196 ss.; URQUIZA, *La corrupción municipal*, 2005, 95 ss.; FUNDACIÓN ALTERNATIVAS, *Urbanismo y democracia*, 2007, 18; NIETO, *El desgobierno de lo público*, 2008, 290 ss.

²¹ SÁNCHEZ MORÓN, en: LAPORTA/ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política*, 1997, 200; NIETO, *El desgobierno de lo público*, 2008, 290.

²² Así se pone de manifiesto también en el informe de FUNDACIÓN ALTERNATIVAS, *Urbanismo y democracia*, 2007, 18, donde se pone el caso de Marbella como ejemplo de inactividad de las Administraciones Públicas, no sólo por el evidente retraso en la adopción de medidas por parte de la Junta de Andalucía, sino también de la adopción de caminos jurídicos intermedios y no directos para evitar la corrupción urbanística, por ejemplo, solicitando al Ayuntamiento de Marbella la revisión de oficio de las licencias.

²³ Ello sin perjuicio de los órganos fiscalizadores de cuentas que puedan prever los Estatutos de las Comunidades Autónomas.

desatendidas sistemáticamente año tras año. La labor del Tribunal de Cuentas tiene una relevancia escasa porque carece de consecuencias prácticas. Debe tenerse en cuenta que los informes no llevan aparejadas consecuencias personales, los supuestos de alcance de caudales públicos suelen tener su traducción penal, ni tampoco comportan consecuencias políticas²⁴.

Como último control se puede mencionar el realizado por los tribunales ordinarios. La intervención de los tribunales ordinarios es lenta y costosa. Por un lado, los tribunales contencioso-administrativos no ejercen un auténtico control de la actividad urbanística. En primer lugar, porque muchos actos en los que confluyen intereses públicos y privados son en apariencia actos plenamente conformes a la legalidad; en otras ocasiones las actuaciones irregulares producen beneficios espurios para alguien pero no producen un perjuicio directo a nadie en particular, por lo que se quedan sin recurrir; tampoco se recurren en muchas ocasiones actuaciones que sí producen perjuicios directos a personas o empresas determinadas, por temor a represalias futuras²⁵. Por otro lado, los tribunales penales sólo deberán intervenir cuando las prácticas ilícitas constituyan una infracción penal, esto es un delito. Por tanto, el control del tribunal penal se limitará a algunos de los supuestos de actividades ilícitas, en principio excepcionales, pero la mayoría quedará fuera de su ámbito al no constituir conductas delictivas.

b) LEGISLACIÓN EXCESIVA Y COMPLEJA

Otra causa que favorece o facilita la realización de prácticas ilícitas es la excesiva y compleja normativa que regula la actividad urbanística en nuestro país. Todas las Administraciones públicas tienen competencias normativas en materia de urbanismo, lo que provoca una enorme confusión a la hora de saber qué legislación es aplicable. Actualmente resultan aplicables: la Ley Estatal del Suelo y Leyes Sectoriales; las Leyes Urbanísticas Autonómicas, una por Comunidad Autónoma (más sus reglamentos); las normas urbanísticas de los instrumentos de planeamiento que tramitan los Ayuntamientos. Este panorama legislativo genera, por un lado una gran inseguridad jurídica para todos: ciudadanos, Ayuntamientos, empresas que urbanizan y construyen, etc. Por otro lado, facilita la realización de prácticas ilícitas, puesto que una normativa poco clara

²⁴ SÁNCHEZ MORÓN, en: LAPORTA/ÁLVAREZ, (eds.), *La corrupción política*, 1997, 206; URQUIZA, *Corrupción municipal*, 2005, 97 s.; NIETO, *El desgobierno de lo público*, 2008, 290.

²⁵ SÁNCHEZ MORÓN, en: LAPORTA /ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política*, 1997, 204.

genera que determinados sujetos se aprovechen de la situación de confusión²⁶.

c) LA FINANCIACIÓN DE LOS AYUNTAMIENTOS

Un problema muy importante de los municipios es el de su financiación. Todos se quejan de la escasez de sus recursos y en muchas ocasiones, como se ha visto más arriba en la descripción de las prácticas ilícitas, se utiliza la política urbanística como un salvavidas de obtención de ingresos para la atención de muy diversas necesidades públicas, olvidando su verdadera finalidad, que no es sino servir a la racional ordenación y mejor desarrollo del pueblo o de la ciudad. Se produce frecuentemente una verdadera esquilmación del territorio del municipio²⁷. Aunque la mayoría de los autores reconoce que es necesario una reforma legal del régimen de financiación de los municipios, que les permita gozar de la autonomía local consagrada en la Constitución, también es cierto que se reprocha a la mayoría de los municipios el nivel de gasto, que, en muchas ocasiones, raya en el despilfarro. Así, por ejemplo, el capítulo de Gastos de Personal se configura como el más importante, cuantitativamente, de todos cuantos conforman el presupuesto municipal: se incrementan cada año el número de plazas, especialmente las plazas de libre designación, las remuneraciones crecen sin límite legal y la legislación local permite que todos los corporativos puedan tener una dedicación exclusiva, si así lo considera el pleno de la Corporación, con independencia de cual sea su función (gubernativa o de oposición). Otro capítulo importante de gastos es el dedicado a gastos supletorios y suntuarios: fiestas populares, espectáculos de todo tipo, iluminaciones, etc. El exceso de gastos unido a la falta de un control adecuado de los mismos genera un incremento del déficit presupuestario que, a la

²⁶ FUNDACIÓN ALTERNATIVAS, *Urbanismo y democracia*, 2007, 17. Resultó especialmente interesante en este sentido la ponencia de MELÓN MUÑOZ que participó como ponente en las jornadas objeto de esta publicación. En su exposición sobre *el grupo normativo rector de la ordenación del Territorio y el Urbanismo* dejó claro que en estos momentos el exceso de normativa en materia de urbanismo es de tal calibre que ni siquiera los tribunales se ponen de acuerdo en cuál debe aplicarse en cada momento.

²⁷ Así, ya se ha visto más arriba como los Ayuntamientos acuerdan percibir en metálico las cesiones legales del suelo. El dinero recibido nutre luego el presupuesto de gastos en los capítulos de Inversiones, Gasto Corriente y hasta Gastos de Personal, contraviniendo la legislación que en este caso es muy clara en el sentido de que el dinero procedente del urbanismo debe repercutir en éste. Sin embargo, este dinero se gasta en todo menos en viviendas de protección oficial o en infraestructuras urbanas.

larga, es difícil de soportar por los Ayuntamientos y que puede desembocar en prácticas ilícitas²⁸.

d) EL ACTUAL MODELO URBANÍSTICO: UN MODELO INSOSTENIBLE

Se puede afirmar que en España ha aflorado un modelo urbanístico altamente especulativo, insuficientemente planificado y escasamente participativo. Bajo el lema «todo es urbanizable» se ha apostado en los últimos años por crecimientos poco ordenados y volcados en la creación de nuevas ciudades difusas. Este modelo no responde a los requerimientos de un estilo de desarrollo sostenible, con el que se busca minimizar el impacto, apostar por la regeneración de la ciudad existente con modelos de urbe compacta y mejorar la cohesión social y la habitabilidad. Cuando el crecimiento urbano tiene un impacto superior a la capacidad de carga del territorio y no se adecua a la disponibilidad de recursos básicos (agua, infraestructuras, gestión de residuos, etc.), que no se prevén con antelación y planificación suficientes a la generación de procesos inmobiliarios y turísticos, pueden producirse pérdidas de bienestar y calidad de vida, tanto por la degradación de los ecosistemas y los recursos, como por el deterioro de patrimonios naturales y culturales valiosos²⁹.

Como conclusión a este punto de la ponencia, en el que se han analizado las principales actividades ilícitas en el ámbito urbanístico y sus causas, se puede afirmar que la situación es peligrosa. Es peligrosa porque reúne todos los ingredientes para poder acabar, si no ha acabado ya, en una generalización de actividades irregulares, donde la impunidad esté casi asegurada, debido a la ausencia de controles efectivos, y donde se puedan aceptar como normales, debido a su frecuencia, determinadas prácticas que, a la larga, resultan muy lesivas para una política urbanística acorde con los intereses generales de los ciudadanos.

²⁸ URQUIZA, *Corrupción municipal*, 2005, 87 ss.; FUNDACIÓN ALTERNATIVAS, *Urbanismo y democracia*, 2007, 18; NIETO, *El desgobierno de lo público*, 2008, 293 s.

²⁹ FUNDACIÓN ALTERNATIVAS, *Urbanismo y democracia*, 2007, 94 ss. Otras posibles causas analizadas por URQUIZA, *Corrupción municipal*, 2007, 84 ss. pueden fomentar, al menos indirectamente, la realización de prácticas ilícitas en materia urbanística. Este autor estudia las siguientes: 1) El peso de los partidos políticos que presionan sobre el gobierno municipal; 2) El fenómeno del transfuguismo; 3) El sistema electoral basado en listas cerradas que impide la elección directa de los ciudadanos; 4) El insuficiente régimen de incompatibilidades; 5) La empresarización de las corporaciones locales. La imprecisión de la legislación local acerca de lo que puede ser privatizado o la laxitud sobre las normas de contratación hace que tanto el acto administrativo inicial sobre la conveniencia de encomendar la gestión de un servicio público al sector privado, como el procedimiento de adjudicación, así como el acuerdo de adjudicación a una sociedad concreta sean susceptibles de gran arbitrariedad.

III. Respuesta penal: el delito de cohecho

Son varias las soluciones que caben para intentar evitar la realización de prácticas ilícitas en el ámbito urbanístico. Desde una mayor efectividad de los controles internos y externos de actividades y de gastos, una simplificación de la legislación vigente, una racionalización de la financiación municipal, etc. No voy a entrar en el análisis de estas soluciones porque ya hay otras ponencias en el marco de estas jornadas que lo hacen. Voy a centrarme en la posible respuesta penal que puedan merecer algunas de estas conductas. Y más concretamente voy a estudiar la posible aplicación del delito de cohecho³⁰.

Es de todos sabido que no toda práctica irregular implica corrupción en términos penales. Es decir, no toda conducta ilegal constituye delito. Dentro del CP hay dos Títulos especialmente ligados al tema que aquí nos ocupa: el Título XVI *De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente* y el Título XIX *Delitos contra la Administración Pública*. En este último se encuadra el delito de cohecho que se tipifica en los arts. 419-427 CP.

Se puede afirmar que el delito de cohecho es el delito «rey» por excelencia dentro del fenómeno amplio de la corrupción. Con carácter general se puede definir este delito como aquella conducta del funcionario que solicita o acepta un soborno por realizar un acto propio de sus funciones —cohecho pasivo— o la del particular que ofrece un soborno al funcionario o acepta la solicitud de éste —cohecho activo—. En muchas ocasiones, detrás de una actuación irregular del funcionario estará el pacto de un soborno³¹. Por ello, en esta ponencia me

³⁰ También hacen referencia al delito de cohecho en el ámbito urbanístico, POZUELO PÉREZ, en: POZUELO (coord.), *Derecho Penal de la construcción*, 2006, 93 ss.; ACALE SÁNCHEZ, *La Ley penal 38* (2007), 13 ss.; BENITO SÁNCHEZ, en: SANZ (coord.), *El DP y la nueva sociedad*, 2007, 37 ss.; SANZ MULLAS, *La Ley penal 45* (2008), 67 ss.

³¹ ÁLVAREZ, en: LAPORTA/ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política*, 1997, 96; En palabras de NIETO, *Balada*, 2002, 132 s.: «El negocio urbanístico comienza ya cuando se juntan un propietario avisado y un concejal sin escrúpulos» Es sumamente ilustrativo el texto que este autor menciona: «Tengo un grave problema de conciencia y por eso le he llamado —dijo el concejal de Urbanismo—: “Usted es propietario de un magnífico solar y la ley me autoriza a darle el destino que me parezca más oportuno. Yo creo que aquí podría colocarse un jardín para recreo de los niños y ancianos del barrio, que bien lo necesitan. Para ello basta pintarlo de verde”. Y así lo hizo. El propietario balbuceó consternado: “Esto es mi ruina. En tales condiciones no me pagarán por él, compensaciones incluidas, ni un millón de pesetas”. Sus lágrimas enternecieron al edil. “No llore usted más. Dejaremos de momento que los niños sigan jugando en las calles, también hay que pensar en los obreros y empleados modestos que necesitan vivienda. Se lo pintaré de marrón y podrá edificar algunos pequeños bloques de pisos baratos”. El propietario calculó que así

propongo abordar algunas cuestiones relevantes relativas al delito de cohecho³².

1. *Primera cuestión: relevancia del destinatario del soborno.*

La primera cuestión en la que me detendré será la de si es relevante o no, a efectos de la apreciación del delito de cohecho, quién sea el destinatario o el beneficiado del soborno.

Se pueden mencionar tres supuestos de hecho, que pueden darse conjuntamente, pero que interesa analizarlos por separado para ver la relevancia de cada uno de ellos:

- a) Que el soborno sirva para enriquecer personalmente al funcionario corrupto. En principio, este caso no plantea ningún problema sobre la posibilidad de apreciar el delito de cohecho, siempre, por supuesto, que se den todos los demás requisitos típicos.
- b) Que el soborno beneficie a un tercero. Por ejemplo que se destine a financiación del partido político al que pertenece el funcionario. Entiendo que la financiación del partido político no siempre beneficia al funcionario. Es decir, no se puede afirmar que al financiar al partido ya se beneficia al funcionario, entendiéndose que el partido político y el funcionario comparten objetivos, líneas de actuación, etc. porque en un partido político, sobre todo

valdría el solar cien millones de pesetas y, cobrando ánimo, ponderó las ventajas de construir muchas y buenas torres de lujo que rehabilitarían la zona, reactivando de paso el sector de la construcción. La autoridad, una vez más, demostró su buen corazón y se dio por convencida. “¿Pero reconocerá —añadió— que no es justo que usted se enriquezca con los terrenos a costa de los niños y ancianos. Podemos hacer, por tanto, una cosa: yo le pinto la parcela de rojo y usted cede al Ayuntamiento otro solar para el parque”. “Acepto”, exclamó jubiloso el propietario, y sacó la pluma dispuesto a firmar. “No tan aprisa —dijo afablemente el concejal—, que aún no he terminado. Porque además deberá entregar al partido diez millones de los ochocientos que le estoy haciendo ganar con la calificación del suelo y, sobre ellos, deberá darme a mi otros diez” ¿Cómo iba a dudar el promotor? Entre el rojo y el verde estaba el negocio y con la diferencia había para todos»; *El desgobierno de lo público*, 2008, 153 s.; DIEZ RIPOLLÉS/PRIETO DEL PINO/GÓMEZ-CÉSPEDES/STANGELAND/VERA JURADO, *Prácticas ilícitas en la actividad urbanística*, 2004, 32 s.; URQUIZA, *Corrupción municipal*, 2005, 103 s.

³² No puede ser objeto de este trabajo, por razones obvias, el análisis exhaustivo del delito de cohecho. Se han escrito en España algunas monografías sobre este delito: VALEJJE ÁLVAREZ, *La corrupción*, 1995; OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, 1999; RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho*, 1999; VIZUETA FERNÁNDEZ, *Estudio crítico del delito de cohecho*, 2003; DE LA MATA BARRANCO, *La respuesta a la corrupción pública*, 2004; GARCÍA ESPAÑA, *El premio a la colaboración con la Justicia*, 2006.

si es grande, los objetivos, líneas de actuación, etc. son muy diversas, algunas veces hasta contradictorias. La ventaja para el partido no supone necesariamente una ventaja para el funcionario.

También se pueden incluir aquí los supuestos en los que el soborno beneficia a otro tercero, por ejemplo a algún pariente, amigo, etc. del funcionario. El CP 1944/1973 no incluía expresamente la posibilidad de que el soborno beneficiara a una persona distinta al propio funcionario. La mayoría de la doctrina consideraba necesario que se produjera al menos un provecho indirecto para el funcionario, argumentando que de no resultar beneficiado el funcionario directa o indirectamente con las dádivas no estaría, en principio, actuando movido por intereses ajenos o contrarios a los generales³³. Ya en otro trabajo indiqué que con el CP 1944/1973 podía perfectamente apreciarse el delito de cohecho en aquellos supuestos en los que la dádiva beneficiaba a un tercero distinto al propio funcionario³⁴. Las razones que exponía eran las siguientes: 1) Los verbos que configuraban la conducta «solicitar, recibir o aceptar» no implicaban que la dádiva debía ser necesariamente para el funcionario. Lo importante es que esa conducta conectara con un acto relativo al ejercicio del cargo del funcionario. 2) Atendiendo al bien jurídico protegido en el delito de cohecho, que en mi opinión son aquellas condiciones básicas de funcionamiento de la Administración, éste podía perturbarse de la misma forma cuando un funcionario solicitaba una dádiva para sí, como cuando la solicitaba para un tercero. Por ejemplo, cuando un funcionario solicita una determinada cantidad de dinero para sufragar los gastos de su partido por cambiar la califi-

³³ RODRÍGUEZ DEVESA, *NEJ IV*, 1952, 362; CASAS BARQUERO, *DJ 19* (1978), 886; VALEIJE ÁLVAREZ, *La corrupción*, 1995, 166.

³⁴ OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, 1999, 355 ss. En este mismo trabajo reproduzco la discusión que sobre este tema ha habido en Alemania (352 ss.) y que aquí, por razones de espacio no puedo plantear. No obstante, debe decirse que en Alemania no se recoge expresamente la posibilidad de que el beneficio sea para un tercero, lo que hace que muchos autores sigan defendiendo la necesidad de que el funcionario reciba una utilidad propia y, en segundo lugar, que el concepto de «ventaja» que utiliza el StGB es más amplio que el concepto de «dádiva o presente» de nuestro CP, lo que hace que la doctrina y la jurisprudencia alemanas acepten la posibilidad de que la ventaja pueda ser de carácter material o inmaterial. Ello tiene como consecuencia el que cuando se exige una utilidad para el funcionario ésta pueda ser inmaterial. Así, por ejemplo, la jurisprudencia alemana ha venido entendiendo que la financiación a partidos políticos implica una ventaja típica del delito de cohecho, ya que el funcionario recibe una ventaja inmaterial mediata al tener la expectativa de mejorar su posición dentro del partido.

cación de un terreno está mezclando sus intereses privados (interés en que su partido tenga suficiente dinero) con el interés público, y, por tanto, ese funcionario no actúa conforme a la objetividad o imparcialidad a la que está obligado, sino motivado por la dádiva. 3) Otro posible argumento para rechazar la idea de que el provecho del funcionario fuera un elemento típico de este delito es que el funcionario no tenía por qué obtener un provecho cuando la dádiva la solicitaba para él, ya que el delito se consumaba con la mera solicitud por parte del funcionario o con la mera aceptación del ofrecimiento o promesa sin que fuera necesario que realmente llegara a recibirla. El legislador, al adelantar la barrera de protección, indicaba que lo importante no era que el funcionario mejorara su situación u obtuviera un beneficio, sino el que no actuara con la objetividad e imparcialidad necesarias para un correcto funcionamiento de la Administración. Por ello se penaba la solicitud, recepción o aceptación de «algo» capaz de motivar al funcionario a actuar.

El CP 1995, a diferencia del CP 1944/1973 recoge expresamente la posibilidad de que la dádiva o el presente sean solicitados o recibidos *en provecho propio o de un tercero*. Ello, unido a los argumentos anteriores, perfectamente aplicables a la legislación actual, me hace concluir que resulta irrelevante que el beneficio económico no repercuta personalmente en el funcionario. En mi opinión, tanto si el funcionario recibe un pago en metálico para mejorar su posición financiera, como si lo recibe para mejorar la posición financiera de un tercero (partido político, amigo, pariente, etc.), la relación de dependencia entre el acto oficial y la contraprestación se produce conforme a un criterio extraño al ejercicio de la Administración. El peligro para el bien jurídico se produce en ambos casos a través de la constitución del acuerdo injusto que es el núcleo del delito de cohecho. En contra de esta opinión se manifiesta RODRÍGUEZ PUERTA³⁵, aunque esta autora matiza tanto su tesis que en la mayoría de los supuestos la solución va a ser la misma que la que aquí se defiende. RODRÍGUEZ PUERTA considera imprescindible para que el funcionario responda por el delito de cohecho que éste obtenga, aunque sea indirectamente, algún beneficio o ventaja de su actuación. Sin embargo, a continuación, esta autora matiza esta tajante afirmación distinguiendo dos situaciones diferentes. La primera situación sería aquella

³⁵ RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho*, 1999, 264 ss.

en la que el tercero negocia directamente con el particular y recibe directamente la ventaja, sin que el funcionario intervenga ni en la negociación ni en la recepción. En estos supuestos en los que el funcionario ni solicita ni recibe nada (simplemente conoce la negociación o el trato entre el beneficiado y el particular y sabe y acepta que dicho trato está vinculado a un acto propio de su cargo), será necesario para clasificar de cohecho el comportamiento del funcionario que la ventaja, al menos de forma indirecta, le reporte un beneficio. La segunda situación se plantea cuando el funcionario interviene en el trato con el particular corruptor, aunque a él no le aproveche directa o indirectamente la dádiva, o cuando la ventaja le es entregada a él directamente. En este supuesto, según RODRÍGUEZ PUERTA, será irrelevante que no haya una utilidad ni directa ni indirecta para el funcionario, porque, a diferencia del primer supuesto, el funcionario no sólo conoce la trama, sino que participa directamente realizando todos o parte de los actos típicos³⁶.

Desde mi punto de vista, para poder clasificar una conducta de cohecho no será relevante si el beneficio repercute en el funcionario o no, sino si el funcionario ha realizado las conductas típicas para poder ser calificado autor del delito³⁷. No se puede olvidar la posibilidad que reconoce el delito de cohecho pasivo de que la conducta pueda realizarse directamente por el funcionario o a través de persona interpuesta. Esto implica que se podrá considerar autor del delito al funcionario en aquellos casos en los que no realiza directamente las conductas típicas, sino que utiliza un mediador³⁸. En estos casos, en mi opinión, seguiría siendo irrelevante que el funcionario se beneficiase o no de la dádiva. Ahora bien, si la conducta del funcionario se limita a aceptar pasivamente aquello que realiza un tercero, sin intervenir en absoluto, que es lo que parece mostrar RODRÍGUEZ PUERTA en la primera situación planteada, quizás podría llegar a concluirse que el funcionario no

³⁶ RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho*, 1999, 267.

³⁷ Se trata de un delito especial y, como tal, plantea problemas de autoría y participación. Extensamente, sobre esta cuestión, OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, 1999, 175 ss.

³⁸ VALEJIE ÁLVAREZ, *La corrupción*, 1995, 245 ss. Distingue entre el «intermediario en la actuación», que será aquél que actúa como portavoz o emisario de las declaraciones de voluntad que previamente le ha transmitido el funcionario y el «intermediario del beneficio» que es quien actúa como receptor de la dádiva objeto del soborno. Estos intermediarios serán en principio cooperadores necesarios del delito —aunque hay algunos matices— y el funcionario autor.

comete el delito de cohecho, pero no tanto porque no le beneficie la dádiva, sino porque su comportamiento no constituya la conducta típica del delito. El segundo grupo de casos que plantea esta autora no plantean ningún problema.

Esta discusión es importante sobre todo en los supuestos, bastante frecuentes, de que los sobornos sirvan como fuente de financiación ilegal de los partidos políticos.

La financiación de los partidos políticos constituye, según la mayoría de la doctrina, un problema sin resolver. Las fuentes de financiación de los partidos políticos son tanto de carácter público como privado³⁹. Sin embargo, a pesar de que el flujo de dinero recibido por los partidos es enorme, el endeudamiento de los mismos crece sin parar. El gasto más importante se refiere a la financiación de las campañas electorales actuales.

Los partidos acuden así a fuentes de financiación no siempre legales (comisiones ilegales, subvenciones encubiertas, sobornos, etc.) y difíciles de cuantificar⁴⁰. Dicha actuación se realiza a través del funcionario —político— que se compromete a realizar un acto de su competencia a cambio de un soborno que va dirigido a financiar al partido político al que pertenece.

Normalmente el funcionario concreto también se beneficiará del soborno, bien directamente —quedándose con parte del soborno— o bien indirectamente —consiguiendo ascensos en la Administración o en el partido, continuación en el desempeño del cargo público, etc.—. Pero también habrá casos en los que el

³⁹ La reciente LO 8/2007, de 4 de julio sobre financiación de los partidos políticos establece como posibles fuentes de financiación de los partidos las subvenciones públicas (art.3) y los recursos privados que pueden ser básicamente de dos tipos: las cuotas de los afiliados y las donaciones privadas (art.4). Frente a la anterior regulación, la novedad más importante y, desde mi punto de vista muy positiva, es que se prohíbe cualquier donación anónima (art. 5). En la Ley anterior —LO 3/1987, de 2 de julio, sobre financiación de partidos políticos— se permitían las aportaciones anónimas hasta un máximo anual del 5% de la cantidad asignada a los Presupuestos Generales del Estado en el año correspondiente para atender la subvención pública a los partidos políticos.

⁴⁰ Las dificultades para controlar la financiación de los partidos políticos han sido puestas de manifiesto por todos los autores que trabajan el tema de corrupción. Así, entre otros, CACIAGLI, *Cientelismo*, 1996, 74 ss.; ÁLVAREZ, en: LAPORTA/ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política*, 1997, 94 ss.; JIMÉNEZ DE PARGA, en: LAPORTA/ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política*, 1997, 140 ss.; PRADERA, en: LAPORTA/ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política*, 1997, 180 ss.; GONZÁLEZ, *Corrupción*, 2000, 133 ss.; ARGANDOÑA, *Papeles de Ética, Economía y Dirección* 6 (2001), 3 ss.; ROSE-ACKERMAN, *La corrupción*, 2001, 174 ss.; URQUIZA, *Corrupción municipal*, 2005, 67 ss.; FUNDACIÓN ALTERNATIVAS, *Urbanismo y democracia*, 2005, 22 ss.; NIETO, *El desgobierno*, 2008, 160 ss.

funcionario no reciba un beneficio por su actuación, sino que, por ejemplo, lo haga por pura militancia. Pues bien, en mi opinión, es irrelevante, conforme a los criterios expuestos más arriba, que el funcionario concreto obtenga o no un beneficio.

Se trata de un problema, el de la financiación ilegal de los partidos políticos, que cada vez es más acuciante, debido al endeudamiento galopante de los mismos producido por el incremento de gastos, sobre todo en las campañas electorales⁴¹. Se han planteado algunas soluciones. Así, por ejemplo, se considera necesario la transparencia de las donaciones privadas⁴², el control de las subvenciones públicas, que no pueden seguir creciendo indefinidamente, el incremento de las cuotas de los militantes, etc.⁴³ Pero en todo caso, los supuestos de financiación ilegal, en la medida en que encajen en los tipos penales, como por ejemplo en el delito de cohecho, deberán ser sancionados penalmente. En un campo como el urbanístico, gestionado fundamentalmente por las Corporaciones locales en las que, como se ha visto, cada vez son más los cargos denominados de confianza y menos los funcionarios de carrera, la influencia de los partidos políticos a la hora de «convencer» a los ocupantes de dichos cargos es enorme.

- c) Que el soborno sirva para financiar actividades o actuaciones de «interés general». Para ilustrar este supuesto se pueden mostrar dos casos jurisprudenciales. En el primero, una alcaldesa de un pueblo recibe de una empresa una cantidad de dinero que emplea íntegramente en la constitución de una banda de música para el pueblo. A cambio de dicha cantidad la alcaldesa adjudica una contrata a la empresa. El TS en sentencia de 30-5-1995 estimó que la conducta no encajaba en el delito de cohecho por el carácter no lucrativo con el que había actuado la alcaldesa. De forma similar se pronuncia el mismo Tribunal en la sentencia de 15-2-1998, absolviendo al alcalde y a los concejales de un municipio que otorgaron una licencia de obra a cambio de ocho millones de pesetas porque dicha cantidad se ingresó íntegramente en las arcas del Ayuntamiento. El TS argumenta que ni el alcalde ni los concejales se enriquecieron personalmente y que el único be-

⁴¹ PRADERA, en: LAPORTA/ÁLVAREZ, *La corrupción política*, 1997, 181; ARGANDOÑA, *Papeles de Ética, Economía y Dirección* 6 (2001), 3 ss.; URQUIZA, *Corrupción municipal*, 2005, 69 ss.; NIETO, *El desgobierno*, 2008, 162;

⁴² La reciente LO 8/2007, de 4 de julio sobre financiación de los partidos políticos prohíbe, como ya se ha dicho, cualquier donación anónima.

⁴³ Ampliamente, PRADERA, en: LAPORTA/ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política*, 1997, 180 s.

neficiario fue el propio Ayuntamiento, en virtud de ello absuelve a los acusados del delito de cohecho. Antes de analizar estos casos conviene indicar que ambos se refieren a hechos ocurridos antes de la entrada en vigor del CP 1995 y como ya se ha indicado el CP anterior no indicaba expresamente, como hace el actual, que el beneficio pudiera ser para un tercero.

En mi opinión la argumentación jurisprudencial no es correcta. El funcionario «vende» un determinado acto oficial a cambio de una dádiva y perturba con ello el correcto funcionamiento de la Administración. No actúa conforme a los principios que rigen ese correcto funcionamiento, ya que, aunque el resultado final sea incluso positivo para la ciudad, los medios utilizados no son correctos. Vuelvo a incidir en que el delito de cohecho no es un castigo al enriquecimiento del funcionario. Podríamos plantearnos qué ocurriría si se convirtiera en tónica general el cobro de comisiones para que un Ayuntamiento tuviera dinero para realizar sus actividades⁴⁴. Uno de los peligros de que se generalicen este tipo de conductas es, por ejemplo, que se llegue a lo que se denomina «captura política», es decir, que el político que ha obtenido la comisión favorezca con su política a aquellos grupos empresariales que están dispuestos a financiar al ente público.

Algunos autores han planteado dudas acerca de la tipicidad de estas conductas en las que el beneficio se destina a favorecer a la institución a la que pertenece el funcionario, argumentando que, en el fondo, se favorecen los intereses generales⁴⁵. Sin embargo, creo que se parte por parte de estos autores de un entendimiento incorrecto del concepto de «interés general». En mi opinión, para valorar si una conducta es conforme a los intereses generales no es suficiente con valorar el objetivo final de la mis-

⁴⁴ OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, 1999, 357. En sentido similar se manifiesta NIETO, *Balada*, 2002, 144, quien al hilo de la STS 15-2-1998 manifiesta: «De acuerdo con esta doctrina los entes públicos pueden, al margen de la ley, esquilmar a los ciudadanos con tal de que no medie un enriquecimiento personal». Considera este autor que dicha argumentación es cuando menos curiosa.

⁴⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: ASÚA (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, 1997, 163; CASTRO MORENO, *AP* 2002, 19 s.; CARDENAL MONTRAVETA, *RDPCrim. (10)* 2002, 318 s. En Alemania se manifiesta en contra de la tipicidad de estos supuestos la doctrina mayoritaria. Así, por ejemplo, GRAUPE, *Bestechungsdelikte*, 1988, 21 ss. indica que el considerar la ventaja altruista como ventaja típica de los delitos de cohecho implica ampliar desmesuradamente el elemento típico. Según este autor, éste no es el sentido y objetivo de los tipos de cohecho, el no permitir al funcionario actividades altruistas que suponen una integración del funcionario en la sociedad.

ma, sino también todo el proceso o recorrido por el que transcurre dicha actuación para llegar a ese objetivo. El concepto de interés general es un concepto vago y ambiguo. Salvo en los casos en los que se produce un enriquecimiento personal del funcionario, en los demás siempre se puede encontrar algún tipo de interés general en la actuación de un funcionario que recibe una comisión.

Para unos, el interés general puede ser el interés de su partido, de su organización o de su empresa «Lo que es bueno para la General Motors es bueno para América». Se puede afirmar que el pago de comisiones a los partidos políticos va a favor del interés general porque a la sociedad le interesa tener partidos fuertes y bien organizados⁴⁶. Lo que hace que una conducta sirva para satisfacer el interés general es que se realice toda ella conforme a los principios básicos de funcionamiento de la Administración Pública.

Por otro lado, otro aspecto importante que debe valorarse es la naturaleza del acto al que el funcionario se compromete. Por ejemplo, si el funcionario está dispuesto a realizar un acto delictivo o injusto a cambio de una dádiva, dicha conducta tendrá la misma lesividad para el bien jurídico tanto si la dádiva sirve para enriquecer al funcionario como si sirve para pagar actividades públicas. Difícilmente se podrá afirmar que el funcionario que está dispuesto a actuar irregular o incluso delictivamente sirve con su conducta a los intereses generales, salvo que entendamos que para conseguir un fin positivo «todo vale» Quizá, se podría aceptar la menor lesividad de aquellos supuestos en los que el funcionario cobra una comisión que va a destinar a satisfacer necesidades públicas, comprometiéndose a realizar un acto no injusto ni delictivo, y tenerlo en cuenta en el momento de imponer la pena. Pero en todo caso, creo que dicha actuación es corrupta y puede y debe ser calificada como delito de cohecho.

2. *Naturaleza del acto al que se compromete el funcionario*

El CP diferencia distintos delitos de cohecho según la naturaleza del acto al que se compromete a realizar el funcionario a cambio de la dádiva. Cada delito lleva aparejada una pena distinta⁴⁷. Ya se han analizado

⁴⁶ Sobre el carácter ambiguo del concepto de «interés general», JIMÉNEZ DE PARGA, en: LAPORTA/ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política*, 1997, 139 ss.

⁴⁷ Sobre los distintos actos a los que se suele comprometer el funcionario en el ámbito de la actividad urbanística a cambio de una dádiva, POZUELO PÉREZ, en: POZUELO (coord.), *Derecho penal de la construcción*, 2006, 95 ss.; SANZ MULAS, *La Ley Penal 45* (2008), 82 ss.

más arriba cuáles son las actuaciones irregulares más frecuentes que se producen en el ámbito urbanístico. En cada caso concreto habrá que analizar si la actuación que se compromete a realizar un determinado funcionario es constitutiva de delito, de infracción administrativa o es un acto que puede realizar, porque de la distinta naturaleza del acto al que se compromete el funcionario, dependerá el delito de cohecho aplicable, siempre y cuando, por supuesto, haya mediado un soborno.

El art. 419 CP tipifica como modalidad de cohecho más grave aquellos supuestos en los que el funcionario se compromete a realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito —pena de prisión de dos a seis años, multa del tanto al triple del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años—.

El art. 420 recoge aquellos supuestos en los que el funcionario se compromete a realizar un acto injusto no constitutivo de delito —pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a nueve años, si ejecuta el acto, y pena de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años, si no ejecuta el acto. En ambos casos multa del tanto al triple del valor de la dádiva—.

El art. 421 tipifica la conducta del funcionario que se compromete a abstenerse de realizar un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo —pena de multa del tanto al duplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años—.

En cuanto al denominado cohecho pasivo impropio —aquel cohecho realizado por un funcionario que se compromete a realizar un acto justo— se recoge en dos preceptos: en el art. 425.1 y en el art. 426 CP.

El art. 425.1 CP sanciona al funcionario que se compromete a realizar un acto propio de su cargo —pena de multa del tanto al triple del valor de la dádiva y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años—.

Por último, el art. 426 recoge aquellos supuestos en los que el funcionario se compromete a practicar un acto no prohibido legalmente —pena de multa de tres a seis meses—⁴⁸.

⁴⁸ Se plantea un problema muy importante en el ámbito del delito de cohecho pasivo impropio, debido a las dificultades que existen para deslindar los conceptos de «acto propio del cargo» y «actos no prohibidos legalmente». Por razones de espacio no voy a reproducir todas las posiciones doctrinales que ha habido al respecto. Además, en el ámbito de la corrupción urbanística, la mayoría de los actos a los que se compromete el funcionario serán, como mínimo, irregulares, y, por lo tanto, injustos. Para ello, v. OLAZO-

Una parte de la doctrina ha criticado la regulación autónoma y separada en distintos tipos del delito de cohecho pasivo, y la consiguiente diferencia de pena entre ellos (arts. 419, 420 y 421). Según BACIGALUPO ZAPATER, el bien jurídico protegido, la confianza de los ciudadanos en la correcta administración de acuerdo con los principios del Estado de Derecho, resulta ya lesionado con la recepción, promesa o exigencia de una dádiva o alguna otra ventaja. Si además el funcionario, como contra-prestación, comete otro delito, habrá que acudir a la regulación específica de los concursos de delitos. En un Derecho penal de acción, continúa este autor, la sola disposición del autor a cometer un delito —porque el art. 419 no exige que efectivamente se perpetre el delito— no debería incrementar el injusto del delito de cohecho ni dar lugar a un injusto independiente. La mayor pena que prevé en el primer delito de cohecho (art. 385 CP 1944/1973 y art. 419 CP 1995) sólo estaría justificada en el marco de un Derecho penal de autor puro. BACIGALUPO ZAPATER, se muestra partidario de *lege ferenda* de no distinguir entre distintos tipos de delitos de cohecho pasivo propio⁴⁹. En sentido muy similar se manifiesta RODRÍGUEZ PUERTA, quien considera perturbadora esta previsión legal que diferencia entre distintos delitos de cohecho pasivo propio. Alude a dos razones por las que le parece criticable esta opción. En primer lugar, entiende esta autora, igual que BACIGALUPO ZAPATER, que la circunstancia de que, el acto al que se compromete el funcionario, además de contrario al ordenamiento jurídico tenga carácter delictivo no añade un plus de desvalor al hecho enjuiciado porque el núcleo del injusto se agota con el mero acuerdo o su intento, sin que la ejecución o no del mismo incre-

LA NOGALES, en: MIR/CORCOY (dirs.)/GÓMEZ (coord.), *Nuevas tendencias en Política Criminal*, 2006, 376 ss. En mi opinión, a pesar de que considero que en realidad se trata de un defecto de técnica legislativa, la posible diferencia habrá que buscarla, aun reconociendo que no se deduce del tenor literal de los preceptos, en la naturaleza discrecional (art. 425.1) o reglada (art. 426) del acto. Los delitos de cohecho llevan aparejada la frustración de los ciudadanos que ven cómo la Administración no se rige en su actuación por el principio de objetividad, sino por intereses particulares. Yo creo que dicha frustración es mayor cuando realiza un acto discrecional motivado por la dádiva que cuando realiza un acto reglado. En el primer caso, el funcionario puede decidir practicar el acto o no, o puede decidir de una forma u otra, ambas justas, pero toma una decisión concreta motivado por la dádiva. En cambio, cuando se trata de un acto reglado el funcionario está obligado a actuar de una forma determinada. Puede actuar más rápido o poner mayor diligencia en la resolución, pero la decisión no cambiará motivada por la dádiva. Por otro lado, la sensación de seguridad del ciudadano ante un acto reglado y su posibilidad de defensa es mayor que frente a un acto discrecional. Estas diferencias podrían justificar que el art. 425.1 llevara aparejada una pena superior a la que impone el art. 426 CP. Comparten esta opinión, RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho*, 1999, 217 ss.; CARDENAL MONTRAVETA, *RDPCrim* 10 (2002), 319.

⁴⁹ BACIGALUPO ZAPATER, *DJ* 37/40 (1983), vol.1, 1100 ss.

menten el injusto cometido desde la perspectiva del principio de imparcialidad, bien jurídico que se protege, según RODRIGUEZ PUERTA, en el delito de cohecho. En segundo lugar, porque de adoptarse el acto al que se comprometió el funcionario, si éste tuviera carácter delictivo, deberían aplicarse las reglas del concurso de delitos, que permitiría así agravar la pena aplicable en aquellos casos en los que efectivamente se lesionara un bien jurídico distinto. Concluye esta autora afirmando que la previsión autónoma de distintos tipos de delitos de cohecho pasivo responde a una concepción del cohecho de otras épocas⁵⁰.

Como ya he indicado más arriba, tradicionalmente nuestros diversos Códigos han mantenido esta distinción de tipos en el delito de cohecho pasivo. Sin embargo, en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal que se publicó en el *Boletín de las Cortes Generales* el 15 de enero de 2007 regula conjuntamente todas las clases de cohecho pasivo propio salvo la orientada a la abstención o retraso de acto debido.

El art. 419 del Proyecto reza: «La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado en razón de la retribución o promesa si fuera constitutivo de delito».

Parece, por tanto, que el Proyecto asume las opiniones del sector doctrinal que critica la regulación diferenciada del delito de cohecho pasivo propio. Se produce, además, un importante incremento de pena, puesto que, como se ha visto, en la regulación actual la pena más grave, recogida en el art. 419 CP, puede ir de dos a seis años. En el Proyecto se incrementa ese límite mínimo, lo que lleva aparejado la entrada en prisión sin posibilidad de aplicar la suspensión de la ejecución ni la aplicación de sustitutivos penales (arts. 80 ss CP). Por otro lado, supone un incremento notable, tanto del límite mínimo como del máximo, respecto

⁵⁰ RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho*, 1999, 141 ss. 235 ss.; DE LA MATA BARRANCO, *La respuesta a la corrupción pública*, 2004, 113; ACALE SÁNCHEZ, *La Ley Penal 38* (2007), 14. Incluso en una reciente monografía VIZUETA FERNÁNDEZ, *Estudio crítico del delito de cohecho*, 2003, 264 ss. parte de que el delito de cohecho tutela la honradez y probidad de los funcionarios públicos. Considera este autor que tal bien jurídico no es merecedor de protección penal y aboga por la destipificación de cualquier delito de cohecho. En mi opinión el bien jurídico va más allá de la protección de la honradez del funcionario porque considero que se protegen las condiciones básicas de funcionamiento tanto internas como externas de la Administración, por lo que lógicamente no comparto la tesis de VIZUETA.

a los casos en los que el funcionario se compromete a realizar un acto injusto no delictivo.

En cuanto al cambio de tipificación que propone el Proyecto en orden a unificar los casos en los que el funcionario se compromete a realizar un delito o un acto injusto⁵¹ ya he manifestado en otro trabajo que en mi opinión la tipificación separada de ambos supuestos puede estar justificada. Si por bien jurídico entendemos las condiciones básicas de funcionamiento de la Administración, tanto desde el punto de vista externo, como mal ejemplo para el resto de los funcionarios, como del externo, como confianza de los ciudadanos en el correcto funcionamiento de la Administración, creo que éste se perturba más en función de a qué clase de acto se comprometa el funcionario. Es la misma fundamentación que explica la diferencia de tipificación y de pena entre el cohecho pasivo propio y el cohecho pasivo impropio, el distinto grado de afectación al bien jurídico⁵². En mi opinión, lo que ocurre es que en los delitos de peligro, y mucho más si se protegen bienes jurídicos institucionales, se tiende a igualar conductas que no tienen la misma gravedad. Una cosa es que el delito de cohecho quede consumado con el acuerdo o el intento de acuerdo y otra distinta es que el injusto y la afectación al bien jurídico no sea mayor en virtud de cuál sea el acto al que está orientado el delito de cohecho. De hecho, el acuerdo o el intento de acuerdo viene conformado por dos elementos por la solicitud de la dádiva y por el compromiso de realizar un determinado acto. Es decir, no constituye delito de cohecho la mera solicitud o la aceptación de una recompensa, sino la solicitud o la aceptación a cambio de «algo». Incluso, desde mi punto de vista, a la hora de graduar la pena en el delito de cohecho se deberían tener en cuenta otros aspectos, que no se tienen, como por ejemplo, el grado de responsabilidad del funcionario que comete el cohecho o la importancia decisoria del acto que se compromete a realizar⁵³.

⁵¹ En el art. 420 del Proyecto se incluyen tanto los supuestos orientados a la consecución de un acto propio del cargo del funcionario (cohecho pasivo impropio) como los supuestos de cohecho pasivo propio dirigidos a la abstención o retraso de un acto debido, tanto si dicha abstención constituye delito o abstención injusta. Esto supone una importante modificación también respecto del CP, que sanciona en el art. 419 el cohecho pasivo propio orientado a la realización de un delito, tanto activo como omisivo, y recoge en el art. 421 con menor pena la abstención de un acto que debiera practicar. Extensamente sobre este aspecto y otros del Proyecto, ACALE SÁNCHEZ, *La Ley Penal 38* (2007), 13 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: ARANGÜENA/SANZ, *La reforma de la Justicia Penal*, 2008 (en prensa).

⁵² Esta diferencia no es criticada, sin embargo, por los autores que critican la anterior, a pesar de que en este caso también se da la venalidad del funcionario. En este sentido, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: ARANGÜENA/SANZ, *La reforma de la Justicia Penal*, 2008 (en prensa).

⁵³ OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, 1999, 276 ss.

En parecidos términos se ha manifestado DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, aunque reconoce que quizá la circunstancia del compromiso de realizar un hecho delictivo no es tan relevante para el bien jurídico como para justificar una diferencia de pena tan importante como la actual, teniendo en cuenta que pueden concurrir otras circunstancias moduladoras de tal afectación. Este autor se muestra partidario de la no supresión de la configuración actual, pero opina que se podría recurrir a un sistema de penas parcialmente coincidentes que permitiera mayor flexibilidad. En todo caso DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO entiende que si se llegara a aprobar el Proyecto en los términos indicados debería tenerse en cuenta el tipo de acto al que va orientado el delito de cohecho a la hora de determinar la pena⁵⁴. Estoy completamente de acuerdo con esta tesis.

3. Responsabilidad del particular

3.1. *Regulación actual del delito de cohecho activo: propuestas de reforma*

3.1.1. RESPONSABILIDAD DEL PARTICULAR QUE CORROMPE O INTENTA CORROMPER AL FUNCIONARIO

En cualquier delito de cohecho existe una puesta en escena de, al menos, dos personas: el funcionario que solicita, acepta o recibe una dádiva o presente y el particular que acepta la solicitud del funcionario u ofrece una dádiva o presente al funcionario. La conducta del particular constituye el denominado delito de cohecho activo y se recoge en el art. 423 CP⁵⁵. El art. 423 CP recoge como conducta típica, por un lado,

⁵⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: ARANGÜENA FANEO/SANZ MORÁN, (coords.), *La reforma de la Justicia Penal*, 2008 (en prensa). CARDENAL MONTRAVETA, *RDPCrim 10* (2002), 323. También el informe que del Anteproyecto ha realizado el CGPJ es negativo en relación a este punto, entendiendo que el endurecimiento de las penas que puede ser legítimo, no es incompatible con la necesaria atemperación de la respuesta penal a la distinta intensidad del contenido de injusto que representa cada conducta incriminada. Según el CGPJ parece más razonable que se mantenga la actual distinción. Critica este informe muy duramente, desde mi punto de vista con razón, el hecho de que la conducta de cohecho orientada a una abstención constitutiva de delito tenga prevista menor pena que cuando se orienta a una acción constitutiva de delito.

⁵⁵ Art. 423 CP: «1. Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren o intentaren corromper a las autoridades o funcionarios públicos serán castigados con las mismas penas de prisión y multa que éstos. 2. Los que atendieren las solicitudes de las autoridades o funcionarios públicos, serán castigados con la pena inferior en grado a la prevista en el apartado anterior»

la del sujeto que corrompe o intenta corromper a un funcionario y, por otro lado, la aceptación por parte del sujeto de la solicitud del funcionario. En este último caso la pena será la inferior en grado a la prevista en el apartado anterior.

En la actualidad es doctrina mayoritaria, en la que me incluyo, la que opina que el delito de cohecho activo, a pesar de que su tenor literal no es claro, es el reverso únicamente del delito de cohecho pasivo propio, basándose fundamentalmente en la ubicación sistemática del art. 423, colocado a continuación de los tipos que recogen el delito de cohecho pasivo propio, esto es, de los arts. 419, 420 y 421 CP y antes de los que describen el cohecho pasivo impropio, arts. 425 y 426 CP. Debe tenerse en cuenta que en el CP 1944/1973 el delito de cohecho activo, que se recogía en el art. 391, se situaba detrás del delito de cohecho pasivo impropio⁵⁶. RODRÍGUEZ PUERTA añade además como argumento a favor de la citada tesis que el núcleo del cohecho activo es intentar obtener, por parte del particular, una determinada ventaja, y que esto no se produce cuando el particular busca un acto no prohibido o un acto justo, pues el acto que pretendía obtener por precio ya era debido. Según esta autora, la única razón que puede llevar al particular a ofrecer o entregar la dádiva debe cifrarse en el «miedo» a que el funcionario actúe injustamente de no mediar una recompensa, o, bien, en un error⁵⁷. Considero discutible este último argumento, puesto que creo que habrá supuestos en los que el particular intente obtener, también en estos casos, una ventaja. Ello se ve claro en los supuestos de actos justos de carácter discrecional, en los que el particular actúa con la intención de influir sobre el funcionario y ello puede producirse incluso aunque la resolución o acto emitido resulten conformes al ordenamiento jurídico⁵⁸, pero también en los supuestos de actos reglados. Piénsese por ejemplo en los casos en los que el particular ofrece la dádiva al funcionario para que éste agilice los trámites de un determinado procedimiento. Desde mi punto de vista, a pesar de que el particular actúe en estos casos con la intención de obtener una ventaja, éstos deben quedar fuera del delito de cohecho. Como

⁵⁶ DÍAZ Y GARCÍA, en: ASÚA (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, 1997, 167; en: ARANGÜENA/SANZ, *La reforma de la Justicia Penal*, 2008 (en prensa); OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, 1999, 196; en: MIR/CORCOY (dirs.)/GÓMEZ (coord.), *Nuevas tendencias en política criminal*, 2006, 373; RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho*, 1999, 288; VIZUETA FERNÁNDEZ, *Estudio crítico del delito de cohecho*, 2003, 303; DE LA MATA BARRANCO, *La respuesta a la corrupción pública*, 2004, 142 s.; GARCÍA ESPAÑA, *El premio a la colaboración con la justicia*, 2006, 117; ACALE SÁNCHEZ, *La Ley Penal 38 (2008)*, 15;

⁵⁷ RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho*, 1999, 288 s. Sigue este mismo razonamiento, VIZUETA FERNÁNDEZ, *Estudio crítico del delito de cohecho*, 2003, 303.

⁵⁸ Así lo reconoce también RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho*, 1999, 289.

he dicho más arriba para justificar la separación entre los preceptos que recogen el delito de cohecho pasivo propio, el acto al que se compromete el funcionario tiene relevancia a la hora de considerar más o menos grave la conducta. Los supuestos de cohecho pasivo impropio son, por esta razón, menos graves que los de cohecho pasivo propio. A su vez, la conducta del particular que corrompe o intenta corromper es materialmente una conducta de inducción que se ha elevado a la categoría de autor, pero desde el punto de vista del principio de fragmentariedad parece lógico que dicha responsabilidad autónoma del particular sólo se castigue en los casos más graves⁵⁹.

Conviene en este punto volver a hacer referencia al Proyecto de Reforma del CP de 15 de enero de 2007 porque plantea cambios importantes al respecto⁶⁰. El Proyecto cambia la fórmula genérica de «corromper o intentar corromper» por otra más precisa en la que se describen los actos para cuya realización el particular ofrece la dádiva y entre los que se incluyen tanto los actos contrarios a los deberes inherentes al cargo del funcionario —reverso del cohecho pasivo propio— como los actos propios del cargo del funcionario —reverso del cohecho pasivo

⁵⁹ Algunos autores, sin embargo se muestran partidarios de extender el delito de cohecho activo también a las conductas recogidas en el delito de cohecho pasivo impropio. Así, FEIJOO SÁNCHEZ, *La Ley 1997-3*, 1685 s. opina que el cambio de ubicación del delito de cohecho activo no es razón suficiente para considerar destipificado el cohecho activo impropio y, como argumento sistemático en contra, alude a que el art. 427 se ubica al final del Título y no detrás del art. 423 CP. Por su parte, GARCÍA ARÁN, *RAAP 17* (1997), 365 s. afirma que si el cohecho pasivo impropio se incrimina por la actitud corruptora de las contraprestaciones a actos no retribuíbles, no debería cerrarse la posibilidad de que el particular corrompa también en estos casos, en los que no pueden equipararse regalos admisibles por los usos sociales con contraprestaciones de considerable monto económico.

⁶⁰ Art. 424 del Proyecto: «1. El particular que ofreciere o entregare dádiva o retribución de cualquier otra clase a una autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública para que realice un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo, o un acto propio de su cargo o para que no realice o retrase el que debiera practicar, será castigado, en sus respectivos casos, con las mismas penas de prisión y multa que la autoridad, funcionario o persona corrompida, sin perjuicio de la pena que, en su caso, le pudiera corresponder como inductor al delito eventualmente cometido por estos./2. Cuando un particular entregare la dádiva o retribución atendiendo a la solicitud de la autoridad o funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública se le impondrán las mismas penas de prisión y multa que a ellos les correspondan./3. Si la actuación conseguida o pretendida de la autoridad o funcionario tuviere relación con un concurso o subasta convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá al particular y, en su caso, a la sociedad, asociación u organización a que representare la pena de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones y entes públicos y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de dos a cinco años».

impropio—. El Proyecto zanja de esta manera la polémica anterior⁶¹, no sólo con esta descripción más clara de la conducta, sino también cambiando la ubicación del precepto y situándolo después del tipo que recoge el delito de cohecho pasivo impropio. La propuesta de reforma va en consonancia con el endurecimiento general que el Proyecto plantea del delito de cohecho.

3.1.2. RESPONSABILIDAD DEL PARTICULAR QUE ACEPTA LA SOLICITUD DEL FUNCIONARIO

El art. 423 CP sanciona con la pena inferior en grado a la prevista en el párrafo anterior —pena del particular que toma la iniciativa corrompiendo o intentando corromper al funcionario— al particular que se limita a aceptar la previa solicitud del funcionario. Esta rebaja de pena fue una novedad introducida por el CP 1995 y en general la doctrina la consideró positiva⁶².

Se aducen tanto argumentos político-criminales como dogmáticos para justificar la rebaja.

Desde un punto de vista político criminal, se afirma que en estos supuestos el funcionario estaría abusando de su posición para obtener el acuerdo lo que hace coherente la ruptura en la equiparación de penas y además, esta rebaja de pena favorecerá la colaboración del particular en el esclarecimiento de los hechos delictivos, pues descubierto el delito, al particular le va a interesar aportar datos, al objeto de poder demostrar que fue el funcionario el que tomó la iniciativa⁶³.

Desde un punto de vista dogmático, teniendo en cuenta la menor capacidad funcional que tiene el particular respecto al bien jurídico, y, teniendo en cuenta, además, que en estos supuestos la conducta del particular no es materialmente ni la de un inductor ni la de un cooperador necesario, puede sostenerse que la pena no puede ser mayor que la que corresponde a un cómplice⁶⁴.

Recientemente GARCÍA ESPAÑA ha abogado por la destipificación de esta conducta. Opina esta autora que la conducta del particular queda en estos supuestos demasiado alejada del bien jurídico, puesto que con su actuación no puede lesionar materialmente el bien jurídico protegido. Por otro lado, afirma esta autora que cuando el funcionario realiza una

⁶¹ Así lo considera el CGPJ en su informe al Anteproyecto. En este informe se valora positivamente la inclusión de los actos propios del cargo.

⁶² BACIGALUPO ZAPATER, *DJ 37/40* (1983), vol. I, 390; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: ASÚA (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, 1997, 167; OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, 1999, 192; RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho*, 1999, 292 s.; GARCÍA ESPAÑA, *El premio a la colaboración con la justicia*, 2006, 141.

⁶³ RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho*, 1999, 292 s.

⁶⁴ OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, 1999, 192 s.

oferta corrupta está decidido a proceder a la lesión del bien jurídico y sólo le queda encontrar a un particular que esté dispuesto a aceptar su oferta, por lo que, en este sentido, los particulares son intercambiables y prescindibles. Por último, considera GARCÍA ESPAÑA, que la eliminación de este precepto contribuiría a la mejora de la persecución del delito de cohecho del funcionario, puesto que el particular podría denunciar en todo momento sin temor a las consecuencias⁶⁵.

En mi opinión, es importante precisar que, en los supuestos de aceptación en los que el particular actúa por miedo o por error, el tratamiento penal debe ser distinto⁶⁶. Por lo tanto la discusión gira sobre si se debe destipificar o no la conducta del particular que acepta la solicitud del funcionario porque así obtiene una ventaja. No creo que sea un argumento suficientemente sólido la afirmación de que los particulares son prescindibles o intercambiables, porque creo que ello es extensivo a cualquier cómplice de un delito⁶⁷ y tampoco creo que sea convincente el argumento político criminal de que con la destipificación se favorece la denuncia del particular. Se podría contestar que lo que debe hacer el particular no es aceptar y luego denunciar, sino no aceptar. La cuestión clave será estudiar si la conducta de aceptación por parte del particular es lo suficientemente grave, desde el punto de vista del bien jurídico, para considerarla merecedora de sanción penal. Se puede afirmar que cuando el particular corrompe o intenta corromper al funcionario pone en peligro el bien jurídico —condiciones necesarias para el correcto funcionamiento de la Administración— sobre el que el funcionario tiene el dominio funcional para lesionarlo. Sin embargo, en el caso del particular que acepta simplemente la solicitud no parece tan clara esta puesta en peligro, puesto que ésta ya se ha producido con la actitud del funcionario y, desde luego, al menos es dudoso que dicho peligro se incremente con la aceptación del particular⁶⁸.

⁶⁵ GARCÍA ESPAÑA, *El premio a la colaboración con la justicia*, 2006, 141 s.

⁶⁶ Distintos serán aquellos supuestos en los que el particular acepta por miedo o por error. Sobre la solución de estos casos, OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, 1999, 243 ss.

⁶⁷ Es verdad que el sujeto que acepta la solicitud de un funcionario no es propiamente un cómplice porque el delito de cohecho pasivo se consume antes de que se produzca la aceptación, con la mera solicitud del funcionario. Lo que quiero decir en el texto es que también los cómplices son intercambiables en un delito y no por ello decimos que no haya que castigar su conducta.

⁶⁸ En el Derecho comparado (alemán o portugués) no se recoge esta conducta típica. En el Código penal italiano se diferencia expresamente entre el delito de concusión (art. 317) y el delito de cohecho pasivo y activo (art 318 ss). Esta distinción tiene como efecto la consideración como no punible o punible la conducta del particular que entrega la ventaja —no vale con la mera aceptación—. V. ampliamente, OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, 1999, 434 ss.

Por su parte, el Proyecto de Reforma del CP en su art. 424.2 equipara la pena del particular a la del funcionario cuando el primero *entregare la dádiva o retribución atendiendo la solicitud del funcionario*. Parece que el Proyecto, a diferencia del CP, vuelve a equiparar la pena del particular que acepta la solicitud del particular. Cabría quizá interpretar que el proyecto exige que el particular haya entregado efectivamente la dádiva, sin que baste, como ocurre en la actualidad, que haya aceptado la solicitud, de modo que la mera aceptación resulte impune. No obstante, esta interpretación restrictiva no concuerda con la exención de pena del art. 426 del Proyecto (art. 427 CP) que se otorga al particular que *haya accedido ocasionalmente a la solicitud*⁶⁹.

3.2. *Responsabilidad del particular que induce al funcionario, por medio del soborno, a cometer un delito*

Considero importante hacer un breve análisis sobre la responsabilidad en la que incurre el particular que induce, por medio de la dádiva, al funcionario a que realice un acto en el ejercicio de su cargo constitutivo de delito cuando el funcionario perpetra el delito. En el ámbito de la corrupción urbanística ya se ha visto más arriba cómo el funcionario puede practicar un importante número de conductas irregulares, algunas de las cuales pueden constituir delitos de, por ejemplo, falsedades, prevaricaciones generales o urbanísticas, delitos contra el medio ambiente etc. La cuestión que se plantea en este punto es si el particular, además de por el delito de cohecho activo, deberá responder, concretamente como inductor, del delito cometido por el funcionario público.

Algunos autores niegan la posibilidad de hacer responder al particular como inductor en ningún caso. Destaca en este sentido la opinión de VALEIJE ÁLVAREZ, que entiende que el apreciar un concurso de delitos entre la autoría del delito de cohecho activo y la inducción al delito de que se trate vulnera el principio de *non bis in idem*, puesto que el particular que con dinero logra hacer nacer en el funcionario la voluntad de cometer un delito en el ejercicio de su cargo no hace más que inducirle a cometer el referido delito, y ese es el fundamento dogmático de la incriminación del corruptor⁷⁰. En parecidos términos se manifiesta DE LA MATA BARRANCO cuando afirma que la doble sanción, implica sin lugar a dudas una vulneración del *non bis in idem*, puesto que de la actuación que el particular pretende del

⁶⁹ En este sentido DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: ARANGÜENA/SANZ, *La reforma de la Justicia Penal*, 2008 (en prensa).

⁷⁰ VALEIJE ÁLVAREZ, *La corrupción*, 1995, 247 ss.

funcionario no puede entenderse que aparecen dos finalidades distintas, la de corromper en sí, intentando que el funcionario acepte la dádiva y la de conseguir, además, que en virtud de ella realice la actuación deseada. El cohecho activo, opina este autor, no añade ningún elemento que no requiera la figura de la inducción; únicamente contempla determinados supuestos que el legislador expresamente ha considerado atípicos en el ámbito de otros delitos, destacando mediante la previsión de pena el desvalor de la instigación por precio en el ámbito de la función pública⁷¹.

Desde mi punto de vista cabe apreciar en la conducta del particular el concurso de delitos entre el cohecho activo y el posterior delito cometido por el funcionario. El fundamento por el que se pena al particular por ambos delitos no es el mismo. Al corruptor se le pena por un lado porque con la conducta de ofrecer dinero está perturbando el correcto funcionamiento de la Administración y por otro, por hacer nacer *ex novo* en el funcionario la idea de cometer un delito. Creo que no deben confundirse dos planos distintos.

Una cosa es la finalidad que mueva al particular a actuar, que puede ser efectivamente la de hacer nacer en el funcionario la idea de cometer un delito, y otra es que esa forma de actuar constituya por sí misma un delito distinto, en este caso un delito de cohecho activo. Entiendo que si se castiga al particular únicamente como inductor del delito cometido por el funcionario no se tendrá en cuenta que el particular ha puesto en peligro el correcto funcionamiento de la Administración. Si, por el contrario, se le hace responder únicamente por el delito de cohecho activo, no se estará teniendo en cuenta ese mayor desvalor que implica el hacer nacer en otra persona la idea de cometer un delito.

Esta opinión que definiendo podría ser discutible si se tiene en cuenta que el CP ya castiga más gravemente al particular que ofrece dinero para que el funcionario realice un acto constitutivo de delito que cuando ofrece dinero por un acto no delictivo. Opino, no obstante que esta mayor pena viene justificada porque dicha conducta supone, igual que en el caso del funcionario, un atentado más grave al correcto funcionamiento de la Administración. Pero, desde luego, si se unificaran todos los tipos de cohecho pasivo, sin diferenciarse distinta pena en virtud de la diversa naturaleza del acto a la que se compromete el funcionario, creo que la tesis del concurso de delitos entre la autoría del cohecho activo y la inducción al posterior delito que cometiera el funcionario sería la que de forma más coherente recogería el distinto desvalor de las conductas. Así se ha entendido en el Proyecto de Reforma, que, como se ha

⁷¹ DE LA MATA BARRANCO, *La respuesta a la corrupción pública*, 2004, 245 ss.

visto, unifica los tipos de delitos de cohecho pasivo relativos a actos constitutivos de delito y actos injustos y, por otro lado, en el delito de cohecho activo establece que el particular responderá como autor de dicho delito *sin perjuicio de la pena que, en su caso, le pudiera corresponder como inductor al delito eventualmente cometido por estos* (se refiere a los funcionarios).

3.3. Exención de pena: art. 427 CP

El art. 427, que supuso una novedad introducida por el CP 1995, contiene una exención de pena para el particular que acepta la solicitud del funcionario en los siguientes términos: «Quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que haya accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva o presente realizada por autoridad o funcionario público y denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación, antes de la apertura del correspondiente procedimiento, siempre que no hayan transcurrido más de diez días desde la fecha de los hechos»⁷².

Este precepto puede tener, desde mi punto de vista, un doble fundamento⁷³.

Por un lado, facilitar al particular, que accede ocasionalmente a la solicitud del funcionario, la posibilidad de librarse de la sanción penal, aun habiendo cometido un delito.

Por otro lado, favorece el descubrimiento de los elementos corruptos que actúan dentro de la Administración, perturbando el correcto servicio que los poderes públicos deben prestar a los ciudadanos.

⁷² Es un precepto que se ha aplicado en contadas ocasiones. V. SAP Sevilla 12-4-2000; SAP Alicante 4-12-2001; SAP Madrid 2-3-2006. La razón de la escasa aplicación puede deberse desde mi punto de vista a dos razones. En primer lugar por la ambigüedad de los requisitos exigidos por el precepto, especialmente el requisito de que se haya aceptado «ocasionalmente», que como se verá es de difícil concreción; por otro lado, el escaso plazo que permite el precepto para la denuncia (máximo diez días) hace también difícil que el ciudadano tenga tiempo para decidir qué hacer, informarse sobre las posibles consecuencias de su conducta y denunciar. En segundo lugar, si se revisa la jurisprudencia se ve que, en realidad, hay muy pocas condenas por delito de cohecho activo. Ello sorprende, porque en la mayoría de las ocasiones en que se condena por un delito de cohecho pasivo se debería condenar también por delito de cohecho activo —salvo aquellos supuestos en los que únicamente ha habido una solicitud del funcionario no aceptada por el particular—, sin embargo ello no es así.

⁷³ No me voy a detener en el estudio de los requisitos. V. OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, 1999, 436 ss; RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho*, 1999, 305 ss.; GARCÍA ESPAÑA, *El premio a la colaboración con la justicia*, 2006, 109 ss.

Además, dada la regulación actual del delito de cohecho, el precepto se puede justificar desde los fines de la pena, especialmente desde el fin de prevención general tanto negativa como positiva. Desde la prevención general positiva, la sociedad comprueba que el CP persigue a aquellos sujetos, los funcionarios, que tienen el dominio funcional del bien jurídico, y, en último extremo, los que tiene el poder real de lesionarlo. Desde la prevención general negativa, no supone una disminución de la eficacia inhibitoria desde el momento que sólo queda eximido de pena el particular cuando no toma la iniciativa y cuando denuncia los hechos con cierta inmediatez.

Dicho lo anterior, sin embargo, la doctrina ha efectuado diversas críticas a este precepto.

Por un lado, se ha dicho que es un precepto que puede favorecer chantajes o amenazas por determinados particulares (especialmente por aquellos particulares que constituyen posibles grupos de presión, como empresario de importancia, grandes bufetes, etc.). Incluso cumpliéndose los requisitos del precepto algunos autores destacan esta posibilidad del chantaje, por ejemplo exigiendo por parte del particular al funcionario el cumplimiento efectivo del acto al que se ha comprometido⁷⁴. Debe tenerse en cuenta que el acto al que se habrá comprometido el funcionario será un delito o un acto o abstención injusta, porque como ya se ha visto más arriba el cohecho activo, en todas sus modalidades, es el reverso del cohecho pasivo propio.

RODRÍGUEZ PUERTA critica también el precepto porque considera que la única finalidad que inspira esta medida premial se encuentra en razones de índole pragmático, puesto que no requiere para su aplicación ni el abandono de la actividad delictiva, ni tampoco condiciona su operatividad a la adopción de medidas tendentes a reparar el daño. Se premia únicamente la delación, dirigida a descubrir y sancionar hechos pasados. Por otro lado afirma esta autora que la eficacia del precepto será muy escasa, puesto que la impunidad del particular no será en principio suficiente para obtener su colaboración, ya que con la denuncia sólo consigue la exención de pena del delito de cohecho, pero dicha exención no es extensiva a los delitos conexos y a las posibles irregularidades administrativas que haya podido cometer el funcionario⁷⁵.

Por su parte GARCÍA ESPAÑA considera innecesaria esta figura al entender que la conducta del particular que acepta la solicitud del funcionario debería ser atípica. Por otro lado entiende que los requisitos que el pre-

⁷⁴ ORTS BERENGUER/VALEJE ALVAREZ, *Comentarios CP*, 1996, 1842.

⁷⁵ RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho*, 1999, 301 s.

cepto establece, especialmente el límite temporal convierten a la figura en inaplicable⁷⁶.

Considero razonables las críticas que ha puesto de manifiesto parte de la doctrina. Es evidente que cabe la posibilidad de que los particulares se aprovechen de este precepto para chantajear al funcionario, y es verdad también que la figura contenida en el 427 supone un premio a la delación de hechos pasados sin que se exija ninguna reparación del daño. Dicho lo anterior se pueden realizar algunas consideraciones que justifiquen la presencia de este precepto en nuestra legislación.

En primer lugar, ya se ha visto más arriba, que nuestro CP es el único de su entorno que castiga la conducta del particular que se limita a aceptar la solicitud del funcionario, a pesar de que es dudoso el que con dicha conducta se incremente el peligro para el bien jurídico.

En segundo lugar, nuestro CP tampoco distingue aquellos supuestos en los que el particular acepta por miedo o presionado (delito de concusión italiano) de aquellos en los que el particular busca una ventaja. Por lo que la figura del art. 427 podría dar la posibilidad a los primeros de librarse de la sanción penal.

En tercer lugar, es cierto que el art. 427 CP busca el premio a la delación, pero no se puede obviar que busca la delación de aquellos sujetos que desde dentro de la Administración tienen la posibilidad de lesionar el bien jurídico.

En cuarto lugar, esa falta de eficacia a la que se alude por parte de RODRÍGUEZ PUERTA, en cuanto a que la exención de pena no lleva aparejada la exención de pena o de responsabilidad del particular respecto al delito o infracción cometida por el funcionario, es discutible porque habría que analizar cada caso para comprobar si el particular puede responder y en calidad de qué por el delito cometido por el funcionario.

Estas razones, unidas al respeto a los fines de la pena pueden justificar la presencia de este precepto en nuestro CP, aunque probablemente fuera mejor un cambio en la legislación en el sentido, por ejemplo,

⁷⁶ GARCÍA ESPAÑA, *El premio a la colaboración con la justicia*, 2006, 141 ss. Esta autora propone, sin embargo, la siguiente figura: «Quedará exento de pena la autoridad o funcionario público que, habiendo aceptado una propuesta corrupta propia de un delito de cohecho o de tráfico de influencias, voluntariamente revelare los hechos a tiempo de poder evitar sus consecuencias». Aunque haría falta un estudio más detallado de esta propuesta, en principio no estoy de acuerdo con ella porque supone premiar precisamente al funcionario, quien ostenta el dominio funcional sobre el bien jurídico, que se deja corromper. No acabo de ver claras cuáles son las consecuencias que el funcionario puede evitar una vez que ha aceptado el soborno, pues en este momento el delito ya está consumado sin necesidad de que el funcionario haga nada más.

de no sancionar al particular que accede a la solicitud del funcionario, o, al menos, de no sancionarle en aquellos casos en los que accede presionado.

IV. Reflexión final

En el trabajo que presento he partido de que estamos ante una situación peligrosa, cual es la extensión importante que tiene en nuestro país el fenómeno de la corrupción urbanística. Ya se han visto algunas de las más importantes irregularidades que se producen en este ámbito así como sus posibles causas. En este estudio se han intentado analizar algunos de los puntos más discutidos del delito de cohecho porque detrás de muchas de las irregularidades urbanísticas se esconde un soborno, se esconde un delito de cohecho, cometido tanto por un funcionario como por el particular que ofrece el soborno. Por ello, me ha parecido interesante pararme en el estudio de este delito, curiosamente no muy aplicado por los tribunales, a pesar de tratarse de un delito clásico en nuestros Códigos penales. Una sociedad con una estructura institucional fuerte se caracterizará porque los comportamientos corruptos serán una excepción que pueden ser detectados y sancionados. Frente a ésta, una sociedad estructuralmente débil será aquella en la que gran parte de sus integrantes se sirven de prácticas corruptas, difíciles de sancionar. Deberíamos plantearnos en el ámbito urbanístico cómo de fuerte es nuestra estructura y plantearnos las razones por las que fallan los mecanismos de control.

En todo caso quiero terminar con una reflexión de LÓPEZ CALERA, que hago mía: «Los políticos corruptos no nacen de la nada ni vienen de lugares especiales, sino que son personas que han sido formadas y determinadas por las exigencias de socialización de una determinada sociedad. La competitividad feroz, el insaciable afán de éxito y de lucro, la desmedida afición al dinero, etc. que son sin duda fuentes de energía para el mundo económico y empresarial, son los grandes valores en los que se educa a los jóvenes. Éstos, cuando sean mayores y si se les ocurre asumir responsabilidades políticas, pueden terminar rompiendo las reglas establecidas para el juego público, según las cuales el interés público debe prevalecer sobre el interés privado. Los sinvergüenzas públicos no son sino los sinvergüenzas privados a los que les ha dado por comerciar con el bien común para su personal provecho»⁷⁷.

⁷⁷ LÓPEZ CALERA, en: LAPORTA/ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política*, 1997, 129 s.

Bibliografía

- ACALE SÁNCHEZ, María: «Tratamiento de la corrupción urbanística en el proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal de 15 de enero de 2007», en: *La Ley penal* 38 (2007), 5-30.
- ÁLVAREZ, Silvina: «Reflexiones sobre la calificación moral del soborno», en: LAPORTA, Francisco/ÁLVAREZ, Silvina (eds.), *La corrupción política*, Alianza Editorial, Madrid, 1997, 91-116.
- ARGANDOÑA, Antonio: «La financiación de los partidos políticos y la corrupción en las empresas», en: *Papeles de Ética, Economía y Dirección* 6 (2001), 1-20.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: «Sobre la reforma de los delitos de funcionarios», en: *Documentación Jurídica* 37/40 (1983), 1095-1105.
- BENITO SÁNCHEZ, Demelsa: «Algunas consideraciones en torno a la corrupción urbanística en España», en: SANZ MULAS, Nieves (coord.), *El DP y la nueva sociedad*, Comares, Granada, 2007, 37-70.
- CACIAGLI, Mario: *Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.
- CASAS BARQUERO, Enrique: «Observaciones técnico-jurídicas sobre la incriminación del cohecho en el Código penal español», en: *Documentación Jurídica* 19 (1978), 857-921.
- CASTRO MORENO, Antonio: «La nueva modalidad de cohecho por actos propios del cargo del art. 425.1 del Código Penal: problemas de distinción con otras figuras», en: *Actualidad Penal*, 2002-1, 19-41.
- CARDENAL MONTRAVETA, Sergi: «Concepto, modalidades y límites del delito de cohecho. Comentario a la STS de 7 de noviembre de 2001», en: *Revista de Derecho Penal y Criminología* 10 (2002), 295-327.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto: *La respuesta a la corrupción pública. Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella*, Comares, Granada, 2004.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: «El delito de cohecho», en: ASÚA BATARRITA, Adela (eds.), *Delitos contra la Administración Pública*, IVAP, Bilbao, 1997, 161-170.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: «El tratamiento de la corrupción en el proyecto de Reforma del Código Penal», en: ARANGÜENA FANEO, C./SANZ MORÁN, Ángel (coords.), *La reforma de la Justicia Penal: aspectos materiales y procesales*, Lex Nova, Valladolid, 2008 (en prensa).
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis/PRIETO DEL PINO, Ana María/GÓMEZ-CÉSPEDES, Alejandra/STANGELAND, Per/VERA JURADO, Diego José: *Prácticas ilícitas en la actividad urbanística. Un estudio de la Costa del Sol*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: «La corrupción política y económica: anotaciones para el desarrollo de su estudio», en: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. (coord.), *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, Ratio legis, Salamanca, 2000, 17-21.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: «Delitos contra la Administración Pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas», en: *La Ley* 1997-3, 1685-1687.

- FUNDACIÓN ALTERNATIVAS: *Urbanismo y democracia. Alternativas para evitar la corrupción*, Madrid, 2007, 1-183.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes: «La prevaricación administrativa y otros comportamientos injustos en el Código Penal de 1995», en: *Revista Aragonesa de Administración Pública* 11 (1997), 362-371.
- GARCÍA ESPAÑA, Elisa: *El premio a la colaboración con la justicia. Especial consideración a la corrupción administrativa*, Comares, Granada, 2006.
- GONZÁLEZ, Joaquín: *Corrupción y justicia democrática*, Clamores, Madrid, 2000.
- GRAUPE, Johannes: *Die Systematik und das Rechtsgut der Bestechungsdelikte*, München, 1988.
- JIMÉNEZ DE PARGA, Manuel: «La corrupción en la democracia», en: LAPORTA, Francisco/ÁLVAREZ, Silvina (eds.), *La corrupción política*, Alianza Editorial, Madrid, 1997, 135-156.
- LÓPEZ CALERA, Nicolás: «Corrupción, ética y democracia», en: LAPORTA, Francisco/ÁLVAREZ, Silvina (eds.), *La corrupción política*, Alianza Editorial, Madrid, 1997, 117-134.
- LASCOURMES, Pierre: *Corrupsiones. EL poder frente a la Ética*, Bellaterra, Barcelona, 2000.
- NIETO, Alejandro: *Balada de la justicia y la Ley*, Trotta, Madrid, 2002.
- NIETO, Alejandro: *El desgobierno de lo público*, Ariel, Barcelona, 2008.
- OLAIZOLA NOGALES, Inés: *El delito de cohecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- OLAIZOLA NOGALES, Inés: «Los delitos contra la Administración Pública», en: MIR PUIG, Santiago/CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dirs.)/GÓMEZ MARTÍN, Víctor (coord.), *Nuevas tendencias en Política Criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995*, Reus-IBdeF, Madrid-Buenos Aires, 2006, 361-400.
- ORTS BERENGUER, Enrique/VALEIJE ÁLVAREZ, Inma: Comentario a los arts. 419 ss. en: VIVES ANTÓN, Tomás (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- PRADERA, Javier: «La maquinaria de la democracia. Los partidos en el sistema político español», en: LAPORTA, Francisco/ÁLVAREZ, Silvina (eds.), *La corrupción política*, Alianza Editorial, Madrid, 1997, 157-188.
- POZUELO PÉREZ, Laura: «La delincuencia urbanística», en: POZUELO PÉREZ, Laura (coord.), *Derecho Penal de la Construcción. Aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo*, Comares, Granada, 2006, 1-131.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María: voz «Cohecho», en: Nueva Enciclopedia Jurídica, vol. IV, 1952, 354-364.
- RODRÍGUEZ PUERTA, M.^a José: *El delito de cohecho: Problemática Jurídico-Penal del soborno de funcionarios*, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- ROSE-ACKERMAN, Susan: *La corrupción y los gobiernos*, Siglo Veintiuno de España, Madrid, 1999.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: «La corrupción y los problemas del control de las administraciones públicas», en: LAPORTA, Francisco/ÁLVAREZ, Silvina (eds.), *La corrupción política*, Alianza Editorial, Madrid, 1997, 189-210.
- SANZ MULAS, Nieves: «Corrupción urbanística (la mezcla de cemento, ayuntamientos y comisiones ilegales)», en *La Ley penal* 45 (2008), 66-91.
- TORTOSA, José María: *Corrupción*, Icaria, Barcelona, 1995.

- URQUIZA, José Manuel: *Corrupción Municipal Por qué se produce y cómo evitarla*, Almuzara, Córdoba, 2005.
- VALEJE ÁLVAREZ, Inma: *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Edersa, Madrid, 1995.
- VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge: *Delitos contra la Administración Pública: estudio crítico del delito de cohecho*, Comares, Granada, 2003.

El urbanismo como escenario delictivo

Joaquín Giménez García
Magistrado de la Sala II del Tribunal Supremo

I. Introducción

Como se afirma en su Exposición de Motivos, una de las características del Cpenal 1995 ha sido la de dar acogida a nuevas formas de delincuencia, singularmente en materia de ordenación del territorio y de los recursos naturales, dando lugar al Título XVI arts. 319 al 340.

Es el más claro reconocimiento de la existencia de una nueva categoría de bienes jurídicos cuyo titular es la Sociedad entendida en su globalidad, por lo que su vulneración, provoca una macrovictimización en la que las víctimas, al ser una generalidad, carecen de rostro, pero no por eso son menos objetivos su daño y la necesidad de una enérgica protección penal.

La existencia del Título XVI es una consecuencia lógica del expreso mandato constitucional contenido en el art. 45-1.º relativo al Medio Ambiente y a la calidad de vida.

En una previsión sin precedentes, en el párrafo 3.º se acuerda de modo imperativo que «...se establecerán sanciones penales en su caso administrativas...» para quienes vulneren las disposiciones protectoras del medio ambiente y los recursos naturales.

Enlazado con ello en el art. 53-3.º —De las garantías de las libertades y derechos fundamentales— se dice que:

«...el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Tercero, informará la legislación positiva y la práctica judicial...».

Ante este claro mandato, no puede cuestionarse la naturaleza normativa de los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III de la Constitución, del que forma parte el citado art. 45. No se está ante una declaración de buenos principios sino ante un principio que debe guiar toda la actividad judicial.

Los movimientos migratorios dentro de España, incrementados por la nueva condición de España como país de acogida de miles de inmigrantes, que buscan aquí un mejor futuro, o simplemente, un futuro para sus vidas, junto con la elevación del nivel de vida ha provocado, paralelamente un mercado inmobiliario marcado, por la necesidad de disponer de viviendas, que ha dado lugar a una legión de pícaros en el pasado siglo xx que se proyecta en el presente y recién estrenado siglo xxi.

Estos nuevos pícaros en nada se parecen a las figuras descritas magistralmente en nuestra literatura del Siglo de Oro.

Estos nuevos pícaros pertenecen a las clases económicamente poderosas para las que la respuesta penal, ha sido, y quiero pensar que en tiempo pasado, una respuesta que les dejaba fuera de los riesgos de la represión penal. Esta operaría sólo respecto de otra clase de delincuentes alejados de las esferas económicas y políticas del poder, grupos con frecuencia marginales crecidos en un escenario de carencias y respecto de los que el sistema penal, ha actuado como multiplicador de la desigualdad social en no pocas veces.

Es una situación que no puede y debe ser mantenida. Hoy día *ya no hay una clase de delincuentes*, sino que hay *delincuencia de clase*, cada clase social, también la de los poderosos, cometen delitos. Si a los marginales, su propia carencia les lleva a la delincuencia, los poderosos ponen al servicio de sus ambiciones económicas y políticas su esmerada cultura y los conocimientos adquiridos, que ha dado lugar al nacimiento de la llamada delincuencia de cuello blanco.

Qué duda cabe que los delitos relativos a la ordenación del territorio deben incluirse dentro de la delincuencia de cuello blanco, de la que constituyen una subespecie caracterizada por su conexión con la delincuencia de los funcionarios públicos.

El fenómeno de la corrupción o abuso del poder con fines de enriquecimiento personal, es también un síntoma de una dolencia que aqueja globalmente a la Sociedad en cuyo seno se produce, y esta dolencia se concreta en una perversa jerarquía de valores que coloca en la cúspide de la pirámide valorativa el poder económico por encima de cualquier otro, en general, en maridaje con el poder político.

Tiene total vigencia y actualidad la clarividente reflexión de Montesquieu, para quien «...todo hombre que tiene poder siente la tentación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites...». La división de poderes del Estado, también debida a Montesquieu, tiene como origen esa apreciación.

Y es que la industria del ladrillo, tantas veces distinguida como la locomotora económica del país, y el mejor termómetro de la salud económica, oculta tras este brillante discurso la realidad de una especula-

ción de altos vuelos que con el señuelo de la necesidad de construir viviendas para satisfacer una demanda creciente —actualmente puede estimarse que en una franja litoral de 5 km. de profundidad vive el 30% de la población española, que asciende al 50% en los cincuenta km. de perímetro costero—, oculta un medio de enriquecimiento tan desproporcionado, como descontrolado es el desarrollo urbanístico de tantas y tantas ciudades españolas.

Esta situación exige como ya se ha dicho, la complicidad de las autoridades locales, y aquí se encuentra una de las características que ofrece la delincuencia urbanística y a la que me acabo de referir: *su conexión con la delincuencia funcional*, que es la que va a eliminar los obstáculos legales que pudieran existir para el constructivismo descontrolado.

Es el maridaje entre los constructores/promotores y las autoridades locales concernidas lo que va a permitir el nacimiento de las condiciones idóneas para este enriquecimiento desbocado que degrada los paisajes en connivencia y complacencia, en ocasiones, de *sectores sociales que fascinados por el desarrollismo inmediato*, son incapaces de ver las hipotecas de todo tipo que se van a transmitir a las generaciones futuras, todo ello, potenciado por la *dispersión normativa* existente y la propia autonomía con que cada municipio que a través de sus regidores puede ordenar y reordenar su territorio a partir de las recalificaciones de terrenos, reducción de zonas verdes, ausencia de suelo para equipamientos sociales, etc. etc.

Tal vez ha llegado el momento de reelaborar la célebre cita de Clemenceau, y como sugiere mi compañero de Sala, Martín Pallín, concluir que «...el urbanismo es demasiado importante como para dejarlo en manos de los Ayuntamientos...».

No se trata de un panorama injustificadamente sombrío, hay que recordar que, recientemente, *el Parlamento Europeo* ante el sinfín de quejas de ciudadanos europeos que, buscando el sol y la tranquilidad de tantos pueblos costeros de España, se han visto sorprendidos con esta cruzada urbanística y perjudicados en sus viviendas hace años adquiridas, y hoy en riesgo, ante la voracidad de los «agentes urbanísticos» surgidos al amparo de las diversas leyes del suelo publicadas por la casi totalidad de Comunidades Autónomas —todas a excepción de Cataluña, País Vasco y Baleares—, con riesgo lógico de graves alteraciones al quedar incluidas en planes de desarrollo urbanístico que incluso llegan a prever su destrucción.

Insisto, no es un alarmismo injustificado, el propio Parlamento Europeo ante las reclamaciones efectuadas por más de 15.000 propietarios de viviendas en la Comunidad Valenciana, que estaban en peligro ante la concesión, prácticamente casi expropiativa del urbanismo alternativo

encomendado al agente urbanístico, como gestor y subrogado en materia de contratación pública y expropiación de terrenos, todo ello en el marco de la *Ley valenciana* reguladora de la actividad urbanística, mostró su preocupación por el *impacto desastroso en el medio ambiente y la ecología de numerosas zonas costeras* y por el debilitamiento del propio derecho de propiedad, amenazado por la voracidad expropiatoria del agente urbanizador con la connivencia de los Ayuntamientos, y así lo hizo constar en la oportuna Resolución de 13 de diciembre de 2005 redactada tras la visita que representantes de la institución efectuaron a la Comunidad Valenciana.

II. Corrupción urbanística

Con lo dicho hasta ahora, puede concluirse que la *corrupción urbanística*, en una *subespecie de la delincuencia económica* que se caracteriza por su conexión, más bien, por estar injertada en la corrupción administrativa, y ello la sitúa en los aledaños del poder político.

Es en definitiva una manifestación del abuso de poder y como tal se contrapone al poder democrático que se caracteriza, cualquiera que sea el concreto ámbito en el que actúa por la existencia de límites, transparencia de su actuación y garantía de control efectivo.

El *esquema* más típico de la corrupción urbanística está constituido por dos protagonistas; un *cargo público* que otorga una licencia para una construcción imposible de acuerdo con la normativa urbanística del municipio concernido, y un *beneficiario* de esa autorización que actúa en connivencia con aquél y que es quien, de ordinario, toma la iniciativa.

Hay, pues, dos colectivos.

El primer grupo está integrado por aquellas personas profesionales de la actividad constructora ya como promotores o constructores, y que actúan generalmente bajo la forma de persona jurídica. Son las personas influyentes.

El segundo grupo está formado por las autoridades, funcionarios o técnicos de los Ayuntamientos que en connivencia con los primeros para obtener una recalificación de terrenos, un cambio de los usos del mismo o una modificación del nivel de edificación son personas influidas.

Obviamente, unos y otros actúan movidos por un *ánimo de lucro*, pero así como la actividad de los primeros es un hacer, la de los segundos es un dejar hacer, no ejerciendo sus funciones de control, no impidiendo la ilegalidad de las obras, permitiendo, en definitiva la vulneración de la normativa.

Una variante del primer grupo estará formada por aquellas personas, generalmente físicas que adquirieron un terreno no susceptible de ser urbanizado, para después de ser propietarios, a un precio bajo dada la naturaleza del terreno de *no urbanizable*, consiguen con sus influencias la recalificación del terreno con el consiguiente enriquecimiento.

En cualquier caso, estos colectivos no son ni responden a la figura del delincuente marginal. Antes bien son personas bien instaladas, con acceso a todas las comodidades de la vida moderna, bien socializados y lo que es más significativo, tales maquinaciones, *no han recibido de la sociedad la desaprobación* que sus acciones merecen, al ser conductas extendidas y con frecuencia exitosas, son admiradas, cuando no envidiadas y puestas como dignas de ejemplo para «*triunfar en la vida*».

Recordemos las *características de dicha delincuencia* siguiendo a Sutherland:

- a) Se trata de delincuentes de nivel socioeconómico elevado y que se definen por tener un peculiar código moral y escala de valores que preside el éxito económico, y por tanto el enriquecimiento personal.
- b) Cuentan con asesores competentes en el mundo jurídico-económico que ponen sus conocimientos al servicio de burlar o sostener la Ley.
- c) Abusan de la figura de la persona jurídica para conseguir la impunidad personal. Las técnicas del levantamiento del velo son necesarias en estas investigaciones.
- d) Otra forma de conseguir la impunidad de los últimos y más importantes responsables es concentrar la responsabilidad penal en eslabones intermediarios, a pesar de no tener ellos la última y más importante responsabilidad.
- e) Esta delincuencia se produce en un escenario de insensibilización —cuando no admiración— social. No hay un reproche social intenso.

Ya en 1934, Jiménez de Asua, en el prólogo a la obra de Rodríguez Sastre «*El delito financiero*» decía:

«...el español de presa, ansioso de desgajar a otro de su fortuna o de sus ahorros, se echaba al monte, con el clásico calañe y trabuco naranjero, escapando de sus perseguidores a lomos de jaca andaluza. Hoy crea sociedades, desfigura balances, simula desembolsos y suscripciones, y montado en la ignorancia de fiscales y magistrados, escapa sobre el cómodo asiendo de su automóvil...».

¿Siguen teniendo vigencia estas reflexiones?. Dejo abierto este interrogante.

No son sujetos que precisen una resocialización ni menos, resocialización vía carcelaria. Para ellos, la causa cumple el fin expiacionista propio. En tal sentido se pronuncia la STS 598/2003 de 22 de abril, al referirse al fin resocializador de la pena respecto de las personas que delinquen desde la abundancia de bienes de todo tipo que disfrutaban:

«...pero ello no borra ni elimina el propio fin aflictivo que la prisión produce —prevención especial—, y el aviso a la Sociedad —prevención general—, lo que resultan tanto más relevante cuanto, como en el caso de autos, la persona no llegó a la delincuencia por una previa marginación social, sino desde una cómoda y desahogada situación social y cultural, por lo que cobra especial relevancia la finalidad aflictiva...».

Qué duda cabe, que la problemática de las penas de prisión, todavía columna vertebral de la respuesta penal en todos los sistemas penales del mundo civilizado, puede tener su especificidad en relación a la delincuencia económica, singularmente desde la vocación resocializadora a que deben responder tales penas ex art. 25 de la Constitución.

¿Cómo rehabilitar/resocializar a quien ya lo está?.

Personalmente estimo que en relación a estos «importantes» delinquentes, los aspectos expiacionistas de la pena pesan más —y con toda legitimidad— que aquella vocación de resocialización, imposible por innecesaria.

Sería tremendamente injusto, reservar la prisión para los sectores marginales de la población que delinquen. El principio de igualdad en la respuesta penal exige que también para la delincuencia económica se incluyan las penas de prisión, incluso las penas de prisión cortas ya que el riesgo del contagio carcelario con la consiguiente desocialización es un riesgo bastante conjurado en estos casos, y, además, no puede olvidarse ni desdeñarse el valor simbólico y real efecto intimidatorio que puede tener el hecho de que «líderes» de las finanzas, personas importantes a las que se le han probado la comisión de delitos, ingresen como otro delincuente más en la cárcel. Es una medida de verdadera higiene social.

III. El caso Marbella. Un ejemplo de corrupción urbanística

El *Boletín Oficial del Estado* de 8 de abril de 2006 publicaba el Real Decreto 412/2006, de 7 de abril, por el que se dispone la disolución del Ayuntamiento de Marbella en virtud de lo establecido en el art. 61.1 de

la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que prevé la disolución de los órganos de gobierno de las corporaciones locales «en el supuesto de gestión, gravemente dañosa para los intereses generales que suponga incumplimiento de obligaciones constitucionales». Los argumentos que motivaron —por primera vez en nuestro país— el recurso a dicha drástica medida fueron «la contravención sistemática de la legalidad por la actual Corporación en el otorgamiento de licencias en materia de urbanismo, así como una absoluta falta de colaboración con la Junta de Andalucía, al desatender sus numerosas solicitudes y requerimientos referidos a actos viciados de nulidad, paralización de obras ilegales, incoación de expedientes sancionadores y restablecimiento del orden público perturbado».

De los datos que constan en el Acuerdo de la Junta de Andalucía de 4 de abril de 2006 solicitando al Consejo de Ministros la disolución de la Corporación, se desprende el elevadísimo número de denuncias por el otorgamiento de licencias urbanísticas contrarias a la legalidad vigente —se calcula que hasta 100 denuncias distintas, constatando además la existencia en ese momento de más de cinco mil viviendas autorizadas ilegalmente por el Ayuntamiento—, licencias que se otorgaron la mayor parte de ellas por la vía del silencio administrativo, pues si bien los particulares las solicitaban, el Ayuntamiento no resolvía expresamente, de forma que, pasados los plazos del silencio, se entendían concedidas sin más, «sin que tampoco —como señala el Acuerdo de la Junta de Andalucía— se haya ejercido por el Ayuntamiento la potestad de intervención preventiva en los actos de edificación» es decir, sin que a posteriori, siquiera se solicitara y se pagara la correspondiente licencia de obras municipal, vaciando de esta forma de contenido no sólo la normativa urbanística, sino las arcas municipales que dejaban de ingresar ingentes cantidades en concepto de licencias que supuestamente se ajustaban a la legalidad.

A las irregularidades detectadas en materia de licencias urbanísticas se añaden «...permutas y enajenaciones de bienes inmuebles contrarias a la legalidad, así como concesiones directas para uso privativo de bienes de dominio público afectos a equipamientos o constitutivos de zonas verdes de comunidades de vecinos, todo lo cual como es evidente, no sólo supone contravención de la legalidad, sino que asimismo incide de modo directo en la calidad de vida de los habitantes de Marbella...», que entre otras cosas, vieron cómo disminuían las zonas verdes (y cómo la ciudad se fortificaba de ladrillo y hormigón), el número de hospitales públicos (con lo que los vecinos tenían que acudir a los de los municipios cercanos), colegios (causando problemas de escolarización) y viales (generando atascos de tráfico en toda la ciudad), al margen por otro lado del deterioro gene-

realizado del municipio. Todo ello pone de manifiesto el abandono absoluto de los ciudadanos marbellíes a manos de la corrupción.

Los delitos que se imputan en esta fase de la instrucción a los distintos autores son blanqueo de capitales, cohecho (activo y pasivo), tráfico de influencias, prevaricación, malversación, fraude, revelación de secretos, estafa, encubrimiento, tenencia ilícita de armas, falsedad documental, defraudación a la Seguridad Social, e insolvencias punibles. En cada uno de ellos *siempre aparece el mismo perjudicado, el Ayuntamiento marbellí*, mientras que los supuestos autores siempre pertenecen al mismo círculo: el formado por los empresarios beneficiados y por los funcionarios que tenían como misión velar por el correcto ejercicio de los poderes públicos que los ciudadanos habían puesto en sus manos a través de las urnas.

La lucha contra la corrupción urbanística en el Ayuntamiento de Marbella se está desarrollando en dos fases: durante la primera, y ante el lamentable estado urbanístico que presentaba la ciudad, se denunciaron, se persiguieron y se castigaron muchos delitos urbanísticos. En la segunda, se están sometiendo a investigación hechos que estaban ocultos bajo aquellos delitos urbanísticos y sobre los que no se ha obtenido una pista hasta que se liquidaron las responsabilidades penales derivadas de los primeros: en muchos casos, son los mismos sujetos los implicados en ambas fases.

Con lo que se está poniendo de manifiesto que, en efecto, la investigación policial para aclarar la existencia de *delitos urbanísticos es mucho más sencilla* que otras. Que, descubiertos estos ilícitos, para lo que en muchos casos basta con contrastar las construcciones llevadas a cabo con la planificación urbanística, *se facilita otro tipo de investigaciones*, por ejemplo, sobre los patrimonios de los imputados.

Ello determina que la lucha contra los delitos urbanísticos ha provocado un doble efecto, pues, por un lado, ha puesto *límite al desorden urbanístico imperante en la ciudad y, a partir de dichas investigaciones, se han obtenido datos para probar la existencia de delitos* de cohecho, tráfico de influencias, prevaricaciones, fraudes y actividades prohibidas a los funcionarios públicos, etc.

IV. La investigación de los casos de corrupción

La investigación de casos de corrupción, y de corrupción urbanística en particular reviste características propias.

Hay que partir de la capacidad de opacidad que tienen todas las operaciones de corrupción urbanística. La «*visibilidad criminal*» de la

concreta operación que se trate, va a quedar en *el secreto de las concretas personas concernidas*, que, obviamente no van a tener el menor interés en su divulgación, por ello, a la capacidad encubridora de la corrupción se une la opacidad probatoria que ofrece su investigación.

Hay que olvidarse, por lo general, de las pruebas *testificales*, salvo casos muy concretos, ninguna persona ni los implicados en la operación ni aquellas otras personas que puedan tener conocimiento como testigos, informadores o colaboradores, van a colaborar, por lo menos en la fase inicial de la investigación que es la más importantes. Va a ser difícil saltar la *ley del silencio y coacción* que rodean toda operación de corrupción.

Por ello, es preciso dirigir los esfuerzos en otra línea, en busca de datos objetivos, generalmente en forma de documentos, a través de cuyo rastro, difícil y tortuoso, puede establecerse la conexión entre unos bienes y su origen delictivo. En definitiva se trata de dirigir todos los esfuerzos en la consecución de *investigaciones económicas específicas*, concretas e interrelacionadas a través de las que se puede alcanzar la conexión delictiva.

Como ya se ha dicho, el delito urbanístico neto y aislado, es de relativamente fácil descubrimiento. Basta con comparar lo construido con lo previsto en el correspondiente Plan. Es a partir de esa evidencia, donde surgen la *segunda generación de delitos a investigar*, pues, como en el caso de la *droga*, por ejemplo, la venta es el primer eslabón de la actividad delictiva, pero no debe pararse ahí la investigación, hay que *seguir la pista del dinero así adquirido* y conocer su destino y sus beneficiarios para privarles de su disfrute. Esa es la mejor política criminal.

Pues bien, algo análogo ocurre en los casos de corrupción urbanística, en los que hay que investigar la segunda —y más grave— generación de delitos, que suele estar constituida por un amplio abanico de delitos que van desde el cohecho al tráfico de influencias, prevaricaciones, fraudes, actividades prohibidas a los funcionarios, hasta llegar al blanqueo de capitales, que recordemos *ex art. 301* que tiene la naturaleza de un *delito autónomo*, aunque tenga su origen en un delito precedente, es decir, en cualquier clase de delito precedente —versión dada por la L.O. 15/2003— si bien con anterioridad se exigía que fuese «*delito grave*».

En definitiva, la investigación de los casos de corrupción urbanística a través de las *técnicas de «seguimiento de la pista de papeles»* se ofrece como técnica investigadora eficaz para alcanzar la operación, y junto con esta «*pista de los papeles*» resulta complementaria la *prueba pericial* que los interpreta y da sentido, así como las conclusiones derivadas de tales periciales.

La trascendencia de la prueba pericial la resume claramente la penalista Delmas Marty cuando define lo que llama la pluralidad de activo común a todos los Estados de la Unión Europea con estas *palabras* «...la policía constata la infracción y participa en la investigación; el Ministerio Fiscal ejercita la acción penal, y el juez, ayudado de los peritos aprecia la culpabilidad y da vida la pena...».

Los peritos son una pieza esencial en el proceso, ya que su aportación suple la ausencia de saberes científicos del Juez, son colaboradores inestimables del Juez y del Fiscal, pero no hay que olvidar que es el Juez/Tribunal quien debe valorar toda la prueba de cargo y de descargo y a través de un proceso lógico explícito llegar a la conclusión correspondiente. Por eso *los peritos no suministran al Juez su decisión, sólo le ilustran y le ofrecen su parecer*.

En temas de delincuencia económica, esta pericial de los papeles, generalmente tiene elementos de una auditoria de cuentas.

Ahora bien, todo *juicio es un decir y un contradecir*, por ello lo usual será que frente a la pericial de la acusación, que normalmente estará efectuada por los funcionarios de los cuerpos técnicos concernidos, desde el Cuerpo de Inspectores de Finanzas del Estado hasta funcionarios del Servicio de Blanqueo del Banco de España, podrán existir otros expertos autores de informes efectuados a instancia de la defensa.

La elección de uno u otro informe no es cuestión que debe quedar oculta en la conciencia del Juez. Al igual que en el caso de la existencia de una testifical plural y contradictoria, el Juez o Tribunal debe explicitar y razonar la decisión que adopte y la superior credibilidad que le concede a un informe sobre otro, sin que a mi juicio, deban ser descalificados los de la defensa por esa exclusiva procedencia. Sería un tratamiento discriminatorio inaceptable.

De igual modo deben *abandonarse las concepciones iluministas de valoración de la prueba*, antes bien, todo Tribunal debe dar una explicación de las conclusiones a las que arribó, deben constar las respuestas a los porqués correspondientes, y ello supone valorar críticamente las opiniones de los expertos, ya para coincidir, ya para discrepar.

En definitiva, la valoración en conciencia de las pruebas ex art. 741 LECriminal, o bien el sometimiento de la prueba pericial a las reglas de la *sana crítica* como preceptúa el art. 348 de la vigente LECivil *exige en definitiva dar razón de la decisión*, sin que la intermediación judicial pueda ser un recurso para evitar toda motivación. Dicho de otra forma, y como afirma *Taruffo* «...el principio de la libre convicción ha liberado al Juez de las reglas de la prueba legal, pero no le ha desvinculado de las reglas de la razón... el Juez está obligado a justificar racionalmente sus propias

valoraciones...», por ello, no puede admitirse acríticamente —ni rechazarse— ésta o aquella prueba pericial.

Por lo demás, es lo normal que la pericial no sea la prueba decisiva, sino que esta concorra con otras probanzas, generalmente, por lo que se requiere a los casos de corrupción urbanística, pueden ser pruebas indirectas fundadas en indicios.

V. Idoneidad de la prueba indirecta basada en los indicios

En síntesis, toda investigación penal, supone la reconstrucción del pasado con las huellas del presente, pues bien, si en relación a la corrupción urbanística, los delitos del primer nivel, los que he llamado escueta y netamente urbanísticos son relativamente fáciles de acreditar, ya que basta la comparación, por ejemplo, de lo construido con el correspondiente Plan de Urbanismo, o con las iniciales precisiones del mismo, no ocurre lo mismo con los delitos del segundo nivel que van desde el cohecho al blanqueo como ya se ha dicho.

Para la investigación de estos delitos, la «*pista de los papeles*», las periciales económicas y una selección de datos enlazados que aparezcan en la instrucción nos pueden permitir construir una inferencia fundado en un juicio lógico-inductivo efectuado a posteriori por el operador judicial que nos permita arribar al hecho a probar —el delito concernido— en condiciones de alcanzar el *estándar de certeza* que puede justificar la condena. Ese estándar es, como se sabe, la certeza más allá de toda duda razonable.

Es inútil que busquemos una regulación de la prueba indirecta, en realidad toda prueba, puede ser directa o indirecta porque este adjetivo se predica de la forma en que al Juez le llega la noticia de lo ocurrido, pero como en realidad al Juez le llega la noticia siempre a través de algo o de alguien, prácticamente toda prueba es indirecta. La única directa sería aquella que percibe el Juez, sin intermediarios y por sí solo: cuando presencia un crimen. Pero entonces, ya no operaría en su condición de Juez sino de testigo.

Con esto quiero *relativizar* —y mucho— la pretendida superioridad de las pruebas *testificales* sobre las restantes.

Ya en época temprana el Tribunal Constitucional la aceptó de modo claro y contundente en sus sentencias 174/85 y 175/85 de 17 de diciembre.

Afirma la primera «...no se puede negar, y el TC no lo ha hecho la posibilidad de admitir la prueba de presunciones para enervar la inocencia reconocida constitucionalmente...».

La segunda nos dice que «...ha de reconocerse la posibilidad de que a partir de la prueba de indicios, el órgano judicial deduzca racionalmente la veracidad de los hechos no probados directamente en juicio...».

En el mismo sentido, STC 107/89 de 8 de junio: «...el TC ha declarado que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria...» y nuestro Tribunal Supremo —Sala II de lo Penal— tiene declarado entre otras STS de 15 de noviembre de 2002 que «...se crearían amplios espacios de impunidad si la prueba indiciaria no tuviera virtualidad incriminatoria...» y añade la STS 1060/2005 de 29 de julio de 2005 «...lo cual sería particularmente grave en relación a la más grave de las delincuencias: la delincuencia organizada que adopta modos y maneras empresariales y que se vertebra alrededor del principio de eliminación de toda prueba directa...».

Idéntica doctrina se mantiene en el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, y a tal efecto ya es clásica la cita de la STEDH de 18 de enero de 1978, Irlanda vs. Gran Bretaña «a la hora de valorar la prueba, este Tribunal ha aplicado el criterio de la prueba más allá de la duda razonable. Sin embargo tal tipo de prueba se puede obtener de la coexistencia de inferencias suficientemente consistentes, claras y concordantes o de similares presunciones de hecho no rebatidas».

Esta doctrina se reitera en los sustancial en las SSTEDH de 27 de junio de 2000 —Salman vs. Turquía—, 10 de abril de 2000 —Tamlin vs. Turquía—, y 8 de abril de 2004 —Tashin vs. Turquía—. Se trata en las tres sentencias de denuncias puestas por familiares o detenidos turcos en los que se acreditó la detención por el ejército y la posterior desaparición de tales personas.

Especialmente claras y contundentes son las afirmaciones del Tribunal Constitucional en su sentencia 137/2005 de 23 de mayo:

«...según venimos sosteniendo desde la STC 174/1985 de 17 de diciembre, a falta de prueba directa de cargo, también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento de condena sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que: 1) parta de hechos plenamente probados y 2) que los hechos constitutivos de delitos se deduzcan de los indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, detallado en la sentencia condenatoria...».

El *Tribunal Supremo* también tiene expresamente reconocida la sentencia de la prueba indirecta o prueba de indicios.

Ya en fecha temprana, la Sala I, de lo Civil, la reconoció en Sentencia de 29 de enero de 1965, en relación a la Sala II, de lo Penal, hubo de

esperarse hasta la sentencia de 14 de octubre de 1986. No obstante, este tardío reconocimiento de la prueba indiciaria en el proceso penal por la jurisprudencia de la Sala II ha sido compensado sobradamente con el cotidiano reconocimiento en tiempos presentes. Se puede decir que en un tercio de las sentencias de la Sala se aborda de una manera u otra la prueba por indicios.

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial española, la prueba indiciaria en el proceso penal se integra por los *siguientes elementos*:

1. Que exista un solo indicio de muy fuerte y acusada potencia acreditativa, o, lo que será más normal, que existan varios indicios, varios datos que actúan como hechos-base y que estén acreditados por prueba directa.
2. Que estén interrelacionados entre sí, y periféricos de aquella conclusión a la que se quiere llegar, y que actuaría como hecho-consecuencia.
3. Que estos indicios no estén desvirtuados o rebatidos por otros de signo adverso, que, obviamente eliminarían su aspecto indiciario. En este sentido es preciso recordar que desarrollándose el juicio en la dialéctica de decir y contradecir, el Tribunal, para llegar a una conclusión condenatoria debe valorar toda la prueba de cargo y de descargo, la de cargo puede estimarse suficiente para el decaimiento de la presunción de inocencia, desde las exigencias derivadas de la naturaleza constitucional de este derecho. Por ello, no obraría correctamente el Tribunal que sólo valorase la prueba de cargo y obviase la de descargo, lo que es predicable tanto respecto de la prueba directa como de la indirecta. En tal sentido, la STS 2207/2001 de 19 de noviembre, estimó el recurso de casación, absolviendo al recurrente del delito de blanqueo de capitales porque la Audiencia fundamentó la condena en una serie de indicios incriminatorios, obviando y silenciando totalmente la numerosa prueba de descargo que daba una explicación y justificación de los incrementos de capital del condenado. En análogo sentido, la reciente sentencia 486/2006 de 2 de mayo.
4. La valoración por parte del Tribunal de tales indicios debe de efectuarse de forma enlazada, es decir, uniendo unos a otros de forma intelectual, hasta llegar al hecho-consecuencia que se quiere llegar, y que debe fluir de un modo natural, tal y como se viene haciendo, de forma inmemorial en el clásico debate de la obtención del *animus* del agresor en orden a verificar si se está ante un *animus necandi* o un *animus laedendi* a la hora de valorar las le-

siones producidas como constitutivas de un homicidio en tentativa o lesiones consumadas, —por todas, STS de 21 de diciembre de 1996—, que recoge el «*abanico*» de indicios a valorar conjuntamente.

El criterio de valoración conjunta de todos los indicios es continuamente reiterado tanto por la jurisprudencia de la Sala II como del Tribunal Constitucional. De este Tribunal, se puede citar la sentencia de 17 de marzo de 2001 —caso Marey— en la que se indica que debe rechazarse la técnica de valorar a cada indicio considerado aisladamente, para atender a la fuerza corroborada que de los mismos se derivan «*tomados en su conjunto*», al tratarse de indicios convergentes.

5. Que se exprese el juicio de inferencia alcanzado por el Tribunal y
6. Que se describa con el detalle preciso, el razonamiento que partiendo de los hechos-base, llega hasta el hecho-consecuencia al que se quiere llegar y que este proceso lógico-inductivo, aparezca no sólo razonado sino razonable de acuerdo con el canon de culpabilidad «...más allá de toda duda razonable...», según la clásica formulación que procedente del derecho anglosajón, ha sido admitido por el TEDH y aceptada, igualmente por nuestro Tribunal Constitucional —entre otras, SSTC 31/1981, 24/1997, 45/1997 y 81/1998—.

Pues bien, la técnica de interpretación y valoración de la prueba a través de los indicios es método especialmente idóneo para avanzar en la investigación de casos de corrupción urbanística singularmente en relación a los delitos del segundo nivel, y este método es *más garantista y operativo que las llamadas pruebas personales* porque en estos casos de corrupción la opacidad y ocultamiento suelen ser la regla.

VI. Dos cuestiones generales a los delitos urbanísticos

Los artículos 319 y 320 del Cpenal están referidos a los delitos urbanísticos. De acuerdo con el principio de mínima intervención, se tipifican las más graves conductas contra la disciplina urbanística contenidos en la normativa de la ordenación del territorio, sin embargo el bien jurídico protegido, a mi juicio, no es tanto la protección con la sanción penal de la normativa administrativa sino que, más bien el delito urbanístico protege «el valor material de la Ordenación del Territorio en su sentido constitucional de utilización racional del suelo orientado a los intereses generales», como afirma Conde-Pumpido Tournon, y en tal sentido entra en

diálogo con la definición del urbanismo de Tomás Ramón Fernández para quien el urbanismo es «...una perspectiva global e integradora de todo lo que se refiere a la relación del hombre con el medio en el que se desenvuelve, y que hace de la tierra y del suelo su eje operativo...».

Antes de entrar en el estudio de los tipos penales, abordamos, brevemente, dos cuestiones de dogmática penal.

1.—*Los delitos contra la ordenación del territorio son leyes en blanco*, es decir, los elementos definitorios del delito *no* están en el tipo sino que es preciso acudir a la legislación administrativa para integrar el delito.

La doctrina ha cuestionado la admisibilidad de la técnica de los tipos penales en blanco para atentar al principio de taxatividad y, en definitiva, le permite a la Administración que mediante disposiciones de rango inferior a la Ley, y por tanto, con violación del principio de legalidad, se decida cuando una conducta es delictiva o no.

Sin embargo, la *jurisprudencia constitucional* ha admitido la técnica de la Ley penal en blanco. En tal sentido se puede citar la STC 127/1990 de 5 de julio que reconoce dicha técnica siempre que cumpla con los siguientes requisitos:

- a) Que el reenvío a la legislación administrativa concernida sea expreso.
- b) Que el reenvío sea necesario para proteger el bien jurídico.
- c) Que la norma penal contenga la pena y el «*núcleo esencial de la prohibición*».
- d) Que quede salvaguardado el principio de certeza —*lex certa*— y se pueda cumplir la función de garantía del tipo, haciéndose posible para la generalidad de personas el conocimiento de la conducta penalizada.

Ciertamente en lo que se refiere a la punibilidad, la exigencia es rigurosa, pero por el contrario es más ambiguo en lo referente a la descripción de la acción penal, ya que la exigencia de que la norma contenga «*el núcleo esencial de la prohibición*» podría plantear problemas.

Por otra parte, si tenemos en cuenta que el Urbanismo es uno de los temas donde el grado de la normativización es más alta, y donde, además, es materia de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas quienes a su vez han hecho importantes delegaciones a los Municipios, la *frondosidad* normativa es grande, y además, la *diversidad* de reglamentación puede conllevar que una misma conducta pueda ser delictiva en una Comunidad y no en otra.

A mi juicio ello es consecuencia de la capacidad legislativa que en esta materia tienen las Comunidades Autónomas y desde este presu-

puesto estimo que la posible quiebra al principio de legalidad debe relativizarse, ya que la normativa *no* es la misma.

2.—*La simultaneidad entre sanción administrativa y penal. El non bis in idem.*

Existe una doble concepción del principio *non bis in idem* según se le considere una garantía de naturaleza *procesal* o una garantía de naturaleza *material*.

Para los que estiman que el principio tiene una garantía procesal, encuentran su fundamento en la seguridad jurídica que impediría un doble enjuiciamiento de unos mismos hechos. Esta es la doctrina sostenida en la STC 177/1999 para la que cualquiera que haya sido el orden de ejercicio o actuación, bien de la autoridad administrativa, o de la autoridad judicial, no cabe, no cabría una posterior actuación, con lo que la actuación penal sería de hecho residual porque, de hecho, suele actuar la Administración en primer lugar, ya que las conductas penales son más graves y más difíciles de acreditar.

Por el contrario, para los que estimen que el *non bis in idem* es de naturaleza material, y por tanto encuentra su sentido en la imposibilidad de una doble sanción por unos mismos hechos ya que ello atentaría contra el principio de proporcionalidad y de culpabilidad —esta debe ser la «*medida*» de la pena llegan a la conclusión de ser posible la doble sanción siempre que la segunda (será la penal como será de ordinario) tenga en cuenta la sanción administrativa para efectuar el correspondiente *descuento*.

Esta es la tesis actualmente en vigor en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, siendo exponente de esta tesis la STC 2/2003 de 16 de enero. El supuesto de hecho se trataba de una persona sancionada administrativamente por conducir bajo los efectos de bebidas alcohólicas y posteriormente condenada por delito contra la seguridad del tráfico por conducir bajo los efectos de las bebidas alcohólicas. En la sentencia penal se tuvo en cuenta la previa sanción administrativa para no sobrepasar el reproche penal.

Parece lógico concluir que si primero actúa la jurisdicción penal, la cantidad de pena impuesta absorbería todo el reproche —pena proporcionada a la culpabilidad—, y no cabría sanción administrativa.

La Sala II del Tribunal Supremo ha dictado diversas sentencias en las que ha hecho aplicación del principio *non bis in idem* en el aspecto sustantivo, acordando el descuento de pena correspondiente a la primera sanción impuesta. SSTS 751/99 de 11 de mayo, 500/2004 de 20 de abril, entre otras.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en diversas sentencias ha abordado la cuestión del *non bis in idem* desde el art. 4-1.º del Proto-

colo 7.º del Convenio, y en conexión, por tanto con la culpabilidad del sujeto y el principio de proporcionalidad. No es el momento de analizar los diversos supuestos, sino simplemente de citar las resoluciones del Tribunal.

STEDH de 23 de octubre 1995, *Grandinar vs. Austria* en el que concluyó que si existió violación de la interdicción de doble enjuiciamiento y condena. Idéntica doctrina se reitera en la STEDH de 29 de mayo 2001 —*Fischer vs. Austria*— y 6 de junio de 2002 —*Sailer vs. Austria*—, al estimarse que se estaba en un supuesto de concurso de normas o de leyes.

Por el contrario, los pronunciamientos de 30 de julio 1998 —*Oliveira vs. Suiza*— y 30 de mayo 2002 —*WF vs. Austria*—, permiten el posterior enjuiciamiento y condena penal con descuento en la pena a imponer, al estimar que se estaba en presencia de un concurso de infracciones.

VII. Los tipos penales

El art. 319 Cpenal

Su estructura en un tipo básico y un tipo agravado, en función del suelo sobre el que se realice la construcción o edificación ilegal. Por tal ha de considerarse aquella que carezca de la preceptiva licencia municipal.

El *tipo básico* consiste en llevar a cabo una edificación no autorizable en suelo no urbanizable.

El sujeto activo de dicho delito pueden ser los promotores, constructores y técnicos directores, condiciones que pueden ser objeto de transferencia, de acuerdo con el art. 31 Cpenal a las personas que, en concreto, representan a la persona jurídica que, *prima facie* aparezca como tal.

Hoy la Ley de Ordenación de la Edificación, nos proporciona una edificación legal de esos tres roles. Así en el art. 3 se define al *promotor* como cualquier persona física, jurídica, pública o privada, que individual o colectivamente, con recursos propios o ajenos, impulsa, decide, programa o financia las obras de edificación.

El art. 11 define al *constructor* como el agente que asume contractualmente, ante el promotor, el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales propios o ajenos la obra proyectada, o parte de ella. Por lo que se refiere a la *autoría técnica* directora se integra por el proyectista —art. 10—, y por el director de la obra —art. 12—, que pueden coincidir o no en la misma persona.

Se trata de un delito que sólo admite la comisión *dolosa*, lo que supone en el autor el conocimiento de que el suelo sobre el que se realiza la construcción no es urbanizable y se carece de la autorización preceptiva.

Será normal la alegación del *error de tipo*, en lo referente a la naturaleza del suelo, es decir que se ignoraba que no era suelo urbanizable. Esta invocación debe resolverse de acuerdo con el art. 14 Cpenal. En todo caso debe recordarse que el error debe ser alegado y convincentemente probado por aquel que lo alegue.

Al respecto, puede traerse a colación la doctrina de la Sala II sobre la *ignorancia deliberada o de la indiferencia*. Según la primera, aquél que por su situación puede y debe conocer la naturaleza y consecuencias de su actuación, y no obstante actúa y se beneficia de esa situación debe ser responsable de las consecuencias penales de su antijurídico actuar. Al respecto, entre otras muchas se pueden citar las STS 465/2005 ó 99/2007. Según el principio de indiferencia, se llega a la misma conclusión respecto del sujeto que actúa como total indiferencia respecto de su posible actuar ilícito porque le es indiferente y por ello no hubiera dejado de hacerlo en ningún caso.

Albert Speer, el arquitecto del III Reich, en sus Memorias efectuó esta clarividente reflexión, evidentemente en referencia a un contexto diferente, y en concreto al exterminio judío.

«...Cuando se está en una posición de conocer y sin embargo se evita el conocimiento, uno adquiere una responsabilidad directa en las consecuencias desde el mismo comienzo...».

Creo que esta reflexión es perfectamente válida para la cuestión que se estudia.

El tipo agravado se describe en el primer párrafo del art. 319. La agravación se justifica por el objeto material de la conducta delictiva, cuando la construcción o edificación se efectúa en viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares de valor paisajístico, ecológico o artístico de especial protección. En lo referente a estos últimos valores, habrá que estarse a la normativa estatal, autonomía o municipal concernida. Se trata de una nueva manifestación de la norma en blanco.

Por lo que se refiere a los *concurso de delitos* estas figuras, normalmente llevarían un cortejo de falsedades documentales, así como otros delitos relativos a los funcionarios públicos. De forma específica, este delito puede concurrir también con la comisión de un delito contra el medio ambiente en la modalidad del art. 325.

Resulta interesante citar el párrafo 3.º del art. 319 relativo a la demolición de la obra.

La demolición, como decisión potestativa acordada por el Juez o Tribunal «...podrán ordenar...» debe ser acordada motivadamente porque la discrecionalidad no es equivalente a arbitrariedad, y supone que la obra ilegalmente puede ser destruida en la parte construida ilegalmente, y no el resto. En todo caso se salvan los derechos de terceros de buena fe. Evidentemente la demolición debe venir regida, también, por el principio de proporcionalidad. Con esta medida se da respuesta a la denuncia de ineficacia de las sentencias administrativas en las que era prácticamente imposible el derribo de edificios, lo que provocaba el efecto perverso, próximo a la impunidad de que se sabía *ex ante* que la obra nunca sería demolida, lo que incentivaba la especulación urbanística, pues la posible multa sólo se consideraba como un posible incremento del costo... a repercutir subrepticamente, a los futuros compradores en la mayoría de los casos.

El Art. 320

Contiene un supuesto específico de prevaricación de la Autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas.

Se tipifica una prevaricación especial del funcionario, por razón de la materia: la normativa urbanística. De igual modo que en la prevaricación genérica del art. 404 se exige que el funcionario, además de su actuación «a sabiendas de su injusticia», produzca una resolución arbitraria, en la prevaricación urbanística la conducta delictiva consiste en informar o resolver favorablemente «a sabiendas de su injusticia», la concesión de una licencia. El elemento común es la actuación arbitraria.

El sujeto activo debe ser autoridad o funcionario público. Por tal hay que remitirse al art. 24 Cpenal. No debe de olvidarse que a los efectos del Cpenal, el concepto de funcionario es propio y **no** coincidente con el concepto administrativo. Es más cumplía en el ámbito penal pues no se requiere ni la incorporación ni la permanencia en el cuerpo. Lo relevante es que participe en las funciones públicas, SSTS 1549/04 y 68/03, entre otras muchas.

Dicho sujeto puede ser singular o plural, en este último supuesto, sólo cometerían el delito quienes hubiesen votado a favor.

En lo que se refiere a la injusticia de la conducta, debe distinguirse esta injusticia de la simple ilegalidad o ilicitud. De forma reiterada, la

jurisprudencia de la Sala II ha deslindado la ilicitud que sólo da lugar al control administrativo, de aquel que de lugar a la intervención penal, que en virtud de los principios de *ultima ratio* y mínima intervención debe reservarse para los más graves y relevantes apartamientos de la legalidad.

Algunas sentencias se refieren al patente y grosero apartamiento de la ley. En todo caso creo que este apartamiento debe ser objetivo y concretarse en que la decisión adoptada no pueda ser sostenida ni admitida por la comunidad jurídico-administrativa concernida.

En relación a la participación delictiva, al ser el tipo penal un delito especial y propio de funcionarios o autoridades, se plantea el problema de la actuación del *extraneus* y su punición.

Hoy día se admite que si bien el autor material sólo podrá ser el funcionario o autoridad y no el tercero particular, éste **sí** podrá ser inductor o cooperador necesario, lo que relativa el problema porque a efectos penales todos están equiparados, si bien a efectos de la individualización judicial de la pena podría, imponerle una pena inferior que la del funcionario, en atención al menor disvalor de la acción del *extraneus*, vía artículo 65-3.º del Cpenal.

VIII. El *mobbing* inmobiliario

El 13 de noviembre de 2003, el Juzgado de lo Social n.º 30 de los de Madrid, dictó la primera sentencia por *mobbing* en el lugar de trabajo.

Por *mobbing* o acoso a una persona por parte de otra, debe entenderse la existencia de un comportamiento indeseado o indeseable para la víctima, y que debe ser grave y capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato. Así lo define la STC 224/99 y 136/2001, si bien en relación al acoso sexual.

Es evidente que esta situación de acoso se desarrolla en una situación de dominación de una persona por otra, y puede darse en los más variados escenarios. Sin duda el más conocido es el de naturaleza sexual, pero pueden existir otros: concretamente en el mundo laboral, como ya reconoció tempranamente la sentencia más arriba indicada con el resultado de ser capaz de resolver el contrato de trabajo.

Esta realidad también está apareciendo en el mundo contractual y muy especialmente en las situaciones de viviendas de renta antigua en las que ponen sus ojos las empresas inmobiliarias, inmuebles que tras su compra, son reformados y someten a los iniciales arrendatarios a presiones de todo tipo para que abandonen las viviendas que terminan por provocarles un grave deterioro en sus vidas.

Esta situación novedosa del *mobbing*, ha merecido la atención del legislador que en el *Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Cpenal de 2006* ha introducido un nuevo párrafo al art. 173 del Cpenal con el siguiente tenor:

«...En la misma pena (la correspondiente al trato degradante) serán castigados los que en el marco de una relación laboral, realicen contra otro, de forma reiterada actos de grave acoso psicológico u hostilidad que naturalmente genera en la víctima sentimientos de humillación...».

Hasta aquí, se define el *mobbing* en el mundo laboral. Pero continúa el proyecto de ley:

«...y los que en el marco de cualquier relación contractual, provoquen situaciones gravemente ofensivas en la dignidad moral de la otra parte, mediante la alteración sensible de las condiciones de disfrute de los derechos derivados de la misma...».

Es la definición de lo que podría calificar como *mobbing* contractual.

No hay que olvidar que se trata de un proyecto de ley y que como tal ha decaído como consecuencia de la convocatoria —y realización— de Elecciones Generales.

¿Resurgirá en esta Legislatura esta figura en un nuevo proyecto de ley?

El Anteproyecto que se comenta, y que ha decaído, como ya se ha dicho mereció un extenso y profundo informe del Consejo General del Poder Judicial, aprobado en su sesión de 3 de noviembre de 2006, en el que, si bien acoge favorablemente la positivización del conocido como acoso o «*mobbing* laboral», muestra sus reservas a su admisión y tipificación referido al ámbito contractual, en el que se incluye el inmobiliario. Así, en la página 128 del informe se expresa: «No parece adecuado, sin embargo, que la nueva figura delictiva se extienda al ámbito de las relaciones contractuales civiles, como se desprende claramente del segundo inciso del precepto proyectado, que se refiere a los que en el marco de cualquier otra relación contractual que no sea la laboral, provoquen situaciones gravemente ofensivas en la dignidad moral de la otra parte, mediante la alteración sensible de las condiciones de disfrute de los derechos derivados de la misma».

No obstante hay que consignar que dos Vocales del Pleno del Consejo disintieron en un voto particular entendiendo que era acertada la tipificación del *mobbing* contractual con el argumento de que «olvida (el

informe) que algunas relaciones contractuales civiles (arrendamientos de servicios, autónomos dependientes, entre otros) precisan la protección del derecho penal al igual que el resto de las relaciones laborales».

La tipificación del *mobbing* contractual puede ser polémica porque actualmente, ya se dispone de una protección penal vía delito de coacciones del art. 172, de suerte que si se tipifican el *mobbing* contractual, se produciría una situación de concurso de leyes a resolver con las reglas del art. 8.

IX. Síntesis de jurisprudencia

Se citan a continuación de forma resumida unas sentencias de la Sala II del Tribunal Supremo que han abordado algunas cuestiones relativas a delitos por defraudaciones urbanísticas.

1. STS 1067/2006, de 17 de octubre

Se trata de una edificación en zona marítimo terrestre no autorizada. La sentencia fue absolutoria en la instancia que se convirtió en condenatoria en la casación; se retiene el siguiente párrafo:

«...La Sala es consciente de que existen verdaderos desacuerdos urbanísticos con un impacto infinitamente superior al contemplado —un voladizo de 1'82 m² en zona marítimo terrestre—, sin embargo la afectación e intangibilidad del dominio público marítimo terrestre es un bien constitucional que debe ser protegido sin distinciones en función de la mayor o menor agresividad...».

En conclusión la sentencia estima que nunca se puede justificar una invasión del dominio público aunque sea pequeño. Otras cuestiones que se abordan en la sentencia son las siguientes:

- a) se rechaza el error alegado por el sujeto activo.
- b) no se exige el conocimiento pormenorizado de la norma vulnerada, es suficiente el conocimiento genérico admitido por el nivel medio cultural de la ciudadanía.
- c) se declara la preeminencia de la respuesta penal sobre la administrativa.
- d) en cuanto a la respuesta punitiva impone la prisión en el mínimo legal y la posibilidad de sustitución por trabajos en beneficio de la comunidad, de conformidad con el art. 88 Cpenal, trabajos que concreta en la demolición de lo construido.

2. STS 28 marzo 2006

Se trata de un caso de prevaricación urbanística. Respecto de esta se dice:

«...No es sino una especialidad de la más genérica prevaricación del art. 404 Cpenal a cuya penalidad se remite y de cuya naturaleza y efectos participa....».

3. STS 27 septiembre 2004

Los hechos se refieren a un dictamen efectuado por el sujeto activo sobre dos parcelas, dictamen efectuado por técnico y que fueron sucesivamente ampliadas a expensas del suelo destinado a equipamiento.

También se considera un supuesto de prevaricación administrativa manifestándose en la motivación que la naturaleza dolosa de la acción se deriva directamente de la cualificación técnica del sujeto y de su lógico conocimiento de la legalidad.

4. STS 29 noviembre 2006

Concurso de leyes entre delito contra la ordenación del territorio y delito ecológico. Los hechos se refieren a la construcción de una gran obra en zona de valor ecológico y considerada de especial protección.

En la instancia se apreció concurso de delitos entre el art. 319.1.º y el 325. En casación se estimó que la naturaleza del concurso era concurso de leyes para salvaguardar la indemnidad del principio *non bis in idem*, concurso de leyes a resolver de conformidad con el art. 8 Cpenal por aplicación de la pena más grave y en consecuencia se apreció sólo la pena correspondiente al art. 325.

5. STS 1250/2001, de 26 de junio

Se refiere a una construcción no autorizada efectuada en zona protegida, en un espacio natural protegido.

La sentencia de casación, al igual que la de instancia, aborda las relaciones existentes entre el tipo agravado del art. 319.1.º y la agravación específica del art. 338 referida para todo el título.

La argumentación de la sentencia de casación, que confirma la de instancia, es que la sanción correcta supone la aplicación del tipo agravado del art. 319-1.º más la agravación específica correspondiente al art. 338. No habría vulneración del *non bis in idem* ya que el tipo agravado del art. 319-1.º se refiere a edificación en terreno de valor paisajístico, etc. etc. en tanto que la agravación específica del 338 exige que dicho terreno ya haya sido declarado como tal espacio protegido.

En consecuencia, la sanción a imponer es la prevista en el art. 319-1.º con la exasperación punitiva del 338, esto es pena superior en un grado.

6. STS 1250/2001, 26 junio

Es la misma sentencia anteriormente estudiada en la que también se aborda el tema del promotor. El particular que construye una vivienda de planta baja ¿debe ser considerado promotor?.

La Sala se pronuncia de una manera clara en que promotor es cualquier persona física o jurídica, privada o pública, que individual o colectivamente impulse o financie o programe con recursos propios o ajenos obras o edificaciones para sí u otra persona por lo que en definitiva el promotor no tiene que tener la condición de profesional de la promoción de obras.

La sentencia aborda la cuestión de quien puede ser autor del delito, en concreto desde la perspectiva del promotor, en su fundamento jurídico tercero, en el que se dice:

«...Ello significa que sólo los técnicos deben poseer la titulación que profesionalmente les habilite para el ejercicio de sus funciones, mientras que el promotor, sea o no propietario, no precisa condición profesional alguna, y los constructores la mera capacitación profesional...». «...lo que significa que la cualidad profesional no puede predicarse de promotores y constructores...».

También esta sentencia aborda desde este concepto de promotor/constructor la idoneidad de la imposición de la pena de inhabilitación para el ejercicio de la profesión u oficio a que se refiere el artículo. Dicha pena no puede ser excluida respecto de promotores y constructores por el hecho de no ser «profesionales» en sentido técnico, ya que tales actividades están sujetas al régimen de licencia y autorización, y ello, se dice en la sentencia, ya supone una relación con la administración conernida.

En relación al tema de la doble punición por vía administrativa y posteriormente por vía penal, de unos hechos que puedan suponer infracción administrativa y delito urbanístico y su incidencia desde el principio de *non bis in idem* se dice en la sentencia que se comenta en el fundamento jurídico quinto:

«...No existe identidad del hecho objeto de la sanción. Ni en los expedientes administrativos mencionados más arriba ni entre éstos y los hechos objeto de la sanción penal. En el expediente 15/96 se fijan como hechos objeto del mismo la construcción de una edificación sin autorización dentro del espacio natural, mientras que en el 1/97 la acotación fáctica se refiere a continuar construyendo dentro de los límites del espacio natural. Las denuncias son formuladas, respectivamente, el 26/5/96 y el 16/1/97. Los hechos probados de la sentencia impugnada se refieren no sólo a los ingredientes fácticos tenidos en cuenta en los expedientes administrativos mencionados, sino que se añade que a los siete días de recibir la notificación de la resolución definitiva de 16/5/97, «los Agentes Forestales comprobaron como se continuaba en la construcción de la vivienda y, en concreto, se procedía a dividir interiormente la planta superior de la vivienda». Es decir, la dimensión fáctica que lleva a la jurisdicción penal al conocimiento y sanción de los hechos no coincide con los antecedentes de hecho de los expedientes administrativos sino que, abarcándolos, se refiere también a una situación fáctica nueva posterior a los mismos que exaspera la indisciplina urbanística del acusado hasta el extremo de hacerla penalmente relevante.»

Los nuevos tipos penales que integran el Título XVI, Libro II, C.P. 1995, y concretamente los descritos en el Capítulo I bajo el epígrafe «de los delitos sobre la ordenación del territorio», denominados también delitos urbanísticos, no dejan de constituir la traducción penal de infracciones administrativas preexistentes, lo que plantea problemas de diversa índole, que incluso afectan al principio de legalidad, si tenemos en cuenta la suma de conceptos normativos extrapenales que conllevan y en muchos casos su naturaleza de normas en blanco, habiéndose cuestionado incluso la vigencia del principio de intervención mínima que debe tener en cuenta el Legislador en relación con la Legislación penal. No obstante, la indisciplina urbanística generalizada y la falta de efectividad de la actuación administrativa sin duda ha llevado a aquél a la introducción de la respuesta penal en los supuestos definidos en el Código de 1995. Sin embargo, ello si debe ser un punto de partida para el intérprete en el entendimiento de que las infracciones administrativas descritas en la norma penal deben alcanzar «per se» un contenido de gravedad suficiente, lo que no será fácil decidir siempre. Desde esta perspectiva la reiteración o exasperación de las conductas atentatorias contra el bien jurídico protegido por la

norma penal debe alcanzar entidad suficiente para justificar su aplicación, como sucede en el presente caso, siendo ello compatible con la sanción administrativa concreta y referida a aspectos parciales de dicha conducta que no tienen porque participar necesariamente del mismo fundamento sancionador que los delitos...».

Recientemente una sentencia de la Sala I, de lo Civil, del Tribunal Supremo en un asunto de reclamación por vicios de construcción ha declarado que carece de la condición de promotor la Mutualidad de Previsión Social que actúa sin ánimo de lucro y en beneficio de sus asociados. Esta sentencia y la doctrina que la sustenta sólo opera dentro del ámbito de la jurisdicción civil y por lo tanto no tiene ninguna incidencia dicha doctrina en el ámbito de la jurisdicción penal.

X. Bibliografía consultada

- ACALE SÁNCHEZ. «Tratamiento de la corrupción urbanística en el proyecto de Ley Orgánica de reforma del C.P. de 15 de enero de 2007». *La Ley Penal*, n.º 38, mayo 2007.
- CONDE-PUMPIDO TOURON. «Los delitos urbanísticos o relativos a la ordenación del territorio». *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid 1998.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI. *Delitos contra el Urbanismo a la luz del derecho comparado y la ordenación del territorio*. Oñate 1998.
- JIMÉNEZ VILLAREJO. «La prueba pericial de los delitos económicos». *Jueces para la Democracia* n.º 31. Marzo 1998.
- LANDROVE DÍAZ. «La represión de la delincuencia económica». *Jueces para la Democracia* n.º 31. Marzo 1998.
- MARTÍN PALLÍN. *Intereses Generales y Bienes Jurídicos protegidos en los delitos relacionados con el urbanismo*. Universidad Menéndez y Pelayo. Santander 2007.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ. *Medio ambiente, territorio, Urbanismo y Derecho Penal*. Bosch 2007.
- SÁNCHEZ GOYANES. «La corrupción urbanística en el Congreso Internacional de Río sobre ética y buen gobierno». *La Ley* n.º 6709. 9 mayo 2007.
- TARUFFO MICHELE. «Conocimiento científico y estándares de prueba judicial». *Jueces para la Democracia* n.º 52, marzo 2005.
- TRILLO NAVARRO. «Mobbing inmobiliario». *La Ley Penal* n.º 38. mayo 2007.
- TURONE GIULANO. «La investigación de casos de corrupción a través de las técnicas de seguimiento de la pista de papeles». *Jueces para la Democracia* n.º 26. Julio 1991.
- ZUBIRI DE SALINAS. «¿Qué es la sana crítica?». *Jueces para la Democracia* n.º 50, julio 2004.

Control de legalidad de las licencias municipales y usos del suelo

José Ángel Esnaola
Abogado

I. Introducción

En primer lugar quiero agradecer a la organización de estas Jornadas, y especialmente a D. Miguel Escanilla, su invitación para participar en las mismas. Para mi son unas Jornadas especialmente emotivas dado que se realizan en Memoria de quien fuera mi profesor de Derecho Penal José María Lidón a quien quiero dedicar esta comunicación.

Me parece muy oportuno que el Consejo General del Poder Judicial fomente una reflexión, en el ámbito judicial, sobre la corrupción urbanística. El alcance que la misma ha tenido en el Estado en los últimos años demuestra que la mayor parte de los sistemas de control, incluido el judicial, han fracasado y que probablemente ya lleguemos tarde. Mientras el crecimiento especulativo del mercado inmobiliario crecía sin cesar en la misma medida lo hacía el desvío de las más elementales funciones administrativas establecidas para salvaguardar el interés general subyacente tras el ordenamiento urbanístico.

Por otra parte, esta reflexión rompe uno de esos lugares comunes que se han utilizado para explicar este desvío. Supuestamente la complejidad de ese ordenamiento urbanístico explicaría la dificultad que numerosos funcionarios judiciales habrían tenido para perseguir este tipo de prácticas y comportamientos corruptos.

Me gustaría señalar que el autor de estas líneas no se considera un profesional especialmente significado en el campo del urbanismo.

Pues bien eso no le impide, como a cualquier persona con un mínimo de sentido común, poder detectar los procedimientos buscados por numerosos promotores inmobiliarios para «torcer» en su favor la normativa urbanística. Téngase en cuenta que este tipo de promotores tampoco son personas con conocimiento superiores a los de muchos jueces y funcionarios encargados de perseguir este tipo de delitos. No

se entiende muy bien que unas normas resulten muy complejas para estos funcionarios y, a la vez, no lo sean tanto para quien quiera quebrantarlos.

Y es que un juez, da igual de la jurisdicción que sea, debe comenzar a alertarse cuando observa, al margen de los mecanismos legales articulados, que una determinada actuación ha conseguido aumentar la edificabilidad de un terreno o el número de viviendas en que se distribuye la misma, o que un determinado suelo permite ahora un uso residencial antes prohibido. Cualquiera de estas tres consecuencias, que fácilmente se pueden extraer del auxilio de la prueba pericial, debe ser objeto de una revisión sosegada por si tras las mismas se encuentra un fenómeno de los que se analizan en este seminario.

Por cierto que me gustaría facilitar a ese Juzgador una senda que le puede servir para penetrar en la supuesta complejidad del ordenamiento urbanístico. Me refiero al apartado II de la Exposición de Motivos de la Ley 6/1994 de la Generalitat Valenciana Reguladora de la Actividad Urbanística (DOGV núm. 2.394, de 24-11-94). Este breve pasaje, inspirado por D. Luciano Parejo, pone de manifiesto con gran sencillez, las peculiaridades, únicas en Europa, del urbanismo español. Un urbanismo que en lugar de concebir la edificabilidad como un bien de dominio público a ejecutar directamente por la Administración, o indirectamente mediante un sistema de concesión o licitación a un agente privado, puso en manos de los propietarios terratenientes el proceso de transformación del suelo. A estos propietarios, carentes de cualquier capital inversor, se les garantiza ex lege un valor a sus fincas rústicas lo que ha propiciado uno de los fenómenos especulativos más llamativos existentes en el mundo tras la incorporación de España a la UE.

El loable intento del profesor Parejo de romper esta situación, mediante la figura del agente urbanizador, tal vez haya fracasado pero habrá de reconocerse al mismo que esta figura ha sido la única novedad que se ha producido en el universo urbanístico español desde 1956.

Ahora la reciente Ley 8/2007, de 28 de mayo, también inspirada por D. Luciano Parejo, ha intentado descender el valor del suelo hasta esa Ley conocido como urbanizable haciendo desaparecer esta categoría de suelo y equiparándolo al llamado suelo rural. Sólo el suelo que se incorpora al proceso de creación de la ciudad por decisión del municipio puede anticipar el valor que le correspondería si la actuación ya estuviera acabada una vez que se ha puesto en marcha el expediente de equidistribución de cargas y beneficios (artículo 26 de la citada Ley 8/2007).

Hasta ese momento la Administración podrá adquirir dicho suelo a valor inicial para fines justificados por el interés general tales como la ejecución de vivienda protegida o infraestructuras.

Hecha esta introducción quisiera en la primera parte de mi comunicación señalar las razones por las que creo que las instituciones judiciales en el ámbito de la jurisdicción contenciosa no han sido capaces de poner freno a este fenómeno.

En una segunda parte señalaré algunos de los mecanismos de control de la legalidad de las licencias administrativas que creo deben potenciarse en el futuro si queremos mejorar la lucha contra la corrupción urbanística.

Concluyo esta presentación indicando que Euskadi no ha sido ajena a esta lacra que hoy nos reúne aquí. Sin llegar a lo sucedido en otras Comunidades Autónomas lo cierto es que el desvío de las funciones administrativas se ha producido, y mucho, en el ámbito vasco, especialmente en sede municipal.

II. **¿Por qué no ha funcionado la jurisdicción contencioso-administrativa en la lucha contra la corrupción urbanística?**

Son conocidas las dificultades que la jurisdicción penal ha tenido para perseguir los delitos urbanísticos. Parte de esta dificultad radica en la estricta jurisprudencia que el Tribunal Supremo ha venido manteniendo en relación con las llamadas prevaricaciones urbanísticas. Buen ejemplo de ello es la STS de 28 de marzo de 2006 (RJ 2007/1848) la cual, si bien contempla un supuesto de protección del patrimonio histórico, viene a exigir, no sólo un incumplimiento manifiesto de la legalidad aplicable que no pueda ser explicado con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable sino, además, que se haya ocasionado un resultado materialmente injusto.

Con esta jurisprudencia, por ejemplo, podían no constituir delitos de prevaricación urbanística licencias otorgadas en contra de los informes técnicos y jurídicos emitidos por los funcionarios locales de la Corporación si, por ejemplo, no se acreditase además ese resultado materialmente injusto. ¡Como si la omisión total del procedimiento legalmente previsto para otorgar una licencia urbanística no fuera suficiente para integrar el tipo penal!

Así las cosas la preocupación de muchos operadores jurídicos se ha derivado hacia la previa función de control de la actuación administrativa encomendada a la jurisdicción de dicho orden. Es sorprendente que actuaciones como las habidas en Marbella, donde se ha construido viviendas en zonas verdes por ejemplo, no hayan podido ser suspendidas cautelarmente o anuladas definitivamente por la jurisdicción contenciosa.

Si me permiten, ello se ha debido, ente otras razones, al quebranto que ha padecido un principio básico del funcionamiento de nuestro sistema político al servicio del cual se han creado dos instituciones jurídicas tan importantes como la discrecionalidad técnica y la presunción de validez de los actos administrativos.

Respecto a la primera, baste invocar lo dispuesto en el actual artículo 71.2 de la Ley de la Jurisdicción cuando afirma que: «Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los anularen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados»

La presunción de validez aparece, a su vez, recogida en el artículo 57.1 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre cuando afirma tajantemente que: «Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten...»

De estas dos instituciones que analizamos se derivan importantes conclusiones como las que siguen. Una vez que una Administración, democráticamente elegida, ha adoptado entre las varias posibles, por ejemplo sobre el modelo de ciudad o el diseño o implantación de una infraestructura, una determinada decisión-solución, dicha decisión se presume legal y digna de ejecución inmediata (artículo 94 de la Ley 30/1992), salvo que excepcionalmente un Juez la paralice cautelarmente. En todo caso si además dicho juez la anulase, en ningún caso, podrá el órgano judicial determinar la solución aplicable que nuevamente corresponderá a la Administración.

Muy pocos límites sustantivos (respecto a los procedimentales véase la STS de 24-9-99 RJ 1999/7593) han puesto hasta ahora los jueces al núcleo de la decisión urbanística de la Administración protegida del control judicial por la mencionada noción de discrecionalidad técnica. El primero, curiosamente, lo fue en relación con la posibilidad de excluir de la clasificación como suelos urbanos consolidados a aquellos terrenos que materialmente hubieran adquirido los diversos servicios y redes urbanísticos (abastecimiento de aguas, acceso redado, electricidad, saneamiento y redes de otros servicios). Todos aquellos propietarios que reclamaron de la jurisdicción que sus terrenos con tal grado de urbanización fueran necesariamente clasificados como urbanos consolidados, frente a cualquier otra decisión administrativa al respecto, lo fueron logrando.

Lógicamente ello implicaba importantísimas plusvalías urbanísticas para el recurrente. Tal vez por ello el Tribunal Supremo fue matizando su doctrina exigiendo algún requisito más. Fundamentalmente el que el

terreno en cuestión, además de estar urbanizado de facto, se encontrara integrado en la malla urbana del municipio.

El segundo límite judicial a la discrecionalidad en materia urbanística es mucho más reciente e importante para el interés general. Nace de una reciente Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de julio de 2007 dictada en el recurso de casación 3865/2003 bajo la ponencia de SEGUNDO MENÉNDEZ.

Dicho fallo limita la posibilidad, hasta ahora reconocida sin más a la Administración competente, de desproteger suelo no urbanizable y transformarlo en urbanizable. Según dicha Sentencia:

«si el planificador decidió en un Plan anterior que determinados suelos debían ser clasificados, no como suelos no urbanizables simples o comunes, sino como suelos no urbanizables protegidos, le será exigible que el Plan posterior en el que decide incluir esos suelos en el proceso urbanizador exponga con claridad las razones que justifican una decisión que, como esta posterior, contraviene una anterior en una cuestión no regida por sus discrecionalidad. **Esta decisión posterior no está, así, amparada sin más, o sin necesidad de más justificación, por la genérica potestad reconocida a aquél de modificar o revisar el planeamiento anterior (ius variandi; ni lo está sin más, o sin necesidad de esa concreta justificación, por la discrecionalidad que con carácter general se pregona de la potestad de planeamiento.»**

Por ende, como una consecuencia más, es a la Administración que toma esa decisión posterior a la que incumbe en el proceso la carga de la prueba de la justificación; la carga de probar que si existían las razones hábiles para adoptar dicha decisión...»

La propia Sentencia que citamos concluye, un poco más adelante, que al igual que no hay *ius variandi* en el suelo urbano (a los efectos de clasificación del suelo, no de su calificación), tampoco hay *ius variandi* cuando del suelo especialmente protegido se trata, a menos que se produzca la pérdida de los valores que en su día justificaron la clasificación.

Pero salvo estos dos límites la jurisdicción ha sido muy remisa a controlar a discrecionalidad técnica en materia urbanística.

Este modelo, en el fondo, parte de la premisa de que frente a la legitimidad democrática de la Administración el juez sólo ostenta una legitimidad de segundo nivel que le impide adoptar el papel de la misma. Ejemplo de este razonamiento puede encontrarse, por ejemplo, tras el fallo de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de doce de enero de 2005 (Recurso 780/2001) que convalidó la le-

galidad del trazado de la Nueva Red Ferroviaria Vasca (la llamada Y vasca) pese a que la prueba pericial realizada por el Perito designado judicialmente cuestionó radicalmente la misma. En el fondo de la Sentencia subyace esta idea de que un juez, no elegido en las urnas, no puede tomar decisiones que exigen, sean correctas o no técnicamente, un aval democrático.

Obviamente esta reflexión es inexplicable en el mundo norteamericano donde los jueces, muchos de ellos elegidos en las urnas, toman todos los días decisiones que las Administraciones han adoptado de forma ilegal. Me remito por ejemplo a la limpieza de la Bahía de San Francisco acometida bajo la dirección de un juez que ha supervisado los trabajos de miles de operarios.

Tampoco voy a plantear la elección democrática de algunos jueces como remedio a que la discrecionalidad técnica o la presunción de validez acaben dando carta de naturaleza a decisiones que han acabado amparando la más pura y dura corrupción urbanística o ambiental.

Únicamente pediría a los jueces y magistrados de la jurisdicción contenciosa que apliquen estas dos instituciones de forma más prudente y sin convertirlas en valladares inaccesibles a los recurrentes. Y para ello les propongo que consideren que la supuesta legitimidad democrática de las decisiones que amparan con tales figuras legales no es tal.

Lo que la corrupción urbanística ha puesto de manifiesto es que las decisiones contenidas en muchos actos y disposiciones no han sido adoptadas materialmente por los representantes de la voluntad popular. Formalmente los mismos se han limitado a ratificar decisiones adoptadas o impuestas, muchas veces venalmente, por los poderes económicos que han corrompido en sistema democrático español.

Aplicar mecánicamente la presunción de validez de los actos administrativos o la discrecionalidad técnica ha permitido que decisiones estrictamente dirigidas a satisfacer el interés particular se hayan beneficiado así de técnicas construidas para proteger los intereses generales.

Urge por tanto matizar el alcance tanto de la presunción de validez de los actos administrativos como de la llamada discrecionalidad técnica.

Respecto a la primera habría que recuperar plenamente el alcance de la llamada apariencia de buen derecho muy vinculada a la acreditación, aunque fuera indiciariamente, de fenómenos de corrupción como los que hoy nos ocupan. Respecto a la discrecionalidad técnica creo sinceramente que ningún ámbito de la actuación administrativa, especialmente las decisiones del planificador, deberían quedar excluidas de su posible control y anulación judicial si una prueba pericial así lo avala.

Todo ello sin perjuicio de que una futura regulación legal estableciese los oportunos límites a ambas figuras a la vista de que su aplicación

sistemática ha acabado invalidando a la jurisdicción contenciosa para prevenir y evitar la infracción permanente de la legalidad urbanística en España.

III. Mecanismos de control de la legalidad de las licencias urbanísticas a potenciar en Euskadi

Expuesto el contexto general de mi intervención quisiera concluir la misma repasando muy brevemente una serie de mecanismos de control de la legalidad urbanística que creo pueden aportar herramientas útiles en la lucha contra la corrupción urbanística. Algunos tienen su origen en el ordenamiento estatal y tal vez sean poco conocidos. Otros se han incorporado al ordenamiento jurídico vasco, tras la entrada en vigor de su primera Ley del Suelo aprobada tras casi 30 años de autogobierno. Me refiero a la Ley 2/2006 de 30 de junio de Suelo y Urbanismo (*BOPV* de 20 de julio de 2006) a la que me referiré también en adelante como Ley 2/2006.

Finalmente señalaré otros instrumentos que creo que no han funcionando en esta materia y que difícilmente lo harán en el futuro pese a las expectativas depositadas en ellos incluso por la propia Ley 2/2006.

- a) En primer lugar quisiera destacar **el importante papel que tienen los técnicos y profesionales intervinientes en materia urbanística**. Me refiero no solo a Registradores y Notarios sino especialmente a Arquitectos y Letrados. Simplemente un comportamiento de estos dos colectivos ajustado a sus Normas colegiales y deontológicas y bien fiscalizado por sus respectivos Colegios Profesionales puede representar una primera barrera para la intangibilidad de la legalidad urbanística.

Respecto al papel que los Registradores tienen en el control de la legalidad de los actos de naturaleza urbanística debe recordarse el Real Decreto 4-7-1997, núm 1093/1997 (RCL 1997/1861) por el que se aprueba las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística.

También quiero señalar la obligación que el artículo 19 de la Ley 8/2007 de 28 de mayo de Suelo ha impuesto a los Notarios para no autorizar escrituras de obra nueva que no lleven incorporadas previamente el testimonio de las correspondientes licencias que sean exigibles por la legislación urbanística y territorial para dicha obra nueva.

- b) En segundo debe remarcarse la importante labor de control que de la legalidad urbanística realizan **los Colegios profesionales de Arquitectos a través de la figura del visado de los proyectos elaborados por sus colegiados**. Esta figura del visado, que ya se encontraba en el Texto de 1976, aparece regulado en el artículo 210.2 a) de la Ley 2/2006 que obliga a acompañar a la solicitud de toda licencia urbanística:

«El proyecto que proceda, firmado por técnico competente y visado por el correspondiente colegio profesional, cuya memoria deberá especificar las determinaciones urbanísticas de aplicación a las que responda, en el caso de obras que legalmente precisen de proyecto técnico, o, en otro caso, el presupuesto orientativo de las obras a realizar.

Si los colegios profesionales que tuvieran encomendado el visado de los proyectos estimaran, con ocasión de tal trámite interno, el incumplimiento de la legislación urbanística, pondrán su criterio en conocimiento de la administración competente mediante denegación del visado a efectos urbanísticos.»

A estos efectos quiero resaltar que el Colegio Vasco-Navarro de Arquitectos realiza una labor efectiva de control de los proyectos, y su ajuste a la legalidad urbanística, a través de esta figura del visado. Y desde luego un visado denegado por el Colegio de Arquitectos puede servir para orientar la labor del juez que debe controlar la legalidad de la licencia concedida en tales circunstancias.

- c) Un tercer elemento de control de la legalidad de las licencias urbanísticas se encuentra en el papel de **los técnicos municipales**. A este respecto debe recordarse que el artículo 4.2 del Reglamento de Disciplina Urbanística aprobado por Real Decreto 2187/1978 de 23 de junio literalmente ya decía que: «En todo expediente de concesión de licencia constará informe técnico y jurídico...» Hoy repite esa previsión en el ámbito de nuestra Comunidad el artículo 210.4 de la Ley 2/2006 de 30 de junio.

Obviamente estos informes no son vinculantes, pero para poder separarse de ellos la Autoridad correspondiente siempre ha de contar con nuevos informes que avalasen el respeto a la legalidad urbanística y justificasen el por qué se acuerda en contra de la propuesta de los técnicos municipales.

El hecho de que un Concejal pueda conceder una licencia al margen de estos trámites esenciales, y sin contar con tales informes preceptivos, debería encajar por sí solo y plenamente en el tipo de la prevaricación urbanística, sin necesidad de otros requi-

sitos sustantivos respecto al carácter injusto de la acción como hasta ahora la jurisprudencia del TS parece exigir. Y ello porque nada hay más arbitrario en un Estado de Derecho que el que la voluntad de un cargo público pueda sustituir a su capricho lo ordenado por la Ley.

- d) En este cuarto apartado quisiera precisar que el llamado **silencio administrativo positivo ha generado también diversas prácticas corruptas al permitir la Administración, con su inactividad, que los particulares obtuviesen autorizaciones administrativas ilegales.** A este respecto debe insistirse en que el ámbito de nuestro Tribunal Superior de Justicia del País Vasco no basta para que el silencio positivo se produzca en materia urbanística el transcurso de un determinado plazo de tiempo sin que la Administración haya resuelto en un sentido o en otro el expediente de la correspondiente licencia.

Además de ello, y para poder entenderse concedida la licencia por silencio será preciso que la petición no contradiga materialmente el planeamiento y la legalidad urbanística. Así lo acaba de señalar una reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 16 de noviembre de 2007 (Recurso de Apelación n.º 716/07) que dice al respecto lo siguiente:

«El régimen jurídico del silencio administrativo, tiene en el ámbito urbanístico una regulación especial, ya que de conformidad con lo previsto por el art. 242.6 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen Jurídico y Ordenación Urbana (TRLR92), no se produce el signo positivo que al silencio atribuye con carácter general el art. 43.2 LRJAP y PAC en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, en los supuestos de licencias contrarias a la legislación o al planeamiento, cuestión sobre la que, pese a las dudas doctrinales, se ha posicionado firmemente la doctrina jurisprudencial (SSTS 29 de junio de 2002 Rec. 7278/1998, de 17 de noviembre de 2003 Rec. 11768/1998, de 3 de noviembre de 2005 Rec. 6660/2002, y 31 de octubre de 2006 Rec 3289).»

- e) En quinto lugar quisiera recordar que la concesión de una licencia para nada excluye la posibilidad de existencia de un ilícito administrativo o penal. De hecho un procedimiento defraudatorio muy utilizado ha consistido en que los Ayuntamientos concedieran licencias que en la práctica no se respetaban sin que ninguna autoridad actuara contra esta actividad ilegal por la vía de los hechos.

A este respecto conviene recordar que la propia Ley 2/2006 contempla dos supuestos de ilegalidad de las licencias ya concedidas. En concreto me refiero a lo dispuesto en sus artículos 211.3 (ilegalidad por ordenación urbanística sobrevenida) y 244 (ilegalidad por anulación de la licencia). El primero de ellos al regular los efectos del otorgamiento de una licencia urbanística señala que:

«Cuando las licencias urbanísticas resulten disconformes con el planeamiento de ordenación urbanística de forma sobrevenida, en virtud de la aprobación de un nuevo instrumento o la modificación del vigente al tiempo del otorgamiento de aquéllas, y las obras aún no hayan concluido, el ayuntamiento declarará motivadamente la disconformidad, y acordará, como medida cautelar, la suspensión inmediata de las obras o de los usos, por plazo que no podrá ser superior a cuatro meses.

Dentro del periodo de vigencia de la medida cautelar, y previa audiencia del interesado, podrá revocar la licencia en todo o en parte, determinando, en su caso, los términos y condiciones en que las obras ya iniciadas pueden ser terminadas o pueden continuar los usos que venían desarrollándose, con fijación de la indemnización a que haya lugar por los daños y perjuicios causados.»

Por otro lado el importantísimo artículo 244 de la Ley 2/2006 señala lo siguiente:

«Artículo 244.— Anulación del acto administrativo de autorización.

1.— Cuando las actividades constitutivas de infracción según esta ley se realicen o hayan realizado al amparo de una licencia u orden de ejecución y de acuerdo con sus determinaciones, no se podrá imponer sanción alguna en tanto no se proceda a la anulación del acto administrativo que les otorgue cobertura.

2.— En el caso previsto en el número anterior, y mientras aún se estén realizando las obras o desarrollándose los usos, el órgano municipal correspondiente dispondrá, cualquiera que sea la fecha de su adopción o dictado, la suspensión de los efectos de la licencia y orden de ejecución y, consiguientemente, la suspensión inmediata de las obras o los usos iniciados a su amparo, todo ello conforme a las normas que regulan la revisión de actos administrativos.

3.— En el supuesto de que las obras estuvieran terminadas o los usos hubieran cesado, las licencias u órdenes de ejecución cuyo contenido constituya o legitime alguna de las infracciones previstas en esta ley deberán ser revisadas por el órgano municipal correspondiente en los términos y condiciones y por los procedimientos previstos al efecto en la legislación reguladora del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.»

Como se desprende de estos preceptos la naturaleza de actos declarativos de derechos de las licencias urbanísticas no impiden que las mismas puedan ser revisadas por la propia Administración en los casos señalados si se comprueba que tales autorizaciones incurren en cualquier causa de anulabilidad del artículo 63 de la Ley 30/1992 o de nulidad de pleno derecho del artículo 62 de dicha norma.

En el primero de ambos casos la Administración tiene el límite de cuatro años para declarar lesiva para los intereses generales la correspondiente licencia para su posterior impugnación ante la jurisdicción (artículo 103 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre). En el caso de nulidad de pleno derecho, y sin límite temporal, la propia Administración debe revocar la autorización siguiendo el procedimiento de revisión de oficio regulado en el artículo 102 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre.

En ambos casos si la licencia no hubiera agotado sus efectos la Administración puede suspender cautelarmente su eficacia si bien de forma inmediata deberá acudir a la jurisdicción para que la misma ratifique o no dicha paralización por el procedimiento especial regulado en el artículo 127 de la Ley de la Jurisdicción.

También quiero indicar que si no se respetan las condiciones de concesión de una licencia la Administración dispone de un instrumento posterior (véanse los artículos 213 y 214 de la Ley 2/2006 de 30 de junio) como es la licencia de primera utilización (en general para las licencias urbanísticas) y de las licencias de apertura (en relación con las licencias de actividad) a través de las cuales evitar la consolidación de obras o instalaciones ilegales.

Obviamente la Administración que no exija dicha segunda autorización o la otorgue pese a que en la práctica no se respetan las condiciones a que se sometió la primera licencia incurrirá en responsabilidad administrativa o penal.

- f) También recoge la nueva Ley 2/2006 un límite, contenido en la legislación urbanística de 1976, en relación con las **modificaciones de los planes de ordenación que afecten a los suelos destinados a zonas verdes y espacios libres anteriormente incluidos en el planeamiento**. Ni la modificación, ni ninguna licencia posteriormente concedida sobre la nueva ordenación, serán válidas si la primera de aquellas no obtiene la autorización de la Comisión de Ordenación del Territorio del País Vasco (artículo 105.7).

Por cierto que esta nueva Ley 2/2006 regula específicamente un supuesto muy utilizado en otras Comunidades Autónomas

para **convalidar licencias urbanísticas anuladas por Sentencia judicial**. Nos referimos a la consabida modificación «a posteriori» del planeamiento urbanístico a fin de dar cobertura a la autorización. Pues bien para tales casos su artículo 106 fija los siguientes límites:

«Límite específico en caso de actuaciones declaradas ilegales por sentencia judicial.

1. Cuando una modificación o revisión de planeamiento venga a legalizar actuaciones clandestinas declaradas incompatibles con la ordenación urbanística en vigor por resolución o sentencia firme, exigirá pronunciamiento previo favorable del Consejo de Gobierno, que será inexcusable para la resolución expresa del procedimiento, previo informe favorable de la Comisión de Ordenación del Territorio. El plazo máximo para la aprobación definitiva de la modificación o revisión quedará suspendido desde el requerimiento del pronunciamiento hasta su adopción. Transcurridos tres meses desde la suspensión sin notificación de resolución alguna, podrá entenderse desestimada la aprobación definitiva.

2. En cualquier caso, será preceptiva la previa resolución del expediente disciplinario urbanístico incoado, la adopción por parte del infractor de las medidas decretadas para la restauración del daño causado y el previo pago de las multas correspondientes a las infracciones declaradas.»

Hasta aquí, sin ánimo de ser exhaustivo, los mecanismos de control de la legalidad urbanística que me parece que han dado alguna utilidad en la lucha contra la corrupción.

Otros como el control político o la participación ciudadana (que han alumbrado diversas reformas de la legislación local y urbanística) no han dado los resultados apetecidos. Un Pleno de un Ayuntamiento, para una oposición sin recursos técnicos, es un marco muy limitado de control de la acción de gobierno. Por otro lado nuestras sociedades posmodernas contemplan una falta generalizada de participación ciudadana la cual, cuando se produce, muchas veces está orientada por los intereses particulares del vecino actuante más que por la defensa de los intereses globales. Con todo habrá que seguir buscando mecanismos de refuerzo de esa participación como los que contempla la Ley 2/2006 de 30 de junio, especialmente las consultas populares, tal y como abordará otro de los ponentes intervinientes en esta jornada.

Ahora bien no quisiera finalizar esta ponencia sin señalar un instrumento con el que siento especial compromiso en la lucha por la salvaguarda de la legalidad urbanística. Me refiero al papel jugado en esta

materia por la acción pública tanto en los procedimientos penales como administrativos.

La falta endémica de medios, cuando no otros factores, tanto en los servicios de inspección municipales como en las propias Fiscalías ha hecho que sólo algunos ciudadanos verdaderamente comprometidos con los principios del Estado social hayan actuado en defensa de la legalidad urbanística frente a Administraciones sustraídas de todo respeto al interés general.

En este mundo al revés los actos de estas Administraciones se han beneficiado, sin embargo, de los mecanismos antes señalados de la inmunidad judicial de la discrecionalidad técnica y de la presunción de validez de sus actos cuando en realidad eran los ciudadanos recurrentes los que verdaderamente defendían el interés general y no la Administración.

Creo que jueces y magistrados deberían ponderar esta realidad cuando se encuentren ante peticiones de suspensión cautelar y anulaciones derivadas de sólidas acciones públicas las cuales no deberían ser rechazadas sin más con la alegación de que la Administración actúa en todo caso en atención al interés general. Sería adecuado que en cada caso se analizara realmente, si a la vista de los datos del expediente, esta premisa es realmente cierta.

Además no es de recibo que la nueva Ley 27/2006 de 18 de julio (*BOE* 19 de julio de 2006) haya restringido la legitimación de estas acciones públicas, más allá de lo que hasta ese momento establecía la Ley 30/1992 de 26 de noviembre y la propia Ley de la Jurisdicción de 1998, al imponer, en aplicación del Convenio de Aarhus, que tales acciones populares se hayan preconstituido legalmente al menos dos años antes del ejercicio de la acción además de que entre sus fines estatutarios se encuentre la defensa del medio ambiente y de que desarrollen su actividad en el ámbito territorial que resulte afectado por la actuación u omisión administrativa. Entiendo que tales límites deben ser eliminados.

Y es que potenciar la actuación de la acción pública (mediante subvenciones, acceso a un servicio público de pruebas periciales arquitectónicas, etc.) será siempre un buen mecanismo para luchar contra esa lacra de nuestra sociedad que es la corrupción urbanística.

El control de las actuaciones urbanísticas en el ámbito municipal

Jesús Torres Martínez

Magistrado de lo Contencioso Administrativo

«todo hombre que tiene poder siente la tentación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites»
(Montesquieu)

I. La corrupción urbanística

La corrupción urbanística tiene como presupuesto el ejercicio abusivo del poder que, atribuido por el ordenamiento jurídico para la satisfacción del interés público, se utiliza para la obtención de un enriquecimiento personal ilícito u otra finalidad proscrita por el ordenamiento jurídico. En un estado de derecho el remedio más eficaz frente a la extralimitación administrativa ha de partir de la transparencia de las actuaciones administrativas en la que los ciudadanos puedan conocer y participar en la toma de decisiones, así como en la existencia de mecanismos de fiscalización y control dentro de la propia organización administrativa.

La actividad urbanística, como señala la exposición de motivos de la Ley del Suelo Estatal 8/2007, de 28 de mayo, consiste en una actividad económica de interés general que afecta tanto al derecho de propiedad como a la libre empresa pues si bien la urbanización es un servicio público, la transformación jurídica y física del suelo en que consiste la gestión puede reservarse la Administración o encomendarse a la actividad privada. Disgregándose las diversas fases que comprende la actividad urbanística, consideradas como funciones públicas, en planeamiento, gestión y disciplina urbanística, el ordenamiento jurídico prevé diversas potestades en manos de la propia Administración con el fin de posibilitar su fiscalización, a través de mecanismos de participación ciudadana, control político mediante el sometimiento de las decisiones municipales a la aprobación y fiscalización de los diversos órganos que conforman la organización municipal, integrados por los corporativos, así como a través de la exigencia de los preceptivos informes técnicos y jurídicos que han de sustentar cualquier acuerdo de aprobación de instrumentos de planeamiento urbanístico, de gestión y de autorización de actuaciones de edificación y construcción. Las medidas de protección frente al abuso y

la corrupción urbanística deben situarse, actualmente, en un plano ético, además del jurídico y basarse en estructuras administrativas, representativas y eficientes, así como en un clima de regeneración moral colectiva tanto pública como privada.

La primera fase en la que cabe descomponer la actividad urbanística es la relativa a la potestad de planeamiento que se traduce en la aprobación de los instrumentos de planeamiento general y de desarrollo, mediante los cuales se conforman las diversas facultades según la clasificación, categorización y calificación del suelo, configurándose con ello el estatuto jurídico de la propiedad. Los instrumentos de planeamiento normativizan las determinaciones estructurantes y pormenorizadas, possibilitándose la generación de las plusvalías que se materializan tras el proceso de gestión urbanística con la transformación jurídica y física del suelo. En la fase de elaboración del planeamiento urbanístico, de su revisión o modificación adquieren un verdadero protagonismo los **Convenios Urbanísticos**, en los que se negocian, entre el responsable municipal y el propietario o promotor, las determinaciones urbanísticas, que giran fundamentalmente sobre el aprovechamiento urbanístico que corresponde al suelo así como las cesiones a los Ayuntamientos de redes y dotaciones y de aprovechamiento urbanístico y que se plasmarán en los instrumentos de planeamiento. La corrupción tiene en esta negociación campo propicio, como muestran con lamentable reiteración los medios de información, donde las contraprestaciones que, en ocasiones, se pactan y obtienen por los responsables municipales pueden tener una finalidad ilícita consistente bien en la propia financiación del partido¹ al que

¹ Transparencia internacional, la organización no gubernamental pionera y mas importante en la lucha contra la corrupción en el mundo, sitúa la acción de los Ayuntamientos como el principal problema de España desde el punto de vista de la corrupción. El informe de 2006 señala que en España aun esta pendiente una adecuada regulación de la financiación de los partidos políticos señalando que «será normal que sigan surgiendo escándalos sobre sobornos y extorsiones en las obras públicas». Dicho organismo recordando un informe del Defensor del Pueblo, indica que los Convenios Urbanísticos permiten que el titular de unos terrenos se comprometa a llevar a cabo determinadas cesiones de suelo, independiente de lo que exige la ley, o incluso a pagar dinero, a cambio de que el municipio afectado reclasifique o aumente la edificabilidad mediante la firma del correspondiente convenio urbanístico, lo que ha hecho posible, según la ONG, que «se estén produciendo situaciones de corrupción muy numerosas».

En concreto, se citan como formas de operar, entre otras:

— Muchos alcaldes están a favor de convenios urbanísticos como forma de conseguir ingresos.

— La modificación de los planes es frecuente.

— La vigilancia sobre construcciones ilegales y desviaciones del proyecto es poco intensa.

pertenece el corporativo o bien en un enriquecimiento personal del mismo, prevaleciendo en todos los casos del ejercicio de las potestades legalmente atribuidas para la consecución del interés público. No es casual que poco tiempo después de la aprobación de la Ley Estatal del Suelo 8/2007, de 28 de mayo, se aprobara la ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos.

Los **Convenios Urbanísticos** han sido objeto de especial preocupación por el legislador. La Ley del Suelo Estatal 8/2007, de 28 de mayo, se refiere a los Convenios Urbanísticos, contemplados en todas las normativas urbanísticas autonómicas, y lo hace precisamente para establecer límites al contenido de los convenios que se negocien. Así el art. 16 de la Ley 8/2007 dispone que «Los convenios o negocios jurídicos que el promotor de la actuación celebre con la Administración correspondiente, no podrán establecer obligaciones o prestaciones adicionales ni más gravosas que las que procedan legalmente de acuerdo con lo dispuesto en este artículo, en perjuicio de los propietarios afectados. La cláusula que contravenga estas reglas será nula de pleno derecho». También algunas Comunidades Autónomas, ante los numerosos escándalos urbanísticos, han tratado de limitar el contenido de los Convenios Urbanísticos de planeamiento. La Comunidad de Madrid modificó el art. 245 de la Ley 9/2001, de 17 de julio del Suelo de la Comunidad de Madrid por la ley 3/2007, de 26 de julio, de Medidas Urgentes de Modernización del Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, que pasa a tener el siguiente contenido literal: «Son nulos de pleno derecho los Convenios Urbanísticos de planeamiento así como cualquier convenio o acuerdo, cualquiera que sea su denominación, que tenga por objeto definir los criterios de ordenación del futuro planeamiento urbanístico o las condiciones 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

— Se ha expropiado a particulares para ceder posteriormente a empresas con fines sociales, las cuales, con el suelo en su poder, lo han vendido después a precios astronómicos.

— Se ha extendido la creación, por parte de constructores, de partidos políticos de ámbito municipal que se presentan a elecciones locales para conseguir la concejalía de urbanismo y desde ella tomar decisiones que les favorezcan; en otras ocasiones se infiltran en los partidos tradicionales para conseguir esos mismos objetivos. El informe recuerda que en España, como en otros países europeos, aún está pendiente una adecuada regulación de la financiación de los partidos políticos. Y por lo tanto, hasta que se resuelve esa cuestión, «será normal que sigan surgiendo escándalos sobre sobornos y extorsiones en las obras públicas».

que las que procedan legalmente en perjuicio de los propietarios afectados».

La actividad urbanística se ha revelado como una potencial posibilidad de obtención de beneficios estando los miembros de las Corporaciones Locales dotados de capacidad para decidir en asuntos de gran trascendencia económica y social, con un amplio grado de discrecionalidad y escasos controles. Basta considerar lo que significa decidir sobre el suelo, su calificación, su enajenación, además de las licencias urbanísticas, todas ellas decisiones públicas de gran riesgo en cuanto confluyen con intereses particulares y donde se manejan grandes cantidades de dinero.

II. Mecanismo de control

Como mecanismos de control efectivo frente a la corrupción urbanística cabe distinguir en el ámbito administrativo el control de la discrecionalidad de las decisiones relativas a la aprobación de los planes urbanísticos y sus alteraciones, la potenciación de la participación ciudadana así como de los mecanismos de control interno tanto político como técnico-jurídico.

1. *El control de la discrecionalidad*

La redacción y aprobación de los planes urbanísticos así como de sus modificaciones y revisiones se encuentra dentro de las actividades públicas donde la potestad discrecional encuentra un mayor campo de actuación frente a la actividad de gestión y disciplina urbanística que tiene un carácter reglado al tener que someterse a las planes urbanísticos y ordenanzas de edificación que tienen naturaleza de disposiciones reglamentarias. En el ámbito de actuación reglada la satisfacción de intereses espurios se puede conseguir a través de diversos comportamientos entre los que cabe destacar la demora en la concesión de las licencias urbanísticas, que obliga a los ciudadanos al pago de determinadas prestaciones para la obtención de una determinada autorización precisa para el desarrollo de una actividad perfectamente lícita o ilícita, o bien el convertir el acto de concesión de la licencia, que debe tener un carácter puramente reglado, en un acto de poder político. En la potestad de planeamiento surge un ámbito de «indiferencia» dentro del cual la administración puede elegir entre varias soluciones pero siempre debiendo elegir la más adecuada para el interés público. El planificador decide que suelos han de

ser objeto de clasificación como urbanos, urbanizables o no urbanizables, que calificación corresponde a cada porción de suelo, donde han de ubicarse los espacios libres y las dotaciones así como los sistemas generales. La discrecionalidad administrativa ha de estar rodeada por un marco de restricciones no solo jurídicas, sino también políticas, sociales, económicas y organizativas. La interdicción de la arbitrariedad, consagrada constitucionalmente en el art. 9.3 de la Carta Magna, constituye un límite esencial al ejercicio de la potestad discrecional. TOMAS RAMÓN FERNÁNDEZ pone de manifiesto la necesidad de considerar que el principio de arbitrariedad prohíbe las actuaciones carentes de motivación y fundamento, extrayendo la idea de que el «concepto de arbitrariedad se vincula así en su esencia última al concepto de motivación». A través de la correspondiente memoria la Administración expone los fines y objetivos que persigue la ordenación elegida y los razonamientos que justifican el por qué de un modelo territorial y no otro, siendo a través de los Estudios Económico Financieros donde se garantiza que el planificador ha tomado en consideración los costes y los recursos económicos disponibles. El art. 17.4 de la Ley Estatal del Suelo 8/2007 dispone que «la documentación de los instrumentos de ordenación de las actuaciones de urbanización debe incluir un informe o memoria de sostenibilidad económica, en el que se ponderará en particular el impacto de la actuación en las Haciendas Públicas afectadas por la implantación y el mantenimiento de las infraestructuras necesarias o la puesta en marcha y la prestación de los servicios resultantes, así como la suficiencia y adecuación del suelo destinado a usos productivos». Cabe señalar asimismo como técnica que delimita la esfera de la discrecionalidad administrativa el sometimiento al principio de proporcionalidad, debiendo existir una adecuación entre los medios y los fines así como entre los diferentes intereses en juego. También los principios de eficacia, eficiencia y economía y los recursos económicos así como la racionalidad y razonabilidad han de constituir criterios limitativos de la facultad de elección. La Administración en el ejercicio de sus potestades discrecionales está obligada a realizar una elección que tienda a la consecución del fin establecido en la norma. Señala en este sentido el art. 3 de la Ley Estatal del Suelo 8/2007 de 28 de mayo, siguiendo una larga tradición que se remonta a la primera ley del Suelo de 12 de mayo de 1956, que «la ordenación territorial y urbanística son funciones públicas no susceptibles de transacción que organizan y definen el uso del suelo del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general, determinando las facultades y deberes del derecho de propiedad conforme al destino de este» disponiendo a continuación que «el ejercicio de la potestad de ordenación territorial y urbanística deberá ser motivado, con expresión de los intereses a que sirve». Los Planes Generales se

encuentran vinculados a los Planes de Ordenación Territorial, en el supuesto de que existan, encontrándose la discrecionalidad de la Administración en la planificación urbanística claramente limitada por la existencia de estos planes territoriales que puedan abarcar todo o parte del territorio autonómico. El art. 10.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976, de aplicación supletoria tras la STC 61/97, de 20 de marzo, señala que «cuando existan Planes Directores Territoriales de Coordinación, los Planes Generales Municipales deberán redactarse teniendo en cuenta las determinaciones y directrices establecidas en aquellos» y en parecidos términos se pronuncian las respectivas leyes urbanísticas autonómicas. La planificación territorial ha de garantizar los intereses locales en consonancia con los intereses supramunicipales lo que permite el control autonómico de la aprobación definitiva de los planes y no solo de legalidad respecto a los aspectos reglados sino también de oportunidad sobre el modelo local elegido y en la medida de que se trate de determinaciones del plan urbanístico que inciden en materias de interés autonómico. El art. 17 de la Ley Estatal 8/2007 dispone que los «instrumentos de ordenación territorial y urbanística están sometidos a evaluación ambiental de conformidad con lo previsto en la legislación de evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente y en este artículo, sin perjuicio de la evaluación de impacto ambiental de los proyectos que se requieran para su ejecución, en su caso. 2. El informe de sostenibilidad ambiental de los instrumentos de ordenación de actuaciones de urbanización deberá incluir un mapa de riesgos naturales del ámbito objeto de ordenación. 3. En la fase de consultas sobre los instrumentos de ordenación de actuaciones de urbanización, deberán recabarse al menos los siguientes informes, cuando sean preceptivos y no hubieran sido ya emitidos e incorporados al expediente ni deban emitirse en una fase posterior del procedimiento de conformidad con su legislación reguladora: a) El de la Administración Hidrológica sobre la existencia de recursos hídricos necesarios para satisfacer las nuevas demandas y sobre la protección del dominio público hidráulico. b) El de la Administración de costas sobre el deslinde y la protección del dominio público marítimo-terrestre, en su caso. c) Los de las Administraciones competentes en materia de carreteras y demás infraestructuras afectadas, acerca de dicha afección y del impacto de la actuación sobre la capacidad de servicio de tales infraestructuras. Los informes a que se refiere este apartado serán determinantes para el contenido de la memoria ambiental, que solo podrá disentir de ellos de forma expresamente motivada (...) 6. La legislación sobre ordenación territorial y urbanística establecerá 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, por trascender del concreto ámbito de la actuación los efectos significativos que genera la misma en el medio ambiente».

2. *La participación ciudadana*

Ha de potenciarse el mecanismo de participación ciudadana como instrumento democrático de control ciudadano, posibilitándose una mayor participación vecinal en la actividad urbanística y en el conocimiento de la misma, que tradicionalmente se venían concretando a través de las alegaciones y sugerencias en la diversas fases, avance y aprobación inicial, en que se disgrega el procedimiento de aprobación de los instrumentos de planeamiento así como en la legitimación para el ejercicio de la acción pública.

El Convenio de la Comisión Económica para Europa de Naciones Unidas sobre acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, tan vinculada a la ordenación territorial y urbanística, hecho en Aarhus en 25 de junio de 1995, se asienta sobre tres pilares básicos; el pilar del acceso a la información medio ambiental, el pilar de participación del público en el proceso de toma de decisiones que se extiende a los tres ámbitos de actuación pública; la autorización de determinadas actividades, la aprobación de planes y programas y la elaboración de disposiciones de carácter general de rango legal o reglamentario y por último, como tercer pilar, el derecho de acceso a la justicia.

La Ley del suelo 8/2007, de 28 de mayo dispone en el art. 2 que la ordenación sobre la ordenación territorial y urbanística garantizará, entre otras «el derecho a la información de los ciudadanos y de las entidades representativas de los intereses afectados por los procesos urbanísticos, así como la participación ciudadana en la ordenación y gestión urbanísticas», recogiendo en el art. 4 los derechos de los ciudadanos entre los que señala, en el apartado c) y d) los de «participar efectivamente en los procedimientos de elaboración y aprobación de cualesquiera instrumentos de ordenación del territorio o de ordenación y ejecución urbanísticas y de su evaluación ambiental mediante la formulación de alegaciones, observaciones, propuestas, reclamaciones y quejas y a obtener de la Administración una respuesta motivada, conforme a la legislación reguladora del régimen jurídico de dicha Administración y del procedimiento de que se trate» así como el de «ejercer la acción pública para hacer respetar las determinaciones de la ordenación territorial y urbanística, así como las decisiones resultantes de los procedimientos de

evaluación ambiental de los instrumentos que las contienen y de los proyectos para su ejecución, en los términos dispuestos por su legislación reguladora». Como medidas positivas que han de redundar en una mayor participación ciudadana y, por tanto, ser consideradas como posibles medidas de lucha contra la corrupción, la Ley Estatal 8/2007 introduce la necesidad del sometimiento al trámite de información pública así como la obligación de impulsar la publicidad telemática del contenido de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística², la de poner a disposición de los ciudadanos copias completas de dichos instrumentos de planeamiento así como la previsión contemplada en la Disposición Adicional Novena, en lo relativo a la adición del art. 70ter. a la Ley 7/85, de 2 de abril de Bases de Régimen Local, de que se publiquen por medios telemáticos el contenido actualizado de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística en vigor, del anuncio de su sometimiento a información pública y de cualesquiera actos de tramitación que sean relevantes para su aprobación o alteración. Añadiendo dicha disposición adicional novena que «cuando una alteración de la ordenación urbanística, que no se efectúe en el marco de un ejercicio pleno de la potestad de ordenación, incremente la edificabilidad o la densidad o modifique los usos del suelo, deberá hacerse constar en el expediente la identidad de todos los propietarios o titulares de otros derechos reales sobre las fincas afectadas durante los cinco años anteriores a su iniciación, según conste en el registro o instrumento utilizado a efectos de notificaciones a los interesados de conformidad con la legislación en la materia».

El art. 70.2 de la Ley 7/85 dispone que «los acuerdos que adopten las corporaciones locales se publican o notifican en la forma prevista por la Ley. Las ordenanzas, incluidos el articulado de las normas de los planes

² «Artículo 11. *Publicidad y eficacia en la gestión pública urbanística* 1. Todos los instrumentos de ordenación territorial y de ordenación y ejecución urbanísticas, incluidos los de distribución de beneficios y cargas, así como los convenios que con dicho objeto vayan a ser suscritos por la Administración competente, deben ser sometidos al trámite de información pública en los términos y por el plazo que establezca la legislación en la materia, que nunca podrá ser inferior al mínimo exigido en la legislación sobre procedimiento administrativo común, y deben publicarse en la forma y con el contenido que determinen las leyes. 2. En los procedimientos de aprobación o de alteración de instrumentos de ordenación urbanística, la documentación expuesta al público deberá incluir un resumen ejecutivo expresivo de los siguientes extremos: a) Delimitación de los ámbitos en los que la ordenación proyectada altera la vigente, con un plano de su situación, y alcance de dicha alteración. b) En su caso, los ámbitos en los que se suspendan la ordenación o los procedimientos de ejecución o de intervención urbanística y la duración de dicha suspensión. 3. Las Administraciones Públicas competentes impulsarán 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».

urbanísticos, así como los acuerdos correspondientes a éstos cuya aprobación definitiva sea competencia de los entes locales, se publicarán en el «Boletín Oficial» de la provincia y no entrarán en vigor hasta que se haya publicado completamente su texto y haya transcurrido el plazo previsto en el artículo 65.2 salvo los presupuestos y las ordenanzas fiscales que se publican y entran en vigor en los términos establecidos en la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales. Las Administraciones públicas con competencias urbanísticas deberán tener, a disposición de los ciudadanos que lo soliciten, copias completas del planeamiento vigente en su ámbito territorial». Asimismo el artículo 70 bis de la ley 7/85 de 2 de abril dispone que «Los ayuntamientos deberán establecer y regular en normas de carácter orgánico procedimientos y órganos adecuados para la efectiva participación de los vecinos en los asuntos de la vida pública local, tanto en el ámbito del municipio en su conjunto como en el de los distritos, en el supuesto de que existan en el municipio dichas divisiones territoriales».

La Ley del Suelo del País Vasco 2/2006 fomenta de una manera claramente positiva la participación ciudadana al introducir **los programas de participación ciudadana** en el art. 108 que dispone que «el acuerdo municipal de inicio de la formulación, modificación o revisión de cualquier figura de planeamiento de ordenación estructural deberá estar acompañado de un programa de participación ciudadana en el que, según las características del municipio, se establecerán los objetivos, estrategias y mecanismos suficientes para posibilitar a los ciudadanos y ciudadanas y entidades asociativas el derecho a participar en el proceso de su elaboración. Entre estos mecanismos figurarán: a) Sesiones abiertas al público explicativas del contenido del avance, en especial de las decisiones estratégicas de construcción de la ciudad y las posibles alternativas presentadas en la tramitación del expediente. b) Posibilidad de celebrar consulta popular municipal, según la regulación establecida en la legislación básica de régimen local, en caso de graves controversias ciudadanas sobre alguno de los aspectos incluidos en el plan. c) Material divulgativo, que deberá prepararse junto con los documentos legalmente exigidos para los instrumentos urbanísticos, al objeto de facilitar su difusión y comprensión».

3. *Los mecanismos de Control Interno*

a) EL CONTROL POLÍTICO

La aprobación de los instrumentos de planeamiento general quedan en manos de los órganos colegiados, concretamente del Pleno Municipal, quedando en manos del Alcalde la aprobación de los instrumentos

de gestión, y todo ello, claro esta, sin perjuicio de la distribución competencial que para los Municipios de Gran Población dispone la ley 57/20003, de 16 de diciembre (título X de la ley 7/1985, de 2 de abril) así como de las posibilidades de delegación de las atribuciones que corresponden a los órganos municipios que originariamente tienen atribuidas la aprobación de los instrumentos de gestión y disciplina urbanística. Si bien las decisiones que han de adoptar los órganos colegiados permiten el control político a través de los miembros que la integran de la oportunidad y legalidad de la decisión adoptada, no ocurre lo mismo cuando la decisión corresponde a un órgano unipersonal.

La normativa local instrumenta mecanismos que favorecen el control político interno. Con carácter previo al pronunciamiento del Pleno de los asuntos que se le someten, las propuestas han de someterse a dictamen de las Comisiones Informativas Municipales, de composición política proporcional. Dispone el art. Artículo 20 c) de la Ley 7/1985 que «en los municipios de más de 5.000 habitantes, y en los de menos en que así lo disponga su reglamento orgánico o lo acuerde el Pleno, existirán, si su legislación autonómica no prevé en este ámbito otra forma organizativa, órganos que tengan por objeto el estudio, informe o consulta de los asuntos que han de ser sometidos a la decisión del Pleno, así como el seguimiento de la gestión del Alcalde, la Junta de Gobierno Local y los concejales que ostenten delegaciones, sin perjuicio de las competencias de control que corresponden al Pleno. Todos los grupos políticos integrantes de la corporación tendrán derecho a participar en dichos órganos, mediante la presencia de concejales pertenecientes a los mismos en proporción al número de Concejales que tengan en el Pleno» pudiendo, en base al apartado tercero, los propios municipios, en los reglamentos orgánicos, establecer y regular otros órganos complementarios de conformidad con lo previsto en este artículo y en las leyes de las comunidades autónomas. En base al art. 77 de la Ley 7/1985 «todos los miembros de las Corporaciones locales tienen derecho a obtener del Alcalde o Presidente o de la Comisión de Gobierno cuantos antecedentes, datos o informaciones obren en poder de los servicios de la Corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función. La solicitud de ejercicio del derecho recogido en el párrafo anterior habrá de ser resuelta motivadamente en los cinco días naturales siguientes a aquél en que se hubiese presentado». Se hace preciso que por parte de las Corporaciones Locales se regulen, a través de sus reglamentos orgánicos, órganos complementarios que tengan por objeto el mayor control de la actividad urbanística así como la facilitación de la precisa información a los concejales para el desarrollo de su actividad de control político interno. El art. 17 apartado 5 de la Ley 8/2007 introduce de forma novedosa los **Informes**

del seguimiento de la actividad urbanística que posibilitan un mayor conocimiento de la actividad urbanística, disponiendo que «las Administraciones competentes en materia de ordenación y ejecución urbanísticas deberán elevar al órgano que corresponda de entre sus órganos colegiados de gobierno, con la periodicidad mínima que fije la legislación en la materia, un informe de seguimiento de la actividad de ejecución urbanística de su competencia, que deberá considerar al menos la sostenibilidad ambiental y económica a que se refiere este artículo. Los Municipios estarán obligados al informe a que se refiere el párrafo anterior cuando lo disponga la legislación en la materia y, al menos, cuando deban tener una Junta de Gobierno Local».

El Art. 109 de la Ley del Suelo del País Vasco 2/2006 crea el Consejo Asesor Municipal con carácter obligatorio en todos los municipios, como eficaz instrumento de transparencia, disponiendo que «el Consejo Asesor del Planeamiento Municipal es un órgano local de carácter consultivo y deliberante para el cumplimiento de las funciones de concertación social en relación con el procedimiento de formulación, tramitación y aprobación de los planes urbanísticos, de existencia obligatoria en los municipios que tengan la competencia, propia o delegada, para la aprobación definitiva de planes generales. Conocerá de cuantos estudios, programas, directrices y líneas de actuación elaboren o establezcan las administraciones responsables de la formulación del planeamiento general del municipio para coadyuvar a su elaboración, e informará, en todo caso, una vez iniciada la redacción técnica del plan general. Podrá recabar, conocer y emitir informe de cualquier otro plan o instrumento de ordenación urbanística. Las propuestas o alternativas presentadas por el consejo ante la administración que apruebe el planeamiento y que no sean atendidas en la resolución de aprobación definitiva del mismo deberán ser contestadas motivadamente. Mediante reglamento municipal se determinará la composición, el funcionamiento, la constitución y la disolución del Consejo Asesor que deberá estar presidido por la alcaldía del municipio y contará con la presencia del concejal responsable del área de urbanismo. En todo caso, la composición de este órgano garantizará la presencia del movimiento asociativo vecinal y de representantes de entidades u organizaciones dedicadas a la protección y defensa medioambiental que intervengan en el término municipal».

La Disposición Adicional Novena de la ley 8/2007 modifica diversos artículos de la Ley 7/1985 de 2 de abril que afectan tanto a las competencias de los órganos como a la sujeción de los corporativos a declarar sobre las causas de incompatibilidad así como a las actividades que puedan proporcionar medios económicos que conlleven una mayor concreción de los deberes de transparencia del ejercicio de los cargos públicos.

(3. Modificación del artículo 75.7. «Los representantes locales, así como los miembros no electos de la Junta de Gobierno Local, formularán declaración sobre causas de posible incompatibilidad y sobre cualquier actividad que les proporcione o pueda proporcionar ingresos económicos. Formularán asimismo declaración de sus bienes patrimoniales y de la participación en sociedades de todo tipo, con información de las sociedades por ellas participadas y de las liquidaciones de los impuestos sobre la Renta, Patrimonio y, en su caso, Sociedades. Tales declaraciones, efectuadas en los modelos aprobados por los plenos respectivos, se llevarán a cabo antes de la toma de posesión, con ocasión del cese y al final del mandato, así como cuando se modifiquen las circunstancias de hecho. Las declaraciones anuales de bienes y actividades serán publicadas con carácter anual, y en todo caso en el momento de la finalización del mandato, en los términos que fije el Estatuto municipal. Tales declaraciones se inscribirán en los siguientes Registros de intereses, que tendrán carácter público: a) La declaración sobre causas de posible incompatibilidad y actividades que proporcionen o puedan proporcionar ingresos económicos, se inscribirá, en el Registro de Actividades constituido en cada Entidad local. b) La declaración sobre bienes y derechos patrimoniales se inscribirá en el Registro de Bienes Patrimoniales de cada Entidad local, en los términos que establezca su respectivo estatuto. Los representantes locales y miembros no electos de la Junta de Gobierno Local respecto a los que, en virtud de su cargo, resulte amenazada su seguridad personal o la de sus bienes o negocios, la de sus familiares, socios, empleados o personas con quienes tuvieran relación económica o profesional podrán realizar la declaración de sus bienes y derechos patrimoniales ante el Secretario o la Secretaria de la Diputación Provincial o, en su caso, ante el órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondiente. Tales declaraciones se inscribirán en el Registro Especial de Bienes Patrimoniales, creado a estos efectos en aquellas instituciones. En este supuesto, aportarán al Secretario o Secretaria de su respectiva entidad mera certificación simple y sucinta, acreditativa de haber cumplimentado sus declaraciones, y que éstas están inscritas en el Registro Especial de Intereses a que se refiere el párrafo anterior, que sea expedida por el funcionario encargado del mismo.» 4. Inclusión de un nuevo apartado 8 en el artículo 75. «8. Durante los dos años siguientes a la finalización de su mandato, a los representantes locales a que se refiere el apartado primero de este artículo que hayan ostentado responsabilidades ejecutivas en las diferentes áreas en que se organice el gobierno local, les serán de aplicación en el ámbito territorial de su competencia 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. A estos efectos, los Ayuntamientos podrán contemplar 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.» 5. Inclusión de una nueva Disposición adicional Decimoquinta. «Régimen de incompatibilidades y declaraciones de actividades y bienes de los Directivos locales y otro personal al servicio de las Entidades locales». «1. Los titulares de los órganos directivos quedan sometidos al régimen de incompatibilidades establecido en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y en otras normas estatales o autonómicas que resulten de aplicación. No obstante, les serán de aplicación 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, en los términos en que establece el artículo 75.8 de esta Ley. 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 generales. 2. El régimen previsto en el artículo 75.7 de esta Ley será de aplicación al personal directivo local y a los funcionarios de las Corporaciones Locales con habilitación de carácter estatal que, conforme a lo previsto en el artículo 5.2 de la Disposición Adicional Segunda de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, desempeñen en las Entidades locales puestos que hayan sido provistos mediante libre designación en atención al carácter directivo de sus funciones o a la especial responsabilidad que asuman.»)

Resulta incuestionable que entre las medidas más eficaces frente a la corrupción esta la transparencia administrativa así como en el control de los grupos políticos de las actuaciones urbanísticas municipales.

b. EL CONTROL TÉCNICO-JURÍDICO

La normativa de régimen local y urbanista autonómica dispone la necesidad de que los expedientes de planeamiento, gestión y disciplina urbanística cuenten con los correspondientes informes técnicos y jurídicos municipales que han de sostener la legalidad de las decisiones municipales. Los riesgos de abusar de las potestades administrativas serán

tanto más intensas cuantos mas debilitadas y menos garantías en el ejercicio de sus funciones tengan los funcionarios a los que corresponde el informe y, en su caso, la propuesta de actuación. Corresponde a los Funcionarios de Habilitación Estatal, de obligatoria existencia en la Organización administrativa Local, la reserva legal de los informes legales preceptivos, lo que se traduce en la obligación de informar con carácter previo a la aprobación de los instrumentos y convenios de planeamiento, al requerir estos una mayoría cualificada, debiendo señalarse que en las mayoría de los municipios medianos y pequeños son los únicos funcionarios a los que corresponde la emisión de los informes jurídicos en todo tipo de expedientes administrativos. El ordenamiento jurídico ha de proporcionarles todo tipo de garantías que aseguren el ejercicio de su función sin presión alguna, lo que ha de conllevar, lógicamente, la clara determinación de sus responsabilidades, tanto las de estos funcionarios como las del resto de los técnicos municipales. Asimismo ha de exigirse de estos, en el marco del Estatuto Básico de la Función Pública, la dedicación al servicio público, la integridad moral, la objetividad así como la neutralidad política. El ejercicio de estos controles administrativo no debe considerarse contradictorio con la potestad de autoorganización de las Entidades Locales ni un menoscabo de su autonomía pues esta no ha de ser incompatible con controles de naturaleza de legalidad administrativa proporcionales a los intereses que se tratan de salvaguardar (art. 8 de la Carta Europea de Autonomía Local). Respecto a las funciones reservadas a los Habilitados Nacionales, el Tribunal Constitucional en sentencia 214/1989, se pronuncio sobre su carácter básico señalando que están encaminadas «al servicio de garantizar de manera generalizada en todas las Administraciones Locales el correcto desempeño y desenvolvimiento de cierto elenco de funciones que, por su trascendencia, rebasan el estricto interés local (...)».

Sin embargo ningún control puede ser efectivo si no se ejerce con las debidas garantías de independencia. En la Administración Local la Jefatura de todo el personal corresponde al Alcalde a quien corresponde, asimismo, la potestad disciplinaria. Si a ello añadimos que las retribuciones complementarias las determina el Ayuntamiento, correspondiendo la asignación del complemento de productividad al propio Alcalde es evidente que, en ocasiones, no concurren las circunstancias mas óptimas para ejercer, al margen de cualquier tipo de presión, las funciones que les corresponden a los técnicos y juristas municipales.

Instrumentos de la Ley 8/2007 para reaccionar contra la corrupción urbanística

Juan-Cruz Alli Aranguren

Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad Pública de Navarra

En los años finales del siglo xx y primeros del xxi son noticia diaria los escándalos urbanísticos en muchos Municipios y Comunidades Autónomas, sobre todo en las de mayor dinamismo edificatorio como algunas capitales y el litoral mediterráneo. Las denuncias y procesamientos por delitos urbanísticos, tráfico de influencias, prevaricación y cohecho son continuos, sin distinguir de ideologías en los gestores municipales imputados. Resulta evidente que se trata de las puntas del iceberg de la corrupción sobre la que se asienta una gran parte de la gestión urbanística local¹.

Con la agudeza de ingenio que le es propia, el Prof. NIETO ha relacionado la corrupción con las características propias del sistema urbanístico español:

«las tres notas esenciales del Derecho urbanístico español: su inaplicación generalizada e impune, las facultades que da para la realización, igualmente impune, de los 'negocios urbanísticos' y, en fin, su des-

¹ Son paradigmáticos los recientes escándalos de Marbella, Málaga, Andratx, Seseña, Telde, Ciempozuelos, Orihuela, Totana y otros muchos, así como el denominado *Operación Guateque* sobre el otorgamiento de licencias de actividad en el Ayuntamiento de Madrid. EIGEN, P., *Las redes de la corrupción. La sociedad civil contra los abusos del poder*, Barcelona, Planeta, 2003, pp. 133-172, sobre la corrupción en España, dentro de las que dedica a la urbanísticas las pp. 148-150. FERNÁNDEZ DURÁN, R., *El tsunami urbanizador*, Madrid, Virus, 2006. SÁNCHEZ GOYANES, E., «La corrupción urbanística (española y globalizada) en el Congreso Internacional de Río sobre Ética y Buen Gobierno», *La Ley*, 6709, 9 de mayo de 2007. TRANSPARENCY INTERNATIONAL ESPAÑA, *Informe global 2007 sobre la corrupción en España*, redactado por Manuel VILLORIA MENDIETA, se destaca la importancia de la corrupción urbanística en el ámbito local, como ya lo constató en el Informe de 2006. FUNDACIÓN ALTERNATIVAS, «Urbanismo y democracia. Alternativas para evitar la corrupción», 2007, <http://www.falternativas.org>, pp. 343-344, recoge una relación de localidades afectadas por problemas de corrupción urbanística ordenada por materias (clasificación del suelo, planeamiento, convenios urbanísticos, gestión y disciplina urbanística).

mesurada complejidad, que explica, al menos parcialmente, las notas anteriores»².

I. Concepto

El riesgo derivado de la corrupción ha sido destacado desde la Unión Europea por la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo, *Una política global de la UE contra la corrupción*³. Parte del concepto de corrupción utilizado por el Banco Mundial⁴ y la ONG *Transparency International*: «el uso de la posición pública para obtener ingresos privados ilícitos»⁵. Aunque se decantó por la más amplia del *Programa Global contra la Corrupción* de las Naciones Unidas: «abuso del poder para obtener ganancias privadas, que afecta a los sectores público y privado»⁶.

El *Convenio Civil sobre la Corrupción* del Consejo de Europa de 4 de noviembre de 1999 definió la corrupción como

«el hecho de solicitar, ofrecer, otorgar o aceptar, directa o indirectamente, un soborno o cualquier otra ventaja indebida o la promesa de una ventaja indebida, que afecte al ejercicio normal de una función o al comportamiento exigido al beneficiario del soborno, de la ventaja indebida o de la promesa de la ventaja indebida».

² NIETO, A., *Balada de la Justicia y la Ley*, Madrid, Trotta, 2002, p. 130.

³ COM (2003) 317 final. Sobre la corrupción en España: GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Corrupción, ética y moral en las Administraciones públicas*, Madrid, Thomson-Civitas, 1991.

⁴ THE WORLD BANK, «Helping Countries Combat Corruption. The Role of the World Bank», september 1997, p. 8: define la corrupción como «el abuso de un funcionario público en beneficio privado».

⁵ La consideración de la corrupción como la utilización del espacio público para el beneficio privado está en la definición de muchos autores: TREISMAN, D., «The causes of corruption: a cross national study», *Journal of Public Economics*, 2000, p. 76. La concepción funcionalista la ha considerado como un fenómeno estructural e inevitable de toda sociedad: GARZÓN VALDÉS, E., *Calamidades*, Barcelona, Gedisa, 2004, pp. 11 y ss. NIETO, A., *Corrupción en la España democrática*, Barcelona, Ariel, 1997, p. 7, afirma que la corrupción «acompaña al poder como la sombra al cuerpo».

⁶ El 17 de diciembre de 1997 se firmó la *Convención Mundial contra el Soborno de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales*, que entró en vigor el 15 de febrero de 1999. Las entidades Transparencia Internacional (www.transparency.org) y la Universidad de Göttingen mantienen el *Internet Center for Corruption Research* (<http://www.gwdg.de/icr.htm>). La primera ha publicado el Índice de Percepciones de Corrupción (1980-2005), el Índice de Fuentes de Soborno (1999 y 2002) y el Barómetro Global de la Corrupción (2003).

Para GARZÓN VALDÉS

«la corrupción consiste en la violación limitada de una obligación por parte de uno o más decidores con el objeto de obtener un beneficio personal extraposicional del agente que soborna o a quien extorsionan a cambio del otorgamiento de beneficios para el sobornador o el extorsionado que superan los costos del soborno o del pago o servicio extorsionado»⁷.

KLITGAARD afirmó que «existe corrupción cuando una persona, ilícitamente, antepone sus intereses personales sobre los de las personas y los ideales de las personas a quienes está comprometido a servir»⁸. Para este autor la corrupción tiene efectos negativos en el mercado, reduce la confianza de los ciudadanos y hace perder legitimidad a las instituciones:

«la corrupción sistemática genera costos económicos debido a la distorsión de los incentivos, costos políticos debidos al debilitamiento de las instituciones, y costos sociales debidos a la redistribución de la riqueza y poder hacia los más ricos y privilegiados [...] cuando la corrupción contradice el derecho de propiedad, la vigencia de la ley y los incentivos para la inversión, el desarrollo económico y político queda mutilado»⁹.

Como ha destacado LAPORTA, en la corrupción hay una conducta deshonesta de un agente, público o privado/público y privado conjuntamente:

«un individuo, sea cual sea su entorno, toma la decisión de realizar una acción determinada, la acción corrupta. Y esta es la razón por la que siempre existirá la corrupción: no hay ningún sistema de control posible ni ningún antídoto tan eficaz como para impedir una opción individual de este tipo. En todo caso ese sistema o ese antídoto ten-

⁷ GARZÓN VALDÉS, E., *Calamidades...*, cit., p. 212.

⁸ KLITGAARD, R., *Controlando la corrupción. Una indagación práctica para el gran problema de fin de siglo*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1994, p. 11; versión española de *Controlling Corruption*, Berkley-Los Angeles, University of California, 1988.

⁹ KLITGAARD, R., «Estrategias a nivel nacional e internacional para reducir la corrupción», en *Pena y Estado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995, p. 247. Dentro de la literatura económica algunos autores han sostenido que la corrupción actúa como *speed money* favoreciendo a los emprendedores para superar los retrasos en las inversiones: ACEMOUGLOU, D. y VERDIER, T., «Property rights, corruption and the allocation of talent: a general equilibrium approach», en *Economic Journal*, 1998, p. 108.

drán muchas más fuerzas si son *internos* al individuo (educación, con-
vicciones, etc.) que si son meramente *externos*»¹⁰.

El término corrupción es polisémico y, en su sentido más amplio, equivale al uso indebido de un cargo con fines ajenos a los oficiales propios del mismo¹¹. Pero no es exclusiva del sector público, también existe en el privado y en la que se produce en aquél, está implicado este último. El catálogo de actos corruptos es muy variado incluyendo el soborno, la extorsión, el tráfico de influencias, el nepotismo, el fraude, el desfalco, el cobro y pago de comisiones, la entrega de obsequios, etcétera, sin que, necesariamente, supongan la existencia de un ilícito penal.

KLITGAARD elaboró la «ecuación básica de la corrupción»: $C=M+D-A$ [Corrupción=Monopolio+Discrecionalidad-Rendición de cuentas/Transparencia], en la que corrupción equivale a monopolio, más poder discrecional, menos rendición de cuentas (*Accountability*)¹². La fórmula es válida para la actividad pública, privada o sin ánimo de lucro, de modo que «se tenderá a encontrar corrupción cuando alguien tiene un poder monopolístico sobre un bien o servicio, tiene el poder discrecional de decidir si alguien lo recibirá o no y en qué cantidad, y no está obligado a rendir cuentas». Para poder superarlo se precisa reducir o regular el monopolio, claridad y transparencia en el poder discrecional y control. Sugiere que en una estrategia contra la corrupción se utilicen como instrumentos: una clara y decidida voluntad política para crear conciencia colectiva y poner los medios para superarla; sanciones a los autores; involucrar a la ciudadanía en el diagnóstico de los sistemas corruptos; prevención por la «evaluación de la vulnerabilidad» de las instituciones públicas y privadas; introducir incentivos de reforma¹³.

¹⁰ LAPORTA, F. J. y ÁLVAREZ, S., *La corrupción política*, Madrid, Alianza Editorial, 1996. p. 28.

¹¹ HUNTINGTON, S. P., *El orden político en las sociedades en cambio*, Buenos Aires, Paidós, 1972, p. 63, define la corrupción como «una desviación de la conducta de un funcionario público, que se aparta de las normas establecidas para ponerse al servicio de intereses privados». BOBBIO, N. y MATEUCCI, F., *Diccionario de Política*, México, Siglo XXI, p. 438: definen la corrupción como el «fenómeno por medio del cual un funcionario público es impulsado a actuar en modo distinto de los estándares normativos del sistema para favorecer intereses particulares a cambio de una recompensa».

¹² LAPORTA, F. J. y ÁLVAREZ, S., *La corrupción...*, cit., pp. 29-30: señala que los términos contrarios a los que configuran la ecuación representan los propios del «sistema de gobierno al que llamamos Estado democrático de Derecho».

¹³ KLITGAARD, R., *Controlando la corrupción...*, cit., pp. 10 y ss; «Combatiendo la corrupción. Información e incentivos», en *Nueva sociedad*, 145, 1996, pp. 56-65; «Adjusting to Reality: Beyond State vs. Market», en *Economic Development*, San Francisco, International Center for Economic Growth and ICS Press, 1991, ch. 7; «Contra la corrupción», en *Finanzas & Desarrollo*, junio de 2000, pp. 2-5.

La falta de transparencia en los procesos de toma de decisiones que, como expone KLITGAARD, es una de las características de la corrupción, favorece la actuación opaca, *sotto sistema*, en la que se produce el intercambio de favores y la compra-venta de las decisiones. Se establecen «transacciones en un mercado oculto, en el que se intercambian dinero e influencia sobre los comportamientos de la Administración pública», dando lugar a un «proceso de decisiones que modifica la estructura de las oportunidades políticas»¹⁴.

A través de las investigaciones policiales y judiciales y de los procedimientos se ha ido comprobando como las decisiones administrativas sobre reclasificaciones masivas de suelo, transformación de uso, incremento de densidades, adquisición de bienes y aprovechamientos en venta directa, reparto «equitativo» de las plusvalías, «compensación» de mejoras en urbanización, equipamientos, etcétera se adoptan con importantes contraprestaciones dinerarias y de otros bienes, en concepto de comisiones para beneficio personal o «institucional»¹⁵. Se ha comprobado la tendencia a formar «redes» superadoras de las formas más elementales de la corrupción individual, para integrar conjuntos coordinados y dirigidos, con diversidad de agentes y reparto de funciones, a todo lo largo del proceso, como lo demuestra la «trama» de Marbella.

En todo sistema de corrupción existe una causalidad entre una actitud o ética permisiva, puramente utilitaria, que valora el éxito a cualquier precio, el abuso del poder en sus diversas manifestaciones y la falta o debilidad de los controles sociales e institucionales¹⁶. En la red todos

¹⁴ DELLA PORTA, D., *Lo Scambio Occulto*, Bologna, Il Mulino, 1992, p. 83.

¹⁵ Que se ha tratado de amparar y justificar por la inexistencia de enriquecimiento personal, porque así se ayudaba a la implantación de una determinada opción política partidista, estableciendo e institucionalizando una práctica de corrupción política, que ha sido justificada por el buen fin. NIETO, A., *Corrupción...*, cit., p. 43, respecto a los «factores propios de la corrupción que se desarrolla en un Estado democrático», afirma: «La presencia de partidos políticos y de sindicatos, la celebración de elecciones, la necesidad de que los ciudadanos abandonen intermitentemente sus ocupaciones privadas para dedicarse a la gestión de la cosa pública, la profesionalización de la carrera política y sindical, son factores que inciden muy pesadamente en las prácticas corruptas tradicionales presidiéndoles un color democrático característico». DELLA PORTA, D., «Partidos políticos y corrupción. Reflexiones sobre el caso italiano», en *Nueva Sociedad*, 145, 1996, estudia las estructuras secretas de recaudación y gestión de los «políticos de negocios», cuya función es la de «mediar entre los distintos actores de intercambios ocultos, establecer contactos y favorecer las negociaciones entre las dos o más partes interesadas en el intercambio corrupto», lo que da lugar a que «el sistema de partidos se transforme en primer lugar en un sistema de socialización para lo ilícito».

¹⁶ Los escándalos de la corrupción se benefician de la inflación informativa sobre otros supuestos de corrupción u otros hechos, así como de la complejidad y demora de los procesos judiciales, porque las reglas de oro son: no cometer errores ni realizar movimien-

participan de uno y otro modo, pero puede quebrar cuando alguno de sus miembros se considera marginado, preterido o engañado por el resto¹⁷.

Se ha de destacar como en muchos de los términos señalados y utilizados en el lenguaje habitual y «políticamente correcto» se utilizan eufemismos para ocultar la realidad, lo que es propio de la corrupción como fenómeno social de amplio espectro¹⁸. De este modo se pretende ocultar o disfrazar, para evitar el rechazo social y poder mantenerla como actividad beneficiosa para todos los implicados en el proceso. A veces la prepotencia, la sensación y cuasi-certeza de impunidad y la ostentación terminan perdiendo a sus protagonistas. Como expuso TUCÍDIDES, «cambiaron incluso el significado normal de las palabras en relación con los hechos, para adecuarlas a su interpretación de los mismos»¹⁹.

II. Corrupción urbanística. Medios y factores determinantes

Existe hoy en el país una conciencia general de que el ámbito del urbanismo municipal es el de la corrupción política y administrativa más amplia. El mercado inmobiliario es opaco y oligopolístico, a veces, monopolístico, a partir del encuentro entre la oferta de un producto con gran valor y plusvalía y una demanda que precisa de ese bien para satisfacer necesidades colectivas elementales. La clave la tienen quienes están en condiciones de reconocer y atribuir o no el valor al bien escaso. Estos no son otros que las entidades públicas locales y sus gestores. Como sostuvo NIETO, «el negocio urbanístico empieza, pues, cuando se juntan un propietario avisado y un concejal sin escrúpulos»²⁰.

tos en falso, evitar reconocerlos, taparlos con otras informaciones, ganar tiempo y postergarlos hasta que la opinión pública se olvide o aburra al cabo de mucho tiempo, cuando no tenga importancia y no afecta a la situación de los protagonistas. OPENHEIMER, A., *Ojos vendados. Estados Unidos y el negocio de la corrupción en América Latina*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 2001, expone las prácticas de los casos Clinton, Salinas de Gortari y Citybank.

¹⁷ La experiencia demuestra que los disconformes o perjudicados que se separan de la disciplina terminan transmitiendo información y descubren las redes de corrupción, como suele ser habitual en relación con las contrataciones públicas.

¹⁸ NIETO, A., *Corrupción...*, cit., p. 63: «La corrupción aparece, con mayor o menor gravedad, en todos y cada uno de los ámbitos de la vida social [...] No caben, contra lo que suele creerse, vicios públicos en un contexto social virtuoso».

¹⁹ TUCÍDIDES, *Historia de la Guerra del Peloponeso*, 3. 82.

²⁰ NIETO, A., *Balada...*, cit., p. 132; *Corrupción...*, cit., p. 113, aludió a la corrupción en pequeña escala en gestión del urbanismo y las licencias, sin tanto relieve como las grandes operaciones escandalosas.

Por otra parte, en el régimen administrativo y urbanístico español concurren varias de las causas específicas que favorecen la corrupción, según DEYSINE, como son:

- Ausencia, debilidad o escasa probabilidad de sanciones, bien por falta de reproche legal, por falta de sanciones legales, o por ineficiencia.
- Sobrerregulación administrativa o ineficiencia de gestión, que puede servir de estímulo a la práctica de comportamientos corruptos.
- Gran magnitud económica de las consecuencias de la decisión pública a tomar.
- Doble lealtad del agente público (lealtad al público y lealtad a la organización que puede haber contribuido a su promoción a la condición de agente público).
- Falta de competitividad o inexistencia de mercado abierto en relación con la decisión del agente.
- Defectos en la organización burocrática que puede redundar en falta de control interno²¹.

CACIAGLI enumera como causas que facilitan la corrupción en Italia, perfectamente aplicables a España:

- la intervención estatal en la economía,
- la libre designación de funcionarios por los políticos,
- los procedimientos burocráticos que demoran las decisiones,
- la mala gestión administrativa,
- la descentralización política y administrativa con aumento del poder local y mayor discrecionalidad,
- la falta de alternancia y la partidocracia,
- las nuevas formas de profesionalización política,
- el crecimiento de los costes políticos,
- la necesidad de los partidos de buscar nuevas formas de financiación²².

²¹ DEYSINE, A., «Political corruption: a review of the literature», en *European Journal of Political Research*, 8, 4, pp. 447-462. Citado por LAPORTA, F. J. y ÁLVAREZ, S., *La corrupción...*, cit., pp. 25 y ss.

²² CACIAGLI, M., *Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada*, Madrid, CEC 1996, pp. 67 y ss. Este autor también considera el aspecto de la moralidad pública: «la integración del criterio de legalidad con el criterio de 'moralidad' por el cual la trasgresión afecta 'no solamente' a las normas jurídicas y, tal vez, 'no tanto' a las normas jurídicas, sino a las normas éticas que regulan el ejercicio de la profesión político-burocrática desviándose así de lo que la opinión pública o el grupo de pertenencia reputa como justo y

Cuando existe, además, un régimen normativo complejo, con gran discrecionalidad, que pone las más importantes decisiones en una única instancia administrativa e impide los controles posteriores, se produce un campo abonado a la práctica de la corrupción. Esta se aprovecha de las contradicciones y posibilidades del sistema normativo para el lucro personal, de lo que son claro exponente en España los convenios urbanísticos. GARZÓN VALDÉS propone la adopción de medidas para frenar la corrupción utilizando instrumentos jurídicos como la sustitución de las decisiones discrecionales por las regladas, tipificar infracciones y sanciones por la violación de las normas, garantía de conocimiento, publicidad y participación en la toma de decisiones, mejora de las retribuciones de los servidores públicos, y otras en relación con la cooperación, la contratación y la reducción del ámbito de decisión²³.

En el estudio de EIGEN sobre las redes de la corrupción, VILLORIA analiza la corrupción en España y destaca la urbanística directamente relacionada con la gestión pública local y los convenios urbanísticos, formulando conclusiones de las que cabe destacar las referidas a los medios en que se manifiesta:

- «1. Prácticamente todos los alcaldes están a favor de convenios urbanísticos como forma de conseguir ingresos.
- 2. La modificación de los planes es frecuente [...]
- 3. La vigilancia sobre construcciones ilegales y desviaciones del proyecto es poco intensa.
- 4. Las sanciones suelen consistir en multas y casi nunca en demoliciones.
- 6. Se ha permitido el acaparamiento de suelo en manos privadas para generar una aparente escasez del mismo y la consiguiente subida de los precios.
- 7. Se ha expropiado a particulares para ceder posteriormente a empresas con fines sociales, las cuales, con el suelo en su poder, lo han vendido después a precios astronómicos.
- 9. La corrupción urbanística se expande y no respeta institución alguna [...]»²⁴.

El 27 de junio de 2007 la Fundación Alternativas presentó en el Congreso de los Diputados el *Informe «Urbanismo y democracia. Alternativas*

lícito en política» (p. 56). LAMO DE ESPINOSA, E., «Corrupción política y ética económica», en LAPORTA, F. J. y ÁLVAREZ, S., *La corrupción...*, cit., p. 284, insiste en que «el verdadero problema es un sistema insuficientemente provisto de controles y de contrapoderes».

²³ GARZÓN VALDÉS, E., *Calamidades...*, cit., pp. 216 y ss.

²⁴ VILLORIA MENDIETA, M., «Corrupción en España», en EIGEN, P., *Las redes...*, cit., pp. 149-150.

para evitar la corrupción», que recopila la información y el análisis de los escándalos producidos en los siete últimos años. Su objetivo es proponer medidas a los partidos políticos sobre un fenómeno muy extendido, a partir del conocimiento de la situación actual en cuanto a las tipologías, las causas y los ámbitos territoriales. Incluye un amplio catálogo de incumplimientos, analizando las irregularidades sancionadas por sentencias. Considera que las causas de la corrupción son la existencia de un modelo urbanístico que fomenta la especulación y no inhibe la corrupción, que es insostenible y con controles administrativos ineficaces. Realiza un total de cincuenta propuestas siendo las más significativas las referidas a:

- régimen de tutela municipal por las CCAA;
- modificación del modelo territorial y urbanístico, la reorientación de la política de ordenación del territorio;
- protección del suelo prohibiendo su reclasificación como urbanizable;
- prohibición de las modificaciones que desvirtúen el modelo urbanístico,
- prohibición de la venta del aprovechamiento;
- demolición de las construcciones ilegales;
- creación de una agencia estatal de disciplina urbanística;
- cambio normativo para establecer una disciplina en el Registro de la Propiedad;
- reforma de la legislación de régimen local para devolver a los secretarios locales las funciones de fiscalización de la legalidad municipal²⁵.

La nueva Ley 8/2007 ha atendido algunas de estas propuestas, aunque la mayor parte son propias de la competencia autonómica.

Las actuaciones vinculadas a la corrupción tienen algunas características comunes, aunque no siempre coincidentes. Se ha de destacar que, en la mayor parte de los casos, no se plantea un debate entre legalidad y legitimidad, en el sentido de actuaciones ilegales e ilegítimas. En tal caso quizá los mecanismos de eliminación de la realidad de la ilegalidades, si funcionasen adecuadamente, podrían desbaratar los casos de corrupción. La corrupción utiliza la legalidad para, con su cobertura, producir hechos ilegítimos en sus fines y medios, con abuso de poder, para fines distintos de los que la legitiman y establece el ordenamiento. El control de las decisiones discrecionales es posible a través de los fines y los principios.

²⁵ FUNDACIÓN ALTERNATIVAS, «Urbanismo y democracia...», cit. pp. 18-19.

De ahí el valor del citado *Informe* que estudió casos reales y realizó un inventario de las actuaciones irregulares más habituales:

- a) Son dispersas y aisladas actuando sobre espacios externos de naturaleza rústica, aunque por la generosa calificación de la Ley 6/1998 constituían, legalmente, suelo urbanizable. No se justifican por las necesidades del propio núcleo, sino por demandas muy alejadas por la influencia de una gran ciudad próxima o de demanda turística. Su planeamiento, si existe, está descoordinado del núcleo y del territorio, creando un nuevo núcleo que, en muchos casos, tiene mucha mayor entidad poblacional que el histórico. Cuando se trata de centros de actividades económicas o servicios de alto valor comercial mantienen esas mismas características. Todo ello lleva a la privatización de los espacios y los servicios.
- b) Se producen actuaciones masivas sobre suelo rústico o reclasificaciones de suelo urbanizable de uso residencial y de espacios para equipamientos y servicios, a través de modificaciones puntuales, que no de revisiones de los planes generales, a pesar de que por su intensidad y la alteración de sus previsiones y del modelo territorial, exigirían la revisión del planeamiento. Dentro de esta última práctica han destacado las relativas a las instalaciones deportivas recientes como medio para financiar o sanear la economía de los clubs de fútbol.
- c) Se utilizan los convenios urbanísticos con la finalidad deliberada y plenamente asumida por las partes, de establecer los compromisos de reforma de los Planes de ordenación, repartir las plusvalías o instrumentar la «venta» de los aprovechamientos públicos derivados de las cesiones y de la participación de la Administración como titular de suelo.
- d) Se configuran unidades discontinuas con suelos externos de menos valor, o con la inclusión de bienes de dominio público (zonas verdes y dotaciones), que generen aprovechamiento, adjudicando el que corresponda a la Administración en proindiviso, en vez de en parcelas netas, para vender posteriormente las participaciones a los condóminos privados o permutar por el valor catastral o muy inferior a los valores reales de mercado²⁶.
- e) Se otorgan licencias de edificación en flagrante violación de la legalidad urbanística, ocupando espacios destinados a zonas verdes o equipamientos.

²⁶ Han sido utilizadas en convenios urbanísticos (SSTS 24 de abril de 2001, RJ 3423; 15 de junio de 2002, RJ 5932).

- f) Se transmite la idea de una mayor «participaciones en los beneficios» por personas o instituciones, que termina siendo la justificación de las decisiones adoptadas, habiéndose demostrado que, en algunos casos, han sido medio de enriquecimiento particular y de financiación de algunas organizaciones²⁷.
- g) Para todo ello se precisa la complicidad de las autoridades directamente afectadas y decisorias, con total negligencia por parte de otras instancias administrativas que, aunque no pueden interferir en la autonomía de aquellas, tienen reconocida competencia sobre el planeamiento y legitimación para iniciar actuaciones administrativas y penales.

Sin embargo, a pesar de la notoriedad de los escándalos urbanísticos, se han alzado voces pidiendo que no se olvide

«el carácter episódico y absolutamente aislado de este fenómeno ni el derecho a la presunción de inocencia que también asiste [...] a todos cuantos de alguna manera tienen que ver con el desenvolvimiento de la actividad urbanística, en la esfera pública o en la privada, y también no olvidar el abuso en el ejercicio de la acción pública en ese terreno que ocasionalmente tienen que ver, antes que con la altruista defensa de intereses generales, con la de otros bastante difíciles de confesar»²⁸.

Al analizar la corrupción en el urbanismo, la Profesora LOZANO se ha planteado cuales han sido los «instrumentos de ordenación social, y en especial el ordenamiento jurídico, [que] han fallado de un modo tan estrepitoso para ponerles coto». Considera que son dos las deficiencias del sistema:

«Una de las deficiencias del ordenamiento administrativo que más ha propiciado, e incluso alentado, el fenómeno del urbanismo desenfrenado y corrupto ha sido, a mi juicio, la inmediatez de los agentes encargados de la planificación a la realidad, percolada de intereses económicos, sobre la que dicha planificación opera, unida a un excesivo margen de discrecionalidad derivado de la insuficiencia de los condicionantes de su actuación contenidos en las leyes y en los instrumentos de planificación superior»²⁹.

²⁷ El Tribunal de Cuentas señaló que más del 24% de las subvenciones públicas no electorales recibidas por los partidos políticos proceden de las corporaciones locales, a pesar de la penuria de sus Haciendas.

²⁸ SÁNCHEZ GOYANES, E., «Exposición de Motivos», en SÁNCHEZ GOYANES, E., *Ley de Suelo. Comentario sistemático de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo*, Madrid, La Ley-El consultor, 2007, pp. 41-42; «La reconducción de la prevaricación urbanística a sus justos términos», *Revista de Urbanismo y Edificación Aranzadi*, 2, 2006, invocando la STS 362/2006, de 28 de marzo de 2006, de la Sala de lo Penal.

²⁹ LOZANO CUTANDA, B., «Urbanismo y corrupción: algunas reflexiones desde el Derecho Administrativo», *RAP*, 172, 2007, pp.341-342.

Este planteamiento, que compartimos, nos lleva a un campo muy amplio. En primer lugar el del concepto y alcance del principio constitucional de la autonomía local y si la capacidad de gestión de sus respectivos intereses (arts. 137 y 140 CE) es tan ilimitada como se pretende desde una concepción de cuasi soberanía local. Aunque exceden del alcance de este trabajo, se ha de dejar constancia de sus características más relevantes.

1. *Autonomía y discrecionalidad*

No es este el momento de exponer el concepto de autonomía local ni de si esta impide la existencia de cualquier tipo de intervención y control sobre las decisiones locales que afectan al medio ambiente y la ordenación del territorio. Es lo cierto que se ha pasado de un control por parte del ámbito estatal primero y autonómico después, sobre los planes de ordenación municipal «en todos sus aspectos», a limitarlo a cuestiones de legalidad y de respeto a intereses supramunicipales e instrumentos de planeamiento de rango superior.

Se ha de dejar constancia de que la legislación de ordenación territorial autonómica tiene un amplio margen para establecer sistemas de control, siempre que se respete el contenido esencial e indisponible de la autonomía local, y en esta línea se está avanzando³⁰. En este sentido la Ley 8/2007 ha introducido una concepción de la ordenación territorial, formando parte del desarrollo sostenible, que articula nuevos ámbitos de vinculación y dependencia entre entidades e instrumentos. Como declaró la STC 159/2001:

«la Administración territorial a la que el constituyente encomendó la competencia normativa en urbanismo (las Comunidades Autónomas, según el artículo 148.1.3 CE, pero también el Estado, cuando resulte habilitado al efecto por otros títulos competenciales) está legitimada para regular de diversas maneras la actividad urbanística» (FJ 9)³¹.

³⁰ LOZANO CUTANDA, B., «Urbanismo...», cit., pp. 347-355. BAÑO LEÓN, J. M., «Los planes autonómicos con incidencia en el urbanismo municipal», en INSTITUTO DE DERECHO PÚBLICO, *Informe Comunidades Autónomas 2005*, Barcelona, 2006, pp. 802 y ss.

³¹ El TC ha perfilado el alcance de la competencia autonómica sobre la aprobación definitiva (SSTC 61/1997, FJ 25; 159/2001, FJ 12; 240/2006, FJ 12), así como las relaciones entre la ordenación local y la supralocal y del control del planeamiento municipal por parte de las Comunidades Autónomas (SSTS 13-7-1990, RJ 6034; 3-1 y 12-2-1991, RJ 495 y 945; 18-5-1992, RJ 4219; 21-2-1994, RJ 1458). Son éstas las que «en el ejercicio de su competencia urbanística exclusiva [definen] el nivel de participación de los municipi-

En la materia urbanística y relacionada con ella existe discrecionalidad en la adopción de decisiones con gran contenido económico³², que propicia la aparición de conductas deshonestas e interesadas utilizando el poder otorgado para servir al interés general, en beneficio propio, como expresó MÉNY:

«La corrupción [...] se da en el punto de unión de lo público y de lo privado y especialmente en los sectores en los que el gestor público no está sometido a unas reglas totalmente obligatorias. La corrupción en un Estado de Derecho democrático tiene pocas posibilidades de producirse donde el funcionario u hombre público lo único que puede hacer es responder positivamente al ciudadano si reúne los requisitos necesarios: [...] Por el contrario, la pequeña y gran corrupción puede abrirse camino allí donde el decisor dispone de un cierto poder discrecional [...] decisiones que no pueden estar encerradas en procedimientos casi automáticos y dejan una capacidad de maniobra apreciable a los funcionarios o a los políticos, sobre todo si las reglas de procedimiento que se supone que garantizan el *due process of law* no se aplican de acuerdo con la letra o con el espíritu de las mismas»³³.

El mismo autor destacó la corrupción *in the sunshine* de Francia, Italia y España por medio de los intermediarios, del tráfico de influencias, de las empresas y de los órganos de intermediación, que pone en crisis al Estado de Derecho³⁴:

«El respeto a las normas de buena conducta en la gestión pública exige algo más que la renuncia a cometer crímenes o delitos. En un Estado de Derecho democrático se imponen unas normas prudentes, independientemente de toda sanción penal, que se puede resumir en una sencilla regla: evitar el conflicto de intereses cualquiera que sea su

pios en la elaboración de los instrumentos de planeamiento» (STC 51/2004, FJ 25), que exige a los «legisladores autonómicos y estatal que respeten la garantía mínima y reconocible de participación» (STC 159/2001, FJ 12).

³² GARZÓN VALDÉS, E., *Calamidades...*, cit., p. 213: «es obvio que la posibilidad de llevar a cabo la violación de una obligación será tanto mayor cuanto mayor sea el poder de discrecionalidad del decisor, puesto que ello aumenta las posibilidades de ganancias extrapoliciales».

³³ MÉNY, Y., «Corrupción fin de siglo: cambio, crisis y transformación de valores», en *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, 149, 1996, pp. 3-4, en www.unesco.org/issj; *La corruption de la République*, Paris, Fayard, 1992; «La corruption: question morale ou problème d'organisation de l'État», en *RFAP*, 84, 1997, pp. 585 y ss. DELLA PORTA, D. y MÉNY, Y., *Démocratie et corruption en Europe*, Paris, La Decouverte, 1995. SABÁN GODOY, A., *El marco jurídico de la corrupción*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 27 y ss.

³⁴ A esta crisis se refiere ANDRÉS IBAÑEZ, P., *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1996.

manifestación, pues la represión de la corrupción no es más que la expresión más manifiesta y extrema de esta regla básica de los sistemas democráticos: separación de los poderes y de los dispositivos de los *checks and balances*».

2. *Haciendas locales*

Desde los municipios se justifican estos comportamientos en la necesidad de obtener recursos para lo que se utiliza el urbanismo y la potestad planificadora. Se estima que existen ayuntamientos que perciben por este medio del 30% al 40% de los ingresos ordinarios:

«las administraciones locales han recurrido con cierta frecuencia a las calificaciones y recalificaciones de suelo como fuente extraordinaria de obtención de ingresos, desligando de este modo las decisiones urbanísticas de los objetivos de racionalidad, que teóricamente justifican la intervención pública en el suelo. Las plusvalías extras que van a parar a manos de los ‘buscadores de renta’, y los ingresos municipales extraordinarios obtenidos por calificaciones y recalificaciones no son neutros, dado que repercuten en el precio final del suelo, trasladándose inmediatamente a los precios de las viviendas y de otros bienes inmuebles»³⁵.

III. **Un nuevo marco legal lleno de buenos propósitos**

Los propósitos liberalizadores de la Ley 6/1998 y su anunciado incremento de la oferta de suelo y, en consecuencia, la reducción del precio de la vivienda, han resultado un gran fracaso. Su única virtualidad ha sido la de alterar el sistema que se había construido y adecuado desde 1956, potenciando el «urbanismo salvaje», la pérdida del protagonismo de los poderes públicos y la práctica del «urbanismo concertado» especulativo, todo ello adobado de una creciente corrupción. La concepción del urbanismo al servicio de la propiedad del suelo ha alcanzado su punto álgido, como no había ocurrido con los marcos legales anteriores. Valorando el resultado de la vigencia de la Ley ha expuesto VAQUER:

³⁵ CÍRCULO DE EMPRESARIOS, *La política de vivienda en España: una propuesta de futuro*, Madrid, 26 de enero de 2005, p. 15. MARTÍN REBOLLO. L., «Presente y futuro del Derecho urbanístico: una reflexión crítica», *Anuario de Gobierno Local 2002*, Barcelona, 2003, p. 50.

«la experiencia nos ha demostrado que la liberalización del suelo no consiste en clasificar mucha superficie: [...] con ello no se ha conseguido abaratar el precio de solares y viviendas como se pretendía. Sus efectos han sido otros [...] o bien trasladar la decisión sobre dónde se urbaniza del poder público a los promotores y propietarios del suelo, lo que, si se mantuviera a largo plazo, podría tener efectos graves sobre la cohesión social, la movilidad, el paisaje y, en general, la calidad de nuestro medio; o bien trasladar parte del poder discrecional de esa decisión sobre qué suelos pueden ponerse efectivamente en carga del momento previo de la clasificación del suelo por el planeamiento general al momento posterior de su desarrollo mediante la sectorización y la ordenación detallada»³⁶.

1. Principios

La Ley 8/2007 busca dar solución a los problemas derivados de la Ley 6/1998, a partir de unas premisas constitucionales, articulando medios que permitan superar la degeneración del sistema que se ha puesto de manifiesto en los últimos años. Sin pretensión exhaustiva se han de destacar los siguientes aspectos:

- a) La plasmación del principio de desarrollo sostenible (art. 2) como inspirador de las «políticas públicas relativas a la regulación, ordenación, ocupación, transformación y uso del suelo tiene como fin común la utilización de este recurso conforme al interés general y según el principio». Conduce a unos objetivos de las políticas que afecta a todas las Administraciones y a todos sus instrumentos, con opciones concretas sobre el medio urbano. Todo ello a través de los modelos territoriales que se elaborarán por los poderes públicos competentes sobre el concepto de la «ciudad compacta» en el espacio necesario para atender las necesidades colectivas. Se manifiesta en deberes de respeto (art. 5), evaluación (art. 15), límite a la transformación del suelo rural (art. 10) y utilización de valores mínimos (DT 4.^a).
- b) Se incorpora una visión sostenible de la ciudad, considerando la ordenación territorial y urbanística como una actuación sobre el medio, de modo que sea un instrumento al servicio del derecho al

³⁶ VAQUER CABALLERÍA, M., «Estudio preliminar: Constitución, Ley de Suelo y ordenamiento territorial y urbanístico», en PAREJO ALFONSO, L.-FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, G. R., *Comentarios a la Ley de Suelo (Ley 8/2007, de 28 de mayo)*, Madrid, Iustel, 2007, cit., pp. 45-46.

medio ambiente. De este modo se engarza con la cultura ambientalista y el modelo de ciudad compacta, frente a la ciudad dispersa de modelos urbanísticos de otras culturas a la que sirvió el carácter residual del suelo urbanizable del marco legal anterior³⁷.

- c) Se ha reforzado el papel de los poderes públicos a partir del reconocimiento de la función pública al servicio del interés general que tienen el planeamiento, la gestión y la ejecución (art. 3.1 y 16.3)³⁸.
- d) Para evitar el monopolio de la propiedad, se desvincula la urbanización de aquélla, fomentando la inversión urbanizadora empresarial, sea o no propietaria (art. 6). Al eliminarse la clasificación del suelo, sustituida por las situaciones básicas, se trata de superar la creación de expectativas y la valoración especulativa del suelo (art. 12).
- e) Con el fin de superar los «convenios» favorables a la Administración, se incrementa la participación de la comunidad en las plusvalías desde el 10% hasta el 15%-20%, en función de que el valor de las parcelas resultantes sea inferior o superior al medio en los restantes de su misma categoría de suelo (art. 16)³⁹. Este suelo se entregará con destino al Patrimonio público para la construcción de viviendas de protección pública.
- f) El objetivo de hacer efectivo el derecho constitucional a disfrutar de una vivienda lleva a establecer una previsión mínima del 30% de la edificabilidad y a promocionar la vivienda protegida por medio de los patrimonios públicos de suelo (art. 10).

³⁷ CÍRCULO DE EMPRESARIOS, *La política...*, cit., p. 32: «6. La liberalización del suelo no consiste en instaurar un 'urbanismo salvaje'. Si bien todo el suelo debería ser, en principio, urbanizable (salvo excepciones tasadas, por razones medioambientales o de otro tipo), deberían establecerse reglas fijas y claras en materia de alturas, dotaciones públicas, equipamientos, etc. Tales reglas habrían de ser objetivas, estables y conocidas».

³⁸ CÍRCULO DE EMPRESARIOS, *La política...*, cit., p. 16, propone: «1. La normativa deberá excluir radicalmente la utilización de restricciones a la oferta de suelo como instrumento de planificación. Por consiguiente su compatibilidad con las reglas de mercado debe ser máxima y no interferir en su funcionamiento». 2. La regulación, si se considerase necesaria, debe limitarse a establecer un marco de actuación y unas reglas del juego en las que puedan operar los agentes económicos».

³⁹ CÍRCULO DE EMPRESARIOS, *La política...*, cit., p. 18: «9. En el proceso de urbanización actual un significativo porcentaje del suelo urbanizado ha de cederse obligatoriamente a la autoridad local, lo cual es un mecanismo impositivo [...] Por cierto, son numerosos los casos en los que el patrimonio público de suelo se destina a otros fines que los previstos, lo que le quita justificación actual al sistema, si alguna le quedaba. La propuesta es suprimirlo, porque el encarecimiento de los solares y el complicado y discrecional sistema de negociación, generan unos efectos perversos de gran calado».

- g) En la valoración del suelo se suprimen las expectativas y atiende a su valor objetivo, según sea su situación básica rural o urbanizado (art. 22.2), ya que la edificabilidad sólo se patrimonializa por su realización efectiva, el cumplimiento de los deberes y el levantamiento de las cargas (art. 7.2).
- h) Se establecen medidas anticorrupción como la nulidad de pleno Derecho de los convenios que superen el marco legal, el control democrático de la actividad urbanística, el régimen de incompatibilidades y los registros de intereses, con modificaciones en el régimen local para hacerlo posible y dar transparencia a los procesos urbanísticos.
- i) Los bienes y recursos del Patrimonio público de suelo sólo se podrán destinar a la construcción de viviendas de protección oficial o a usos de interés social conforme al planeamiento (art. 34).

2. Medidas anticorrupción

Por sus propias características de norma de principios propia de la competencia estatal, la Ley 8/2007 realiza muy escasas referencias a la competencia local. Parte de reconocer que la regulación de su ejercicio corresponde a la legislación urbanística [arts. 10.b).3.º, 15.5 y 6. DT 4.ª] y que es el municipal el ámbito de prestación de servicios que pueden tener interés general supramunicipal (art. 21.2 y Disposición adicional octava).

Ante el escándalo social producido por la corrupción urbanística, el legislador ha pretendido introducir elementos legales de «ética pública» por medio de técnicas de conocimiento y control, como si estos, por sí mismos y en ausencia de comportamientos éticos de los gestores públicos, fueran un modo de asegurar comportamientos correctos y garantes del interés general. Por ello, un municipalista como MARTÍN MATEO ha sostenido que

«en estos momentos, sobre todo para las Comunidades que tienen [...] un acelerado ritmo de crecimiento, es imprescindible someter la gestión municipal en materia urbanística a otros controles, para evitar la reiteración de los penosos acontecimientos, que han afectado recientemente a algunas comunidades del litoral»⁴⁰.

⁴⁰ MARTÍN MATEO, R., *La gallina de los huevos de cemento*, Madrid, Civitas, 2007, p. 240.

La Disposición adicional novena de la Ley 8/2007, de Suelo, modifica la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local, introduciendo medidas a implementar por la competencia local, con la finalidad de aumentar la transparencia de la planificación y la gestión urbanísticas:

- a) Se modifica el artículo 22.2, sobre la competencia del Pleno municipal y de la Asamblea vecinal para la aprobación inicial del planeamiento general y de la que ponga fin a la tramitación municipal de los planes, instrumentos de ordenación previstos en la legislación urbanística, de los convenios que tengan por objeto la alteración de cualesquiera de dichos instrumentos, así como de las enajenaciones patrimoniales cuando su valor supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto y, en todo caso, las permutas de bienes inmuebles.
- b) El apartado 7 del artículo 75 respecto al régimen de incompatibilidades y declaración sobre causas de posible incompatibilidad y sobre cualquier actividad que les proporcione o pueda proporcionar ingresos económicos, de sus bienes patrimoniales, de la participación en sociedades de todo tipo y de las liquidaciones de los impuestos sobre la Renta, Patrimonio y, en su caso, Sociedades. Tales declaraciones se inscribirán en los Registros de intereses, que tendrán carácter público.
- c) Se adiciona un nuevo artículo 70 ter, sobre el deber de información de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística vigentes en su ámbito territorial, de los documentos de gestión y de los convenios urbanísticos, así como la publicidad de los mismos, de su sometimiento a información pública y de cualesquiera actos de tramitación que sean relevantes para su aprobación o alteración.
- d) Se añade un nuevo apartado 8 al artículo 75.7 sobre la aplicación a los representantes locales durante los dos años siguientes a la finalización de su mandato, de 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. Esta incompatibilidad podrá compensarse económicamente por los Ayuntamientos para aquellos que, como consecuencia del régimen de incompatibilidades, no puedan desempeñar su actividad profesional, ni perciban retribuciones económicas por otras actividades.
- e) Se completa con la inclusión de una nueva Disposición adicional decimoquinta sobre régimen de incompatibilidades y declaracio-

nes de actividades y bienes de los directivos locales y otro personal al servicio de las Entidades locales.

IV. Los convenios urbanísticos

Los convenios urbanísticos han sido la manifestación de un modo de actuar denominado «urbanismo concertado». Este modelo es causa —como también fue consecuencia— de graves disfunciones en el urbanismo posterior a 1956, cuyo análisis y crítica están brillantemente expuestos por PARADA⁴¹.

En el Informe del Defensor del Pueblo de 2002 se destacó la corrupción por medio de los convenios urbanísticos, poniendo de manifiesto su auténtico sentido como documento

«en que el titular de unos terrenos se compromete a llevar a cabo determinadas cesiones de los mismos, independientemente de aquellas a las que los propietarios de los terrenos están obligados por ley o, incluso, pagos en metálico a favor de la administración urbanística, para el caso de que se apruebe o modifique por parte de dicha administración un plan con unas determinaciones concretas (clasificaciones, usos, intensidades, etc.) sobre terrenos especificados en el convenio»⁴².

Ha supuesto un modo de sustitución de la función pública directiva de la Administración por la iniciativa de los propietarios de suelo y de los promotores de las actuaciones de transformación, arguyendo ventajas colectivas que ocultan los mayores beneficios privados⁴³. Los convenios de planeamiento han conducido a que

«se subvierta todo el procedimiento de aprobación de los planes dirigido a una adecuada ponderación de los intereses públicos en juego, y con ello se corre el riesgo de que el planeamiento no satisfaga los

⁴¹ PARADA, R., *Derecho Administrativo*, III, Madrid, M. Pons, 2002, pp. 365 y ss. CHINCHILLA PEINADO, J. A., «Los convenios urbanísticos en el estrado ¿la existencia de una construcción sistemática por parte de los tribunales?: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las decisiones de los Tribunales Superiores de Justicia (1999-2005)», *RDU-MA*, 227, 2006, pp. 73-209. ARREDONDO GUTIÉRREZ, J. M., *Los convenios urbanísticos y su régimen jurídico*, Granada, Comares, 2003. OCHOA GÓMEZ, M. P., *Los convenios urbanísticos; límites a la figura redentora del urbanismo*, Madrid, La Ley, 2006.

⁴² Boletín Oficial de las Cortes Generales, VII Legislatura, 442, 3 de junio de 2003.

⁴³ VILLORIA MENDIETA, M., «Corrupción...», cit., p. 149, destaca entre las conclusiones sobre la corrupción urbanística directamente relacionada con los convenios: «1. Prácticamente todos los alcaldes están a favor de convenios urbanísticos como forma de conseguir ingresos. 2. La modificación de los planes es frecuente; sólo en Mallorca, en los últimos cuatro años, los municipios han modificado en 227 ocasiones sus planes».

intereses de la comunidad, sino el de unos pocos (no es casual que en los mayores desmanes urbanísticos recientes la utilización de esta figura sea una constante: en el caso de Marbella se llevaron a cabo más de 600 convenios urbanísticos)»⁴⁴.

Antes de su más precisa regulación normativa, que les dio carta de naturaleza, fue producto de los acuerdos entre las Administraciones locales y los propietarios y promotores, lo que dio lugar a la formación de una doctrina jurisprudencial sobre su legalidad, alcance y contenido. La STS de 15 de noviembre de 1988 (RJ 9086) calificó de «ocurrencia administrativa» a un convenio entre un Alcalde y un propietario, reflejando muy bien su auténtico significado:

«ya que el Alcalde no sólo anticipa la voluntad corporativa a la que compete toda modificación que pueda hacerse en el planeamiento, sino que se compromete a otorgar licencia de edificación y apertura [...] estipula que la licencia de obras se concederá en el plazo máximo de un mes a contar desde la aprobación provisional del Plan modificado [...] cuando el Alcalde debía saber que los planes de ordenación sólo tienen vigencia y son ejecutivos a partir de su aprobación definitiva».

Los convenios se han legitimado en la habilitación general de que goza la Administración para contratar (Arts. 4 LCA y 111 TRRL) y en la más concreta establecida por el artículo 88 LRJPAC.

La Ley 8/2007, por su propio alcance, contiene escasas referencias a los convenios urbanísticos, aunque ha adoptado medidas que tratan de prevenir la utilización de esta figura para superar el planeamiento y fomentar los negocios urbanísticos. Demuestra una cierta desconfianza hacia estos instrumentos de los que se ha abusado propiciándose un urbanismo especulativo, ajeno al interés general, disfrazado con aparentes beneficios para las entidades locales. Quizá por ello realiza una mínima regulación garantista y de búsqueda de la transparencia, con base en las siguientes medidas:

a) *Prohibición de transigir sobre las funciones públicas*

En el artículo 3.1 se consagra que la «ordenación territorial y la urbanística son funciones públicas no susceptibles de transacción que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general». Reitera un pronunciamiento clásico sobre la ausencia de

⁴⁴ LOZANO CUTANDA, B., «Urbanismo y corrupción...», cit., p. 360.

indemnización del régimen de las facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo conforme al destino de éste, salvo en los casos expresamente establecidos en las leyes.

La habilitación a particulares para incorporar la iniciativa privada en la urbanización, construcción y edificación, por medio de un «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» (art. 6), implica una alternativa al convenio urbanístico.

El artículo 16.3 prevé la existencia de los «convenios o negocios jurídicos que el promotor de la actuación celebre con la Administración», que «no podrán establecer obligaciones o prestaciones adicionales ni más gravosas que las que procedan legalmente en perjuicio de los propietarios afectados. La cláusula que contravenga estas reglas será nula de pleno Derecho». Esta limitación, junto con la prohibición de la transacción y la exigencia de motivación del interés general (art. 3.1), supone que los convenios no pueden ser el medio para violar o, al menos, violentar la legalidad urbanística y amparar la imposición de modificaciones del planeamiento con la excusa de que la Administración va a participar en los beneficios con más amplitud que con las obligaciones legales de entrega. La prohibición de transacción alcanza al contenido material de la potestad (art. 88 LRJPAC), pero no impide la existencia de acuerdos, que no pueden afectar a la titularidad ni la disposición de aquella o que —al menos aparentemente— sean «beneficiosos» para la Administración por la «generosidad» de los propietarios o promotores, siempre dispuestos a asumir mayores deberes que los legales con nuevas cesiones libres de cargas que mejoran el patrimonio y las dotaciones públicas. Por tanto, el precepto deja

«definitivamente claro que los llamados convenios urbanísticos ni pueden preparar, de forma vinculante, las decisiones de ordenación, ni tienen carácter de finalizadores de los procedimientos que deban ser resueltos mediante tales decisiones. La prescripción legal contribuye en todo caso a la correcta definición del interés general en la ordenación territorial y urbanística, pues desacredita toda práctica de empleo de la técnica del convenio urbanístico para hacer pasar como general cualquier interés privado que se pretenda revestir de legitimidad cuando realmente sea, por desviado o espurio, contradictorio con el verdadero interés público a realizar»⁴⁵.

⁴⁵ PAREJO ALFONSO, L. y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, G. R., *Comentarios...*, cit., p. 92. La sanción de nulidad ya había sido prevista por la reforma que se introdujo en el artículo 245 de Ley 9/2001, de 17 de julio, de Suelo de la Comunidad de Madrid, por el artículo 21 de la Ley

Con el rechazo de la transacción sobre las determinaciones de la ordenación se está tratando de poner fin a los convenios configurados como auténticas transacciones mercantiles, reiterando que la ordenación no genera derechos indemnizatorios que pudieran ser invocados para nuevos acuerdos evitando a la Administración las reclamaciones y, eventualmente, su pago.

Sin embargo, el convenio urbanístico tiene reconocido un espacio en el nuevo marco legal al amparo del fomento de la participación privada por parte de la gestión pública urbanística (art. 3.2). Además, en el marco de la iniciativa privada en la urbanización, el artículo 6.a) establece la posibilidad de la participación de los particulares, sean o no propietarios de los terrenos, poniendo en manos de la legislación aplicable la existencia de «peculiaridades o excepciones que ésta prevea a favor de la iniciativa de los propietarios de suelo». Este precepto deja abierto, como ya se ha expuesto, la articulación de un marco legal para los convenios o negocios jurídicos con la Administración que establezca nuevas obligaciones o prestaciones adicionales más gravosas que las establecidas por los artículos 9 y 16.1 (art. 16.3).

b) Motivación del ejercicio de la potestad

Como se ha expuesto, el artículo 3.1.2 exige que «el ejercicio de la potestad de ordenación territorial y urbanística deberá ser motivado, con expresión de los intereses generales a que sirve». Exigencia que establece por la discrecionalidad que caracteriza las decisiones del planeamiento, conforme a la regla general del artículo 54.1.f) LRJPAC.

c) Transparencia de los documentos

El artículo 11.1 persigue la publicidad y eficacia en la gestión pública urbanística disponiendo el sometimiento al trámite de información pública de todos los instrumentos de ordenación territorial y de ordenación y ejecución urbanísticas, los de distribución de beneficios y cargas y los

4/2006, de 22 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, de acompañamientos de los Presupuestos del 2007, disponiendo: «d) Serán nulos de pleno derecho aquellos convenios que contemplan estipulaciones que establezcan la obligación de hacer efectivos los deberes legales de cesión y, en su caso, los convenios entre partes, antes de la aprobación definitiva de la modificación o revisión del planeamiento que tuvo como base el convenio».

convenios que con dicho objeto vayan a ser suscritos por la Administración. Para facilitar el conocimiento el artículo 11.2 obliga a que, en los procedimientos de aprobación o de alteración de instrumentos de ordenación urbanística, la documentación expuesta al público incluya un resumen ejecutivo expresivo de la delimitación de los ámbitos en los que la ordenación proyectada altera la vigente, con un plano de su situación, y alcance de dicha alteración, los ámbitos en los que se suspendan la ordenación o los procedimientos de ejecución o de intervención urbanística y la duración de dicha suspensión.

d) *Reformas del régimen local*

En aras a fomentar el conocimiento, la publicidad y la transparencia de la gestión urbanística en general y de los convenios urbanísticos en particular, la Disposición adicional novena introducen reformas en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local:

- Al artículo 22.2, atribuyendo al Pleno municipal en los Ayuntamientos, y a la Asamblea vecinal en el régimen de Concejo Abierto «la aprobación inicial del planeamiento general y la aprobación que ponga fin a la tramitación municipal de los planes y demás instrumentos de ordenación previstos en la legislación urbanística, así como los convenios que tengan por objeto la alteración de cualesquiera de dichos instrumentos».
- La adición de un nuevo artículo 70 ter., con la finalidad de que «las Administraciones Públicas con competencias de ordenación territorial y urbanística deberán tener a disposición de los ciudadanos o ciudadanas que lo soliciten, copias completas de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística vigentes en su ámbito territorial, de los documentos de gestión y de los convenios urbanísticos».

Este nuevo régimen establece limitaciones y garantías de transparencia que, junto con la prohibición de transacción y la exigencia de motivación del interés general (art. 3.1) y la nulidad, implican que los convenios no pueden ser el medio para violar o, al menos, violentar la legalidad urbanística y amparar la imposición de modificaciones del planeamiento con la excusa de que la Administración va a participar en los beneficios con mayor amplitud que con la aplicación de las obligaciones legales. La sanción de nulidad de pleno Derecho expresa el rechazo a las fórmulas convencionales convertidas de hecho en un sistema de actuación «entre interesados» para la defensa de los «intereses respectivos», que necesariamente no coinciden con el interés general.

Control de la actuación urbanística desde la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Juan Francisco López de Hontanar Sánchez

Magistrado de la Sala de lo Contencioso
del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

I. Introducción

El control de la actuación administrativa del urbanismo desde la Jurisdicción Contencioso Administrativa, como todos sabemos, es múltiple y abarca desde el momento en que se inicia la planificación del territorio, dado que es competencia de la Jurisdicción el control de los Planes de urbanismo, extendiéndose el control a la actividad de Gestión y por último tanto a la fase final de autorización de las obras, construcciones y usos, así como a los supuestos de comisión de infracciones urbanísticas, mediante el ejercicio de la potestad sancionadora y de los instrumentos de restauración de la legalidad urbanística.

Si bien en la primera fase el control de la actividad es menos intenso, puesto que el contenido de la función pública del planeamiento está relacionado con el carácter y naturaleza de los planes, su naturaleza normativa y su función de predeterminar antes de su ejecución, tiene una naturaleza discrecional pues es el planificador, que en una sociedad democrática, no es sino aquel que representa la voluntad de la sociedad, el que decide el modelo territorial y urbano a desarrollar conjugándose las distintas legitimidades para la defensa y promoción de los intereses locales y supralocales en juego.

La potestad administrativa de planeamiento urbanístico es fundamentalmente discrecional; con seguimiento del procedimiento establecido —que incluye una abierta participación ciudadana— la Administración configura el modelo territorial que servirá de marco a la vida de los administrados (STS de 22 de mayo de 1990). Viene declarando el TS., entre otras, en las sentencias, 30-9-1987 y 23-5-1990 que en el planeamiento urbanístico procede distinguir una actividad jurídica o reglada, que viene sometida a normas formales o materiales de obligada obser-

vancia y acatamiento, y una actividad de oportunidad técnica o discrecional, en la que se elige, entre varias alternativas, una determinada solución de modelo global u orgánico del territorio, que se concreta, en relación con el uso del suelo, en la asignación de un destino a cada terreno, según el criterio técnico de los redactores del Plan, cuya discrecionalidad viene limitada por la congruencia de esas soluciones concretas elegidas con las líneas directrices que diseñan el planeamiento, su respeto a los estándares legales acogidos en el mismo y su adecuación a los datos objetivos en que se apoya, siendo, por tanto, condición esencial para el éxito de una pretensión de nulidad del Plan o de alguna de sus determinaciones singularizadas, la de que se constate la infracción de una norma legal (actividad reglada) o se acredite disconformidad o incongruencia con los hechos determinantes de la decisión (STS de 1-10-91).

Como afirman las SSTs de 3 de enero y 26 de marzo de 1996, el control jurisdiccional de las facultades discrecionales de la Administración debe encaminarse a examinar «la existencia de un desacomodamiento a lo legal o reglamentariamente dispuesto, una desviación de poder o una arbitrariedad o irracionalidad en la solución propuesta por el plan, ya que en lo demás goza de una entera libertad para elegir la forma en que el territorio ha de quedar ordenado, motivo por el que se impone para desechar ésta la presencia de una argumentación o prueba que demuestre la concurrencia de los supuestos de excepción». (STSJ Valencia Sala de lo Contencioso-Administrativo de 29 enero 2001).

Es sabido que el ejercicio de las potestades urbanísticas está intensamente teñido de discrecionalidad. Esta discrecionalidad comienza por la decisión de poner en marcha el procedimiento de elaboración del planeamiento.

La discrecionalidad urbanística del proceso de elaboración del planeamiento no pierde este carácter por la circunstancia de que la opción urbanística elegida por la Administración sea equivocada, o legalmente improcedente (STS Sala 3.ª de 19 noviembre 2002).

La jurisprudencia, reiterada por el Tribunal Supremo en numerosas sentencias (17 de junio de 1987, 13 y 20 de marzo, 30 de abril y 4 de mayo de 1990, etc.) ha dejado claramente establecido que la amplia discrecionalidad de que goza la Administración en el campo del planeamiento urbanístico no impide el control jurisdiccional de tales aspectos discrecionales, a fin de evitar la arbitrariedad o desviación de poder en el ejercicio de la potestad planificadora (en debida aplicación de los principios consagrados en los arts. 9.º 3 y 103.1 de la Constitución) debiendo, por tanto, verificar el órgano jurisdiccional si la decisión planificadora objeto de impugnación se ajusta a la realidad de los hechos (Sentencias de 22 de septiembre y 1 de diciembre de 1986) y no constituye una

desviación injustificada de los criterios generales del plan (Sentencias de 15 de diciembre de 1986 y 20 de marzo de 1990). No es menos cierto que, según la misma doctrina jurisprudencial, asimismo muy reiterada y conocida, incumbe a la parte que invoca la actuación arbitraria, indebido ejercicio de las facultades discrecionales o desviación de poder en la actuación planificadora, la carga procesal de probar cumplidamente que concurre en los actos impugnados tales motivos de anulación; y en el caso que se enjuicia, la parte recurrente no ha demostrado concluyentemente que haya existido la arbitrariedad o desviación de poder que imputa a la administración demandada, puesto que el contenido de la prueba pericial practicada a su instancia y documentada en autos, en cuyos datos y valoraciones apoya principalmente su tesis impugnatoria, ha de ser analizada según las reglas de la sana crítica (STS Sala 3.^a de 23 octubre).

Es de destacar el carácter ampliamente discrecional del planeamiento, independientemente de que existan aspectos rigurosamente reglados.

Es cierto que el «genio expansivo del Estado de Derecho» ha ido alumbrando técnicas que permiten un control jurisdiccional de los contenidos discrecionales del planeamiento, pero aun así resulta claro que hay un núcleo último de oportunidad, allí donde son posibles varias soluciones igualmente justas, en el que no cabe sustituir la decisión administrativa por una decisión judicial. Así las cosas, existen alegaciones de rigurosa y pura oportunidad que hechas ante la Administración en un trámite de información pública pueden dar lugar a que aquélla modifique su criterio, en tanto que alegadas en la vía jurisdiccional pueden resultar inoperantes (STS Sala 3.^a de 9 julio 1991).

Con tales planteamientos no hace sino incidir la recurrente en la llamada discrecionalidad técnica del planificador urbano, discrecionalidad no enteramente *enjuiciable jurisdiccionalmente*, ámbito en el que únicamente cabe examinar la existencia de un desacomodamiento a lo legal o reglamentariamente dispuesto, una desviación de poder o una arbitrariedad irracionalidad de la solución propuesta por el Plan, ya que en lo demás goza aquél de una entera libertad para elegir la forma en que el territorio ha de quedar ordenado, motivo por el que se impone para desechar ésta la presencia de una argumentación o prueba que demuestre la concurrencia de los supuestos de excepción —Sentencias de esta Sala de 2 y 13 de diciembre de 1991 y 2 de enero, de noviembre y 22 de diciembre de 1992, entre otras— (STS Sala 3.^a de 15 marzo 1993).

Importa indicar que el Plan, decisión eminentemente discrecional, es ante todo desigualdad: Dibuja el modelo territorial elegido como marco

físico de la convivencia y para ello atribuye al suelo el destino urbanístico en cada caso más conveniente desde el punto de vista del interés público. Y en cuanto al clasificar el suelo, el Plan no atiende a los intereses de los propietarios, es claro que éstos verán sometidos sus terrenos a muy diferente suerte urbanística.

Pero naturalmente esta desigualdad —art. 14 de la Constitución— ha de ser una desigualdad «justificada» y «compensada»: Justificada, en el momento del planeamiento, y compensada, en el momento de la ejecución —sentencias de 27 de marzo y 29 de abril de 1991.

Y aquella justificación es la que debe proporcionar bien la Memoria, bien la motivación de las modificaciones introducidas a lo largo del procedimiento (STS Sala 3.ª de 13 febrero 1992).

La discrecionalidad se manifiesta también en la decisión de modificar un plan, lo que se conoce como *ius variandi*.

El ejercicio del *ius variandi* que compete a la Administración urbanística en la ordenación del suelo, es materia en la que actúa discrecionalmente —que no arbitrariamente— y siempre con observancia de los principios contenidos en el artículo 103 de la Constitución; de tal suerte que el éxito alegatorio argumental frente al ejercicio de tal potestad, en casos concretos y determinados, tiene que basarse en una clara actividad probatoria que deje bien acreditado que la Administración al planificar, ha incurrido en error, o al margen de la discrecionalidad, o con *alejamiento de los intereses generales a que debe servir*, o sin tener en cuenta la función social de la propiedad, o la estabilidad y la seguridad jurídicas, o con desviación de poder o falta de motivación en la toma de sus decisiones; directrices todas ellas condensadas en el artículo 3 en relación con el 12 de la Ley del Suelo, texto refundido de 1976, aplicable a la sazón (STS Sala 3.ª de 17 febrero 1997).

Este *ius variandi* reconocido a la Administración por la legislación urbanística se justifica en las exigencias del interés público actuando para ello discrecionalmente, —no arbitrariamente— y siempre con observancia de los principios contenidos en el artículo 103 de la Constitución.

Esta facultad innovadora de la Administración, materializada en la ordenación de un Plan Urbanístico, tiene unos límites propios derivados del necesario acatamiento a los estándares urbanísticos previstos en la legislación general sobre ordenación del suelo, no menos que a la adecuada satisfacción de las necesidades sociales y del interés público a cuyo servicio ha de estar subordinada la ordenación territorial con ausencia, en todo caso, de cualquier tipo de arbitrariedad en la solución de los problemas urbanísticos planteados dentro de una realidad social determinada.

Esta facultad innovadora o modificativa de planeamientos anteriores ha de reconocerse a la Administración, tanto en orden a la clasificación como a la calificación del suelo integrado en el territorio a ordenar siempre dentro del contorno limitativo antes indicado.

En concreto la discrecionalidad de la Administración se manifiesta en algunas determinaciones concretas:

La determinación de las vías públicas constituye, pues, una de las típicas potestades discrecionales de la Administración, a materializar en la concreta elección efectuada en cada caso sobre la ubicación y características de dichas vías de acuerdo al modelo territorial más acorde al interés general. Claro está que tal discrecionalidad no puede ser ejercitada arbitrariamente, al estar siempre subordinada a las exigencias de racionalidad que derivan del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (STS Sala 3.ª de 15 julio 1996).

La calificación y asignación de un destino a los distintos terrenos es actividad de oportunidad técnica, en la que el planificador elige una solución determinada de modelo del territorio entre varias alternativas admisibles. Es obvio que la discrecionalidad no está, en modo alguno, exenta de control jurisdiccional, ya mediante la técnica de control de los elementos reglados, ya mediante las técnicas de desviación de poder, control de los hechos determinantes o por los principios generales del Derecho (STS Sala 3.ª de 17 febrero 1997).

Y dada la naturaleza de estas facultades hay que concluir señalando que los Tribunales no pueden sustituir a la Administración y convertirse así en planificadores

La eventual estimación del recurso contencioso-administrativo no puede implicar que la Sala sustituya la decisión discrecional del Planificador. (STS Sala 3.ª de 16 octubre 1990). Ahora bien cuando se aplican los instrumentos de planeamiento no puede hablarse de actividad discrecional.

Importa subrayar que la profunda discrecionalidad del planeamiento no puede alterar la naturaleza reglada de la licencia urbanística —Sentencias de 17 de junio de 1989 y 6 de junio de 1990—, por lo que este Tribunal anula las determinaciones del plan que por su carácter vago o impreciso pueden poner en peligro aquel carácter típicamente reglado de la licencia.

La licencia tiene una naturaleza rigurosamente reglada, constituye un acto debido en cuanto que necesariamente «debe» otorgarse o denegarse según que la actuación pretendida se adapte o no a la ordenación aplicable. Son manifestación de la Intervención administrativa. La finalidad, por tanto como se ha señalado es verificar la conformidad de la actividad proyectada con el ordenamiento, tanto con la Ley como

con los instrumentos de ordenación territorial, como con los Planes de Urbanismo.

Por tanto es el último momento en el que la actuación de jurisdicción es plena, puesto que su actividad de control es total dado el escaso margen de actuación que en estas actividades tiene la administración y tanto en los supuestos en los que la administración correspondiente concede la licencia como cuando la deniega.

II. La acción pública

Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo, no pueden, como ocurre en el orden penal, proceder de oficio aún cuando tengan conocimiento de la concesión de una licencia contraria a las leyes o a los planes de urbanismo.

Sin embargo existe un precioso mecanismo que al margen de la actuación de los interesados directos permite la actuación de los órganos jurisdiccionales, me refiero a la acción pública.

La acción pública en materia urbanística, admitida desde la primera Ley del Suelo de 1956, perdura en la actualidad, según establece expresamente en el Artículo 4f Ley 8/2007 de 28 mayo 2007. Asimismo, se recoge en las Leyes de las Comunidades Autónomas.

Este reconocimiento no significa, sin embargo, que quien acuda al proceso contencioso-administrativo, legitimado al amparo de la acción pública, quede dispensado del cumplimiento de los requisitos y formalidades procesales exigidos para que se pueda examinar en cuanto al fondo la pretensión formulada. Así, representación y defensa, plazos para la interposición del recurso, etc., pero sin olvidar, como señala la STS Sala 3.ª de 10 noviembre 2004, que 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 a cortapisa, límite u obstáculo que no imponga la norma que la regula o que no deriva del resto del ordenamiento jurídico.

Hasta la aprobación de la Ley del Suelo de 1956, el urbanismo se contemplaba desde una perspectiva puramente local y tendente tan sólo —como señala su magnífica Exposición de Motivos— a intentar la solución de los problemas derivados del aumento de población, abandonando, además, el régimen del suelo a la más amplia autonomía de voluntad y libertad de tráfico. Por ello dicha normativa surgió, tan pronto se constató que la ciudad pertenece a todos, y por lo tanto, su desarrollo y configuración no podía dejarse a la decisión de unos pocos —los propietarios del suelo— que, naturalmente, trataban de obtener

el máximo beneficio posible, sin participar siquiera en los servicios urbanísticos que generaba su actividad, que, en cambio, se consideraban cargas colectivas, imputables al municipio, es decir, a todos los vecinos.

Se imponía, pues, la necesidad de utilizar el suelo conforme a la función social de la propiedad, es decir, armonizar el ejercicio de las facultades del propietario con los intereses de la colectividad. El reconocimiento de dicha función (actualmente constitucionalizada en el Artículo.33.2 CE) determina la necesidad de suscitar la participación de los ciudadanos —vía acción pública— en el control de la legalidad de las actuaciones urbanísticas. La constitucionalización, por otra parte, en el Artículo 47.2 CE, del principio de participación de la comunidad en las plusvalías, generadas por la acción urbanística de los entes públicos, presiona, asimismo, en favor del reconocimiento de la institución que comentamos.

La entrada en acción por esta vía de los ciudadanos en el control de la legalidad de la actuación urbanística está, pues, plenamente justificada. Su vigencia, sin embargo, fue cuestionada por algunos, a raíz de la entrada en vigor de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 (posterior, en unos meses, a la vieja Ley del Suelo) al reservar la legitimación a los titulares de un derecho o interés directo en el objeto del proceso —artículo 28—, polémica que fue rápidamente acallada tanto por la mayoría de la doctrina como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En todo caso, su posterior reconocimiento en el Texto de la Ley del Suelo de 1975, desvaneció las pocas dudas que podían existir al respecto.

En esta línea de evolución legislativa no estará de más resaltar el paulatino incremento experimentado por esta peculiar legitimación, desde su reducido ámbito inicial en el artículo 223 de la Ley del Suelo de 1956 hasta la amplia fórmula de remisión actual contenida en el Artículo 4f Ley 8/2007 de 28 mayo 2007, que permite su plena acomodación a lo que disponga cada ordenamiento autonómico en orden a la protección de su legalidad urbanística.

Ya el artículo 235 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobada por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, establecía que será «pública la acción para exigir ante los Órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos la observancia de la legislación urbanística y de los Planes, Programas, Proyectos, Normas y Ordenanzas».

Este precepto fue conservado por el artículo 304 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre el régimen del Suelo y Ordenación Urbana señalando

do igualmente que, será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales contencioso-administrativos la observancia de la legislación urbanística y de los planes, programas, proyectos, normas y ordenanzas.

Este instrumento, como he señalado, ha sido mantenido por el Artículo 4 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo, que al regular los derechos del ciudadano establece en su apartado f) el de ejercer la acción pública para hacer respetar las determinaciones de la ordenación territorial y urbanística, así como las decisiones resultantes de los procedimientos de evaluación ambiental de los instrumentos que las contienen y de los proyectos para su ejecución, en los términos dispuestos por su legislación reguladora.

El termino «acción pública» denota, desde luego, una actividad tendente a la consecución de una finalidad pública, pero significa algo más y ese «plus» es que, en principio, cualquiera —*quivis ex populo* en expresión de los romanos—, puede ejercitarla.

Debe partirse de la base de que la ciudad pertenece a todos los ciudadanos y por lo tanto, su desarrollo y configuración no podía dejarse a la decisión de unos pocos. La necesidad de utilizar el suelo conforme a la función social de la propiedad, reconocida en el artículo 33 de la Constitución determina la necesidad de suscitar la participación de los ciudadanos —vía acción pública— en el control de la legalidad de las actuaciones urbanísticas.

Pues bien a través del ejercicio de la acción pública, llegan a los Tribunales un grupo de impugnaciones que, además en una sociedad estructurada, son promovidas no sólo por ciudadanos individuales, sino por asociaciones o grupos de ciudadanos, mas o menos estructurados y organizados de forma permanente o transitoria, que pueden ejercitar este instrumento de control de la actividad administrativa. Las asociaciones de naturaleza estable realizan además una función de control e información de las actividades administrativas, mas aún cuando el urbanismo es una actividad pública, muy ligada a otros sectores del ordenamiento, como la defensa del medio ambiente, en los que la conciencia social está muy arraigada y existen numerosos colectivos que actúan en este campo. Además y respecto de actuaciones concretas es frecuente que los ciudadanos afectados se organicen para la defensa de estos intereses.

Respecto del ejercicio de la acción pública y aún cuando se ha sostenido que en ocasiones existe un cierto abuso de derecho, el Tribunal Supremo en Sentencia 21 de diciembre de 2001 ya señaló «que el motivo fundado en el ejercicio de la acción con abuso de derecho ha de ser respondido en los mismos términos en que lo fue el correlativo motivo

del Ayuntamiento de Vigo, en el sentido de que las motivaciones últimas de quien actúa la acción pública urbanística quedan fuera del ámbito procesal. Es más, el éxito de la acción actuada demuestra su correcto ejercicio, siempre desde la óptica procesal, que es en la que el motivo alegado ha de ser enjuiciado».

El reconocimiento de la acción pública en el ámbito urbanístico, en cuanto contribuye, decididamente, a defender y controlar su legalidad, aunque, en ocasiones, so pretexto del interés público, se haya utilizado con fines espurios o fraudulentos.

Es mas, una vez que se ha ejercitado dicha acción pública si se produce el desistimiento del accionante, conforme al 74 de de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en los supuestos de acción popular antes de acordar el mismo, habrá de oír al Ministerio Fiscal, junto con las demás partes por plazo común de cinco días añadiendo el apartado 4.º que el Juez o Tribunal *no aceptará el desistimiento si se opusiere la Administración o en su caso el Ministerio Fiscal, y podrá rechazarlo* razonadamente cuando *apreciare daño para el interés público*. Es decir puesta en marcha la acción pública, el Tribunal puede concluir el proceso con sentencia estimatoria y declarar la nulidad de la licencia en cuestión, incluso aunque el originario recurrente abandone el proceso.

Junto a la acción pública debe hacerse referencia a la posibilidad del ejercicio de la acción que tienen otras administraciones públicas. Las diversas leyes territoriales (autonómicas) reconocen a las administraciones autonómicas legitimación para solicitar la nulidad de las licencias contrarias al planeamiento ante los Tribunales. Sólo citaré el texto de artículo 197 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid que al regular la suspensión de las licencias u órdenes de ejecución señala que, el Alcalde dispondrá la suspensión de la eficacia de una licencia u orden de ejecución y, consiguientemente, la paralización o el cese inmediato de los actos de edificación o usos del suelo iniciados o desarrollados a su amparo, cuando el contenido de aquellos actos administrativos constituya manifiestamente una infracción urbanística grave o muy grave y añade que «la Consejería competente en materia de ordenación urbanística, desde que tenga conocimiento del supuesto previsto en el párrafo anterior, podrá requerir al Alcalde para la adopción de la medida de suspensión en los términos establecidos en la legislación de régimen local». Debe señalarse que el artículo 198 añade que si el Tribunal de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al «dictar sentencia anulase la licencia u orden de ejecución, el órgano municipal que suspendió sus efectos ordenará la incoación de expediente sancionador al objeto de imponer, si procediera, las multas correspondientes a los res-

ponsables y adoptar las demás medidas previstas en la presente Ley». Hasta tanto el Tribunal no dicte sentencia, continuará, en su caso, la paralización de las obras que serán demolidas cuando la autoridad competente lo acuerde, si la sentencia anulase la licencia u orden de ejecución. Tratándose de licencia u orden de ejecución que autorizase una demolición indebida, anulado el acto administrativo en vía jurisdiccional, la autoridad que suspendió sus efectos ordenará que se proceda a la reconstrucción de lo demolido.

III. Las medidas cautelares

Quizá el mayor problema que existe para articular un control efectivo de la actividad administrativa, se deriva del hecho de que el proceso constituido por una sucesión de actos procesales, precisa de un periodo de tiempo que en ocasiones se alarga de forma que a veces, la sentencia «llega tarde», esto es cuando la edificación ya ha concluido. Se consolida así una situación de hecho cuyas consecuencias son padecidas por terceros que de buena fe han adquirido una vivienda construida conforme a una licencia contraria al planeamiento. Estas situaciones plantean una problemática social de tal magnitud que dificulta, si no impide no pocas veces, la ejecución de la Sentencia. La respuesta que el ordenamiento nos ofrece es la adopción de medidas cautelares.

La justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva, tal como tiene declarado la jurisprudencia más reciente, por lo que la adopción de medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, de forma que la ejecución del acto administrativo impugnado ha de ser suspendida si caso contrario se haría perder la finalidad del recurso. Las medidas cautelares legalmente previstas tienen como función legal, la de asegurar la efectividad de la sentencia —artículo 129 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa— evitando que la ejecución del acto administrativo o disposición recurridos pudiera hacer perder al recurso su finalidad legítima —artículo 130 LJCA—. De lo dispuesto en los artículos 1 y 31 de la Ley jurisdiccional, en cuanto hacen referencia a las acciones, y de lo establecido en los artículos 71, 103.2, 104, 105.2 y 108.2, del mismo texto legal, en cuanto hacen referencia a la sentencia y los términos de su ejecución, se infiere, en lo que ahora interesa, que el proceso contencioso-administrativo, ha sido configurado por la Ley 29/1988, de 13 de julio, como lo fue con la Ley de 1956, con la finalidad de que la tutela judicial se haga efectiva, no sólo mediante la anulación del acto o disposición, sino también, según

la acción que haya sido ejercida, mediante el restablecimiento de la situación jurídica individualizada.

Se trata pues, de que el proceso posibilite en todo caso la «mayor efectividad de la ejecutoria» —art. 105.2— y, a ser posible, que la sentencia que ponga fin al mismo (caso de haberse formulado pretensión de restablecimiento y ser estimatoria) sea «en sus propios términos» ejecutable.

Las medidas cautelares tienen como finalidad que no resulte irreparable la duración del proceso. De modo que la adopción de tales medidas no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso. Como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 148/1993 «el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal».

Dos son los elementos que a este respecto hemos de tener en cuenta, el primero de ellos nos lo ofrece el artículo 130.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa que hace referencia a «previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto» para adoptar una medida cautelar. Así la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso».

Este precepto consagra el llamado *periculum in mora*, como primer criterio a considerar para la adopción de la medida cautelar. Si bien, ha de tenerse en cuenta que el aseguramiento del proceso, nuevo parámetro esencial, para la adopción de la medida cautelar, no se agota en la fórmula clásica de la irreparabilidad del perjuicio, sino que su justificación puede presentarse, con abstracción de eventuales perjuicios, siempre que se advierta que de modo inmediato puede producirse una situación que haga ineficaz el proceso.

Por otra parte para adoptar la medida cautelar se han de ponderar los intereses generales y del tercero. El artículo 130.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, la medida cautelar puede denegarse cuando de ésta pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada.

El criterio de ponderación de los intereses concurrentes es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso y ha sido destacado frecuentemente por la jurisprudencia: «al juzgar sobre la procedencia (de la suspensión) se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego».

Por consiguiente, en la pieza de medidas cautelares deben ponderarse las circunstancias que concurren en cada caso y los intereses en juego, tanto los públicos como los particulares en forma circunstanciada, según exige el citado artículo 130.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Como reitera hasta la saciedad la jurisprudencia «cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto».

Por último debemos hacer referencia a la apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*). Esta doctrina supuso una gran innovación respecto a los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares. Conforme a la misma se permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar.

La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa no hace expresa referencia al criterio del *fumus bonis iuris*, cuya aplicación queda confiada a la jurisprudencia y al efecto reflejo de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil que sí alude a este criterio en el art. 728.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la más reciente jurisprudencia hace una aplicación mucho más matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, utilizándola en determinados supuestos de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, (Auto de la Sala Tercera del Tribunal Supremo 14 de abril de 1997), de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme; y de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz, pero advirtiendo, al mismo tiempo, de los riesgos de la doctrina al señalar que «la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente, pero no [...] al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de

manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba».

De la conjunción de dichos criterios podríamos extraer unas reglas de aplicación general en esta materia. Así en los supuestos en los que sea una administración (la administración autonómica) la que impugne una licencia y solicite la suspensión cautelar y provisional de sus efectos, teniendo en cuenta que de no suspenderse la misma, se consolidaría una situación de hecho, que supondría de facto poner en riesgo la efectividad de la ejecutoria, y entendiendo que el juicio ponderativo a realizar, sería entre el interés del ciudadano de ejecutar unas obras legitimadas por una licencia y el interés público referido a la plenitud y acatamiento de la Ley y el planeamiento urbanístico que está representado por la propia administración autonómica, la conclusión habrá de ser la adopción de la medida cautelar. Para ello el Tribunal habrá de tener en cuenta algún principio de prueba, que generalmente es ofrecido por los servicios jurídicos de dicha administración, puesto que con las solicitudes de medidas cautelares suelen aportar informes de sus servicios técnicos (los cuales gozan de altas garantías respecto a su elaboración, derivada de la capacitación de los profesionales que componen la inspección urbanística y los servicios técnicos y que además por su condición de funcionarios gozan de la característica de la imparcialidad). El artículo 728 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil señala que el solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. Pues bien, estos informes técnicos servirán para realizar este juicio indiciario respecto de la nulidad de la licencia y por lo tanto justificar la adopción de la medida cautelar.

Debemos analizar otra situación, cual es la impugnación de licencias por ciudadanos en los que concurra o no la condición de interesados, es decir tanto en los supuestos de legitimación ordinaria como en los supuestos de ejercicio de la acción popular. En estos casos y respecto a la consolidación de situación de hecho, las apreciaciones son similares a las anteriormente señaladas; sin embargo, respecto del juicio ponderativo, pese a que se ejercite la acción popular, no puede afirmarse que los actores representen el interés público, pues al inicio del proceso esta cuestión es desconocida por el Tribunal, se trata de una mera alegación del recurrente pero que no resulta constatada. Además aún cuando se aporten dictámenes periciales, los mismos no tienen, de común para el Tribu-

nal, el mismo valor que los informes elaborados por técnicos de la administración. En estos casos el Juicio ponderativo suele establecerse entre dos intereses particulares, el del ciudadano que ha obtenido la licencia y que tiene a su favor la presunción de validez del acto administrativo y el interés del ciudadano que solicita la nulidad de la licencia, cuyas motivaciones son un misterio para el Tribunal.

En estos casos la suspensión de los efectos de la licencia no suele acordarse, puesto que el coste de la suspensión de unas obras en curso es muy elevado. Sin embargo entiendo que en estos casos si sería posible dicha suspensión cautelara con dos condiciones. La primera que los informes técnicos que justificaran dicha suspensión tuvieran la suficiente credibilidad a juicio del Tribunal y en segundo lugar que se diera lugar a la aplicación de los mecanismos previstos en el artículo 133 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa que señala que cuando de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios y *añade* «igualmente podrá exigirse la presentación de caución o garantía suficiente para responder de aquéllos». Por regla general será este instrumento el que habrá de utilizarse, esto es adoptar la medida cautelar condicionada a la prestación de la correspondiente fianza o caución.

Además de la suspensión del acto administrativo también se dispone de otro elemento que puede asegurar la ejecución. Al menos evitando el perjuicio de los terceros de buena fe. Me refiero a la anotación preventiva de la demanda (o del recurso contencioso administrativo). Efectivamente el artículo 67 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística, regula la anotación preventiva por interposición de recurso contencioso-administrativo, señalando que el que promoviere recurso contencioso-administrativo contra los actos de la Administración pública que tengan por objeto la aprobación definitiva de los planes de ordenación, de sus instrumentos de ejecución o de licencias, podrá solicitar, con el escrito de interposición o después, si existiere justificación suficiente, que se tome anotación preventiva sobre fincas concretas y determinadas que resulten afectadas por el acto impugnado, ofreciendo indemnización por los perjuicios que pudieran seguirse en caso de ser desestimado el recurso, de tal forma que la falta de la caución que, en su caso, exija el Tribunal para evitar daños al titular de la finca o derecho anotado, impedirá la práctica de la anotación, permitiendo el artículo 70 la anotación preventiva de la demanda, por último y conforme al artículo 71 la sentencia firme que pon-

ga fin al procedimiento contencioso-administrativo en el que se hubiera ordenado la anotación preventiva producirá los siguientes efectos:

1. Será título bastante para practicar los asientos dispuestos en ella.
2. Cuando de la sentencia resulte la creación, modificación o extinción del dominio o de algún derecho real inscribible, se practicarán los asientos pertinentes en la forma establecida por el art. 198 del Reglamento Hipotecario. Dicho artículo será de aplicación también respecto de la cancelación de asientos contradictorios practicados en virtud de títulos de fecha anterior a la anotación preventiva, cuando la titularidad de los derechos proceda de actos sujetos al control de los Juzgados y Tribunales contencioso-administrativos, en cuyo caso, a efectos de la cancelación de los asientos originados por los títulos a que se refiere este artículo, se resolverá en este orden jurisdiccional lo que proceda en trámite de ejecución de sentencia, previa citación de los titulares de los derechos afectos por la posible cancelación.
3. Cuando de la sentencia no resulte la creación, modificación o extinción del dominio o de algún derecho real, o la modificación de la descripción de las fincas sobre las que se hubiese practicado, la propia sentencia será título bastante para la cancelación de la anotación.

A través de la anotación preventiva de la demanda, por lo tanto, al menos se evita la creación de situaciones en las que exista conflicto con terceros de buena fe, a la hora de ejecutar la sentencia.

IV. El silencio administrativo

En este punto quiero tratar un supuesto contrario, esto es los fenómenos que se producen cuando la administración es reacia a la concesión de las licencias. Las trabas que ponen determinados funcionarios, algunos de ellos implicados en verdaderas tramas de corrupción que incluso en estos momentos ha dado lugar a la instrucción de un proceso penal contra determinados funcionarios de la Capital del Estado.

Debemos entender que aunque legalmente desde el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 el silencio en esta materia tiene un sentido positivo en la práctica esta figura no es operativa.

Ello se deriva de la tradicional del Tribunal Supremo de la que es ejemplo la Sentencia de 10 de julio de 2.001, cuando señala que «la

legislación y la jurisprudencia son terminantes al respecto. En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico». En este sentido el Reglamento de Disciplina Urbanística precisaba en su artículo quinto que en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades en contra de las prescripciones de la ley del Suelo, de los Planes de Ordenación, Programas, Proyectos y, en su caso, de las Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento o de las Normas y Ordenanzas reguladoras del uso del suelo y edificación. Por su parte, la jurisprudencia de modo reiteradísimo, viene afirmando que el mero cumplimiento de las prescripciones formales y de actividad relativas al silencio positivo no permite entender adquirida por silencio administrativo la licencia pretendida. Además de tales requisitos ha de cumplirse el elemento sustantivo, es decir, **que la licencia solicitada se ajuste a la ordenación urbanística aplicable**. En consecuencia, han de cumplirse, de modo simultáneo, los requisitos de orden formal y los de naturaleza sustantiva para que las licencias se puedan entender adquiridas en virtud del silencio. Por eso, si la licencia solicitada es contraria a la normativa urbanística aplicable, es evidente que no se ha adquirido la licencia por silencio positivo, pues no se ha cumplido el elemento sustantivo de adecuación al planeamiento que dicha adquisición requiere. Del mismo modo, entiende el Tribunal Supremo que el ulterior acto denegatorio de la licencia no es revocatorio de derechos subjetivos del peticionario, pues resulta que tales derechos no han llegado a ser adquiridos. En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1999 o la de 15 de diciembre de 1999, que para que opere la institución del silencio positivo se requiere la concurrencia simultánea de dos requisitos. El primero, transcurso de los plazos legales establecidos en el Reglamento de las Corporaciones Locales, para que pueda entenderse adquirida la licencia por silencio; *el segundo, que la licencia solicitada sea ajustada al planeamiento y al resto del ordenamiento aplicable. Sin los dos requisitos no es posible la obtención de la licencia*. De este modo, *de poco sirve la eventual concurrencia del requisito temporal si la licencia no se aviene con el planeamiento vigente*. Debiendo en el caso presente analizarse si la obra ejecutada, pues no debemos olvidarnos que la licencia se solicita para la legalización de una edificación realizada sin licencia se ajusta o no al ordenamiento. La resolución recurrida fundamenta la denegación en el contenido en el artículo 8.1.10 de las Normas Urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid de 17 de abril de 1997, es evidente que no puede sostenerse que la licencia se haya ganado por silencio.

Con esta doctrina, sin embargo entiendo que se coloca en peor situación a los solicitantes de una licencia, favorecidos por la institución del silencio positivo, a la que tendrían si la licencia se hubiera entendido denegada por silencio, puesto que cuando transcurre el plazo del que la administración dispone no se sabrá de forma inequívoca si el acto es o no contrario al planeamiento. El ciudadano entenderá que lo solicitado se ajusta al planeamiento, no sólo porque en caso contrario no habría solicitado la licencia sino porque se encuentra respaldado por un proyecto elaborado por un técnico; proyecto este, además sometido a visado urbanístico y no debe olvidarse que el artículo 228 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana aprobada por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril establece que «los Colegios profesionales que tuviesen encomendado el visado de los proyectos técnicos precisos para la obtención de licencias, conforme a lo dispuesto en el art. 178, **denegarán dicho visado** a los que contuvieran alguna de las infracciones previstas en el art. 226.2». Si el proyecto ha sido visado, el ciudadano puede entender que el proyecto se ajusta al Plan. Pese a ello estará sometido a la incertidumbre de que una denegación extemporánea de la licencia acabe con tal apariencia, viendo como la denegación de la licencia fundada en el informe técnico municipal impide entender obtenida la licencia por silencio. Mejor sería establecer que trascurrido el plazo de resolución la licencia se ha denegado, ya que al menos el ciudadano podría acudir inmediatamente a los Tribunales, lo que le está vedado si lo que pretende es afirmar la obtención de la licencia por silencio positivo.

Soy consciente que no puede entenderse que la doctrina del Tribunal Supremo haya perdido vigencia, solo citaré la Sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2007. En la misma el Tribunal Supremo reitera la doctrina anterior al señalar que, «no compartimos la tesis de que una licencia urbanística, incluso en el caso de que lo solicitado sea disconforme con el ordenamiento jurídico con el que debe confrontarse, deba entenderse otorgada por silencio administrativo por el solo hecho de que haya transcurrido el plazo para resolver sobre ella, pues el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, en la redacción dada por la Ley 4/1999, se cuida de advertir que la estimación por silencio lo será, o podrá así ser entendida, “salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario”, siendo una norma con ese rango, como lo era el artículo 242.6 de la Ley del Suelo EDL1976/979 aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/1992 EDL1992/15748, que tiene el carácter de legislación básica según resulta del fundamento jurídico número 34, párrafo cuarto, de la STC 61/1997, y que no fue derogado, sino mantenido en vigor, por la Dispo-

sición derogatoria única de la Ley 6/1998, la que disponía en aquel año 2001 en que se solicitó la licencia objeto de la litis que «en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico».

Pese a ello expondré la doctrina que fue apuntada por alguna de la Sentencias dictadas por la Sección 2.º de la Sala de Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, si bien la misma no puede entenderse vigente en la actualidad, dado que los magistrados que componen actualmente la sala no mantienen dicha posición de forma unánime. Esta doctrina está expuesta, entre otras, en la Sentencia de 11 de noviembre de 2004 dictada en el Rollo de apelación 192 de 2003 dimanante del Procedimiento Ordinario número 120 de 2002, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 24 de los de Madrid, entendiéndose que tras la entrada en vigor de la Ley Territorial 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, la situación ha variado sustancialmente. La Sentencia n.º 821 de 2004, el día 20 de mayo de 2004, en el recurso de apelación número 1/2003 es la primera en la que se exponen dichos criterios.

En dicha resolución se señala que la complejidad de la cuestión, esto es si concurrían los requisitos para entender obtenida la licencia por silencio positivo conforme a los parámetros de la nueva Ley Territorial 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, nos obliga a examinarla detenidamente, y a la vista del nuevo contexto normativo derivado de la ley 4/1999 de 13 de enero, que reformó la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común cambiando por ello, nuestra doctrina contenida incluso en recientes sentencias, pero sobre la base del nuevo contexto normativo y que pasamos ahora a examinar, motivándose dicho cambio en aras de los principios de seguridad jurídica e igualdad trato.

La ley 4/1999 de 13 de enero, que reformó la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ha marcado un hito en la regulación del silencio administrativo positivo, siendo relevante que en el debate parlamentario se calificó al silencio como una «grosería» (*Diario de Sesiones* de 8 de octubre de 1998) y no cabe duda que el artículo 43.4.a) ha previsto una novedad tan trascendental como la de que «a/ En los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo». Lo cierto es que la locución «de ser confirmatoria» no otorga a la Administración una facultad para resolver o no, porque ello vulneraría la obligación prevista en el artículo 42.1. En consecuencia, no

puede interpretarse como «en caso de ser confirmatoria», sino más bien como «en el sentido de ser confirmatoria», es decir, eliminando la discrecionalidad de la Administración y obligándola a resolver conforme al sentido del silencio positivo. En virtud de esta disposición debemos rechazar los argumentos en que pudiera apoyarse la tesis de que por vía del silencio no puede adquirirse facultades en contra del ordenamiento, e indagando la *voluntas legis* consideramos: 1.º.—Que la ineficacia del silencio *contra legem* es un principio general del Derecho Urbanístico arraigado en nuestra legislación y por tanto vigente, tal como ha defendido un sector de nuestra doctrina científica, pues con ello se olvida que el carácter informador, interpretativo e incluso normativo de un principio general del Derecho conforme al artículo 1. apartado 4.º del Código Civil, no puede llegar a aplicarse *contra legem*, por lo que no puede invocarse dicho principio general para burlar la letra y espíritu de la ley 4/1999 de 13 de enero. 2.º.—Tampoco es invocable el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común cuando indica que son nulos de pleno derecho los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

De dicho precepto se extrae la siguiente conclusión: que los actos presuntos no son nulos de pleno derecho por contravenir el ordenamiento jurídico, sino que es preciso que carezcan de los requisitos esenciales para su adquisición, por lo que dicho precepto estaría regulando un supuesto semejante al de inexistencia que reconocía la doctrina.

Por consiguiente, de dicho precepto se extrae la consecuencia de que sólo serán revisables de oficio, o no producirán efecto alguno por el motivo contemplado en este precepto los actos presuntos que infrinjan el ordenamiento jurídico y que además carezcan de esos requisitos esenciales a los que se refiere dicho precepto, so pena de confundir un vicio de nulidad con otro de anulabilidad por mera infracción del ordenamiento jurídico.

Volveremos más adelante sobre el alcance de esta cuestión, pero debe quedar claro, en todo caso, que dicho precepto, no puede interpretarse en colisión con el artículo 43.4 antes citado, debiéndose admitir una interpretación coherente de ambos como la que ahora hemos defendido.

El carácter singular y especial de una materia como es el urbanismo, pues de admitir este argumento con ello estaríamos olvidando el carácter básico que tiene dicho precepto, artículo 43.4, de modo que necesari-

riamente ha de imponerse respecto de todo procedimiento aplicable por cualquier Administración y materia, ya que de lo contrario estaríamos convirtiendo la materia «procedimiento administrativo Común», ex artículo 149.1.18 de la Constitución, en «Procedimiento general», y por tanto desplazable por un precepto especial, lo que no ocurre en el caso de autos.

En todo caso, desde nuestro punto de vista dicho precepto ha desplazado al citado artículo 242.6 del Texto refundido de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992, por ser de redacción posterior al mismo. Y además entendemos que si bien la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992 tiene el carácter de básica, tiene una naturaleza sectorial y la de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no solo es básica sino general por lo que habría de imponerse a la legislación sectorial. Afirmamos por tanto que el carácter de norma básica es mas intenso en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que en la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992.

Por otro lado, la Sala desconoce qué contiene el urbanismo que no tengan otras materias para que las normas procedimentales puedan operar al margen de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pues de admitir lo contrario podría llegar a dejarse sin contenido el espíritu de dicha ley a través de la regulación especial del silencio en cada procedimiento administrativo sectorial.

Por el contrario, invocamos seis argumentos a favor de la consideración de que tras la ley 4/1999 de 13 de enero, que reformó la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común la Administración no puede oponerse en el ámbito del silencio positivo a que el particular pueda hacer valer ante la Administración dicho silencio positivo, sin perjuicio de la acción revisoria de oficio de la Administración:

- La Exposición de Motivos de la propia ley 4/1999, cuando indica que «el silencio administrativo positivo producirá un verdadero acto administrativo eficaz que la Administración Pública sólo podrá revisar de acuerdo con los procedimientos de revisión establecidos por la ley».
- Los principios de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución) y confianza legítima (artículo 3.1 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), en virtud de los cuales la Administración no puede invocar extemporáneamente el hecho

de que el silencio sea contrario a la ley cuando lo ha podido hacer con anterioridad, ni con lesión de las legítimas expectativas de los particulares que han actuado confiados en que si la Administración no ha puesto obstáculos es porque lo pretendido es conforme con el ordenamiento jurídico.

- El criterio lógico interpretativo, que implica atender al espíritu y finalidad de la norma (artículo 3.1 del Código Civil), de modo que la Administración no puede gozar de la potestad de desconocer los efectos del silencio positivo cuando no resuelva y sin embargo cuando resuelve expresamente —deber ineludible— quede vinculado por los efectos del silencio.
- Los debates parlamentarios, reveladores de la voluntad del legislador, por cierto bastante consensuada, de poner límites a las potestades administrativas respecto del silencio positivo (sesiones de 17 de diciembre de 1998 y 8 de octubre de 1998, en las que se indica que la supresión de la certificación del acto presunto como obligatoria responde a la idea de que no se puede utilizar como mecanismo para revisar un acto favorable por silencio). Y en este sentido debe recordarse el dictamen del Consejo de Estado de 22 de enero de 1998 al Anteproyecto de Ley que sigue la línea expuesta.
- El espíritu de la reforma de la Ley 4/1999, interpretada ésta de forma sistemática, que ha convertido a la obligación de resolver de la Administración en una obligación sujeta a un plazo esencial, de modo que ya no puede invocarse la doctrina general del artículo 63.3 de la ley 30/92 y su antecedente, la Ley de procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, en el sentido de que «La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo», por lo que tal precepto no será de aplicación cuando dichas actuaciones se refieran a la resolución, so pena de constituir una antinomia con el artículo 42.1.
- A ello habría que añadir la desaparición del procedimiento de revisión de oficio de los actos anulables del viejo artículo 103, de modo que cuando la solicitud de una licencia urbanística suponga una infracción del ordenamiento jurídico (artículo 63 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) la Administración habrá de acudir a la declaración de lesividad, lo que es indicativo de que la mera infracción del ordenamiento jurídico no constitutiva de nulidad de pleno derecho no puede ser desconocida por la Administración.

—Y por último el criterio de la doctrina científica mayoritaria que ha tratado esta cuestión.

En virtud de lo expuesto esta Sala revisa su doctrina estableciendo la que a continuación se expone: Transcurrido el plazo para resolver una solicitud de licencia, cuando el efecto del silencio sea positivo, la Administración competente, en caso de que no haya resuelto expresamente no podrá invocar que la concesión de la licencia por silencio es contraria al ordenamiento jurídico sino acudiendo a los procedimientos de revisión establecidos en el artículo 102 y siguientes de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

De lo expuesto se deduce que para que tenga validez esta doctrina es preciso que la solicitud de una licencia urbanística: a) Cuenten con la documentación legal o reglamentariamente exigida, no bastando, por ejemplo un acto comunicado para obtener una licencia de obra mayor. Y ello en tanto en cuanto nos encontraríamos, de lo contrario, con un acto inexistente por falta de los requisitos esenciales. b) Que dicha solicitud haya sido formulada, cuando se exija proyecto, por el técnico competente, sin perjuicio de lo que luego indiquemos.

Por último dicha resolución hace concreta referencia a la situación en la Comunidad de Madrid toda vez que la Ley Territorial 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid se prevé que a la licencia se aporte la «declaración del técnico o los técnicos autores sobre su conformidad a la ordenación urbanística aplicable».

La Sala consideró que esta declaración del técnico autor del proyecto resulta esencial, toda vez que dicho precepto legal desplaza, en un primer momento, en el profesional de la construcción al que se refiere la responsabilidad de la comprobación de la conformidad del proyecto de obra a dicha ordenación, lo cual representa una colaboración o compromiso del técnico autor con el cumplimiento de la normativa urbanística, de modo análogo a otros campos del Derecho Administrativo en el que los poderes públicos, sin perjuicio de una ulterior potestad de inspección, delegan en los particulares la acreditación del cumplimiento de una normativa a través de la certificación de un técnico (por ejemplo, así ocurre en el ámbito de las industrias).

Nos encontramos, por tanto, ante un deber de colaboración de los técnicos con la Administración, en garantía precisamente de que una solicitud hecha por un particular a un arquitecto de construcción de obra contraria al Planeamiento no será aceptada por aquél.

Si en el expediente no consta tal certificación del técnico autor, conllevará la imposibilidad de otorgar dicha licencia, si bien diremos que,

aún a pesar de la falta de otorgamiento de trámite de subsanación de este defecto por parte de la Administración, transcurrido el plazo de resolución no puede permitir que se prescinda de tal elemental documento.

Así pues la Ley Territorial 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, intenta rodear dicho acto de concesión de la licencia por silencio positivo de una serie de garantías para que ello no suceda. Debe partirse de la base de que el artículo 154 referido a la intervención de actos precisados de proyecto técnico de obras de edificación, establece que cuando se trate de obras de nueva planta o de ampliación, reforma, modificación o rehabilitación en edificios ya existentes, de carácter provisional o permanente, con o sin previa demolición de aquéllos, que, conforme a la legislación general de ordenación de la edificación, precisen de proyecto de obras de edificación, la intervención municipal se producirá conforme a las siguientes reglas: 1.º Sólo podrá comenzarse la ejecución de las obras previa licencia urbanística, solicitada con aportación de los siguientes documentos: a) Proyecto técnico de obras de edificación redactado por técnico competente. b) *Declaración del técnico o los técnicos autores sobre su conformidad a la ordenación urbanística aplicable*. c) Copia de las restantes autorizaciones y, en su caso, concesiones administrativas cuando sean legalmente exigibles al solicitante o acreditación de haber sido solicitadas. d) Declaración de haberse colocado en el lugar en el que se pretendan llevar a cabo las obras cartel anunciando la solicitud de licencia y las características de las obras para las que ésta se pretende. e) Restante documentación técnica exigible conforme a la legislación general de ordenación de la edificación. f) Si las obras de nueva planta que se pretendan llevar a cabo consisten en la construcción de viviendas en régimen de protección, a los documentos anteriores se añade el de la petición al órgano competente de la Comunidad de Madrid de calificación provisional de las viviendas. g) Declaración de impacto ambiental cuando el uso al que se vayan a destinar las obras lo requiera.

Este precepto añade en su apartado 4.º que el Ayuntamiento sólo podrá formular a la solicitud un único requerimiento de subsanación de deficiencias y, en su caso, mejora, que deberá notificarse dentro del mes siguiente a la presentación de aquélla, concluyendo que transcurridos tres meses desde la presentación de la solicitud de licencia sin notificación de requerimiento o resolución municipales, o un mes desde el cumplimiento del requerimiento de subsanación de deficiencias o mejora de la solicitud que hubiera podido ser formulada, se entenderá otorgada la licencia por silencio positivo en los términos resultantes del correspondiente proyecto de obras de edificación.

El artículo 154, establece la Responsabilidad solidaria del promotor, el constructor, el técnico o los técnicos integrantes de la dirección de las obras y de su ejecución, respecto de la conformidad de las obras con la ordenación urbanística de aplicación y su adecuación al proyecto presentado.

Todos los agentes de la edificación responden de la legalidad de las obras de forma que si se ha conseguido una licencia con infracción del ordenamiento jurídico deberá iniciarse un procedimiento sancionador.

Y en este sentido el artículo 205 de la citada Ley establece que serán responsables de las infracciones a todos los efectos: a) En las obras, instalaciones, construcciones, edificaciones, actividades o usos del suelo ejecutados o desarrollados *sin concurrencia de los presupuestos legales para su legitimidad o contraviniendo sus condiciones: Los técnicos facultativos autores de los proyectos o documentos técnicos, así como los técnicos facultativos, si las obras proyectadas fueran incompatibles con el planeamiento urbanístico.* Los promotores y constructores de las obras o instalaciones y los titulares, directores o explotadores de los establecimientos, las actividades o los usos, y los técnicos directores de las obras y de su ejecución y los directores de las instalaciones, responsabilidad que les alcanza en los supuestos de obras, instalaciones, construcciones, edificaciones, actividades o usos del suelo ejecutados o desarrollados al amparo de actos administrativos ilegales.

Pero además debe tenerse en cuenta que la ley exige un documento especial elaborado por el técnico competente, la Declaración del técnico o los técnicos autores sobre su conformidad a la ordenación urbanística aplicable. Esta declaración hemos entendido que no es sino un *certificado*, pues éste no es sino el Documento, en el que se asegura la verdad de un hecho, por lo que teniendo el técnico la calidad de facultativo, no debe olvidarse que el artículo 397 del Código Penal castiga, al facultativo que librare certificado falso con la pena de multa de tres a doce meses.

Por tanto la Declaración del técnico o los técnicos autores sobre su conformidad a la ordenación urbanística aplicable, es un documento imprescindible para la concesión de la licencia, para que el silencio positivo pueda operar. Este documento es distinto del proyecto técnico y por lo tanto las consideraciones que en la memoria del citado proyecto puedan realizarse no conforman dicha declaración.

Su omisión aún cuando no haya sido objeto de requerimiento de subsanación por parte de la administración, impide que se pueda entender obtenida la licencia por lo que si se dicta un acuerdo expreso de la administración, aún pasado el plazo denegatorio de la licencia, no puede afirmarse que se revoque la concedida de forma tácita, ya que dicha

concesión no llegó a perfeccionarse por falta de uno de sus requisitos esenciales.

Soy consciente que no en todas las legislaciones territoriales se exige este certificado, por ejemplo el artículo 210 de la Ley Territorial del País Vasco 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo que regula el procedimiento general de otorgamiento de licencia señala que el procedimiento de otorgamiento de licencia se iniciará a instancia del interesado, a cuya solicitud deberá acompañarse:

- a) El proyecto que proceda, firmado por técnico competente y visado por el correspondiente colegio profesional, cuya memoria deberá especificar las determinaciones urbanísticas de aplicación a las que responda, en el caso de obras que legalmente precisen de proyecto técnico, o, en otro caso, el presupuesto orientativo de las obras a realizar.

Si los colegios profesionales que tuvieran encomendado el visado de los proyectos estimaran, con ocasión de tal trámite interno, el incumplimiento de la legislación urbanística, pondrán su criterio en conocimiento de la administración competente mediante denegación del visado a efectos urbanísticos.

- b) Las autorizaciones concurrentes exigidas por la legislación que en cada caso fuera aplicable.
- c) La concesión correspondiente cuando el acto pretendido suponga la ocupación o utilización de dominio público.

El único control externo que se contempla es el de los colegios profesionales a través del visado. Sin perjuicio de ello el apartado 6.º de dicho precepto señala que se entenderá concedida por el transcurso del plazo máximo para resolver desde la presentación de la solicitud sin notificación de resolución alguna. Del acto presunto de concesión podrá interesarse, a los exclusivos efectos probatorios, la expedición de certificación, que deberá producirse dentro de los veinte días siguientes. Sin perjuicio de ello el artículo 211 reitera: «En ningún caso podrán adquirirse, ni aun por silencio administrativo positivo, facultades o derechos disconformes con la ordenación urbanística ni con la legalidad vigente».

Quizá para asegurar, al menos de forma presuntiva, que la licencia no es contraria al ordenamiento, la solución adecuada sería establecer un control externo del tipo del establecido en la Ley Territorial de Madrid, sin que la afirmación de que no pueden adquirirse, ni aun por silencio administrativo positivo, facultades o derechos disconformes con la ordenación urbanística ni con la legalidad vigente suponga un régimen especial pues nos encontraremos ante una licencia viciada de nulidad, equivalente a la que, siendo contraria al ordenamiento se obtiene por

acto expreso. Adquisición que se ha producido, no debemos olvidarnos, por la actuación irregular de la administración que no ha resuelto en plazo, y que podrá acudir al procedimiento de revisión del acto declarativo de derechos previsto en el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común toda vez que el artículo 62.1 f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que señala, que son los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. Precepto este del que se puede desprender que el ordenamiento contempla la existencia de actos presuntos contrarios al ordenamiento por el que se adquieren provisionalmente derechos o facultades. Se trata de actos nulos pero no inexistentes.

La interpretación que he ofrecido tendría la virtualidad de cambiar el fiel de balanza en estos casos, pues la no resolución en plazo obligaría a la administración a la incoación de un expediente complejo, cual es el de la revisión del acto nulo y tendría el efecto en primer lugar, de acabar con el fenómeno de la petición al ciudadano de dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas por parte del funcionario a cambio del dictado de la resolución y por otra parte incentivaría a la administración para que resolviera en plazo las solicitudes de licencias. Si se acaba con la patología de resolución fuera de plazo la discusión sobre el silencio sería inútil.

V. La ejecución de sentencias

En este apartado quiero referirme exclusivamente a dos cuestiones, la legitimación para intervenir en la ejecución de sentencias, y en segundo lugar los problemas derivados del cambio de planeamiento respecto de aquellas construcciones construidas al amparo de licencias cuya nulidad ha sido declarada por los Tribunales.

La primera cuestión ha sido abordada por la trascendental Sentencia dictada por el Pleno de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de fecha 7 de junio de 2005.

La primera cuestión que hay que destacar de esta resolución hace referencia a la eficacia de las Sentencias.

A este respecto señala que «el expansivo de las Sentencias no ha surgido en nuestro ordenamiento con ocasión de la entrada en vigor de la Ley de la Jurisdicción de 1998, posterior, por tanto, a la fecha de la sentencia de cuya ejecución se trata, pues se predicaba ya en el artículo 86.2

de la anterior Ley de la Jurisdicción, a través de una norma cuyo significado jurídico no difiere del de la ahora contenida en esos incisos; conforme a ella, “la sentencia que anulare el acto o la disposición producirá efectos entre las partes y respecto de las personas afectadas por los mismos” (por el acto o la disposición anulada). Buena prueba de ello es que la fuerza expansiva de las sentencias estimatorias de pretensiones de anulación es una afirmación que puede verse en la jurisprudencia de este Tribunal Supremo desde las ya antiguas sentencias de 15 de noviembre de 1963, 11 de diciembre de 1972 o 24 de enero de 1974; y también, por fijarnos en especial en la sentencia que a su favor invocan las partes recurrentes, en la de 29 de febrero de 1996, dictada en el recurso de casación número 1600/1993, pues se lee en su fundamento de derecho sexto, párrafos primero y segundo, lo siguiente: “(...) La eficacia material de las sentencias alcanza, por principio, únicamente a quienes son parte en el proceso. En lo contencioso-administrativo las sentencias anulatorias de disposiciones generales y actos administrativos tienen, no obstante, una fuerza expansiva, que se apoya en la dicción literal del artículo 86.2 de la Ley 29/1998 de 13 julio 1998, cuando dispone que no sólo producirán efectos entre las partes, sino también entre las personas afectadas por los mismos. Esta excepción se justifica porque carece de sentido que, declarada la nulidad de una disposición o un acto administrativo en virtud de sentencia firme, se ejerza una nueva pretensión anulatoria por un tercero cuando el acto que se trata de impugnar ha desaparecido de la realidad jurídica. Sin embargo, atendiendo al expresado tenor literal del artículo 86. de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, es claro que se refiere únicamente a la sentencia que contiene un pronunciamiento de anulación —artículos 41 y 84, a) de la Ley 29/1998 de 13 julio 1998— y a las consecuencias que indefectiblemente deriven de él para una Administración Pública sometida al principio de legalidad (artículo 103.1 de la Constitución), sin hacer referencia a los pronunciamientos que acogen alguna de las pretensiones de plena jurisdicción a que se refiere el artículo 42 de la Ley 29/1998 de 13 julio 1998 —supuesto que contempla el artículo 84, apartados b) y c) de la Ley— reconociéndose en favor del actor o actores una situación jurídica individualizada” ».

Por mi parte entiendo además que si se anula un acto o una disposición general la sentencia tendrá *eficacia constitutiva* y afectará a terceros no litigantes, si bien en relación con los actos administrativos, el artículo 49 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa se cuida de emplazar a todos los interesados, para que tengan la posibilidad de comparecer y por lo tanto ejercitar su derecho de defensa y por ello, el artículo 72 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, establece que la

anulación de una disposición o acto producirá efectos para todas las personas afectadas. Las sentencias firmes que anulen una disposición general tendrán efectos generales desde el día en que sea publicado su fallo y preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada. También se publicarán las sentencias firmes que anulen un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas.

Este efecto es predicable exclusivamente de las sentencias anulatorias del acto administrativo y como hemos señalado, se relaciona con la naturaleza constitutiva de la resolución judicial que elimina del mundo jurídico un acto administrativo al declarar su nulidad.

Pues bien con dicha base doctrinal el Tribunal Supremo señala que si los dos pronunciamientos que se contienen en la sentencia anulatoria de una licencia produce efectos «para todas las personas afectadas» (inciso primero del artículo 72.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa) y no sólo para quienes fueron parte en el litigio, esas personas afectadas, aunque no hubieran sido partes litigantes, deben ostentar, claro es, legitimación para instar la ejecución forzosa de dicha sentencia; para instar, esto es lo importante, la ejecución forzosa del pronunciamiento que obliga a la demolición.

Así es, en efecto, pues lo dice con toda claridad el artículo 104.2 de la Ley Jurisdiccional a cuyo tenor, «transcurridos dos meses a partir de la comunicación de la sentencia o el plazo fijado en ésta para el cumplimiento del fallo conforme al artículo 71.1.c), cualquiera de las partes y personas afectadas podrá instar su ejecución forzosa». Lo vuelve a decir, con igual claridad, el artículo 109.1 de la Ley Jurisdiccional, en el que se dispone que «la Administración pública, las demás partes procesales y las personas afectadas por el fallo, mientras no conste en autos la total ejecución de la sentencia, podrán promover incidente para decidir, sin contrariar el contenido del fallo, cuantas cuestiones se planteen en la ejecución...». Y lo dice nuestra propia jurisprudencia, que ha precisado que para intervenir en el proceso de ejecución, como parte activa no es menester que se haya sido parte en el proceso de conocimiento, sino que basta con que se sea titular de un interés legítimo en la ejecución; lo cual es recordado por el Tribunal Constitucional en la sentencia en la que, precisamente, busca amparo la tesis de los recurrentes; sentencia número 4/1985, de 18 de enero.

En conclusión pueden instar la ejecución no sólo las partes del proceso declarativo sino cualquier persona afectada. La Ley, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, regula un supuesto de intervención voluntaria (de una naturaleza adhesiva litisconsorcial) en el proceso de

ejecución, figura esta existente en el proceso declarativo y que sin dificultades puede trasladarse al proceso de ejecución. Ahora bien ¿Quiénes son las personas afectadas? El Tribunal Supremo afirma que «debe ser punto de partida la observación de que el legislador, o mejor dicho, las normas que hemos de interpretar, constituidas básicamente por los ya citados artículos 72.2, 104.2 y 109.1 de la Ley Jurisdiccional, emplean un verbo, "afectar", cuyo significado en nuestra lengua no es otro, en la acepción que aquí interesa, que el de menoscabar, perjudicar o dañar y que debe serlo, también, la observación de que ninguna de esas normas añaden a la exigencia de que la persona esté afectada algún otro requisito o presupuesto; en concreto, no añaden el requisito o presupuesto de que la persona afectada no hubiera podido ser parte en el proceso declarativo o de conocimiento; y no lo añaden pese a que los dos últimos artículos se refieren a las "personas afectadas" inmediatamente después de referirse a las "partes", lo que inclina a pensar que un requisito o presupuesto como el que acabamos de indicar sí hubiera sido introducido en ellos si en su espíritu estuviera presente la idea de que las personas afectadas lo fueran no todas, sino sólo, excepcionalmente, las que no hubieran podido ser parte procesal». Es decir, el Tribunal reconoce legitimación a aquellos que ostenten un interés directo en la ejecución por resultar afectados en los supuestos en los que la Sentencia no llegue a ejecutarse. Por último el Tribunal hace referencia a que el espíritu que animó al legislador de 1998, cuando redactó las normas reguladoras de la ejecución de sentencias en este orden jurisdiccional contencioso-administrativo no fue el de mantener una interpretación restrictiva de esas normas, sino favorable, al menos, a su interpretación declarativa, esto es, a una interpretación que les otorgue un significado no menor que el propio de las palabras con que se expresan, señalando que la exposición de motivos de la Ley afirma que, «la Ley ha realizado un importante esfuerzo para incrementar las garantías de ejecución de las sentencias... La negativa, expresa o implícita, a cumplir una resolución judicial constituye un atentado a la Constitución frente al que no caben excusas».

El único límite que se plantea en dicha Sentencia está constituido por la restricción reconocida en nuestro ordenamiento jurídico para que una «persona afectada» deba ser tenida como tal: la que deriva de las normas contenidas en los números 1 y 2 del artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Esto es: la que exige que en todo tipo de procedimiento se respeten las reglas de la buena fe (número 1); y la que ordena a los Juzgados y Tribunales que rechacen fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal.

Por tanto «personas afectadas» son aquéllas que puedan ver menoscabados o perjudicados sus derechos o sus intereses legítimos por efecto de la ejecución o de la inexecución de la sentencia.

El Tribunal Supremo además admite un cambio de partes en el proceso de ejecución, de forma que si los originariamente litigantes lo abandonan, puede recoger el testigo otros afectados, de forma que «el apartamiento del proceso de ejecución de quienes hasta entonces lo habían instado, no comporta como consecuencia necesaria la terminación y archivo de tal proceso o fase ejecutiva, sino su pendencia hasta que concluya el plazo hábil en que la ejecución pueda aún ser ordenada. Es así por la circunstancia misma de la atribución de legitimación activa en el proceso de ejecución no sólo a las partes, sino también a las personas afectadas, con inclusión de todas las que efectivamente puedan serlo y sin limitación a las que con anterioridad hubieran podido comparecer como tales».

La única cuestión que queda en el aire está constituida por determinar si en los procesos en los que el ordenamiento legitima a todos los ciudadanos a través del ejercicio de la acción pública, puede cualquiera de ellos instar la ejecución de una Sentencia anulatoria de una licencia. Debe señalarse que si se está en el plazo previsto en el artículo 304 de la Ley del Suelo de del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre el régimen del Suelo y Ordenación Urbana, no cabría duda alguna, puesto que el proceso declarativo sería innecesario, ya que habría de conducir a similar pronunciamiento al ya realizado con anterioridad. El Tribunal Supremo en la Sentencia señalada afirma que carece de relevancia «el plazo de cuatro años que para el restablecimiento de la legalidad urbanística fija el artículo 187.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, pues no estamos ahora en presencia del deber de reaccionar que dicho precepto impone a la Administración para revisar la licencia concedida, ni dentro de la categoría general de la revisión de oficio de actos anulables de la que dicho precepto es una manifestación, sino en presencia de un acto ya anulado por una sentencia firme, cuya ejecución no queda gobernada o sujeta a los plazos en que la Administración puede ejercitar sus potestades de revisión de oficio. Ni tiene relevancia tampoco el plazo de ejercicio de la acción pública conferida por el artículo 304 del Texto Refundido de 1992 para exigir la observancia de la legislación urbanística y de los Planes, Programas, Proyectos, Normas y Ordenanzas, pues, de nuevo, no estamos aquí en presencia, propiamente, del ejercicio ex novo de una acción semejante».

Entiendo que cuando el ordenamiento prevé una acción pública, en realidad establece un principio de legitimación universal, considerando afectados a todos los ciudadanos porque, como ya hemos señalado con

anterioridad, *la ciudad pertenece a todos*, y por tanto cualquier infracción urbanística a todos nos afecta. Por lo tanto si la Ley permite al ciudadano acudir ante los órganos administrativos y los Tribunales contencioso-administrativos para exigir la observancia de la legislación urbanística y de los planes, programas, proyectos, normas y ordenanzas, tal posibilidad no puede entenderse limitada al proceso de declaración y debe extenderse al de ejecución, mas aún cuando en este supuesto existe un título de ejecución que priva de legitimidad al título habilitador de la construcción. Evidentemente la extensión de la acción pública al proceso de declaración, amplía las posibilidades de control de la actividad administrativa frente a aquellas corporaciones que no ejecutan las sentencias que contienen pronunciamientos de nulidad y por lo tanto, aumenta el control social de una sociedad democrática sobre la actividad del urbanismo.

Por último y respecto a los problemas derivados del cambio de planeamiento respecto de aquellas construcciones construidas al amparo de licencias cuya nulidad ha sido declarada por los Tribunales, se trata de interpretar los apartados 4.º y 5.º del artículo 103 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, que establece que serán nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento. El órgano jurisdiccional a quien corresponda la ejecución de la sentencia declarará, a instancia de parte, la nulidad de los actos y disposiciones a que se refiere el apartado anterior, por los trámites previstos en los apartados 2 y 3 del art. 109, salvo que careciese de competencia para ello conforme a lo dispuesto en esta Ley.

La Sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2007 analiza este precepto haciendo referencia a la jurisprudencia del Tribunal en esta materia, en concreto, la Sentencia de 21 de junio de 2005 ya afirmó que «el artículo 103 de la Ley de la Jurisdicción, en sus apartados 4 y 5, permite que en el procedimiento de ejecución, resolviendo un mero incidente en él planteado, se declare la nulidad de actos o disposiciones administrativas distintas, claro es, de las que ya fueron enjuiciadas en la sentencia en ejecución. Pero para ello exige, no sólo que el acto o disposición sea contrario a los pronunciamientos de dicha sentencia, sino, además, que se haya dictado con la finalidad de eludir su cumplimiento. El precepto contempla, pues, un singular supuesto de desviación de poder, en el que el fin perseguido por el acto o disposición no es aquél para el que se otorgó la potestad de dictarlo, sino el de eludir el cumplimiento de la sentencia».

En la Sentencia de 1 de marzo de 2006 se añadió que efectivamente, la nueva la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencio-

so-administrativa, «tras la regulación de lo que se ha denominado ejecución voluntaria y ejecución forzosa, contiene, en tercer lugar, los supuestos que han sido calificados como de *ejecución fraudulenta*; esto es, la Ley Jurisdiccional regula aquellos supuestos en los que la Administración procede formalmente a la ejecución de la sentencia dictada, mediante los pronunciamientos, actos o actuaciones para ello necesarios, pero, sin embargo, el resultado obtenido no conduce justamente a la finalidad establecida por la propia Ley; como consecuencia, lo que ocurre es que con la actuación administrativa, en realidad, no se alcanza a cumplir la sentencia en la forma y términos que en esta se consignan, para conseguir llevarla a puro y debido efecto».

Del nuevo texto legal pueden deducirse dos supuestos diferentes de ejecución fraudulenta, el primero (103.4 y 5), con una connotación estrictamente jurídica, y, el segundo (108.2), que pudiera tener como fundamento una actuación de tipo material.

Para evitar, justamente, este tipo de actuaciones, el artículo 103 en sus números 4 y 5, contempla la situación, dibujada por el legislador, de los supuestos «de los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento»; para estos supuestos, esto es, cuando se está en presencia de una actuación jurídica de la Administración —concretada en la emisión de posteriores actos administrativos o en la aprobación de nuevas disposiciones— con la finalidad de eludir los expresados pronunciamientos, el legislador pronuncia y establece como sanción para tales actuaciones la nulidad de pleno derecho de tales actos y disposiciones, regulando a continuación, si bien por vía de remisión, el procedimiento a seguir para la declaración de la nulidad de pleno derecho antes mencionada.

En el ámbito urbanístico, estaríamos, pues, en presencia del posterior planeamiento aprobado o de la posterior licencia dictada «con la finalidad de eludir» la nulidad judicialmente decretada del anterior planeamiento o de la previa licencia.

Conviene, pues, destacar que el objeto de este incidente cuenta con un importante componente subjetivo, pues lo que en el mismo debe demostrarse es, justamente, *la mencionada finalidad de ineficacia de la sentencia* con el nuevo y posterior acto o disposición, o, dicho de otro modo, la concurrencia de la desviación de poder en la nueva actuación administrativa, en relación con el pronunciamiento de la sentencia.

Desde esta perspectiva procedimental el número 5 del artículo 103 determina que «el órgano jurisdiccional a quien corresponda la ejecución de la sentencia», es el competente para la resolución de estos su-

puestos incidentales salvo, lógicamente, en los supuestos en los que, por razón del órgano que dictase el acto, «careciere de la competencia para ello conforme a lo dispuesto en esta Ley».

El propio texto legal establece «la imposibilidad de que el órgano jurisdiccional de oficio proceda a la iniciación del expresado procedimiento por cuanto en el mismo se requiere que la actuación del expresado órgano se produzca «a instancia de parte», remitiéndose en el mismo precepto a los trámites previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 109 del mismo texto legal; trámites consistentes, exclusivamente, en la audiencia o traslado de solicitud formulada a las partes por un plazo común que no exceda de veinte días, para que aleguen lo que estime procedente, y la resolución por parte del Juez o Tribunal mediante auto en el plazo de diez días.

El hecho de que este artículo 103.5 se refiera, exclusivamente, a la «parte» para solicitar la nulidad de los actos dictados, con posterioridad a la sentencia, contrarios a los pronunciamientos de la misma, *parece que no impediría que tal solicitud pudiera ser formulada por las «personas afectadas», a las que se refiere tanto el artículo 104.2, para poder instar la ejecución forzosa de la sentencia, como el 109.1 —al que el 103 se remite (si bien solo en sus apartados 2 y 3)— que regula la legitimación en el procedimiento incidental por el que habría de discurrir la petición de nulidad...».*

La pretensión de imposibilidad de ejecución total o parcial de una sentencia, aunque, en principio, parece negada en el apartado 1 del artículo 105 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (que establece que «no podrá suspenderse el cumplimiento ni declararse la inejecución total o parcial del fallo»), se contempla, sin embargo, con claridad, en el núm. 2 del citado precepto 105 de la Ley Jurisdiccional que dispone «que si concurriesen causas de imposibilidad material o *legal de ejecutar una sentencia*, el órgano obligado a su cumplimiento lo manifestará a la autoridad judicial a través del representante procesal de la Administración, dentro del plazo previsto en el artículo anterior, a fin de que, con audiencia de las partes y de quienes considere interesados, el Juez o Tribunal aprecie la concurrencia o no de dichas causas y adopte las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, fijando en su caso la indemnización que proceda por la parte en que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno».

En términos similares contemplaba la situación, con anterioridad a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, el artículo 18.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial precepto en el que, tras afirmarse que «las sentencias

se ejecutarán en sus propios términos», se añade que «si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquélla no pueda ser objeto de cumplimiento pleno».

Precedente de ambos supuestos era el artículo 107 de la LRJCA de 1956 que establecía: «No podrá suspenderse ni declararse inejecutable una sentencia por causa de imposibilidad material o legal de ejecutarla, y si este caso se presentare, será sometido por la Administración, por medio del Abogado del Estado, al Tribunal respectivo, dentro del referido plazo de dos meses, a fin de que, con audiencia de las partes, se acuerde la forma de llevar a efecto el fallo».

En consecuencia, la posibilidad de dicha inejecución está amparada por lo dispuesto en el actual artículo 105.2 de la vigente Ley Jurisdiccional, que recoge lo que ya establecían los artículos 105 a 107 de la anterior, razón por la que, como indicamos en las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de mayo y 15 de junio de 2004 (recursos de casación 2415/2000 y 3783/2002), «al interpretar lo dispuesto en el citado artículo 105.2 de la Ley de esta Jurisdicción, es conforme a derecho sustituir la ejecución de la sentencia en sus propios términos por una indemnización de daños y perjuicios derivados de la inejecución».

En la Sentencia de 7 de enero de 1999 el Tribunal Supremo señaló que: «Las sentencias del tipo de la que se ejecuta no se cumplen por el mero acuerdo que declara que éstas se cumplan (en el caso enjuiciado acordando la eventual legalización de lo indebidamente edificado, o, alternativamente, decidiendo la demolición cuando la opción de la legalización no es posible, o se han cumplido los plazos y condiciones establecidos para la legalización), sino que es necesario que la legalización efectiva se lleve a efecto, o, alternativamente, la demolición se realice. Con todo esto quieren decirse al menos dos cosas: La primera, que la mera declaración de legalización es insuficiente para que la sentencia se tenga por cumplida, siendo necesario que se adopten los acuerdos efectivos para que tal declaración legalizadora sea real. En segundo lugar, que los acuerdos legalizadores han de ser controlados en el propio proceso de ejecución por el órgano sentenciador; esto significa que el ente de la Administración cuando ejecuta, lo hace bajo la vigilancia y control del órgano jurisdiccional».

Obviamente, sin el previo cumplimiento de los mencionados trámites (que implican, en el supuesto de que las obras fueran legalizables, conforme a las nuevas Normas Subsidiarias, la concesión de la correspondiente licencia), la Sala no podría efectuar pronunciamiento alguno positivo sobre la inejecución de la sentencia, por cuanto tal pronuncia-

miento de inejecución por causa legal viene derivado, y es consecuencia, del previo seguimiento del procedimiento de legalización de las obras, que concluye y se plasma en la correspondiente concesión de licencia.

Ahora bien, debe, sin embargo, advertirse que no toda legalización y concesión de licencia lleva implícita la declaración jurisdiccional de inejecución de la sentencia, pues, como con reiteración hemos puesto de manifiesto (Sentencias de 10 de diciembre de 2003 y 4 de mayo de 2004): «Cuando media una sentencia anulatoria de una licencia por disconformidad con el planeamiento, *la nueva ordenación no deja sin efecto aquélla sino que, si acaso, pudiera constituir un supuesto de imposibilidad legal de su ejecución*, teniendo bien presente que esta Sala ha declarado reiteradamente que el Tribunal sentenciador puede imponer las consecuencias de la anulación de la licencia, pese a que formalmente resultare amparada por una nueva ordenación, si estimare ésta ilegal por haberse producido con la finalidad de eludir la ejecución de una sentencia y las responsabilidades que de ello derivaren para la Administración...».

La STS de 30 de enero de 2001 señaló que: «Hemos de partir de que tanto el artículo 18.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, como el 105.2 LRJCA permiten declarar inejecutable una sentencia por causa de imposibilidad legal, con la transformación del fallo, ordinariamente, en una indemnización de daños y perjuicios, y de que precisamente una de las causas de imposibilidad legal, por la propia naturaleza normativa de los planes urbanísticos es la que tiene lugar como consecuencia de un cambio de planeamiento derivado de la «potestas variandi» de la Administración Urbanística (STS de 21 de enero de 1999, y las que en ella se citan). Sin embargo, como declaró la Sentencia de 23 de julio de 1998, *no es exacto que la modificación del planeamiento produzca una automática legalización «ex post facto» de todas las edificaciones que resulten conformes con el nuevo aunque no lo fueran con el anterior*. Cuando media una sentencia anulatoria de una licencia por disconformidad con el planeamiento la nueva ordenación no deja sin efecto aquélla sino que acaso pudiera constituir un supuesto de imposibilidad legal de su ejecución, teniendo bien presente que esta Sala ha declarado repetidamente que el Tribunal sentenciador puede imponer las consecuencias de la anulación de la licencia pese a que formalmente resultare amparada por una nueva ordenación, si estimare ésta ilegal por haberse producido con el designio de eludir la ejecución de una sentencia. En todo caso, la declaración de que concurre una causa de imposibilidad legal de ejecución requiere la previa tramitación de un incidente destinado a depurar todas las circunstancias concurrentes y a declarar si la respuesta fuera positiva si procede determinar en favor del favorecido por la sentencia la correspondiente indemnización».

En la interpretación de estas normas, hemos de recordar, también, el carácter evidentemente restrictivo, que, por los motivos —fundamentalmente constitucionales— que luego se expondrán, se impone en esta materia relativa a la inejecución de las sentencias por causas de imposibilidad.

Por todas, podemos reiterar lo manifestado en la Sentencia de 15 de julio de 2003, según la cual: «el artículo 118 de la Constitución establece la obligación de cumplir las sentencias firmes de los Tribunales y el artículo 103. 2 de la Ley Jurisdiccional determina que las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que éstas consignen, cumplimiento que no podrá suspenderse ni declararse la inejecución total o parcial del fallo —artículo 105.1 LRJCA—.

La rotunda claridad de estos preceptos pone de relieve que es principio capital y esencial de todo el sistema judicial, la ejecutabilidad de las sentencias, en los términos en que se hacen constar en las mismas, por lo que las excepciones a esa íntegra ejecutabilidad —imposibilidad material o legal— contenidos en el artículo 105.2 de la misma LRJCA, han de ser siempre interpretadas y aplicadas con los máximos criterios restrictivos en el reconocimiento de esa imposibilidad».

Tal carácter restrictivo deriva de deber constitucional de ejecutar la sentencia, deber del que se desprende —como ya dijimos en nuestra clásica y vieja jurisprudencia (ATS 12 junio 1990)— que: «el derecho de toda persona a la tutela efectiva de los Tribunales, consagrado en el artículo 24 de la Constitución, integra no sólo el derecho a la obtención de una sentencia firme, sino también a que sea llevado a efecto lo decretado en la indicada resolución, exigencia ejecutiva categóricamente afirmada en el art. 118 de la Norma Fundamental española.

De aquí que conforme preceptúa el art. 109 de la Ley Jurisdiccional, en relación con el 103, el órgano de la Administración Pública, que infrinja su deber fundamental de ejecutar lo dispuesto en sentencia firme podrá incurrir en responsabilidad civil e incluso criminal, responsabilidad patrimonial exigible tanto en el supuesto de incumplimiento total como en los de cumplimiento defectuoso o con demora negligente en el mismo, de conformidad con lo previsto en el art. 106.2 del Texto Constitucional y del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración. El propio artículo 110 de la Ley Jurisdiccional expresa que mientras no conste la ejecución de la sentencia, el Tribunal adoptará, a instancia de las partes interesadas cuantas medidas sean adecuadas para promoverla y activarla y concretamente si transcurriesen seis meses desde la fecha de recepción del testimonio de la sentencia por la Autoridad administrativa, sin que se hubiese ejecutado aquélla, el Tribunal, con audiencia de las partes adoptará las medidas que considere procedentes para el cumplimiento de lo mandado».

En el auto del Tribunal Supremo de 16 julio 1991 se señaló que «la doctrina jurisprudencial en esta materia es constante y diáfana. El derecho a la ejecución de sentencia no puede concebirse únicamente como un derecho del particular interesado en la ejecución sino que es también un esencial interés público el que está implicado en ello, como fundamento del Estado del Derecho, que demanda que se cumplan las sentencias de los Tribunales y que se cumplan en sus propios términos y no en los que decidan las partes según sus conveniencias o arbitrios. Los artículos 117 y 118 de la Constitución así como el 18.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial amparan esa potestad judicial de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado; y ese derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución comprende el derecho a obtener la ejecución de toda sentencia, debiendo la jurisdicción adoptar todas las medidas pertinentes para el total cumplimiento del fallo tal como disponen los artículos 103 y 112 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Lo único que puede impedir la ejecución de las sentencias en sus propios términos es la imposibilidad de cumplirlas según ellos; imposibilidad ésta ya contemplada en el artículo 107 de la Ley Jurisdiccional y ratificada en el 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; pero esta imposibilidad debe entenderse en el sentido más restrictivo y estricto y en términos de imposibilidad absoluta; esto es, absoluta imposibilidad física o clara *imposibilidad jurídica* de cumplir el fallo. .. Después de la Constitución, no cabe otra interpretación por ser un básico fundamento del Estado de Derecho instaurado por la misma el cumplimiento escrupuloso, íntegro y estrecho de las sentencias judiciales en sus propios términos; que no es otra cosa que seguridad jurídica».

Y, en términos similares, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional que, en síntesis, ha señalado que los artículos 24.1, 117.3 y 118 CE «en cuanto atribuyen a los Jueces y Tribunales la función de ejecutar lo juzgado —que, con la de juzgar, integra la finalidad o contenido de la jurisdicción— (art. 117.3), imponen el deber de cumplimiento de las resoluciones judiciales y el de colaboración en su ejecución (art. 118) y, por último, reconocen, a quienes impetran la protección judicial de sus derechos o intereses legítimos, el derecho a la ejecución de tales resoluciones judiciales (art. 24.1 CE)» (STC 4/1988). Esto es, que la ejecución de las sentencias forma parte del derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, ya que, en caso contrario, las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconocen o declaran no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna (Sentencias 167/1987, 92/1988 y 107/1992).

La ejecución de sentencias es, por tanto, parte esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y es, además, cuestión de esencial importan-

cia para dar efectividad a la cláusula de Estado Social y Democrático de Derecho, que implica, entre otras manifestaciones, la vinculación de todos los sujetos al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adoptan los órganos jurisdiccionales, no sólo juzgando, sino también haciendo ejecutar lo juzgado, según se desprende del art. 117.3 CE (STC 67). A ello obedece que el Tribunal Constitucional reiteradamente haya declarado que la ejecución de las sentencias constituya no sólo parte integrante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que el art. 24.1 CE reconoce, sino también (STC 167/87 de 28 octubre, por todas) un principio esencial de nuestro ordenamiento, destacando «el lugar central que el respeto a los fallos judiciales y su efectivo cumplimiento ocupan en un Estado de Derecho como el que la Constitución proclama en su art. 1» (f. j. 2.º).

Por tanto para que pueda declararse la inejecutabilidad de una Sentencia por imposibilidad legal, en los supuestos de cambio de planeamiento que ampara las obras contrarias al anterior planeamiento, se precisa que el nuevo instrumento de planeamiento no se elabore con la finalidad exclusiva de permitir la viabilidad jurídica de lo jurisdiccionalmente anulado, sin aportación o justificación de nuevos criterios generales de planeamiento en los que lo indebidamente construido pudiera tener encaje.

Si las posteriores licencias de obras no son sino la culminación de un concreto proceso, concebido exclusivamente con la finalidad expresada, sin que se hayan podido percibir otros criterios de planeamiento que los mencionados. Si la modificación y actuación urbanística no obedecen a unas nuevas y diferentes directrices urbanísticas del territorio. Si no se perciben razones objetivas y reconocibles de tipo urbanístico que aconsejaran la modificación del planeamiento, entonces no procede la declaración de imposibilidad de ejecución y deben anularse estas normas que dan cobertura al acto nulo.

Si por el contrario no concurre esta finalidad elusiva, debe procederse a declarar la inejecutabilidad de la Sentencia en aplicación *del principio de proporcionalidad y menor demolición*.

En conclusión, debe evitarse que la administración dicte actos de cobertura de las autorizaciones y licencias declaradas nulas por decisión judicial firme, sin perjuicio de la declaración de inejecución, cuando el cambio de planeamiento se deba a razones objetivas, y no con la finalidad exclusiva de no dar cumplimiento a la resolución Judicial.

Cuadernos penales

José María Lidón

Los *Cuadernos penales José María Lidón* tienen un doble objetivo. Pretenden mantener viva la memoria del profesor y magistrado José María Lidón, asesinado por ETA, ya que relegarlo al olvido sería tanto como permitir que la insoportable injusticia de su muerte viniera a menos y, en cierta forma, hacerse cómplice de ella. Asimismo pretenden que su memoria sea un punto de encuentro para quienes desde cualquier profesión relacionada con el Derecho penal compartan, como compartimos con él, el anhelo por un Derecho que contribuya a crear cada vez más amplios espacios de libertad e igualdad y a que éstas sean reales y efectivas para todos. De este modo su memoria será doblemente enriquecedora.



CONSEJO GENERAL
DEL PODER JUDICIAL
AGINTE JUDIZIALAREN
KONTSEILU NAGUSIA



EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO

JUSTITZIA, LAN ETA GIZARTE
SEGURANTZA SAIA
DEPARTAMENTO DE JUSTICIA
EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL



Deusto

Publicaciones
Universidad de Deusto