

Comunicación al III Congreso Nacional de Auditoría en el Sector Público

Del indicio a la prueba de la corrupción urbanística

Los escándalos urbanísticos son noticia diaria en la prensa nacional. 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 local. El mapa de la especulación-corrupción abarca toda España, pero es más intenso en el área madrileña, en la costa y en las islas¹. Ha sido favorecido por un marco legal que contempla la plusvalía como un derecho inherente a la propiedad del suelo, y por la importancia económica de la actividad edificatoria que ha llevado a construir en España en los últimos años más viviendas que en Gran Bretaña. Alemania y Francia juntos. Su importancia directa e inducida en el PIB ha llegado a ser del 13,8%, generando el 22% del empleo, de modo que el crecimiento económico ha tenido en la construcción un factor decisivo.

Marbella ha sido el paradigma del fenómeno con la construcción desde 1991 de 6.000 nuevas viviendas, la mayor parte de ellas ilegales. Las numerosas irregularidades se acreditan por el procesamiento por delitos urbanísticos de tres alcaldes y veintisiete exconcejales.

Como ha puesto de relieve un Informe de la Intervención General de la Administración del Estado a propósito de las operaciones de compra, créditos, recalificaciones, etc. en la playa de “Las Teresitas” en Santa Cruz de Tenerife, se ha producido una gran operación especulativa con grandes beneficios, sin que el promotor de la misma haya arriesgado, pero con una compleja trama de operaciones financieras y administrativas en las que ha tenido un protagonismo activo la Administración local.

¹ Relación por comunidades en “Corrupción urbanística en España”: <http://es.wikipedia.org>, actualizada a abril de 2008. Amezcua Ormeño, E., “Génesis y evolución de la corrupción urbanística en España en el bienio 2006-2007: aproximación a la nueva ley de suelo en el contexto de la corrupción”, *Práctica urbanística*, 68, 2008, pp. 32-53. Son de gran interés las Memorias de la Fiscalía General del Estado, en particular la parte referida al medio ambiente, la ordenación del territorio y el urbanismo, así como la de la Fiscalía de Medio Ambiente y Urbanismo.



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”².

1. EL CONCEPTO Y LA ECUACIÓN BÁSICA DE LA CORRUPCIÓN

El riesgo derivado de la corrupción fue 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* (COM (2003) 317 final). Partió del concepto de corrupción utilizado por el Banco Mundial³ y la ONG *Transparency International*: “el uso de la posición pública para obtener ingresos privados ilícitos”⁴. 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”⁵.

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 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.

³ 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”.

⁴ 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”.

⁵ 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.transparencia.org) y la Universidad de Göttingen mantienen el *Internet Center for Corruption Research* (<http://www.gwdg.de/~icr.htm>).

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”⁶. Para este autor la corrupción tiene efectos negativos en el mercado, reduce la confianza de los ciudadanos y hace perder legitimidad a las instituciones⁷. Elaboró la “ecuación básica de la corrupción”:

$$C = M + D - A$$

[Corrupción=Monopolio+Discrecionalidad-
Rendición de Cuentas/Transparencia]

Corrupción equivale a monopolio, más poder discrecional, menos rendición de cuentas (*Accountability*). 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 reforma⁸.

La falta de transparencia en los procesos complejos de toma de decisiones, 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”⁹.

Todos estos elementos forman parte del régimen urbanístico español y, por tanto, constituyen elementos a estudiar y ponderar a la hora de fiscalizar las actuaciones urbanísticas, particularmente cuando el *fumus boni iuris* deja paso al *fumus mali iuris* o al *fumus corruptionis*.

Además de la corrupción individual, 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 y beneficios, 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 institucionales. En la red todos participan de uno y otro modo, pero puede quebrar cuando alguno de sus miembros se considera marginado, no suficientemente “reconocido-retribuido”, preterido o engañado por el resto¹⁰.

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 movimientos en falso, evitar reconocerlos, taparlos con otras

⁶ Klitgaard, R., *Controlando la corrupción. Una indagación práctica para el gran problema de fin de siglo*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1994, p. 11.

⁷ Klitgaard, R., “Estrategias a nivel nacional e internacional para reducir la corrupción”, en *Pena y Estado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995, p. 247.

⁸ Klitgaard, R., *Controlando la corrupción...*, cit., pp. 10 y ss.

⁹ Della Porta, D., *Lo Scambio Occulto*, Bologna, Il Mulino, 1992, p. 83.

¹⁰ La experiencia demuestra que los disconformes o perjudicados que se separan de la disciplina terminan transmitiendo información y descubren las redes de corrupción, como suelo ser habitual en relación con las contrataciones públicas.

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 protagonistas¹¹.

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 tendrán muchas más fuerzas si son internos al individuo (educación, convicciones, etc.) que si son meramente externos”¹².

2. 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, que es el suelo. 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”¹³.

A través de las investigaciones policiales y judiciales y de los procedimientos se ha ido comprobando cómo las decisiones administrativas sobre reclasificaciones masivas de suelo, transformación de uso, incremento de densidades, adquisición de bienes y aprovechamientos en venta directa, reparto “equitativo, interesado y justo” de las plusvalías, “compensación adecuada” 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”¹⁴.

2.1. Causas

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 y de régimen sancionador adecuado o por ineficiencia.
- Sobrerregulación administrativa o ineficiencia de gestión, que puede servir de estímulo a la práctica de comportamientos corruptos.

¹¹ 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.

¹² Laporta, F. J. y Álvarez, S., *La corrupción política*, Madrid, Alianza Editorial, 1996, p. 28.

¹³ 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.

¹⁴ Que se han 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, como si este justificase los medios. 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 prestándoles 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” y la tropa de “conseguidores”, 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”.

- Gran magnitud económica de las consecuencias de la decisión pública a tomar.
- Existencia de una 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 interno¹⁵.

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 partitocracia,
- las nuevas formas de profesionalización política,
- el crecimiento de los costes políticos,
- la necesidad de los partidos de buscar nuevas formas de financiación¹⁶.

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. Ésta 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.

En la materia urbanística y relacionada con ella existe discrecionalidad en la adopción de decisiones con gran contenido económico¹⁷, 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 apli-

¹⁵ 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.

¹⁶ 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 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”.

¹⁷ 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 extrapositionales”.



can de acuerdo con la letra o con el espíritu de las mismas”¹⁸.

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 Derecho¹⁹.

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 decisión²⁰.

Si examinamos las causas es evidente que la incidencia sobre ellas es, prioritariamente, de orden

normativo, porque sólo por medio de la regulación se puede incidir sobre la mayor parte de ellas, bien a través de normas precisas y directas o potenciando los sistemas y técnicas de control de la discrecionalidad e interdicción de la arbitrariedad (arts. 9.3 CE, 3.1 y 17 LS), así como la participación y publicidad (arts. 2, 4 y 11 LS) y control interno (arts. 20.c, 75 y 77 LBRL, 175 y DA 9ª LS)²¹.

2.2. Supuestos

En el estudio sobre las redes de la corrupción, Villoria analiza la corrupción 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.

¹⁸ 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/lissj; *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 Découverte, 1995. Sabán Godoy, A., *El marco jurídico de la corrupción*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 27 y ss.

¹⁹ A esta crisis se refiere Andrés Ibáñez, P., *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1996.

²⁰ Garzón Valdés, E., *Calamidades...*, cit., pp. 216 y ss.

²¹ La STC 214/1989 señaló el carácter básico de las funciones reservadas a los funcionarios habilitados nacionales “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”.

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.
5. Se ha permitido el acaparamiento de suelo en manos privadas para generar una aparente escasez del mismo y la consiguiente subida de los precios.
6. 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.
7. Se ha extendido la creación, por parte de constructores, de partidos ficticios 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.
8. La corrupción urbanística se expande y no respeta institución alguna, así, donde dicha corrupción es muy importante, los juzgados han sufrido las consecuencias, siendo el caso de Marbella el más famoso”²².

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 terri-

torio, 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 la construcción de campos de golf con viviendas (300 campos y un millón y medio de viviendas en 2006), así como la reclasificación de 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 suelo²³. En los convenios que conducen a la clasificación o reclasificación del suelo está la clave de las decisiones, de modo que contractualmente obligan a la Administración a producir unas plusvalías anteriormente inexistentes que patrimonializa el propietario, con entidad suficiente como para ser generoso en “cesiones”, “aportaciones” y demás migajas del negocio que entrega a la comunidad, que le ha enriquecido. Los convenios son instrumentos para

²² Villoria Mendieta, M., “Corrupción en España”, en Eigen, P, *Las redes de la corrupción. La sociedad civil contra los abusos del poder*, Barcelona, Planeta, 2003, pp. 149-150.

²³ Lozano Cutanda, B., “Urbanismo y corrupción: algunas reflexiones desde el Derecho Administrativo”, *RAP*, 172, 2007, p. 359, afirma que los convenios urbanísticos son “uno de los instrumentos que más han favorecido los fenómenos de corrupción”. Propone que “una de las medidas que, aunque drástica, resultaría a mi juicio necesaria es la supresión de la técnica de los convenios urbanísticos. [...] no es casual que en los mayores desmadres urbanísticos recientes la utilización de esta figura sea una constante”.

todo: legalizar parcelaciones, edificaciones y usos ilegales a cambio de cesiones, pagos o incremento de edificabilidades.

d) Se configuran unidades discontinuas con suelos externos de menos valor, o con la inclusión de bienes de dominio público (zonas verdes y dotaciones antiguos y consolidados en el tejido urbano), que generen aprovechamiento, adjudicando el que corresponda a la Administración en proindivisos, 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 mercado²⁴.

e) Se otorgan licencias de edificación en flagrante violación de la legalidad urbanística, ocupando espacios destinados a zonas verdes o equipamientos, con mayores aprovechamientos y usos, sobre suelo no urbanizable, en suelos protegidos, afectando a especies protegidas.

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 organizaciones²⁵.

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 aquéllas, tienen reconocida competencia sobre el planeamiento y legitimación para iniciar actuaciones administrativas y penales.

Todos y cada uno de los supuestos, así como otros similares que puedan producirse, pueden considerarse como formas de actuación en las que puedan existir indicios de corrupción y sobre las que deben producirse las auditorías urbanísticas de los órganos e instituciones de control.

2.3. Medidas

Villoria propuso en 2006 un decálogo de medidas urgentes antiespeculación y anticorrupción, que afrontan de raíz la cuestión, algunas de las cuales se han incorporado a la Ley 8/2007 de suelo²⁶:

“1. Eliminar la calificación del suelo: en el suelo se debe construir o no en función de la decisión de la comunidad correspondiente a través de sus representantes y expresada en el Plan. Evidentemente, habrá suelo especialmente protegido por razones paisajísticas, medioambientales o culturales de acuerdo a criterios nacionales y/o autonómicos.

2. Aplicar la Ley de Expropiación Forzosa a todo suelo en el que se vaya a desarrollar el plan y, en consecuencia, sobre el que se vaya a construir. Ello implica que se paga un justiprecio en función de su valor agrícola, no en función del valor virtual que le otorga el vuelo o lo que se construiría encima.

3. Establecer que la obligación de urbanizar corresponde a la autoridad local expropiadora, de acuerdo con el plan legalmente aprobado.

4. Promover que la autoridad que tiene que urbanizar contrate con empresas especializadas en urbanizar y construir dicha actuación urbanizadora, mediante contratos públicos, competitivos y transparentes.

5. Prohibir los contratos urbanísticos, pero flexibilizar la modificación de planes garantizando la transparencia y la participación ciudadana.

6. Reformar la normativa de incompatibilidades de concejales y alcaldes, de forma que se les apliquen, con ligeras matizaciones, las normas sobre conflicto de intereses e incompatibilidades que se aplican a los altos cargos del Estado. Por ejemplo, la prohibición de trabajar, en los dos años siguientes a su cese, para empresas con las que tuvieron relación durante el ejercicio de su cargo.

²⁴ Han sido utilizadas en convenios urbanísticos (SSTS 24 de abril de 2001, RJ 3423; 15 de junio de 2002, RJ 5932).

²⁵ 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.

²⁶ Suplemento “Ladrillo sobre ladrillo” del periódico *El Mundo*, noviembre de 2006. Alli Aranguren, J.C. y Alli Turrillas, J.C., *Estudio sistemático de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo*, Madrid, Dykinson, 2008.

7. Remitir la declaración de intereses de los concejales y alcaldes a la oficina de Conflictos de Intereses del Estado, a la cual se independiza del Gobierno y se le reconoce el derecho a solicitar datos de Hacienda, bancos y notarios y registradores para la detección de casos de corrupción. Al tiempo, reforzar la fiscalía anticorrupción y especializar jueces en este ámbito.

8. Establecer como delito, castigado con penas de hasta dos años de prisión, la no entrega de la declaración de intereses o el falseamiento de datos.

9. Reformar la financiación de los gobiernos locales a efectos de adecuar ingresos a competencias realmente ejercidas.

10. Modificar 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 sus ingresos y gastos”.

El 27 de junio de 2007 la Fundación Alternativas presentó en el Congreso de los Diputados el *Informe “Urbanismo y democracia. Alternativas para evitar la corrupción”*, que recopila la información y el análisis de los escándalos producidos en los siete últimos años. Su objetivo era 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

- creación de un régimen de tutela al ejercicio de la competencia municipal por las CCAA;
- modificación del modelo territorial y urbanístico con la reorientación de la política de ordenación del territorio;

- protección del suelo no urbanizable prohibiendo su reclasificación como urbanizable;

- prohibición de las modificaciones que desvirtúen el modelo urbanístico;

- prohibición de la venta del aprovechamiento urbanístico;

- 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 municipal²⁷.

La nueva Ley 8/2007 ha atendido algunas de estas propuestas, aunque la mayor parte son propias de la competencia normativa 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 las 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.

Al analizar la corrupción en el urbanismo, la Profesora Lozano se ha planteado cuáles 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

²⁷ Fundación Alternativas, “Urbanismo y democracia...”, cit. pp. 18-19.

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”²⁸.

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.

2.4. Autonomía y discrecionalidad

No es este el momento de exponer el concepto de autonomía local ni de si ésta 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 avanzando²⁹. 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).

2.5. 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”³⁰.

3. LA AUDITORÍA URBANÍSTICA

La continua proliferación de denuncias y delitos urbanísticos prueban que existe una importante corrupción en este campo de la gestión pública, no siempre demostrable, pero con evidentes indicios. Esta situación exige medidas no sólo normativas,

²⁸ Lozano Cutanda, B., “Urbanismo...”, cit., pp.341-342.

²⁹ 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.

³⁰ 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.



como ha establecido la Ley 8/2007, para garantizar la transparencia de la gestión urbanística. Como afirmó el punto 19 de la *Declaración de Pamplona de las Instituciones autonómicas de control de España*, es preciso “potenciar las auditorías urbanísticas en marco del análisis del sector local”.

Sobre las causas descritas, que obedecen a deficiencias del ordenamiento jurídico y de las posibilidades de control, la competencia es del poder legislativo estatal y autonómico. Desde las auditorías se pueden realizar valoraciones de sensibilización y propuestas de medidas a introducir en la legalidad.

Sin embargo, donde las auditorías de los órganos de fiscalización económico-financiera tiene más posibilidades de actuación es sobre los supuestos en que la experiencia ha demostrado puede producirse corrupción, para ver si existen indicios y si, además, puede demostrarse. A este fin es preciso:

a) Valorar los aspectos competenciales de los órganos administrativos y la adecuación de las actuaciones a los procedimientos y plazos legalmente establecidos, con un examen exhaustivo de los expedientes administrativos, tanto en los elementos formales como en los de fondo, incluso en su “inhábitual celeridad” y eficacia en la gestión. A este fin es de particular interés el estudio detallado

de los informes técnicos, jurídicos y económicos emitidos por los funcionarios responsables directos y por los “habilitados nacionales” si los hubiere, o los que profesionalmente ocupen esos cargos y desarrolles esas mismas funciones, en los que pueden encontrarse “sutiles matices y observaciones” –“diciendo sin decir”–, con los que traten de dejar constancia de sus “observaciones o sugerencias” y poder salvar su responsabilidad futura si aprecian que existen comportamientos o indicios “peligrosos y comprometidos” o una “presión interesada” a favor de determinados expedientes o propuestas. Se debe considerar si ha habido necesidad de acudir a “asesoramiento externo” para justificar la acción y el comportamiento de los miembros de los órganos de decisión en el momento de adoptar los pertinentes acuerdos.

b) Ponderar los intereses económicos en juego, a partir de la valoración de la situación de partida y del resultado final, que permita conocer el alcance de la plusvalía y, por tanto, del beneficio económico derivado de las decisiones, así como quienes resultan sus beneficiarios. A este fin es conveniente analizar las operaciones económico-financieras externas al expediente (transmisiones, créditos, avales, garantías, sociedades, etc.) y las relacio-

nes e implicaciones entre las partes intervinientes –incluso sociedades interpuestas y testafierros–, su capitalización y solvencia, así con otras actuaciones y las relaciones entre todas ellas, antes y después de producirse los actos aprobatorios.

- c) En los convenios urbanísticos la ponderación valorada de los intereses económicos en juego se ha de completar con la de las “contrapartidas” que para justificarlos se establezcan, su adecuación a los valores reales del mercado, su infra o sobrevaloración, de modo que permitan cuantificar el reparto de los beneficios derivados de los compromisos asumidos por la Administración y los implicados como propietarios o promotores.
- d) En las modificaciones puntuales del planeamiento ha de ponderarse no sólo los motivos que se aduzcan para justificarlas, sino su objetividad, la ponderación del interés general que se invoque, su valor económico, beneficiarios directos y reparto de los beneficios. Se ha de emplazar en el conjunto de la actividad urbanística para comprobar si este modo de actuar es excepcional o es habitual, suponiendo de hecho una auténtica revisión del Plan en sus determinaciones fundamentales (usos del suelo, densidades, aprovechamientos, etc.). Como en todas las actuaciones, es importante analizar la corrección del procedimiento y el contenido de los juicios técnico-jurídicos obrantes en el mismo, así como aplicar todas las técnicas que permitan controlar la discrecionalidad.
- e) La delimitación de las unidades de actuación, el tipo y titularidad de los suelos incorporados, su valoración por unidad de medida o urbanística según su distinto origen, características y situación urbanística. En los procesos de equidistribución se han de ponderar todos los elementos anteriores, además del modo de efectuar la adjudicación y el valor de los aprovechamientos y parcelas adjudicados, así como de la formación de proindivisos, de las compensaciones sustitutivas económicas y su justificación jurídico-económica.
- f) En el control de las licencias de edificación y ocupación, otorgadas expresamente o por silencio, y de las edificaciones sin licencia toleradas, a partir del planeamiento vigente y de su adecuación al mismo, de la regularidad del procedimiento, de los informes técnico-jurídicos emitidos o inexistentes, así como de las posibles impugnaciones. Particular atención merecen las licencias derivadas de convenios urbanísticos u otorgadas a cuenta de la aprobación de planeamientos futuros.
- g) En los convenios urbanísticos han de utilizarse todos los aspectos anteriormente señalados, sobre todo los relativos a los fines que los justifiquen, a la ponderación de los intereses público-privados, de las valoraciones de beneficios y contraprestaciones patrimoniales o de reconocimiento de derechos y obligaciones. Además de los aspectos procesales y de los informes, incluso de la intervención administrativa competente. A partir del artículo 16 LS 2007 se ha de observar la prohibición de “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”.