

Aportaciones jurídicas en las fiscalizaciones sobre urbanismo

RESUMEN/ABSTRACT:

Existe consenso general en los OCEX sobre la necesidad de afrontar la fiscalización del urbanismo desde la auditoría integral. El planteamiento pasa por la búsqueda de metodologías adecuadas a la materia y a sus fines. La comprobación de legalidad observada, no como objetivo de la fiscalización sino como herramienta, puede servir como técnica de valoración de la eficacia y eficiencia de las políticas públicas de urbanismo.

Toda normativa reguladora de una función o potestad pública responde a la consecución de unos fines u objetivos de interés general. Localizar y concretar dichos fines y objetivos es esencial en la propuesta que en este artículo se plantea. De esta forma, la comprobación de legalidad, no se limita a “puntear” cumplimiento de procedimientos o normas legales, sino a valorar si cumplida la norma el cumplimiento de los objetivos ha sido el más eficiente y eficaz posible en función del grado de obtención de los fines de interés social perseguidos. La valoración de la adecuación de la norma a la necesidad de la realidad normada puede, asimismo, servir para recomendar la modificación de la normativa aplicable a los órganos competentes.

En este artículo se aborda esta metodología en primer lugar, identificando los objetivos de las políticas sobre urbanismo. A continuación, se realiza un análisis de las diversas etapas del procedimiento urbanístico, presentando en forma casuística los principales aspectos de interés para la valoración.

There is general consensus among OCEX (Regional external control entities) on the need to face town planning supervision and control with integral auditing. The approach is based on the search for appropriate methodologies considering the subject and its purposes. The verification of the legality observed, not as aim of the audit but rather as a tool, can be useful as a technique for assessing the effectiveness and efficiency of public town planning policies.

All regulations for a public power or authority try to achieve certain objectives of general interest. Identifying and specifying these objectives is essential in the proposal put forward by this article. The verification of legality is thus not limited to “checking” the fulfilment of legal procedures and regulations, but to assessing if once the regulations have been met, the objectives are fulfilled in the most efficient and effective manner according to the degree of achievement of the social purposes pursued. The assessment of the adaptation of the regulations to the need of a regulated reality may, in addition, serve to recommend the amendment of the regulations applicable to the competent entities.

This article discusses methodology in the first place, identifying the goals of town planning policies. This is followed by an analysis of the various stages of town planning procedures, presenting on a case by case basis the main aspects of interest for assessment.

PALABRAS CLAVE/KEYWORDS:

FISCALIZACIÓN EXTERNA, POLÍTICAS SOBRE URBANISMO, LEGALIDAD, METODOLOGÍA, AUDITORÍA INTEGRAL.

EXTERNAL AUDITING, TOWN PLANNING POLICIES, LEGALITY, METHODOLOGY, INTEGRAL AUDITING.

¹Agradecimientos: a Ignacio Cabeza del Salvador, Fermín Erbiti y Luis Ordoki por su lectura crítica del borrador del manuscrito.

1. COMPROBACIÓN DE LEGALIDAD Y VALORACIÓN DE EFICACIA

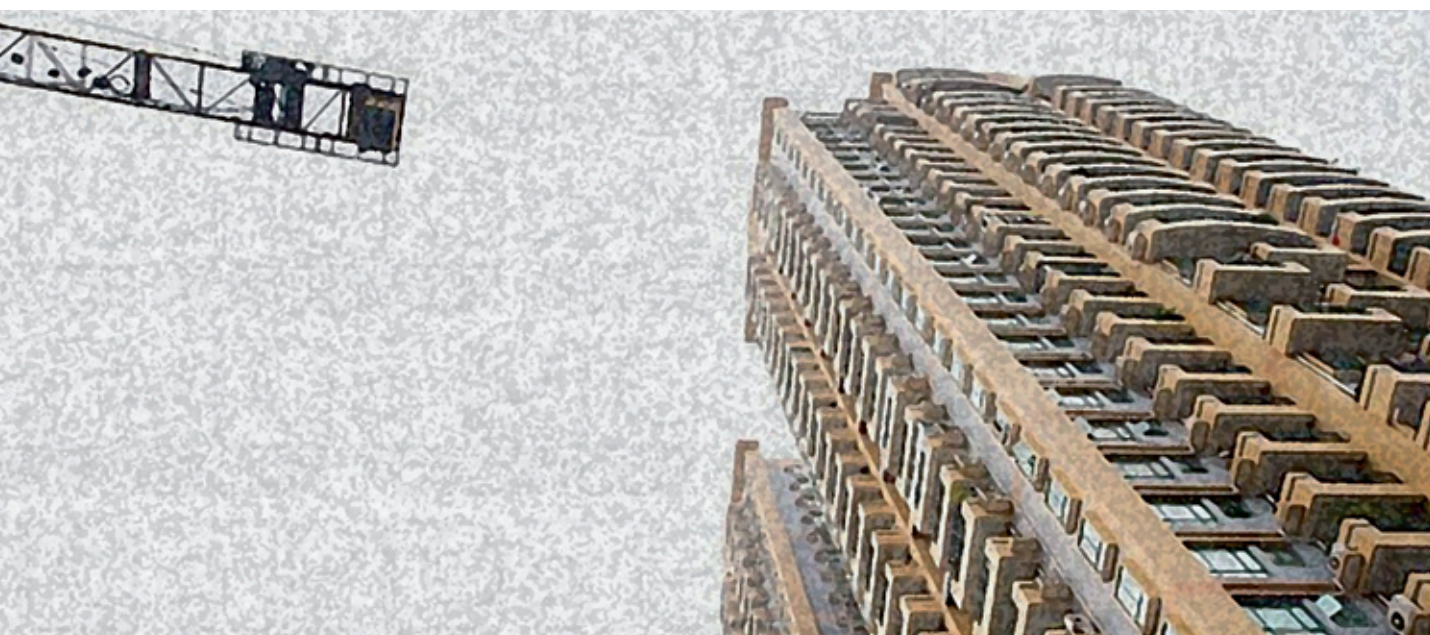
Constatada en la actualidad la necesidad de nuevos enfoques en la labor de auditoría pública, prima una mayor preocupación por el análisis de la eficiencia, el valor generado y grado de consecución de objetivos de las actividades auditadas.

En este sentido, interesa señalar que lo deseable no es entender estas fiscalizaciones como meros controles que garanticen la legalidad formal de las actuaciones y políticas relacionadas con el urbanismo. La propia configuración de la función pública auditada precisa una valoración basada en parámetros de eficacia y eficiencia de las políticas con arreglo a los fines propios de la actividad, pues sólo así se logrará la evaluación objetiva deseada. Estos objetivos nos llevan a plantear la necesidad de fiscalizaciones integrales de la actividad urbanística, como forma de control completa, que supone la aplicación de metodologías que *van más allá* de la norma. Constatada la necesidad de auditorías integrales de urbanismo, se deben especificar nuevos objetivos y se precisan desarrollos metodológicos aptos para lograr tal finalidad.

Cierto es que la fiscalización integral del urbanismo, por la propia naturaleza de la actividad ob-

jeto de control, debe ser necesariamente abordada con planteamientos interdisciplinares, pero tal vez, a la hora de establecer nuevas metodologías, debería primero reflexionarse sobre la verdadera utilidad de la auditoría de comprobación de cumplimiento de las normas, utilizada como técnica de evaluación integral de la actuación pública. La propuesta pasa, necesariamente, por comprender el verdadero sentido y finalidad de la norma, más allá de una visión formalista o positivista del ordenamiento jurídico: se parte del concepto clásico del ordenamiento jurídico, concepto que supera al de las disposiciones escritas, extendiéndose a los principios y a la normatividad inmanente de la realidad regulada. Necesariamente, esto nos acerca a la norma con visión sistemática e integradora en su aplicación a la realidad regulada.

La comprobación de legalidad en auditoría pública no debiera relegarse a plano secundario, porque nuestro sujeto auditado –sector público– debe guiar su actividad, necesaria y constitucionalmente, “con arreglo a la Ley y al Derecho”. Siendo esto así, la tarea en el ámbito de la auditoría pública debe comenzar por el conocimiento de la norma reglamentadora de la actividad, con especial atención a



la determinación de los objetivos de interés general de referencia de la función pública ejercitada por el ente. Una vez definido lo anterior, será preciso analizar la adecuación de la actividad del ente a la normativa identificada para, posteriormente y como finalidad principal de la labor auditora, acreditar el grado de consecución de los objetivos inicialmente identificados.

El grado de obtención de los fines de interés general determinados constitucionalmente para la actividad auditada sirve de medida a estos efectos: nos informa del adecuado cumplimiento de las normas por la entidad auditada y sobre la bondad de la propia norma en relación con el cumplimiento de los fines para los que sirve. En la mayor parte de las irregularidades, actuaciones penalmente relevantes y demás escándalos urbanísticos –de forma evidente en estos últimos años– el principal problema no es la ausencia o la inadecuada regulación, sino la falta de ética profesional o política. Ahora bien, en otros casos, la adecuación a la legalidad de lo actuado, y la inadecuación a los objetivos de lo conseguido, revela claramente una asintonía entre la regulación positiva y el interés general que, evidentemente, debe ser corregida. Se identifica así qué es lo que puede modificarse y hasta qué punto debe modificarse. Es entonces adecuado recomendar a nuestros órganos legislativos la modificación de la norma o, en su caso, la regulación específica de determinadas conductas hasta el momento tal vez carentes de normativa aplicable.

2. LA IDENTIFICACIÓN DE LOS OBJETIVOS DE LAS POLÍTICAS SOBRE URBANISMO

La actividad administrativa de ordenación del territorio y urbanística es una función pública que comprende la planificación, organización y control de la ocupación y uso del suelo. Siguiendo una línea normativa ya consolidada desde la Ley de 12 de mayo de 1956, el Texto Refundido de la Ley de Suelo (Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio) en su artículo 3, configura el urbanismo como función pública, desarrollada mediante el

ejercicio de las potestades de ordenación territorial y urbanística. Las directrices básicas en esta actuación pública tienen en la Constitución Española de 1978 su primer nivel básico de ordenación; por una parte, mediante la caracterización de la función social del derecho de la propiedad (art. 38.2); por otra, mediante la justificación de la intervención de los poderes públicos por la trascendencia a la colectividad de un ordenado uso del suelo, dirigido a una mejora en la calidad de vida de los ciudadanos, tanto en los que respecta a actuaciones puramente urbanísticas –vivienda, dotaciones, no especulación (art. 47)– como en cuanto a la garantía de un adecuado equilibrio y sostenibilidad medioambiental (art. 45).

La utilidad de esta premisa, basada en la identificación última de los fines de interés de general a los que sirve la función pública, puede parecer insuficiente por efecto de la difusa configuración del concepto jurídico de referencia. Planteamos por ello, antes de analizar algunos aspectos específicos de la comprobación de legalidad en sede de urbanismo, un ejercicio de precisión de los fines de esta función pública.

Los principios y objetivos aplicables al urbanismo recogidos en la Constitución Española, por definición, son generales, pero son básicos. Extractados podríamos especificarlos así:

- Sostenibilidad medioambiental.
- Función social de la propiedad.
- Derecho de la colectividad a las plusvalías generadas.
- Evitación de la especulación.
- Derecho a la vivienda digna y calidad de vida (dotaciones).

En un segundo nivel de concreción, acudimos al Texto Refundido de la Ley de Suelo. A efectos metodológicos nos centraremos en la aplicación del primer principio básico: sostenibilidad medioambiental y verificación de eficiencia de las políticas territoriales y urbanísticas. Observamos que en el artículo 2 se especifica que el principio del desarro-

llo sostenible aplicado al ordenamiento urbanístico, debe informar las políticas urbanísticas procurando la obtención de los siguientes fines:

- Eficacia de las medidas de conservación y mejora de la naturaleza, flora, fauna y protección de patrimonio cultural y del paisaje.
- Preservación de medio rural y de los valores del suelo innecesario para atender necesidades de transformación urbanística.
- Eficiencia en la ocupación del suelo urbano con dotaciones e infraestructuras adecuadas.

Implica este principio la necesaria coordinación entre las normas sobre medioambiente y las de ordenación territorial y urbanística: se aplica la máxima de que el ordenamiento jurídico es completo y carece de contradicciones internas.

Además del principio de sostenibilidad, las normas urbanísticas concretan el interés general de acuerdo con los otros principios constitucionales de primer nivel en otros tantos subprincipios o garantías. Así, el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley de Suelo, determina que la legislación urbanística garantizará:

-La dirección y el control por las Administraciones públicas competentes del proceso urbanístico en sus fases de ocupación, urbanización, utilización del suelo por cualesquiera sujetos, públicos o privados. Aspecto éste que concreta el principio constitucional de la función social de la propiedad y el de libertad de empresa y justifica la función pública urbanística.

-La participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción de los entes públicos en los términos previstos por la Ley.

-El derecho de información de los ciudadanos y la participación ciudadana en la ordenación y gestión urbanística

Podría pensarse que todavía nos encontramos en un cierto nivel de inconcreción, pero no es así porque, como se ha visto al realizar la comprobación de legalidad, el conocimiento de tales principios nos sirve como indicador de eficiencia la actuación.

3. ESTRUCTURA INTERNA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA AUDITADA

En la actualidad, consolidada y asumida la doctrina constitucional sobre la distribución de competencias en ordenación del territorio y urbanismo, la legislación básica del Estado en esta materia se encuentra principalmente en el Texto Refundido de la Ley de Suelo (aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio). Esta ley recoge y concreta diversos principios constitucionales, necesariamente informadores de la legislación urbanística e incluye regulaciones novedosas como la importancia de la transparencia de las políticas, mediante la participación ciudadana y la iniciativa privada en el proceso de planificación y ejecución de la actividad urbanística y normas específicas y directamente aplicables –por incidir en materia de competencia estatal– como el sistema de valoración del suelo, o la regulación básica de los patrimonios públicos de suelo.

Esta función pública contempla la actividad a realizar sobre la transformación y uso del suelo desde una perspectiva territorial integradora y global, lo que supone que su análisis integral deba comenzar por la ordenación del territorio, para en forma congruente pasar a la concreta planificación urbanística (de más a menos) y ejecución conforme con lo planificado, aspecto este último que también incluye las actividades de disciplina e intervención en materia urbanística.

La **ordenación del territorio** es actividad pública que expresa los criterios, normas y planes que orientan y regulan las actuaciones y asentamientos sobre el territorio; define en aras de una adecuada coordinación y armonización, la estructura del territorio en su totalidad, orientando, o en su caso, determinando las demás actuaciones que afecten al mismo. La necesaria coherencia, cohesión y supramunicipalidad de tales especificaciones justifica que las competencias en ordenación del territorio se reconozcan específicamente a las Comunidades Autónomas, así como la primacía de los instrumentos

aprobados en ejercicio de tal función sobre los instrumentos de planificación urbanística.

Por su parte, la actividad puramente **urbanística** comprende el planeamiento, la ejecución, la intervención y la disciplina urbanística y así, como afirma la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997 de 20 de marzo, “el contenido del urbanismo se traduce en concretas potestades, tales como las referidas al planeamiento, la gestión o ejecución de los instrumentos planificadores y la intervención administrativa en las facultades dominicales sobre el uso del suelo y edificación, a cuyo servicio se arbitran técnicas jurídicas concretas; a lo que ha de añadirse la determinación, en lo pertinente, del régimen jurídico del suelo en tanto que soporte de la actividad transformadora que implica la urbanización y la transformación”.

En materia urbanística la normativa de las Comunidades Autónomas, les reconoce competencias de dirección e impulso, coordinación y control de la legalidad del planeamiento urbanístico –especialmente mediante la aprobación de los Planes Generales Municipales y la formulación y aprobación, en su caso, de planes de conjunto o de planeamiento supramunicipal– y cooperación y asistencia económica, técnica y administrativa con los municipios. Quedan así configuradas las competencias municipales por exclusión, lo que de ninguna manera supone ausencia o exigüidad, sino todo lo contrario, ya que la actividad urbanística pública corresponde con carácter general a los Municipios.

Consecuentemente, es en el ámbito municipal donde se ejecutan las operaciones urbanísticas de mayor contenido económico. El urbanismo para estas entidades públicas es una de sus mayores fuentes de recursos económicos y revela la importancia de un adecuado control y transparencia de esta actividad. Por ello, son los municipios los sujetos principales del área de riesgo identificada para nuestra fiscalización, cuando la misma se centra en la actividad puramente urbanística. Identificados así los posibles sujetos fiscalizados, su actividad se estructura en dos

principales fases de actuación y por ello de fiscalización: por una parte, actividad de planeamiento; por otra parte, ejecución del planeamiento. Dependiendo del alcance de la fiscalización, el control podrá limitarse a una u otra fase, con posibilidad de acotaciones más o menos específicas.

4. ALGUNOS ASPECTOS JURÍDICOS RELEVANTES PARA LA VALORACIÓN INTEGRAL DE LAS POLÍTICAS URBANÍSTICAS

A título de ejemplo, a continuación realizamos el análisis de algunas cuestiones que pueden aparecer en fiscalizaciones de urbanismo, con aplicación de los planteamientos anteriormente propuestos para la obtención de juicios de valor de eficiencia y eficacia de las políticas urbanísticas. Aunque la exposición se realiza siguiendo el esquema lineal de la actividad, evidentemente ello no implica que las fiscalizaciones deban abarcar necesariamente todas las materias aquí analizadas, ni que lo deban hacer en este orden.

Centrándonos en la fase de **planeamiento**, comenzamos con el análisis del instrumento básico del planeamiento municipal: **el Plan General Municipal**.

El Plan General Municipal es el instrumento básico de actuación de la función urbanística. El ejercicio de la actividad planificadora adecuado a la norma actualmente vigente, es el primer aspecto de valoración no sólo de legalidad, sino de eficacia de la actuación urbanística. Siendo esto así, la inexistencia o inadecuación de Planes Generales Municipales es en sí reveladora de una inadecuada actuación administrativa. Al respecto, debe observarse que difícilmente pueden servirse satisfactoriamente los fines de la actuación pública de carácter urbanístico si se carece del instrumento que la Ley configura como básico para el planeamiento. No sólo nos encontramos con una comprobación de irregularidad legal, sino con una evidencia de la ausencia de eficacia y eficiencia de la actividad urbanística de la entidad fiscalizada. Al analizar la actividad realizada en planeamiento por la entidad auditada, la comprobación

del contenido y cumplimiento de las normas sobre procedimiento de aprobación de los instrumentos de planeamiento, informa sobre la eficiencia de lo ejecutado. La sola presencia de un correcto procedimiento de aprobación de un Plan General Municipal indica, cuando menos, una programación de la actividad.

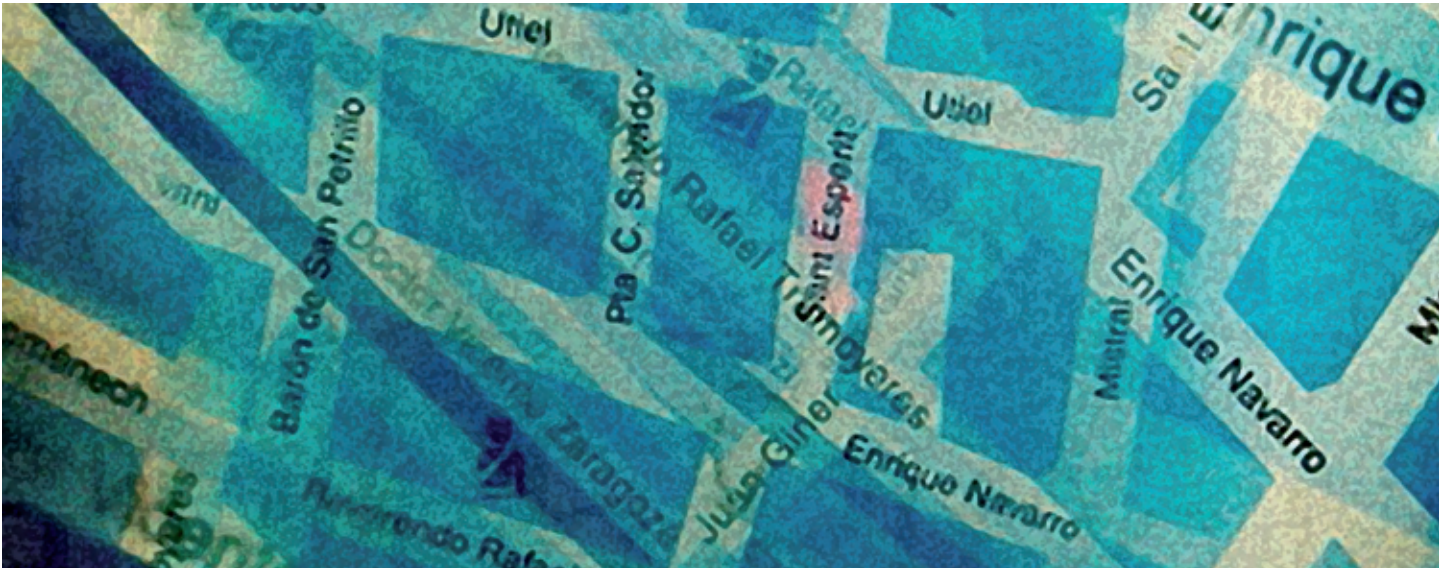
Muchas de las irregularidades que se han detectado en la gestión del urbanismo municipal derivan, de forma directa o indirecta, de incumplimientos formales o materiales de procedimiento o de aprobación en los Planes Generales Municipales. Este instrumento es la piedra angular en la que se apoyan las posteriores actuaciones de desarrollo y ejecución de planeamiento. Procedimientos inadecuados de aprobación de los mismos han propiciado situaciones de inseguridad jurídica, bajo la que se han cobijado conductas claramente reprochables. Como es de todos bien conocido, Marbella supone un claro ejemplo de esta afirmación.

Como es sabido, la vigencia de estos planes es indefinida. A veces, la irregularidad viene propiciada precisamente por un cambio en la normativa y la no adaptación a la nueva regulación de los planes ya aprobados con anterioridad. Así por ejemplo, en la Comunidad Foral de Navarra, la disposición transitoria tercera de la Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo determinó que los municipios que al momento de aprobación de la norma contaran con planeamiento general vigente, debían homologar y adaptar el planeamiento a lo dispuesto en la misma. La homologación debía haberse realizado adaptando las disposiciones del plan vigente a la terminología diferenciadora de determinaciones estructurantes y pormenorizadas recogidas en artículo 49 de la misma Ley Foral; y la adaptación, diferenciando las clases y categorías de suelo de acuerdo a las especificadas en la Ley Foral. La finalidad de esta homologación y adaptación no era un cambio meramente formal y terminológico. Mediante el esfuerzo de diferenciar determinaciones estructurantes y pormenorizadas y

la clasificación adaptada a la norma vigente de las clases y categorías de suelo, se pretendía armonizar el planeamiento a la normativa aplicable y dotar de una cierta seguridad y transparencia a posteriores actuaciones urbanísticas relevantes: desde las modificaciones del propio plan general y del planeamiento de desarrollo, a las actuaciones de ejecución o gestión del urbanismo derivadas de lo planificado.

Tal y como reflejaban las alegaciones que presentaban algunas entidades fiscalizadas a los informes de la Cámara de Comptos de Navarra en los que se recomendaba la homologación y adaptación, esta exigencia legal se percibió como un mero trámite formal, sin mayores efectos en su incumplimiento. Pese a las reiteradas recomendaciones, lo cierto es que todavía existen municipios que no han homologado y adaptado su Plan General. Pero el incumplimiento de esta homologación y adaptación, tiene efectos materiales. Hay que tener en cuenta que aunque los planes no se hayan homologado y adaptado, siguen vigentes, pero a todas las actuaciones derivadas de los mismos se les aplica la regulación de la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo. Así, de acuerdo con lo previsto en la mencionada disposición transitoria tercera, apartado 2 “las modificaciones y revisiones del planeamiento vigente a la entrada en vigor de la presente Ley Foral se ajustarán a lo dispuesto en ella”; y según lo dispuesto en esta misma disposición, apartado 3, “La regulación sobre determinaciones de ordenación estructurante y pormenorizada establecidas en esta Ley Foral será de aplicación **desde su entrada en vigor a los planes y normas vigentes en dicho momento**”. En consecuencia, la falta de homologación y adaptación de un plan no excluye al mismo de la aplicación de la normativa actualmente vigente, pero evidentemente priva de transparencia toda actuación concerniente al mismo por la falta de armonización de sus previsiones con respecto a la normativa que le es aplicable.

La comprobación del **contenido del planeamiento** comienza con la valoración del adecuado



cumplimiento de las normas de subordinación y primacía del Plan General Municipal con los Instrumentos de Ordenación Territorial y otros Planes con incidencia sobre el territorio, es decir, planes sectoriales, entre los que evidentemente quedan incluidos todos los planes de conservación y gestión de los recursos naturales. Estas relaciones de jerarquía, establecidas normativamente, garantizan el cumplimiento de los principios y fines propios de la función pública urbanística.

Así por ejemplo, el principio de sostenibilidad tal y como viene concretado en el artículo 2 del ya citado Texto Refundido de la Ley de Suelo, queda a su vez garantizado por la comprobación de cumplimiento relativa a la documentación y al procedimiento de aprobación del plan. La ausencia en el expediente de aprobación y en la propia documentación del plan del denominado por el artículo 15.4 del Texto Refundido de la Ley de Suelo, *informe de sostenibilidad ambiental*, no indica simplemente que no se ha cumplido la norma desde un punto de vista formal, indica que el plan no se mueve dentro de los parámetros de eficiencia adecuados a la función pública que se desarrolla. La materialidad de tal información, forma juicio sobre el contenido del plan aprobado sirviendo como indicador de eficiencia de las políticas auditadas.

En el mismo sentido, si al comprobar la legalidad del procedimiento de aprobación observamos que se han omitido las remisiones legalmente exigidas a otras administraciones u organismos públicos a los efectos del cumplimiento de la normativa sectorial aplicable –preceptivas en forma general de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15.3 del Texto Refundido de la Ley de Suelo (administración hidrológica, costas, carreteras y otras, en función de las circunstancias concurrentes)– la deficiencia nos indicará, no sólo el incumplimiento formal del trámite, sino que, como mínimo, la obligatoria memoria de sostenibilidad es incompleta o no se ha realizado, lo que evidentemente cuestiona el cumplimiento de la eficacia de las políticas en este aspecto.

Una adecuada planificación afecta importante-mente a las consiguientes actuaciones, tanto de planeamiento como de gestión del urbanismo. Pasando a aspectos tales como las **modificaciones del planeamiento vigente**, las comprobaciones del cumplimiento de los criterios mínimos de sostenibilidad, existencia de motivación e informe de las modificaciones, también valoran, no sólo cumplimiento formal, sino cumplimiento eficaz. Así, modificaciones del Plan General Municipal que actúan claramente sobre determinaciones estructurantes, no pueden ser tramitadas como modificaciones de

determinaciones pormenorizadas, siendo uno de los efectos de tal inadecuada tramitación de la modificación del planeamiento, la incorrecta gestión de las actuaciones derivadas de las mismas. Por ejemplo, es frecuente observar modificaciones de planes generales que afectan a suelos urbanos consolidados y que conllevan una ordenación sustancialmente diferente a la existente, o que por su entidad precisan llevar a cabo operaciones de equidistribución entre los afectados. Al concurrir estos supuestos, la modificación impone la calificación del suelo como no consolidado, y supone la creación de unidades de ejecución, gestión mediante actuaciones sistemáticas y, en consecuencia, cumplimiento de la obligatoria cesión del 10% de los aprovechamientos a favor del Ayuntamiento. Si a pesar de concurrir los presupuestos legales, se califican las modificaciones como no estructurantes y se realiza la actuación como asistemática en suelo urbano— es decir, no se sigue el procedimiento material establecido— el efecto provoca importantes plusvalías que no se trasladarán a la colectividad. También en este caso, el incumplimiento de fines que se deriva de la inaplicación de la norma evidencia una gestión ineficaz del urbanismo por la entidad auditada.

La comprobación de legalidad supone también el análisis de cumplimiento de la normativa de elaboración y tramitación de los **planes de desarrollo**, porque éstos participan del carácter esencial de planeamiento del Plan General Municipal. La necesaria coherencia de estos planes con el Plan General Municipal garantiza la eficacia de la función pública urbanística. El análisis específico de la documentación de cada plan de desarrollo debe realizarse teniendo siempre como referencia la relación jerárquica del planeamiento y su congruencia con los fines de la actuación urbanística; así, es importante, analizar el contenido de la memoria, contar con un adecuado plan económico-financiero y tener en cuenta el contenido del informe de sostenibilidad.

La transparencia tiene importancia en el planeamiento y puede afectar a derechos constitucio-

nalmente protegidos, desde la configuración del derecho de propiedad al derecho de participación ciudadana. Esta es la razón por la que debe cumplirse lo dispuesto en el artículo 11 del Texto Refundido de la Ley de Suelo, que en congruencia con el reconocimiento del derecho de participación ciudadana en la ordenación y gestión urbanística, determina la obligación de que todos los instrumentos de ordenación y ejecución urbanística deban ser sometidos al trámite de información pública en los términos y por el plazo que establezca la legislación en la materia, así como su necesaria publicación. La transparencia como principio rector de las relaciones entre la administración y los ciudadanos, exige algo más que la mera publicidad. La información debe contener documentación suficiente y adecuada para que el ciudadano pueda comprender los objetivos de la actuación y verificar el grado de consecución de los mismos. El acceso del ciudadano a la información relevante se garantiza mediante la determinación recogida en el artículo 11.3 del Texto Refundido de la Ley de Suelo, que obliga a que la documentación expuesta al público, como mínimo, incluya el denominado resumen ejecutivo, informador de los ámbitos a los que afecta la ordenación, con plano de situación del ámbito afectado y, en su caso, puntos en los que puede afectar suspendiendo su ejecución al planeamiento anterior a modificar o a derogar.

En sede de fiscalización de la **ejecución del urbanismo** toma relevancia la **forma de gestión** adoptada por la administración actuante. Las diversas formas de gestión (directa, por la propia entidad, o mediante organismo autónomo local, o entidad pública empresarial local o sociedad mercantil pública; o indirecta, en los supuestos en los que por la naturaleza de la actividad a realizar se a posible este sistema) son probables fórmulas organizativas de la gestión del urbanismo de la entidad local. En todo caso, del sistema organizativo depende una gestión más o menos eficiente y la valoración de riesgos en la actividad, así como un mayor o menor grado de control de la actividad por parte de los órganos municipales.

La valoración en términos de eficiencia y eficacia de la gestión directa depende de la dimensión cuantitativa y cualitativa de la actividad. Los municipios de gran población suelen hacer uso de organismos autónomos locales, como las gerencias urbanísticas. En municipios de mediana población, pero con gran movimiento urbanístico –como por ejemplo los municipios de la comarca de Pamplona– se está observando la tendencia a utilizar entes instrumentales de naturaleza societaria. A la sociedad municipal, como gestora de la actividad urbanística del ente local, se le ceden tanto bienes patrimoniales como bienes que forman parte del patrimonio municipal de suelo. Se le encomienda la gestión de las actuaciones urbanísticas, desde planeamiento de desarrollo a promoción y construcción de viviendas de protección pública, e incluso, urbanización y construcción de dotacionales. Frecuentemente la sociedad municipal carece de medios técnicos y personales propios para, por sí misma, realizar las actividades normalmente recogidas en su objeto social y encomendadas por la entidad local. Se produce entonces la externalización y contratación con terceros de la actividad, contratando asesoramientos o creando nuevas sociedades de carácter mixto. Esta forma de actuación, a su vez, excluye las actividades de la sociedad del conocimiento de órganos técnicos, jurídicos y económicos de la entidad local claves para el control interno, como la secretaría, la intervención y el área o servicio de urbanismo.

Estos modelos estimulan conductas de opacidad contractual, patrimonial y financiera que exigen un especial cuidado y atención en la adecuada valoración de la eficacia de las actuaciones en relación con la consecución de los fines propios de la función pública urbanística. Ciertas actuaciones de los entramados societarios así creados podrían justificarse en términos de mera eficiencia y economía, pero los parámetros de valoración de la actividad administrativa necesariamente son de eficacia en relación con la consecución de los fines propios del interés público al que se sirve.

Así por ejemplo, no hay que olvidar que los patrimonios públicos de suelo son instrumento que sirve a los objetivos de regular el mercado de los terrenos, obtener para la colectividad las plusvalías generadas por la acción urbanística y garantizar la oferta de suelo suficiente para viviendas de protección pública. La cesión a estas entidades por los ayuntamientos de bienes pertenecientes a estos patrimonios no modifica ni sus objetivos, ni sus normas de gestión, destino y control. Las operaciones (compraventas, permutas, arrendamientos, constitución de derechos reales, ...) que las entidades instrumentales realicen con tales bienes cedidos por el Ayuntamiento, deben atender a estas consideraciones. Así, como ejemplo, podemos citar la limitación en el precio de las transmisiones de los terrenos de Patrimonio Municipal de Suelo que estén destinados a la construcción de vivienda pública, que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 39. 2. del Texto Refundido de la Ley de Suelo, no pueden ser adjudicados, ni por la administración, ni por sus entes instrumentales, ni en la primera transmisión ni en las sucesivas –es decir, la que puedan hacer posteriormente los particulares– por “precio superior al valor máximo de repercusión del suelo sobre el tipo de vivienda en que se trate, conforme a su legislación reguladora. En el expediente administrativo y en el acto o contrato de enajenación se hará constar esta limitación” que, a su vez, de acuerdo con lo previsto en el apartado cuarto de este artículo debe constar en la inscripción de la finca en Registro de la Propiedad. Indudablemente la sociedad mercantil pública, guiada por fines diversos, podría obtener un precio mayor, lo que, en principio a la larga redundaría en un mayor beneficio económico municipal; sin embargo, el efecto sería un encarecimiento de suelo, evidentemente contrario a los fines propios de creación de los patrimonios públicos de suelo. En este caso, es obvia la no correspondencia entre gestión económicamente eficiente y gestión urbanísticamente eficiente. Siempre ha de tenerse en cuenta que las entidades instrumentales así creadas gestionan servicio público y, en conse-



cuencia, su valoración no puede hacerse desde parámetros mercantilistas, sino desde la consideración de servicio de la administración pública al interés general, es decir, a principios aplicables a la función pública.

En tema de gestión, también puede remarcarse la práctica relativamente frecuente, sobre todo en ayuntamientos de población pequeña o media, de acudir a la contratación externa de servicios o funciones que responden a necesidades permanentes de asesores técnicos y jurídicos en materia de urbanismo. Sin perjuicio de la autonomía en la autoorganización de las entidades locales, parece recomendable, en aras de una mayor adecuación a la legalidad, eficiencia y economía, valorar la necesidad de acomodar la plantilla orgánica de estas entidades a las necesidades de prestación de servicio continuado e indefinido. En estos casos, lo recomendable sería que la entidad creara puestos de trabajo de plantilla o, en su caso, pensara en fórmulas de cooperación con otras entidades locales en esta materia, creando mancomunidades o consorcios.

Determinada la estructura de organización del ente auditado, la comprobación de legalidad debe centrarse en el **control de la ejecución del planeamiento**. En este aspecto, también aparecen cuestio-

nes de interés en la valoración de la legalidad y la eficacia de las actuaciones.

El Texto Refundido de la Ley de Suelo denomina a esta fase “actuaciones de transformación urbanística” y especifica que dentro de las mismas se inscriben tanto las actuaciones de urbanización –que incluyen tanto las nuevas urbanizaciones como las de reforma o renovación en suelo urbanizado– como las actuaciones de dotación (art. 14. 1. del Texto Refundido). El análisis pasa por la comprobación de la adecuada tramitación de las actuaciones sistemáticas y asistemáticas, correcta aplicación de las modalidades de actuación conforme a lo determinado en el planeamiento y en las leyes, conformidad de las obras urbanizadoras realizadas con los instrumentos que las legitiman, actividad de control realizada por la entidad local del cumplimiento de los deberes y cargas, etc.

El artículo 16 del texto estatal determina cuáles son los deberes legales a cumplir en las promociones de transformación urbanística. Estos deberes se resumen básicamente en los siguientes: a) entrega de dotacionales y zonas de dominio público a la Administración competente (viales, espacios libres, zonas verdes y en general entrega de terrenos de uso dotacional público); b) entrega a la Administración competente (entidad local) de suelo libre de cargas

de urbanización correspondiente a patrimonio municipal de suelo (cesión obligatoria del 10%); c) entrega de sistemas generales, redes e infraestructuras destinadas a la prestación de servicios públicos; d) costear y, en su caso, ejecutar la completa urbanización de la actuación; e) asunción y equidistribución entre los propietarios de todos los gastos y costes de la transformación, incluidos los derivados de indemnizaciones o en algunos casos, actuaciones de desalojo y realojo. Todas estas actividades se realizarán de acuerdo a un procedimiento dependiendo del sistema de actuación pública o privada aplicable y se justificarán, instrumentarán y ejecutarán de acuerdo con los instrumentos técnicos de ejecución. La administración actuante en esta fase tiene competencias principalmente de control y supervisión y, en algunos casos –así claramente en caso de sistemas de ejecución pública mediante expropiación– de directa ejecutora de la actuación.

El control del adecuado cumplimiento de los deberes de la actuación transformadora es esencial para la legalidad y eficacia en el ejercicio de las competencias urbanísticas, pues, en esta fase se concretan y toman materialidad los principios constitucionales de derechos a las dotaciones y de recuperación de las plusvalías por la comunidad.

A estos efectos cobra interés el **Proyecto Técnico de Reparcelación**, que debe ser aprobado por el ayuntamiento y por ello debe ser especialmente analizado, dado que mediante el mismo se configurará la nueva realidad física y jurídica del suelo, realizándose la equidistribución de cargas entre los propietarios y especificando las entregas y cesiones a la administración, tanto de los terrenos que pasan a ser bienes de dominio público (viales, zonas verdes, dotacionales) como de los que se ceden en cumplimiento de la cesión del 10% (patrimonio municipal de suelo) lo que se hará con estricta observancia de los criterios determinados en la norma. Así por ejemplo, en Navarra la norma fija, entre otros, el criterio de evitar en lo posible adjudicaciones de parcelas en proindiviso.

Ya los romanos comprendieron los problemas que la propiedad en proindiviso solía comportar, entendiéndose que en todo lo que pudiera existir indivisión debía procurarse una sola titularidad. La misma máxima aplica la norma. Sin embargo, suelen verse reparcelaciones en las que, sin justificación alguna, se tiende a adjudicar en proindiviso. Los problemas suelen venir cuando en esos proindivisos aparecen juntos propietarios particulares, una o varias entidades locales por aportaciones de bienes patrimoniales propiedad de las mismas a la actuación, sociedades urbanísticas por aportaciones que derivan de terrenos o de permutas de terrenos cedidos por la entidad local a su sociedad, que no se sabe muy bien –o no se quiere saber– si en su origen eran patrimoniales o patrimonio municipal de suelo y para finalizar, precisamente en ese proindiviso, se adjudica a la entidad o entidades locales, en concepto de la cesión obligatoria del 10% de la actuación, una parte que corresponde, por lo tanto, a patrimonio municipal de suelo. El régimen jurídico aplicable a dicha única parcela deviene complicado y afecta de manera sustancial a la apariencia. La definición en el Proyecto de Reparcelación de estos tipos de proindivisos –la mayor parte injustificados– suele también utilizarse para, con posterioridad a la adjudicación, argumentar enajenaciones directas a favor de los copropietarios particulares, con las distorsiones jurídicas obvias si observamos que se trata de enajenaciones no justificadas acordes a un interés general y en las que se incluyen, sin diferenciación, bienes pertenecientes a patrimonio municipal de suelo, afectos por lo tanto los ingresos correspondientes a los mismos (no los otros patrimoniales) a los destinos propios de aquél.

En las enajenaciones de bienes inmuebles cobra importante relevancia la determinación del precio a satisfacer por la compraventa del terreno. Es preciso que en estos expedientes conste informe pericial de valoración, firmado por técnico municipal competente. Dicho informe deberá tener en cuenta la ya mencionada limitación en el caso de bienes pertenecientes a patrimonio municipal de suelo.

Dentro de estas cuestiones, también merece la pena detenerse en la **monetarización de la cesión de los aprovechamientos**. La mayor parte de las normas urbanísticas que de forma expresa admiten la monetarización de los aprovechamientos configuran esta operación como extraordinaria y exigen la valoración pericial. Tal configuración legal de excepcionalidad implica que, necesariamente, en el expediente se motive la razón o circunstancias especiales que justifiquen la conveniencia de la monetarización, lo que no queda cumplido con la usual inclusión del llamamiento al *interés general* normalmente utilizado y, sin mayor explicación, carente de valor.

Por su parte, se constata que es común en la práctica ver informes de valoración poco o nada fundados: es exigencia razonable que los informes den una información relevante para motivar o justificar el sentido de los actos o acuerdos tomados. La valoración es un acto técnico que se realizará de acuerdo con las normas de valoración recogidas en los artículos 21 a 28 del Texto Refundido de la Ley de Suelo. Sólo a la vista de un informe claro y razonado desde el punto de vista técnico puede existir juicio de adecuación a la legalidad. En este sentido, cabe recordar que es precisamente en cuestiones de valoración donde nace el riesgo de actuaciones urbanísticas contrarias al interés público, e incluso fraudulentas. En el caso de que el valor pericialmente determinado no sea correcto, si existe perjuicio para la administración, la actuación es susceptible de ser calificada como responsabilidad contable por alcance por dar lugar a un saldo deudor injustificado en una cuenta (art. 38 a 41 de la Ley Orgánica 2/1082 de 12 de mayo, de Tribunal de Cuentas). Las monetarizaciones de la cesión obligatoria del 10% del aprovechamiento no excluyen los ingresos derivados de la operación de su configuración como ingresos pertenecientes a patrimonio municipal de suelo, por lo que deberá constatarse el riguroso cumplimiento de las normas sobre afectación y destino aplicables a dichos patrimonios. Estas monetarizaciones pueden aparecer en la propia reparcelación, o en la mayor parte de los

casos, realizada la reparcelación, se instrumentan mediante **convenios urbanísticos**. Según las fiscalizaciones realizadas por la Cámara de Comptos de Navarra, la mayor parte de los convenios urbanísticos tienen como al menos una de sus estipulaciones, precisamente la monetarización de los aprovechamientos derivados de la cesión obligatoria.

El convenio urbanístico es manifestación de la colaboración y de la iniciativa privada en el ejercicio de las potestades urbanísticas. Existe una gran heterogeneidad en los contenidos de los posibles pactos que pueden incluirse en los convenios, que pueden actuar sobre el planeamiento y sobre el desarrollo, ejecución y gestión del urbanismo.

Las fiscalizaciones realizadas por la Cámara de Comptos de Navarra en esta materia han puesto de manifiesto que es bastante usual la calificación como convenio urbanístico de contratos que verdaderamente no lo son. Así por ejemplo, se observa su utilización para instrumentar operaciones de adquisición, enajenación o permutas de terrenos. En estos casos, se está utilizando el expediente del convenio para ocultar enajenaciones o adquisiciones directas, obviando todas las normas aplicables desde el derecho patrimonial público. Pese a la calificación como convenio urbanístico que puedan haberle dado las partes, deberá prestarse atención a si efectivamente concurren los requisitos sustanciales y formales para la enajenación o adquisición directa y, en su caso, comprobarse que se han realizado todos los trámites legalmente determinados para las enajenaciones o adquisiciones de bienes por las administraciones públicas, con las especialidades que en su caso puedan ser aplicables si se trata de enajenación de bienes pertenecientes a patrimonio público de suelo.

En el control externo de la actividad urbanística realizada mediante convenios es importante precisar el grado de cumplimiento formal y sustancial de los requisitos procedimentales. Aquí también la valoración de incumplimientos formales tiene consecuencias en la valoración de eficacia de la actua-

ción. Por ejemplo, los incumplimientos de publicidad, de llevanza de archivo y de llevanza de registro afectan claramente a la transparencia de la operación y, a su vez, conculcan el principio de participación en la potestad urbanística, obstaculizando y en su caso impidiendo la aplicación del sistema garantista que supone el reconocimiento de la acción pública urbanística. Los expedientes en los que se han obviado los informes jurídicos, técnicos y económicos pertinentes, o que no son intervenidos adecuadamente por el control interno, carecen de la información relevante para la emisión de una declaración de voluntad por la entidad fiscalizada, informada y motivada. La experiencia fiscalizadora en este sentido nos presenta convenios en los que se asumen obligaciones de difícil o imposible cumplimiento, o claramente contrarias, a la postre, al interés público que debiera haber prevalecido en su asunción. Incluso, en algunos casos, existen cláusulas claramente nulas, por ser contrarios al ordenamiento, como es el caso de convenios urbanísticos en los que se adjudican obras eludiendo la normativa sobre contratación pública aplicable. El control de la regularidad legal en los convenios urbanísticos debe abordarse tanto en su aspecto formal como sustancial, teniendo en cuenta que los límites materiales de esta actividad –el interés público, en el ordenamiento jurídico y los principios de buena administración– vienen de la mano de una adecuada tramitación y ejecución de lo convenido conforme a esenciales normas de formación de la voluntad administrativa y transparencia en la actuación frente a los ciudadanos.

Especial interés en relación con los fines de la actividad urbanizadora y con el cumplimiento de los deberes de la actividad transformadora tiene un correcto funcionamiento de los resortes legales establecidos para el control de legalidad de la gestión de los patrimonios municipales de suelo. Ya se ha comentado cómo mediante inadecuadas prácticas de injustificados indivisos, cesión, permuta, monetarización, o incluso compraventas no respetuosas con el procedimiento y con las limitaciones propias de

estos patrimonios, se pueden operar vaciamientos del patrimonio municipal de suelo y disfunciones en el cumplimiento de sus fines propios. La adecuada gestión, inventario, registro y control por parte de la entidad local de estos patrimonios es pues esencial al cumplimiento de los fines propios de la función pública asignada. Las áreas de revisión claves pasan por la determinación del modo de gestión de dichos patrimonios; la adecuada implantación de los instrumentos legales de control –inventario de bienes e ingresos pertenecientes al Patrimonio, Registro del Patrimonio Municipal de Suelo, inscripción en el Registro de la Propiedad de su cualidad de tal junto con las limitaciones propias de su naturaleza que tienen acceso a este Registro (art. 39. 4 Texto Refundido de la Ley de Suelo) y control por la entidad local y seguimiento de las operaciones jurídicas (tales como transmisión o gravamen) que puedan afectarles, etc.

Dentro del análisis de las políticas urbanísticas de intervención en mercado de suelo, deben tenerse en cuenta otras técnicas legales que atienden a la misma finalidad, como son el **derecho de tanteo** y **retracto** y la constitución de **derechos de superficie** con destino a la construcción de viviendas en régimen de protección pública u otros usos de interés social.

Por último, es esencial la revisión de la actuación de la entidad fiscalizadora con referencia al último estadio de la actuación de ordenación de los usos del suelo: supone esto una fiscalización tanto de la **intervención administrativa en la edificación y uso del suelo** (licencias, órdenes de ejecución, declaración de ruina,...) como el control de la adecuada actuación de **protección y restauración de la legalidad** (actividad de inspección) y en su caso **disciplinaria**. La dejación o inadecuada realización de estas actividades es también fuente generalizada de la denominada corrupción urbanística.

Ciertamente este área se presenta como de más fácil fiscalización y detección de irregularidades, ya que la ilegalidad de las licencias o de las edificaciones suele ser bastante evidente. La adecuación al

procedimiento de las actuaciones realizadas a este respecto se vuelve a plantear de nuevo como esencial al control de la actividad. Así por ejemplo, en tema de autorizaciones o licencias urbanísticas el informe jurídico –preceptivo, por ejemplo, en la legislación navarra– sobre la conformidad de la licencia solicitada a la legalidad urbanística, garantiza la adecuada correlación entre planeamiento y ejecución; este informe debe ser emitido por el secretario, o por los servicios jurídicos de la entidad, no siendo posible su sustitución por informe técnico, ni siquiera si se trata de arquitecto del propio ayuntamiento. El control de corrección de lo ejecutado con respecto a lo autorizado, y los procedimientos de protección de la legalidad urbanística y de sanción, cierran la completa comprensión desde el inicio a fin del contenido de la potestad urbanística.

Concluyendo, desde la comprobación de legalidad, podemos formarnos juicio sobre la eficiencia y

eficacia de las políticas públicas relativas a la ordenación, ocupación transformación y uso del suelo; basta con guiar nuestra actividad hacia la motivación y consecución de los fines de interés general de la propia función urbanística. Dicho en otros términos: al abordar la fiscalización del urbanismo debemos preestablecer los parámetros adecuados para medir la eficacia y eficiencia de estas políticas. Con arreglo a dichos parámetros, deberemos enjuiciar las evidencias en cuanto al cumplimiento o incumplimiento de las normas aplicables y, en su caso, valorar los efectos perversos de la falta de cumplimiento identificando las áreas en las que el cumplimiento no garantiza la obtención del interés general al que sirve la función pública urbanística. Las valoraciones y recomendaciones serán así instrumentos de futuro adecuadamente orientadas a la satisfacción, no sólo de control de legal gestión, sino también de adecuación de la norma a las necesidades planteadas a los objetivos propios de la actividad auditada.

BIBLIOGRAFÍA:

A.A.V.V. / Rogel Vide, C. /Bassols Coma, M (Dirs.), *El Derecho urbanístico del siglo XXI. Libro homenaje al Profesor Martín Bassols Coma*, Madrid, 2008.

Cabeza del Salvador, I, “Reflexiones sobre la crisis económica y el papel de la auditoría pública”, *Auditoría Pública*, nº 45 (2009), p.p 27-45.

Núñez Pérez, M., “Transparencia e instituciones de control”, *Auditoría Pública*, nº49 (2009), p.p 7-20.

Parejo Alonso, L.J./ Roger Fernández, G., *Comentarios a la Ley de Suelo*, Madrid, 2007.

Sánchez Lerma G.A./ Cabeza del Salvador, I. “Fiscalización externa de los convenios urbanísticos de las administraciones públicas con particulares”, *Revista Española de Control Externo*, nº 27, (2007), p.p 89-140.

Cámara de Comptos de Navarra, *Informe de fiscalización sobre convenios urbanísticos entre particulares y los Ayuntamiento de la Comarca de Pamplona*, (16 de octubre de 2009).

Cámara de Cuentas de Andalucía, *Fiscalización de determinados convenios urbanísticos de la gerencia del Ayuntamiento de Sevilla*, (16 de octubre de 2009).

Tribunal de Cuentas, *Informe de fiscalización de la gestión y control de los recursos integrantes del patrimonio municipal del suelo*,(Sl 07/2004).

Tribunal de Cuentas, *Informe de fiscalización del Ayuntamiento de Marbella (Málaga) y Sociedades Mercantiles participadas (1 de enero de 2002 a 21 de abril de 2006*, nº 803 (2008).