



El Derecho administrativo y la prevención de la corrupción urbanística

Oscar Capdeferro Villagrasa

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.

UNIVERSIDAD DE BARCELONA
Departamento de Derecho Administrativo y Derecho Procesal

Programa de Doctorado: Derecho y Ciencia Política
Línea de Investigación: Derecho Administrativo

**EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA PREVENCIÓN DE LA
CORRUPCIÓN URBANÍSTICA**

Tesis doctoral para optar al título de doctor por la Universidad de Barcelona

Doctorando: Oscar Capdeferro Villagrasa
Director de la tesis: Dr. Juli Ponce Solé
Codirector y tutor de la tesis: Dr. José Esteve Pardo

Barcelona 2015

ABSTRACT

Public corruption in Spain has tended to be concentrated largely in the urban development during the last decades. Corruption means a frontal opposition to the constitutional configuration of public administration, and implies a significant economic and social cost. Regarding the specific consequences of corruption in land use, this phenomenon has occasionally contributed to promote illegalities in the exercise of land use powers leading to an «unsustainable development model» which has ended up spoiling areas of great environmental value, especially in coastal municipalities.

According to the main bibliographical and jurisprudential material available: A) Public corruption in general, and corruption in the urban development in particular, is, although widespread, a relatively infrequent phenomenon. Apart from exceptional cases, it is not part of the normal functioning of public administrations; B) Public corruption in general is, essentially, the corruption of politicians, much more than the corruption of professional civil servants; C) The weakness of Spanish institutions to combat corruption lies not in the lack of formal legal instruments, but in their effectiveness in practice; D) Urban corruption is caused in any case by the concurrence of great benefits to developable land owners, ineffective control mechanisms and a sanctioning system insufficiently dissuasive, accompanied by a lack of adequacy between the individual behavior of public officers or civil servants and public ethics. Occasionally, some additional causes are added, as the regulatory complexity in the land use field; E) The land use areas with the greatest risks of corruption are urban planning, the granting of building permits and the exercise of urban development discipline.

The judges have already taken firm steps in the fight against corruption, through innovative and appropriate case law interpretations. However, there is still a field to explore with a huge potential: the prevention of the phenomenon. Administrative law and public administration personnel are called to develop a fundamental role. On the basis of the characteristics of land use corruption, we propose the following lines of prevention: A) The continuous corruption risks assessment and management, especially in the areas that are subjected to greater risk of corruption; B) Strengthening the role of officials with national qualification in the areas that are subjected to greater risk of corruption, and strengthening its impartiality; C) Promoting the use of precautionary measures in court and D) The ethics training based on codes of conduct that should cover how to deal with situations that can attend any risk of corruption, and endowing an entity with material and personal means enough to be able to provide training sessions on ethical issues related to the provision of urban services.

RESUMEN

La corrupción pública en España ha tendido a concentrarse, en buena medida, en el sector urbanístico durante las últimas décadas. La corrupción supone una frontal oposición a la configuración constitucional de la Administración pública, e implica un significativo coste económico y social. Por cuanto respecta a las consecuencias en el urbanismo, este fenómeno ha contribuido a que, en ocasiones, la administración actúe de forma manifiestamente ilegal en el ejercicio de la función urbanística, instaurando un «modelo de desarrollo insostenible» que ha terminado por dañar muy seriamente espacios de gran valor medioambiental, sobre todo en los municipios del litoral.

De acuerdo con el principal material bibliográfico y jurisprudencial disponible: A) La corrupción pública en general, y la urbanística en particular, es, aunque extendido, un fenómeno relativamente poco frecuente y que salvo en casos muy excepcionales no forma parte del funcionamiento habitual de los poderes públicos; B) La corrupción pública en general es, esencialmente, la corrupción de los políticos, mucho más que la corrupción de los empleados públicos profesionales; C) La debilidad de las instituciones españolas para combatir la corrupción no radica en la falta de instrumentos jurídico-formales, sino en la efectividad de los mismos en la práctica; D) La corrupción urbanística está causada, en todo caso, por la concurrencia de grandes beneficios apropiables por parte de los particulares, un sistema de controles ineficaz y unas sanciones insuficientes, acompañado de una falta de adecuación del comportamiento individual de los cargos y empleados públicos a la ética pública. En ocasiones, algunas causas adicionales se añaden, como la complejidad normativa propia del sector urbanístico; E) Los ámbitos de la actividad pública urbanística donde hasta el momento han concurrido los mayores riesgos de corrupción son la planificación, el otorgamiento de licencias y el ejercicio de la disciplina urbanística.

Los jueces ya han dado firmes pasos al frente en la lucha contra la corrupción, mediante novedosas y convenientes interpretaciones jurisprudenciales. Sin embargo, queda todavía un camino que recorrer con un enorme potencial: el de la prevención del fenómeno, y en él, el Derecho administrativo y el personal de las administraciones públicas están llamados a desarrollar un papel fundamental. En base a las características de la corrupción urbanística, proponemos las siguientes líneas de prevención: A) La identificación y gestión continuas de los riesgos de corrupción, especialmente en las áreas sometidas a mayores riesgos; B) El refuerzo de la intervención de los funcionarios con habilitación de carácter nacional en las áreas sometidas a mayores riesgos de corrupción, y el refuerzo de su imparcialidad; C) El impulso de las medidas cautelares en sede judicial; D) La formación ética basada en códigos de conducta que contemplen específicamente cómo afrontar las situaciones en que pueda concurrir algún riesgo de corrupción, y se dote a un ente con medios materiales y personales suficientes como para poder impartir sesiones formativas en cuestiones éticas relacionadas con la prestación de servicios urbanísticos.

ÍNDICE

ABREVIATURAS Y SIGLAS	p. 13
INTRODUCCIÓN: OBJETO, ESTADO DE LA CUESTIÓN, METODOLOGÍA Y ESTRUCTURA	p. 15
CAPÍTULO I. LA CORRUPCIÓN PÚBLICA Y LA CORRUPCIÓN URBANÍSTICA:	
ASPECTOS GENERALES	p. 29
1.- EL CONCEPTO DE CORRUPCIÓN	p. 31
1.1.- La corrupción como concepto jurídico	p. 33
1.2.- Las distintas aproximaciones terminológicas del Derecho	p. 35
1.3.- La concreción al ámbito jurídico-administrativo de la corrupción: el objeto de la tesis	p. 36
1.3.1.- <i>El concepto: el elemento subjetivo</i>	p. 38
1.3.2.- <i>El concepto: el elemento objetivo</i>	p. 45
1.3.3.- <i>La corrupción y su relación con otros conceptos jurídico-administrativos</i>	p. 52
1.4.- En particular, el concepto de corrupción urbanística	p. 56
2.- LA ENTIDAD DEL FENÓMENO EN ESPAÑA. LA CORRUPCIÓN URBANÍSTICA COMO PARTE SUSTANCIAL DE LA CORRUPCIÓN PÚBLICA: DATOS Y PERFIL	p. 63
2.1.- Gravedad y extensión de la corrupción	p. 64
2.2.- Los principales sujetos corruptos y su ámbito territorial	p. 75
2.3.- Los principales sectores de la actividad administrativa donde radica la corrupción	p. 76
2.4.- La corrupción española en el contexto europeo, con especial atención al ámbito urbanístico	p. 79
2.5.- La corrupción en el urbanismo español contemporáneo: génesis, mutación y nuevos ámbitos de riesgo	p. 83
2.5.1.- <i>La reciente notoriedad de la corrupción urbanística española</i>	p. 83
2.5.2.- <i>La corrupción en el urbanismo español desde 1956</i>	p. 87
2.5.3.- <i>Las principales manifestaciones de corrupción en el urbanismo. Ámbitos de riesgo</i>	p. 93
CAPÍTULO II. LAS CAUSAS Y CONSECUENCIAS DE LA CORRUPCIÓN URBANÍSTICA	p.101
1.- CAUSAS DE LA CORRUPCIÓN URBANÍSTICA	p. 103
1.1.- Las distintas causas de la corrupción urbanística: factores	

generales y contingentes	p. 104
1.2.- Las causas generales de la corrupción urbanística	p. 105
1.2.1.- <i>El beneficio económico</i>	p. 108
1.2.1.1.- <i>El boom inmobiliario y los incentivos de la corrupción: el auge de la corrupción urbanística</i>	p. 116
1.2.1.2.- <i>El ocaso del sector inmobiliario español y la reducción de la corrupción urbanística</i>	p. 124
1.2.2.- <i>El deficiente control y la impunidad</i>	p. 126
1.2.2.1. <i>Los controles administrativos y los controles externos especializados no judiciales</i>	p. 131
A) <i>Los controles interadministrativos</i>	p. 132
B) <i>Los funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional</i>	p. 142
C) <i>Organismos especializados</i>	p. 150
D) <i>El Tribunal de Cuentas</i>	p. 154
E) <i>El Defensor del Pueblo</i>	p. 157
F) <i>La huida del Derecho administrativo</i>	p. 158
G) <i>La inactividad administrativa</i>	p. 160
1.2.2.2. <i>El principal control externo sobre la Administración: el control judicial</i>	p. 162
A) <i>El control judicial y las licencias urbanísticas ilegales: inejecución de sentencias, impunidad y corrupción</i>	p. 163
B) <i>El control judicial de la planificación urbanística: la discrecionalidad administrativa como medio para encubrir intereses corruptos</i>	p. 173
C) <i>El control penal</i>	p. 179
D) <i>Control judicial e impunidad: algunos avances relevantes</i>	p. 181
1.2.3.- <i>La falta de ética pública o integridad</i>	p. 183
1.3.- Algunas causas contingentes de la corrupción urbanística	p. 189
1.4.- Conclusión y síntesis: la fórmula de la corrupción	p. 195
2.- CONSECUENCIAS DE LA CORRUPCIÓN URBANÍSTICA	p. 197
2.1.- Consecuencias generales de la corrupción	p. 197
2.2.- En particular, las consecuencias de la corrupción urbanística en España	p. 199
2.2.1.- <i>Consecuencias jurídicas: la vulneración de derechos</i>	

<i>y principios contenidos en la Constitución y en las leyes, con especial consideración del principio de incorruptibilidad</i>	p. 199
2.2.2.- <i>Consecuencias de distinta naturaleza: los costes económicos y sociales de la corrupción</i>	p. 205
2.2.3.- <i>Especialmente, las consecuencias urbanísticas de la corrupción en el urbanismo en un contexto de boom inmobiliario</i>	p. 207
CAPÍTULO III. EL DERECHO EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN	p. 211
1.- EL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL ANTICORRUPCIÓN: LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y REGIONALES EN MATERIA DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN	p. 212
1.1.- La Organización de las Naciones Unidas (ONU)	p. 213
1.1.1.- <i>La Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción (CNUCC): estructura y contenido</i>	p. 214
1.1.2.- <i>El mecanismo de examen de la aplicación de la CNUCC</i>	p. 219
1.2.- La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos	p. 221
1.3.- El Consejo de Europa	p. 224
1.3.1.- <i>El Convenio penal sobre la corrupción (número 173 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999 y su protocolo adicional</i>	p. 224
1.3.2.- <i>El Convenio civil sobre la corrupción (número 174 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 4 de noviembre de 1999</i>	p. 226
1.3.3.- <i>El Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO)</i>	p. 226
1.4.- La Unión Europea	p. 235
1.4.1.- <i>El Informe de lucha contra la corrupción de la UE (EU Anti-corruption report)</i>	p. 238
1.4.2.- <i>La participación de la UE en instrumentos e iniciativas internacionales contra la corrupción</i>	p. 240
2.- LA TIPOLOGÍA DE MEDIDAS EMPLEADAS EN CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN JURÍDICA DE LUCHAR CONTRA LA CORRUPCIÓN	p. 242
2.1.- El ordenamiento jurídico y la obligación para los estados de actuar ante la corrupción: en particular, el Estado español	p. 243
2.2.- Los tipos de medidas contra la corrupción: medidas preventivas para reducir los riesgos de corrupción y medidas represivas para sancionar las conductas corruptas	p. 245
2.3.- El papel predominante del Derecho penal en la sanción de la Corrupción	p. 248

2.4.- La preferencia por la prevención y el papel predominante del Derecho administrativo en la función preventiva	p. 250
3.- EL MARCO JURÍDICO ANTICORRUPCIÓN EN ESPAÑA	p. 252
3.1.- La lucha contra la corrupción, el descrédito del Derecho administrativo y la expansión del Derecho penal	p. 255
3.2.- Los escándalos de corrupción y su vinculación con reformas del ordenamiento jurídico-administrativo	p. 258
3.3.- En especial, las medidas adoptadas contra la corrupción urbanística: la Ley de suelo de 2007 y la legislación autonómica	p. 263
4.- EL DESCENSO COYUNTURAL DE CASOS DE CORRUPCIÓN URBANÍSTICA Y LA INCIERTA EFECTIVIDAD DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS	p. 272
5.- EL CAMINO POR RECORRER: LOS RETOS REGULATORIOS PENDIENTES	p. 275
CAPÍTULO IV. PROPUESTAS PARA PREVENIR LA CORRUPCIÓN URBANÍSTICA	p. 277
1.- INTRODUCCIÓN. LIMITACIONES DE LAS PROPUESTAS: EL PROBLEMA METODOLÓGICO Y LA FALTA DE ANÁLISIS ADECUADOS Y OFICIALES, SEGÚN RECOMENDACIONES INTERNACIONALES (BASADO EN CAUSAS APRECIADAS Y EN ÁMBITOS DE RIESGO IDENTIFICADOS)	p. 279
2.- ALGUNAS PROPUESTAS DE MAYOR ALCANCE QUE PODRÍAN TENER UN EFECTO POSITIVO EN LA REDUCCIÓN DE LA CORRUPCIÓN URBANÍSTICA: LA DESVINCULACIÓN DEL BENEFICIO ECONÓMICO DE PROPIETARIOS Y DE LA ADMINISTRACIÓN Y LA NECESARIA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA PARA LA URBANIZACIÓN DEL SUELO, Y LA REDISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS COMO MEDIDAS ANTICORRUPCIÓN	p. 283
3.- NUESTRAS PROPUESTAS	p. 288
3.1.- La evaluación de riesgos de corrupción y su necesaria aplicación al ámbito urbanístico	p. 288
3.1.1.- <i>Evaluación general e identificación de los principales riesgos de corrupción en las Administraciones públicas</i>	p. 289
3.1.2.- <i>La evaluación de riesgos particularizada</i>	p. 293
3.1.3.- <i>La forma de llevar a cabo las medidas de evaluación de riesgos de corrupción propuestas</i>	p. 298
3.2.- El reforzamiento de los controles de legalidad en el ámbito local y el papel central del Secretario	p. 306
3.2.1.- <i>Los controles de legalidad preceptivos en los ámbitos sometidos a elevados riesgos de corrupción: su ampliación y refuerzo</i>	p. 307
3.2.2.- <i>El refuerzo del control de legalidad ejercido por las comunidades autónomas</i>	p. 311
3.2.3.- <i>El control político: reforzar el control ejerci-</i>	

<i>do por el Pleno</i>	p. 313
3.2.4.- <i>El control social: reforzar la transparencia</i>	p. 314
3.2.5.- <i>El control del privado que formula un plan urbanístico o participa en un convenio urbanístico</i>	p. 316
3.3.- La regulación de las medidas cautelares ante la impugnación de un acto administrativo sujeto a riesgo de corrupción	p. 321
3.3.1.- <i>Algunas soluciones posibles frente a las deficiencias detectadas</i>	p. 324
3.3.2.- <i>Nuestra propuesta para el impulso de las medidas cautelares ante casos de corrupción</i>	p. 328
3.3.3.- <i>Efectos y justificación de la reforma propuesta</i>	p. 333
3.3.4.- <i>Medidas cautelares y cuestiones prejudiciales: el papel de las jurisdicciones contencioso-administrativa y penal, y sus relaciones</i>	p. 337
3.4.- La promoción de los instrumentos necesarios para incrementar el acatamiento de las reglas de la ética pública y de la estricta legalidad en el ejercicio de funciones urbanísticas: los códigos éticos y de conducta urbanísticos, la formación ética, las consultas y las cartas de servicio urbanístico	p. 341
3.4.1.- <i>Un código ético y de conducta urbanístico</i>	p. 346
3.4.2.- <i>La formación ética de los empleados y cargos públicos que ejercen funciones urbanísticas</i>	p. 355
3.4.3.- <i>Las consultas urbanísticas</i>	p. 358
3.4.4.- <i>Las cartas de servicios urbanísticos</i>	p. 360
4.- REFLEXIONES FINALES SOBRE LAS MEDIDAS PROPUESTAS A LA LUZ DE LA REALIDAD DEL URBANISMO ESPAÑOL Y DE LAS DOS PRINCIPALES (Y ENFRENTADAS) CONCEPCIONES TEÓRICAS QUE FUNDAMENTAN MECANISMOS PARA LUCHAR CONTRA LA CORRUPCIÓN. LA LIMITADA, PERO NECESARIA, COLABORACIÓN DEL DERECHO EN LA PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN EN EL URBANISMO	p. 363
CONCLUSIONES PARA UNA POLÍTICA ANTICORRUPCIÓN EN EL URBANISMO	p. 371
CONCLUSIONS FOR AN ANTI-CORRUPTION POLICY IN URBAN DEVELOPMENT	p. 395
BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTOS CITADOS	p. 415
ANEXO- JURISPRUDENCIA UTILIZADA	p. 441

Abreviaturas y siglas

A	Auto [puede incluirse precediendo alguna de las abreviaturas referidas a tribunales de justicia. Ej. ATS equivaldría a Auto del Tribunal Supremo]
A.C.	Antes de Cristo
AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
Ap./aps.	Apartado/apartados
APLU	Agencia de Protección de la Legalidad Urbanística
APMUN	Agencia de Protección del Medio Urbano y Natural
Art./arts.	Artículo/artículos
BOE	Boletín Oficial del Estado
Cap.	Capítulo
Cdo.	Considerando
CE	Constitución Española de 1978
Cfr.	Cónfer
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
Cit.	Citada [obra citada]
C.I.V.I.T.	Commissione per la Valutazione, la Trasparenza e l'Integrità delle amministrazioni pubbliche
CNC	Comisión Nacional de la Competencia
CNUCC	Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, de 31 de octubre de 2003
COSITAL	Consejo General de Colegios Oficiales de Secretarios/as, Interventores/as y Tesoreros/as de Administración Local
Coord./cords.	Coordinador/coordinadores
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
D./D ^a .	Don/doña
DA	Disposición Adicional
DF	Disposición Final
Dir./dirs.	Director/directores
DT	Disposición Transitoria
EBEP	Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público
Ed./eds.	Editor/editores
Ej./p. ej.	Ejemplo/ por ejemplo
F	Fundamento
Fasc.	Fascículo
FD	Fundamento de Derecho
FJ	Fundamento Jurídico
GRECO	Grupo de Estados contra la Corrupción
Ibíd.	Ibidem
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LECrím	Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa
LOFAGE	Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la

	Administración General del Estado.
	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LRJPAC	Ley de 12 de mayo de 1956 sobre régimen del suelo y ordenación urbana
LS	Número
Núm.	Número
OAC	Oficina Antifraude de Cataluña
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
ONG	Organización no gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
P./pp.	Página/páginas
Párr./párrs.	Párrafo/párrafos
PIB	Producto Interior Bruto
Rec.	Recurso
S	Sentencia [puede incluirse precediendo alguna de las abreviaturas referidas a tribunales de justicia. Ej. STS equivaldría a Sentencia del Tribunal Supremo]
Secc.	Sección
	Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e
SEPBLAC	Infracciones Monetarias
Ss.	Siguientes
TC	Tribunal Constitucional
Tít.	Título
	Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de
TRLOTYEN	Espacios Naturales de Canarias
	Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Texto
TRLUC	refundido de la Ley de urbanismo [de Cataluña]
	Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el
TRLS	texto refundido de la Ley de suelo
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea
	Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito, por sus siglas en
UNODC	inglés (United Nations Office on Drugs and Crime)
Vid.	Véase
Vol.	Volumen
VVAA	Varios autores
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung

INTRODUCCIÓN: OBJETO, ESTADO DE LA CUESTIÓN,
METODOLOGÍA Y ESTRUCTURA DE LA TESIS

OBJETO

Esta tesis doctoral se centra en el estudio de la corrupción desde la óptica del Derecho administrativo y toma como referencia sectorial el ámbito del urbanismo.

Con el objeto de obtener unas conclusiones que contribuyan a mejorar la política anticorrupción, se analizan las principales causas de la corrupción urbanística y la efectividad y margen de mejora de los principales instrumentos preventivos de la corrupción incorporados en el marco jurídico administrativo vigente, identificando las vulnerabilidades que abren huecos a prácticas corruptas, ante lo que se proponen, finalmente, mejoras para reforzar la prevención de la corrupción desde el Derecho administrativo.

Puesto que, en los últimos años, el sector jurídico-administrativo que más parece haber sufrido la corrupción es el urbanístico, se toman casos de ese ámbito para ilustrar las argumentaciones y afirmaciones vertidas a lo largo de la tesis, y se limita así también el objeto material de estudio. Algunas afirmaciones son válidas para cualquier forma y ámbito en que se dé la corrupción, mientras que otras referencias son específicas de este sector.

El objeto de esta tesis se limita a la dimensión pública de la corrupción, y se excluyen todos aquellos supuestos de corrupción privada, exclusiva entre particulares. Subjetivamente, la tesis se centra en el fenómeno de la corrupción política y administrativa en el poder ejecutivo, entendida como aquella corrupción que afecta a los miembros de los gobiernos y altos cargos de las Administraciones, a los empleados públicos al servicio de las Administraciones, tengan la condición de funcionarios públicos o de personal laboral, y a aquellos particulares que ejercen funciones públicas encomendadas a la Administración. Este subtipo de corrupción pública excluye, por tanto, la de los poderes judicial y legislativo; jueces, magistrados y parlamentarios quedarán fuera del objeto de la tesis.

En cuanto a los sujetos considerados, se trata tanto la posición del servidor público como la del particular que puede ser, en determinados casos, partícipe en la corrupción pública, sea como incitador o corruptor de empleados públicos o bien como víctima de las pretensiones corruptas del servidor público. No obstante, el tratamiento es desigual en la medida en que a lo largo del estudio se presta mucha más atención a cómo puede la Administración prevenir la realización de actuaciones corruptas de los cargos y del personal a su servicio, lo que no es de extrañar si partimos de la concepción que la capacidad que tiene el Derecho administrativo para incidir en este ámbito se concentra

en el establecimiento de medidas organizativas de control y diseño de procedimientos con garantías de transparencia, participación e imparcialidad, que claramente se refieren a cómo puede el Derecho administrativo prevenir que los servidores públicos impongan la corrupción o se dejen llevar por ella. Sin embargo, como demuestran otras legislaciones sectoriales, como la contractual¹, o transversales, como la de transparencia², en ocasiones puede ser relevante tener en consideración al privado que se relaciona con la Administración, por lo que, efectivamente, la posición del particular será tenida en consideración en el momento de aportar propuestas de lucha contra este fenómeno.

ESTADO DE LA CUESTIÓN

No nos extenderemos en este punto en detalles sobre las graves consecuencias de la corrupción, sea en su vertiente de daños económicos, sea en la de lesión de valores constitucional o legalmente garantizados, ya que a ello dedicaremos por entero un apartado del Capítulo I de esta tesis. No obstante, como primera aproximación a la entidad que pueda tener en el Estado español el fenómeno de la corrupción, nos parece oportuno avanzar algunos datos y una observación que conducen a pensar que no estamos, en absoluto, ante un problema irrelevante:

- Según se ha informado en prensa³, el profesor de economía austríaco Friedrich SCHNEIDER (Universidad Johannes Kepler) estimó que la corrupción en España era del 1% del PIB, lo que equivaldría aproximadamente a cerca de 10.500 millones de euros anuales, que se estarían perdiendo en forma de malversaciones o ingresos dejados de percibir. Esta estimación entraría dentro de lo previsto por el Banco Mundial, que estimó que el coste de la corrupción oscila entre el 0.5% y el 2% en los países de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), España entre ellos.
- Según informó el Presidente del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), en abril de 2013 los tribunales españoles estaban instruyendo un total de 2.173 procedimientos considerados de especial complejidad, de los cuales 1.661 correspondían a causas entre las que figuraban tipos delictivos que castigan la corrupción pública:

«1.661 corresponden a causas que afectan a los siguientes tipos penales: receptación y blanqueo de capitales, delitos contra el patrimonio histórico, los recursos naturales y el medio ambiente, **falsedades documentales**, prevaricación de funcionarios públicos, infidelidad en la custodia de documentos y revelación de secretos, **cohecho**, **tráfico de**

¹ Vid. art. 60 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, referido a las prohibiciones de contratar con el sector público.

² Vid. art. 55.2 Ley catalana 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, referido a la extensión de los principios éticos y las reglas de conducta a contratistas y a beneficiarios de ayudas y subvenciones.

³ GARCÍA VEGA, Miguel Ángel, “El alto coste del lado oscuro”, *El País*, 11 de agosto de 2013.

influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales, **negociaciones prohibidas a los funcionarios** y delitos de corrupción en las transacciones internacionales [hemos destacado en negrita los tipos más estrechamente relacionados con la corrupción pública]»⁴.

- La corrupción pública supone una actuación de personal al servicio de la Administración que aprovecha su posición para actuar en beneficio propio. Sin necesidad de ahondar más en estos momentos, esta simple conceptualización de corrupción pública ya nos permite apreciar cómo la corrupción desnaturaliza totalmente la Administración tal y como viene garantizada por la Constitución Española en su art. 103.1, regida por el principio de objetividad y encaminada a la consecución de los intereses generales, y por tanto, totalmente contrapuesta a la subjetividad encaminada a la obtención de beneficios privados del agente público que se da en los casos de corrupción.

No obstante, y a pesar de la relevancia que tiene el fenómeno, la doctrina administrativista se ha prodigado poco en la materia. En el año 1991, Alfonso SABÁN GODOY, magistrado de la jurisdicción contencioso-administrativa, ya hizo notar en su pionero análisis jurídico de la corrupción la falta de estudios científicos al respecto⁵. Unos años más tarde, en 1997, Alejandro NIETO volvía a insistir en que «la vertiente analítica apenas se ha estado cultivando»⁶ tras la monografía de SABÁN GODOY. Casi diez años más tarde, Ricardo RIVERO ORTEGA apuntó que los estudios administrativistas en profundidad sobre corrupción eran muy pocos «en comparación con su importancia»⁷, e incluso las publicaciones más recientes de nuestra doctrina en la materia siguen mostrando su sorpresa ante la ausencia de un cuerpo bibliográfico suficiente⁸.

Ciertamente no se encuentra en la doctrina un análisis sistemático del régimen jurídico-administrativo de la anticorrupción en España, si bien hay muy notables contribuciones de eminentes administrativistas que abordan la corrupción desde algún ámbito sectorial⁹

⁴ CGPJ, *El CGPJ informa*, 25 de abril de 2013. Accesible en <http://www.poderjudicial.es>.

⁵ «Resulta difícil encontrar estudios o incluso opiniones que desde un punto de vista científico, y por ello distante, analicen específicamente, ya sea desde la óptica de la sociología, de la psicología social, de la ciencia política o, atendiendo más a los aspectos formales, desde la perspectiva jurídica, el significado y alcance del fenómeno de la corrupción», SABÁN GODOY, Alfonso, *El marco jurídico de la corrupción*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 13-14.

⁶ NIETO, Alejandro, *La corrupción en la España democrática*, Ariel, Barcelona, 1997, p.13.

⁷ RIVERO ORTEGA, Ricardo, “Derecho administrativo, reformas de segunda generación, desarrollo y control de la corrupción: proyecciones sobre el caso colombiano”, *Ensayos del CLAD sobre reforma del estado y modernización de la Administración pública*, Caracas, 2004-2005, p.1. Consultable en <http://www.clad.org>.

⁸ Vid. PONCE SOLÉ, Juli, “La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local (con referencias al Proyecto de Ley de transparencia, de acceso a la información pública y buen gobierno). Reflexiones a raíz del actual proceso de reforma”, *Anuario del gobierno local 2012*, Madrid, 2013, p. 95.

⁹ Por descontado, los dos ámbitos donde mayor concentración de corrupción ha habido (el urbanismo y la contratación pública) son también los que cuentan con las principales aportaciones de nuestra doctrina. Por citar solo algunas de las principales: ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz, “La corrupción mal endémico del

o bien que, sin hacer necesariamente una mención explícita a la corrupción, se encargan del estudio de instituciones jurídico-administrativas que operan también, y en esencia, como mecanismos preventivos de la corrupción¹⁰, con lo que podemos afirmar que el descuido doctrinal no es absoluto sino relativo, parcial.

Creemos que parte de esta desatención se debe en gran medida a la total ausencia de una norma administrativa específicamente orientada a la prevención de la corrupción. Muy probablemente, la aprobación de una norma cuya finalidad fuera la lucha contra la corrupción desde el Derecho administrativo desencadenaría una oleada de nueva bibliografía comentando y analizando el marco jurídico anticorrupción a partir de las novedades introducidas en el ordenamiento, como ha sucedido recientemente en Italia, país donde, hasta diciembre de 2012, apenas dos volúmenes de ciencias jurídicas daban suficiente cuenta de los aspectos administrativos de la corrupción¹¹. Sin embargo, tras la aprobación de la llamada ley anticorrupción (legge n.190 del 2012, «*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*»), la sucesión de estudios sobre los aspectos de Derecho administrativo en materia de lucha a la corrupción no ha cesado¹².

urbanismo español”, *Revista de Derecho urbanístico y medio ambiente*, nº 257, abril-mayo 2010, pp. 145-166; GIMENO FELIÚ, José María, “La Ley de contratos del sector público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública”, *Revista española de Derecho administrativo*, nº 147, julio-septiembre 2010, pp. 517-535; LOZANO CUTANDA, Blanca, “Urbanismo y corrupción: algunas reflexiones desde el Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, nº 172, enero-abril 2007, pp. 339-361; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “Lo público y la acción administrativa: el fantasma de la corrupción”, en VVAA, *Don Luis Jordana de Pozas, creador de ciencia administrativa*, Facultad de Derecho y Fundación Banco Santander Central Hispano, Madrid, 2000, pp. 79-91; PAREJO ALFONSO, Luciano, “La contribución de la Ley 8/2007, de Suelo, al remedio del arbitrio urbanístico y su secuela de corrupción”, *Cuadernos de Derecho público*, nº 31, mayo-agosto 2007, pp.51-78. Mención aparte, entre los dedicados a la contratación pública, merece el muy recomendable y exhaustivo estudio CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí, *El principio de integridad en la contratación pública. Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*, Aranzadi, Navarra, 2014.

¹⁰ Como la ética pública y sus instrumentos asociados (códigos de conducta, códigos éticos o códigos de buen gobierno), RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *La dimensión ética de la función pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2013; la transparencia, CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí, “Transparencia administrativa y lucha contra la corrupción en la Administración local”, en VVAA, *Anuario del Gobierno local 2011*, 2012, pp. 277-313; la imparcialidad en el procedimiento mediante la abstención, FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIÓ, José María, *La imparcialidad en el procedimiento administrativo: abstención y recusación*, Aranzadi, Navarra, 2012; o, entre otras, el régimen de incompatibilidades, SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la función pública*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2011, en particular para esta materia, pp. 288-298.

¹¹ Eran referentes la pionera obra de MATTARELLA, Bernardo Giorgio, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Il Mulino, Bolonia, 2007 y la completa y sugerente obra colectiva MERLONI, Francesco y VANDELLI, Luciano (coords.), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Passigli Editori, Florencia, 2010. Poco más tarde se sumó otro interesante volumen, si bien solo está parcialmente dedicado a aspectos administrativos: PALAZZO, Francesco (cur.), *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze University Press, Florencia, 2011.

¹² Las obras son ciertamente muchas, y su enumeración en este punto resulta de todo innecesaria, si bien, a mero título ilustrativo, podrían referirse las obras ROSSI, Antonio Papi y CASARTELLI, Gabriele, *Le misure anticorruzione. Legge 6 novembre 2012, n. 190*, Giappichelli, 2013; y MATTARELLA, Bernardo Giorgio y PELISSERO, Marco (coords.), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, 2013.

Dicho lo anterior, nos parece mérito de la doctrina española que, aun a falta de un sustrato normativo específico en la materia, se haya aventurado a analizar jurídicamente el fenómeno de la corrupción en artículos y monografías, demostrando así su sincero interés en la lucha contra la corrupción pública. A pesar del innegable valor de dichas aportaciones, creemos que la cuestión merece mayor atención desde la óptica del Derecho administrativo porque concurren una serie de circunstancias que así lo sugieren. En primer lugar, como ya se ha dicho, se trata de un fenómeno que causa grandes daños al erario público, origina muchos casos que acaban no solo en presunto delito sino además en procesos de especial complejidad y, además, aleja el actuar de la Administración de la consecución de los intereses generales cuya salvaguardia y satisfacción tiene atribuida constitucionalmente. En segundo lugar, creemos que el Derecho administrativo se presenta como una herramienta efectiva, al menos potencialmente, para hacer frente a la corrupción, máxime si tenemos en cuenta que, como se verá, algunas relevantes causas de la corrupción estriban en ineficacias e ineficiencias que todavía persisten en el ordenamiento jurídico-administrativo, tales como por ejemplo los ineficaces controles de legalidad que pueden prestar en el ámbito local los funcionarios con habilitación nacional, o el control del Tribunal de Cuentas, como se tratará en su momento.

A la vista del estado de la cuestión descrito, mi propuesta busca ofrecer un análisis de las principales características fenomenológicas de la corrupción en el urbanismo, incluyendo un estudio crítico de los instrumentos y mecanismos aplicables a la lucha contra la corrupción (con especial referencia a la urbanística), para así identificar cuáles puedan ser los principales problemas que encuentra el ordenamiento jurídico-administrativo en el momento de prevenir la corrupción, y proponer cómo podrían, tal vez, reducirse esos resquicios abiertos a la corrupción pública.

METODOLOGÍA

La corrupción es un fenómeno que, por su propia naturaleza, tiende a permanecer oculto: generalmente solo lo conocen quienes participan en la corrupción y no suele generar víctimas directamente afectadas. Por tanto, como ha insistido unánimemente la doctrina, su medición precisa es imposible porque es imposible conocer todos los casos de corrupción¹³.

Al tener presente lo anterior, decidimos estudiar el fenómeno de la corrupción a partir

¹³ «Los hechos que existen se verifican (es decir, se constata su existencia) y, en su caso, se miden. Pero hay fenómenos cuya existencia resulta muy difícil de comprobar, bien sea porque sus protagonistas se han preocupado de ocultarlos o porque así deriva de su propia naturaleza. La corrupción es uno de ellos. Quienes corrompen y se dejan corromper están igualmente interesados en que nada se sepa y, además, procuran borrar las huellas de lo que han hecho», NIETO, Alejandro, *La corrupción en la España democrática*, cit., p. 45.

de dos grupos de fuentes: para conocer la corrupción descubierta y juzgada, se ha recurrido a una parte significativa de la jurisprudencia recaída en casos de corrupción en España, con particular atención respecto de aquellos casos relacionados con el ejercicio de funciones urbanísticas. Gran parte de las sentencias manejadas pertenecen a la jurisdicción penal, lo cual no es de extrañar si nos atenemos a la naturaleza delictiva de la mayoría de conductas que englobaría el concepto de corrupción; aun así, también es posible encontrar sentencias de notorio interés en la jurisdicción contencioso-administrativa o en la civil, que han sido manejadas en la elaboración de este estudio y son citadas en páginas posteriores.

Para conocer la corrupción un poco más allá de lo plasmado en las sentencias, se han consultado entrevistas publicadas en medios de comunicación a especialistas de la lucha contra la corrupción y de profesionales que operan en un sector con altos riesgos de corrupción como es el urbanismo. También se han realizado entrevistas durante el desarrollo de esta tesis a especialistas en materia de lucha contra la corrupción y a abogados en ejercicio con especial dedicación al sector urbanístico, a efectos de conocer hasta qué punto han tenido noticia de la corrupción en el ejercicio profesional.

El estudio teórico del fenómeno se ha obtenido mediante una amplia consulta bibliográfica interdisciplinaria, que incluye monografías y artículos nacionales e internacionales, tanto de ciencias jurídicas como de otras disciplinas, sin olvidar, por descontado, la preferencia y preponderancia que todo trabajo científico debe reservar para la producción propia de su campo. Por tanto, el núcleo bibliográfico es jurídico, y específicamente jurídico-administrativo, si bien accesoriamente se toman las contribuciones de otras ramas del Derecho, como el Derecho penal o el procesal, y también de otras ciencias, como la economía, la sociología o las ciencias políticas, que sin duda ayudan a comprender un fenómeno amplio y complejo como es la corrupción.

El material utilizado se recoge al final de la obra, en la sección dedicada a la bibliografía y en el anexo que la sigue, dedicado al listado de la jurisprudencia utilizada.

ESTRUCTURA

La estructura de la tesis es la habitual de este tipo de trabajos. En un primer momento se identifica y perfila un problema relevante, a continuación se estudia el papel del Derecho ante ese problema y, finalmente, se proponen soluciones en base a las deficiencias detectadas y a las potencialidades advertidas en el ordenamiento jurídico.

A nivel organizativo, los contenidos se estructuran a partir de una división en cuatro capítulos, seguidos de unas conclusiones.

En el **CAPÍTULO I** nos ocupamos de delimitar y caracterizar el problema de la corrupción, tanto en sus aspectos teóricos como en su relevancia práctica. Para ello, delimitamos conceptualmente la corrupción, determinando qué conductas la conforman y qué sujetos, al llevarlas a cabo, incurren en corrupción pública en general y, llevado al ámbito sectorial que aquí interesa, corrupción urbanística en particular. En base a esa previa delimitación de conductas y sujetos objeto de análisis, se ofrece a continuación un estudio de la entidad del fenómeno corruptivo en nuestra sociedad, refiriendo tanto su extensión como los sectores en que mayoritariamente se ha concentrado la corrupción, sectores entre los cuales ha destacado el urbanismo durante los últimos años, y al que se dedica un apartado específico para tratar cómo ha evolucionado la práctica de corrupción en dicho sector desde la configuración del urbanismo contemporáneo y cuáles han sido, en estos inicios del siglo XXI, los ámbitos de la función urbanística sometidos a mayores riesgos de corrupción.

La finalidad de este capítulo es poner de relieve que la corrupción pública es un fenómeno relativamente extendido en nuestro entorno sobre todo en algunos sectores muy específicos (entre ellos, el urbanismo) y en cargos y empleos especialmente vulnerables; asimismo, se busca determinar si el grado de rechazo y preocupación social que la misma produce entre la ciudadanía debe motivar mayores esfuerzos en su prevención y represión.

El **CAPÍTULO II** lo dedicamos al estudio de las causas y consecuencias de la corrupción en el urbanismo. En el estudio de las causas distinguimos aquéllas estructurales o comunes en la mayoría de casos, de las contingentes, y aunque se presta mayor atención al análisis detallado de las primeras, también dedicamos un apartado específico a abordar estas causas contingentes, que únicamente hemos detectado en una pequeña parte de los casos estudiados. También se analizan las consecuencias de la corrupción, haciendo mención específica de las consecuencias sobre el urbanismo y el territorio de la corrupción aquí estudiada.

El objeto de este análisis es identificar el alcance de los daños producidos por la corrupción, especialmente la que tiene lugar en el ejercicio de funciones urbanísticas, y determinar qué parte de sus causas se ven favorecidas por ciertas deficiencias del ordenamiento jurídico, las cuales podrían desaparecer, o cuanto menos reducirse significativamente, mediante la introducción de modificaciones o adiciones en el marco regulatorio, o bien con una aplicación más efectiva del mismo¹⁴ o con una interpretación distinta¹⁵.

¹⁴ Por ejemplo, la dotación suficiente de medios personales y materiales para que los órganos de fiscalización puedan ejercer efectivamente sus funciones.

¹⁵ Sobre recientes líneas jurisprudenciales novedosas que han supuesto una mejora en la lucha contra la corrupción desde la vertiente de la interpretación del Derecho, vid. CAPDEFERRO VILLAGRASA, Oscar, “Nuevas respuestas judiciales a la corrupción pública. Análisis desde el Derecho administrativo y el Derecho penal”, *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 112, 2013 (nº 4), pp. 891-918.

En el **CAPÍTULO III** analizamos el marco jurídico de la lucha anticorrupción, identificando las obligaciones y también las posibilidades de actuación que tiene el Derecho frente al problema perfilado en los capítulos precedentes. En primer lugar se establece el marco jurídico internacional en la materia, haciendo referencia a los principales compromisos de ámbito supranacional ratificados por el Estado español y a los principales instrumentos de seguimiento y evaluación del grado de cumplimiento de los mismos. Visto el marco jurídico internacional de la lucha contra la corrupción, se estudia la tradicional división entre medidas de represión y medidas de prevención de la corrupción, y se establece cuál es la rama del Derecho idónea para llevar a cabo cada tipo de técnicas: como se verá, resulta preferente el Derecho penal en la vertiente represiva o sancionadora, y el Derecho administrativo en la preventiva. Por último, se aboga por la preferencia de las medidas preventivas sobre las represivas, lo que presenta, al menos en nuestra opinión, al Derecho administrativo como el ordenamiento principal en el establecimiento de medidas de lucha contra la corrupción, tarea en la que a nuestro juicio debe jugar un papel central la identificación y gestión de los riesgos de corrupción, basada en la ya ampliamente difundida técnica de la planificación de riesgos. Seguidamente, se aborda de nuevo la cuestión del marco jurídico, pero limitada esta vez a las fuentes de Derecho internas y haciendo especial mención, una vez más, a la especialidad del sector urbanístico, señalando las principales reformas legislativas adoptadas para combatir este fenómeno.

A continuación, nos dedicamos específicamente a la prevención de la corrupción urbanística. En primer lugar, constatamos el descenso de los casos de corrupción que se ha observado en los últimos años y tratamos de discernir hasta qué punto la causa del mismo se ha debido al hundimiento del mercado inmobiliario y hasta dónde responde a la efectividad de las medidas adoptadas por la legislación vigente. A continuación, y cerrando el capítulo, se formulan una serie de propuestas para prevenir la corrupción urbanística, que se podrían adoptar desde el Derecho administrativo y que, en nuestra opinión, serían apropiadas y eficaces.

La finalidad de este capítulo es localizar qué obligaciones imponen los ordenamientos jurídicos nacional e internacional a los poderes públicos en la lucha contra la corrupción, entre las que figura la obligación de prevenir la corrupción, es decir, de controlar los riesgos de corrupción, así como poner de relieve los más relevantes instrumentos a los que debe ser permeable la política anticorrupción nacional. Otra finalidad de este capítulo es, justamente, establecer la preferencia e idoneidad del Derecho administrativo para llevar a cabo esa función preventiva.

El último bloque expositivo de este trabajo lo constituye el **CAPITULO IV**, que hemos dedicado en exclusiva a la exposición de propuestas para luchar contra la corrupción urbanística. Se ha visto que la corrupción, la pública en general y la urbanística en

particular, es un problema relevante y del que pueden identificarse algunas causas específicas, y que el propio Derecho administrativo constituye la rama idónea del Derecho para dar cumplimiento a la obligación de prevenir la corrupción, considerada ésta la forma preferente de combatirla. A partir de esas premisas constatadas previamente, en este capítulo se proponen algunas soluciones jurídico-administrativas posibles, basadas en las causas identificadas, que darían cumplimiento a la obligación de carácter preventivo impuesta a los poderes públicos.

La corrupción no puede combatirse con una sola medida sino que es preciso adoptar en una gran cantidad de ámbitos una pluralidad de medidas distintas que, actuando conjuntamente y de modo efectivo, pueden controlar la corrupción¹⁶. Estas medidas pueden pertenecer a ramas del Derecho distintas a la administrativa, como el Derecho penal o el Derecho civil, e incluso algunas están extramuros del Derecho, como sería la formación y educación en valores éticos de la ciudadanía. Nos parecía inapropiado restringir este último apartado a un solo problema y a una sola propuesta: el fenómeno de la corrupción es complejo y también lo es su solución, por lo que hemos optado por presentar distintas propuestas, establecidas siempre en función de las principales causas de la corrupción identificadas y las deficiencias del ordenamiento advertidas.

En concreto, el tipo de propuestas se ha limitado a cuatro, los cuatro que hemos creído más relevantes, para ofrecer así una perspectiva ajustada a la naturaleza compleja del fenómeno sin renunciar por ello al tratamiento más detallado y pausado de los aspectos que hemos creído de mayor interés para la lucha anticorrupción. En nuestra opinión, esos cuatro aspectos más relevantes para la mejora de la lucha anticorrupción son: 1) la aplicación al ámbito urbanístico de la evaluación de riesgos de corrupción, 2) el reforzamiento de los controles de legalidad en el ámbito local, 3) el impulso de las medidas cautelares, y, finalmente, 4) las propuestas para evitar la falta de ética pública, tales como la promoción de códigos de conducta y la formación ética de los cargos y empleados públicos.

Terminada la exposición de la investigación, siguen las **CONCLUSIONES**, que cierran el contenido sustantivo del trabajo con unas reflexiones finales que sintetizan las principales orientaciones para la política anticorrupción que se extraen del cuerpo del trabajo, con especial consideración a las posibilidades del Derecho administrativo en la lucha contra la corrupción. En cumplimiento de los requisitos para la obtención de la mención internacional en el título de doctor establecidos en el art. 15 del Real Decreto 99/2011, de 28 de enero, por el que se regulan las enseñanzas oficiales de doctorado, estas conclusiones figuran tanto en lengua castellana como inglesa.

¹⁶ En ese sentido, desde distintos foros internacionales se ha adoptado la aproximación holística al fenómeno de la corrupción, lo que ha dado pie a conceptos como el «marco de integridad» (OCDE) o el «sistema nacional de integridad» (Transparencia Internacional).

Tras las conclusiones se incluye la **BIBLIOGRAFÍA** con los textos citados durante el cuerpo de la tesis, incluyendo los informes elaborados por distintas instituciones que sean asimismo citados en el cuerpo de este trabajo, y, por último, se acompaña un **ANEXO** dedicado a la jurisprudencia utilizada.

AGRADECIMIENTOS

Este trabajo ha sido posible gracias a la colaboración, consejo y comprensión de muchas personas, a quienes no quisiéramos dejar de agradecer su apoyo.

En primer lugar, a los Drs. Juli PONCE y José ESTEVE, director y tutor de esta tesis, respectivamente, quienes, además de hacernos partícipes del entusiasmo por el Derecho administrativo ya desde los tempranos años de la licenciatura, han tenido la paciente amabilidad de dirigir y orientar con rigor y generosidad esta investigación.

También hay que reservar una mención destacada al Dr. Tomàs FONT y al Prof. Luciano VANDELLI, a quienes quisiéramos expresar nuestra más sincera gratitud por sus consejos y por haber facilitado que esta tesis, y su autor, se hayan nutrido de los avances en materia de lucha contra la corrupción experimentados recientemente en el Estado italiano gracias a una provechosa estancia en la Scuola di Specializzazione in Studi sull'Amministrazione Pubblica (SPISA). Además debemos agradecer a la Prof.ssa Marzia DE DONNO el tiempo dedicado a ayudarnos en la localización de bibliografía y jurisprudencia italiana de interés en nuestra materia.

El trabajo aquí presentado se ha nutrido también, qué duda cabe, de la intensa actividad investigadora llevada a cabo por los miembros del Departamento de Derecho Administrativo y Procesal de la Universidad de Barcelona, dirigido por el Dr. Alfredo GALÁN, y muy particularmente de los seminarios del área de Derecho administrativo, coordinados por el Dr. Joaquín TORNOS, en los que hemos tenido ocasión de discutir sobre cuestiones directamente relacionadas con algunos aspectos tratados en las páginas de este estudio. A todos los compañeros del área, que con tanta calidez nos han acogido, se hace extensivo este agradecimiento.

Asimismo, el trabajo también se ha nutrido de las actividades desarrolladas en el marco de los proyectos de investigación “Estrategias preventivas y reactivas contra la corrupción” (IP: Dr. Joan QUERALT) y “Estrategias reguladoras y de aplicación del Derecho Público más allá del aparato administrativo del Estado” (IP: Dr. José ESTEVE), y del PRIN “Corruzione e pubblica amministrazione”, en la unidad Roma Tre “Corruzione e controlli” (resp. Prof.ssa Maria DE BENEDETTO).

Tampoco quisiéramos olvidar la relevante ayuda proporcionada por los Drs. Fernando

JIMÉNEZ y Endrius COCCILO, y la Dra. Carmen Demelsa BENITO, gracias a los cuales ha sido posible acceder a obras de gran relevancia que habrían sido, de otro modo, de muy difícil acceso.

En el desarrollo de este trabajo hemos querido contar con la opinión de profesionales que se dedican tanto a prevenir e investigar la corrupción como a la práctica jurídica en el ámbito urbanístico. Por su tiempo invertido en estas entrevistas, así como por las interesantes reflexiones compartidas, nos gustaría dar las gracias a Jordi TRES, Lara BAENA, Montse JUSTRIBÓ, Lourdes PARRAMON, Carles PAREJA, Lluís CASES, Mònica FERNÁNDEZ, Oleguer PRAT y Juan Ignacio SOTO.

También debemos agradecer y reconocer la labor del Dr. Enric ARGULLOL, quien, además de brillante maestro, fue el primer tutor de este trabajo, cuando estuvimos preparando el proyecto de tesis en la Universitat Pompeu Fabra.

Finalmente, agradecemos enormemente las muestras de apoyo y ánimo constante de familiares y amigos; sin ellas, la realización de esta tesis habría sido infinitamente más ardua.

CAPÍTULO I: LA CORRUPCIÓN PÚBLICA Y LA CORRUPCIÓN
URBANÍSTICA

1.- EL CONCEPTO DE CORRUPCIÓN

La delimitación conceptual de la corrupción es el primer obstáculo con el que topa todo estudio sobre la misma. Tanto es así que incluso se ha llegado a sostener que parte de las deficiencias comprensivas del fenómeno de la corrupción derivan de la falta de uniformidad de criterios definitorios seguidos por los investigadores que lo han abordado¹⁷.

Dicha cuestión no es en absoluto pacífica. A la mera tarea definitoria se ha empeñado gran parte del tiempo de conferencias y reuniones sobre corrupción¹⁸, se le han dedicado exclusivamente múltiples obras doctrinales y, además, casi cualquier autor que ha querido estudiarla se ha visto en la necesidad de tener que delimitarla con carácter previo¹⁹. Tal disparidad conceptual parece propiciada por la multidisciplinariedad que caracteriza al análisis de la corrupción, perfilándola como un objeto de estudio idóneo desde diferentes ópticas científicas, como las ciencias jurídicas²⁰, económicas²¹, políticas²² o antropológicas²³. A pesar de la tan variada y en ocasiones enfrentada

¹⁷ COLLIER, Michael W., *Explaining political corruption: an institutional-choice approach. Paper presented at International Studies Association 40th Convention*, Washington, p. 4, según se recoge en JAIN, Arvind K., "Corruption: a review", *Journal of economic surveys*, vol. 15, núm. 1, 2001, Oxford, pp. 71-121, p. 104, nota 11.

¹⁸ TANZI, Vito, "Corruption around the world. Causes, consequences, scope and cures", *International Monetary Fund Staff papers*, vol. 45, núm. 4, diciembre, 1998, pp. 559-594, p. 564.

¹⁹ Sobre estas cuestiones se pueden consultar, entre otros, los siguientes trabajos, que citan además bibliografía ilustrativa: VILLORIA, Manuel y JIMÉNEZ, Fernando, "¿Cuánta corrupción hay en España? Los problemas metodológicos de la medición de corrupción (2004-2011)", *Revista de estudios políticos*, núm. 156, abril-junio, 2012, pp. 13-47, en especial pp. 14 y 15, y JAIN, Arvind K., "Corruption: a review", cit., p. 104, nota 11. En nuestro ámbito, algunos autores han tratado de sistematizar las distintas definiciones o acepciones de la corrupción, como COCCIOLO, Endrius E., «Las mutaciones del concepto de corrupción. De la ambigüedad de las sociedades arcaicas a la complejidad en la época del Estado regulador y de la sociedad del riesgo», *Revista de llengua i Dret*, núm. 50, 2008, pp. 17-51, pp. 34-36, y FERNÁNDEZ AJENJO, José Antonio, *El control de las Administraciones públicas y la lucha contra la corrupción. Especial referencia al Tribunal de Cuentas y a la Intervención General de la Administración del Estado*, Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 52-58. Sobre el concepto de corrupción también resulta de particular relevancia la voz "administrative corruption" en DE BENEDETTO, Maria, *Administrative corruption*, en BACKHAUS, Jürgen Georg (ed.), *Encyclopedia of law and Economics*, Springer, 2014.

²⁰ Entre otros, PONCE SOLÉ, Juli, "La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración", cit., y ROSE-ACKERMAN, Susan, "The law and economics of bribery and extortion", *Annual review of law and social science*, 2010, vol. 6, pp. 217-238.

²¹ Entre otros, AMISANO, Franco, "La corruzione amministrativa in una burocrazia di tipo concorrenziale: modelli di analisi economica", *Economia Pubblica*, 2003, fasc. 5, pp. 31-59.

²² Entre otros, VILLORIA, Manuel, VAN RYZIN, Gregg g., y LAVENA, Cecilia F., "Social and political consequences of administrative corruption: a study of public perception in Spain", *Public administration review*, vol. 73, 2012, pp. 85-94.

²³ Entre otros, SISSENER, Tone Kristin, *Anthropological perspectives on corruption*, series CMI Working papers, nº 5, Chr. Michelesen Institute, Bergen, 2001.

literatura científica en la materia, creemos, siguiendo a autores como Arvind K. JAIN o Alberto VANNUCCI, que se puede identificar un núcleo conceptual de la corrupción sobre el que habría unanimidad. Ese concepto consensuado entiende la corrupción pública como el abuso de poder público para beneficio privado del agente público con contravención de las normas²⁴, lo que se asienta sobre la popular y simple definición que dio el Banco Mundial sobre la corrupción pública, que entendía como tal «el abuso de poder público en beneficio privado»²⁵.

El mismo problema que ha tenido la doctrina científica lo han tenido también aquellas instituciones que han querido regular la problemática de la corrupción. El ámbito supranacional ofrece dos ejemplos significativos: en el marco de la elaboración de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, el Vicepresidente del Comité Especial encargado del capítulo que incluye las definiciones de los términos relevantes en la Convención creó *ex professo* un grupo de trabajo oficioso para llegar a un acuerdo sobre la definición de corrupción, que había sido objeto de largos debates²⁶; el otro ejemplo, más reciente, tuvo lugar en junio de 2013 en el seno de la Unión Europea,

²⁴ Entre otros, JAIN, Arvind K., “Corruption: a review”, cit., p. 73, VANNUCCI, Alberto, “L'evoluzione della corruzione in Italia: evidenza empirica, fattori facilitanti, politiche di contrasto”, en MERLONI, Francesco y VANDELLI, Luciano (coords.), *La corruzione amministrativa.*, cit., pp. 37-68, p. 37.

²⁵ «The abuse of public power for private benefit», según recoge y cita TANZI, Vito, “Corruption around the world”, cit., p. 564. Cuando en la definición se ha querido abarcar también aquellos supuestos de corrupción privada, se ha reducido la fórmula a «abuse of power for private gain», forma que ha sido manejada por el Programa global contra la corrupción de Naciones Unidas y del que se hace eco la misma Comisión Europea (vid. COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo y el Comité Económico y Social Europeo, COM (2011) 308 final, Lucha contra la corrupción en la UE*, de 6 de junio de 2011, p. 3).

²⁶ Este grupo finalmente acabó determinando que lo mejor era prescindir de una definición genérica, la cual dividía y enfrentaba a los estados participantes, para poner el énfasis en la tipificación de conductas que se debían considerar corruptas. Tal y como se lee en los trabajos preparatorios de la Convención de Naciones Unidas:

«En el sexto período de sesiones del Comité Especial, el Vicepresidente encargado de este capítulo del proyecto de convención pidió al representante del Pakistán que coordinara la labor de un grupo de trabajo oficioso con el objeto de redactar una nota para los *travaux préparatoires* sobre el concepto de “corrupción”. Los resultados de las deliberaciones de ese grupo de trabajo figuran en el documento A/AC.261/L.248. Se aclaró que el grupo de trabajo oficioso había suspendido su debate acerca de las definiciones del término “corrupción” después de que se reconociera que ese debate estaba relacionado con ciertas cuestiones básicas que planteaban una marcada división que el grupo no estaba facultado para abordar. El Presidente (Pakistán) propuso el siguiente proyecto de nota para los *travaux préparatoires* relativa a la definición del término “corrupción” como base de ulteriores consultas: “El término “corrupción” se utiliza en la presente Convención para referirse a los actos penalizados en el capítulo III y a los actos que los Estados Parte puedan penalizar o ya hayan penalizado”» (UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime), *Travaux préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, Nueva York, 2012, p. 52).

Un caso similar sucedió en España en 1988 cuando se planteó la incorporación del concepto de «tráfico de influencias» a nuestro ordenamiento. Se creó la Comisión de investigación sobre incompatibilidades y tráfico de influencias para estudiar el concepto de tráfico de influencias y proponer medidas legislativas para prevenirlo. En el dictamen de conclusiones y propuestas de dicha comisión, publicado por el Congreso de los Diputados, se advierte que es preferible no abordar la definición de un concepto como el de «tráfico de influencias» [y lo mismo podría decirse de la corrupción], que es «más sociológico que jurídico», y en su lugar entiende que para prevenirlo es suficiente con la «regulación de las incompatibilidades en su sentido más amplio, de forma que se refuerce la garantía de transparencia en el ejercicio de funciones públicas», vid. *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 30 de junio de 1988, Serie E, núm. 117, pp. 3295-3297.

cuando el Parlamento Europeo pidió a la Comisión que elaborara «una definición común de corrupción con el fin de desarrollar una política global y coherente contra la corrupción»²⁷.

El presente apartado lo dedicamos, precisamente, a esa tarea definatoria, con el fin último de trasladar a las categorías jurídicas administrativas el concepto de corrupción. Para ello, analizamos brevemente si podemos considerar la corrupción como un término también jurídico, y en caso afirmativo, desde cuándo podemos considerar que lo es. A continuación, examinamos los modos en que el Derecho se ha aproximado al término, para, en último lugar, identificar a la luz del Derecho internacional de referencia en la materia cómo debe entender nuestro Derecho administrativo interno el concepto de corrupción pública. Esta tarea es relevante a efectos de poner de relieve que la corrupción puede y debe ser abordada como un problema específico por el ordenamiento jurídico, y debe ser abordada, además, de forma directa y explícita, de tal modo que no es suficiente con hacer referencia a otros conceptos con mayor arraigo en nuestro ordenamiento.

1.1.-La corrupción como concepto jurídico

El término de corrupción no es en origen un término jurídico sino que se forja en la filosofía, disciplina en la que recibe la atención de sus principales autores, «de Platón a Rousseau»²⁸. Por ello, al no serle propio, no es de extrañar que el término haya sido ajeno al Derecho durante siglos, y haya habido que esperar hasta el siglo XXI para considerar que la corrupción es, también, un término generalmente aceptado por el Derecho.

Por cuanto respecta al Derecho positivo, y en particular al Derecho positivo de la sociedad internacional, este término no aparece hasta las postrimerías del siglo XX, cuando encontramos las primeras normas que se refieren explícitamente, tanto en su denominación como en su articulado, a la corrupción²⁹. Se trata de instrumentos

²⁷ PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de junio de 2013, sobre la delincuencia organizada, la corrupción y el blanqueo de dinero: recomendaciones sobre las acciones o iniciativas que han de llevarse a cabo (informe provisional) (2012/2117(INI))*, ap. 4.

²⁸ DION, Michel, “What is corruption corrupting? A philosophical viewpoint”, *Journal of money laundering control*, vol. 13, núm. 1, 2010, pp. 45-54, p. 47. Sobre las aportaciones filosóficas al debate sobre la corrupción, vid., por todos, DION, Michel, “What is corruption corrupting?”, *cit.*

²⁹ Los principales, ordenados cronológicamente, son: la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por la Organización de los Estados Americanos el 29 de marzo de 1996, el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, aprobado mediante Acto del Consejo de la UE de 26 de mayo de 1997, el Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales aprobado por la OCDE el 21 de noviembre de 1997, el Convenio penal sobre la corrupción (núm. 173 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999 y el Convenio civil sobre la corrupción (núm. 174 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 4 de noviembre de 1999. Posteriormente, ya entrado el siglo XXI, se sumaría la

multilaterales de ámbito regional que reconocen, para el ámbito territorial de sus respectivas regiones, que la corrupción es un problema singular que debe ser abordado por el Derecho. A pesar de la gran cantidad de tratados contra la corrupción que proliferaron en ámbitos regionales, en nuestra opinión el término no se consolida a nivel internacional como un término jurídico hasta algo más tarde y ya entrado el siglo XXI, con la aprobación del primer tratado universal en la materia: la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, de 31 de octubre de 2003 (en adelante, citada también como CNUCC). Este tratado fue aprobado por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la principal de las organizaciones internacionales denominadas universales, y a febrero de 2015 cuenta con 174 Estados parte, lo que supone, a nuestro parecer, el impulso definitivo para que el término «corrupción» pueda ser también considerado como un término propio del lenguaje jurídico, generalmente aceptado y empleado por la comunidad internacional.

Esta aceptación internacional manifestada en los tratados impulsó la incorporación del término en el Derecho interno de aquellos estados adheridos que hasta el momento lo habían dejado al margen de las normas jurídicas, como sucedió con el Estado español, que incorporó por primera vez el término en el Código Penal (CP) en el año 2000, al castigar la corrupción de funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales (actualmente en el art. 445 CP), delito que se incorporó en cumplimiento del convenio de la OCDE de 1997 antes citado³⁰. Sin embargo, otros estados ya tenían consolidado el término en su Derecho, como por ejemplo el ordenamiento italiano, que incluía ya desde 1930³¹ la *corruzione* entre los delitos castigados en su Código Penal. En definitiva, podemos decir que la aceptación del término en los foros internacionales supuso la puerta de entrada del término en el ordenamiento interno de algunos estados, mientras que para otros las obligaciones adoptadas internacionalmente en materia anticorrupción no derivaron en una innovación de la terminología jurídica.

De lo expuesto podemos concluir que el concepto de corrupción se ha incorporado al Derecho sobre todo a partir de iniciativas internacionales, aunque algunos estados, como el italiano, ya lo contemplaban en su ordenamiento. Nos corresponde ver ahora cómo ha sido tratado el término por el Derecho, teniendo en cuenta tanto fuentes de origen internacional como nacional.

Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción, aprobada por los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana el 12 de julio de 2003.

³⁰ Incorporación operada por la Ley Orgánica 3/2000, de 11 de enero, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, que da cumplimiento en el Estado español al Convenio de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, firmado el 17 de diciembre de 1997.

³¹ Aunque ha sufrido numerosas reformas desde entonces, como la introducida en 1990 por la *Legge 26 aprile 1990, n. 86, Modifiche in tema di delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*.

1.2.- Las distintas aproximaciones terminológicas del Derecho

Teóricamente, el Derecho puede aproximarse al concepto de corrupción de dos modos: 1) estableciendo una definición genérica de lo que se debe entender por corrupción; o bien, 2) recogiendo un listado de conductas de lo que constituye corrupción, pero sin llegar a incorporar explícitamente una definición.

Un ejemplo de la primera forma de aproximación al concepto se encuentra en el Convenio civil sobre la corrupción del Consejo de Europa, en cuyo artículo 2 se recoge una definición de corrupción, la cual, pese a abrirse a albergar cierta variedad de conductas corruptas, se centra especialmente en el soborno³². A nivel jurídico interno comparado, encontramos también un nuevo ejemplo de definición genérica en los arts. 318 y 319³³ del Código Penal italiano, que recoge delitos que denomina «*corruzione*» y que castigan también, en esencia, lo que se suele conocer como soborno. Lo mismo sucede con el CP español, que en su art. 445, referido a los «delitos de corrupción en las transacciones internacionales», define la conducta punible como un soborno ofrecido, prometido o concedido a funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales³⁴. Como se puede ver, cuando se positivizan definiciones de corrupción hay cierta tendencia a identificarla, en mayor o menor medida, con la principal forma de corrupción: el soborno. No obstante, esta figura no es la única que constituye corrupción, tal y como ponen de relieve los textos normativos que, en lugar de adoptar una definición de corrupción, optan por listar conductas que a sus efectos se consideran corruptas.

Los dos ejemplos más relevantes de este otro método de aproximación al concepto de corrupción lo ofrecen el Convenio penal sobre la corrupción del Consejo de Europa y la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción. Por ejemplo, esta última refiere en sus arts. 15 a 22 las conductas de soborno de funcionarios nacionales y extranjeros, la malversación o apropiación de bienes por un funcionario público, el tráfico de influencias, el abuso de funciones, el enriquecimiento ilícito no justificado de un funcionario y, respecto a la corrupción privada, los sobornos y malversaciones en el sector privado.

³² «Art. 2 Definición de corrupción. A los efectos del presente Convenio se entenderá por «corrupción» 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 una ventaja indebida.» Como puede observarse, aquí difícilmente encajarían algunas otras conductas que generalmente se aceptan como corruptas, como por ejemplo la no abstención de una autoridad o funcionario cuando tiene que votar, en un procedimiento administrativo, respecto de una causa en la que tiene un interés personal o patrimonial.

³³ Rubricados, respectivamente, como «*corruzione per l'esercizio della funzione*» y «*corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio*».

³⁴ La misma conducta referida a funcionarios nacionales no se denomina delito de «corrupción» sino de «cohecho»: vid. Arts. 419 y ss. CP, lo cual dificulta todavía más la armonización conceptual.

1.3.- La concreción al ámbito jurídico-administrativo de la corrupción: el objeto de la tesis

Hemos visto que el concepto de corrupción, aunque aceptado por el Derecho, es algo esquivo: las múltiples dudas conceptuales que han dividido a la doctrina durante décadas se han trasladado al Derecho positivo y en ocasiones las normas que refieren el término no lo definen, o si lo hacen, es en términos que inducen a cierta confusión, especialmente cuando se establecen definiciones que aluden, más o menos estrictamente, al soborno. Ante el panorama descrito, y a la vista de que no figura en nuestro ordenamiento interno una norma con carácter jurídico-administrativo que defina la corrupción a efectos de poder combatirla desde la prevención (que es lo que pretende este trabajo), nos vemos forzados a repetir el paso que necesariamente han tenido que dar tanto la doctrina como las instituciones que han adoptado normas en la materia: definir aquella corrupción que es objeto de nuestro interés.

Delimitar detalladamente qué entendemos por corrupción a efectos de este trabajo nos servirá para identificar cuáles son, justamente, las conductas que pretendemos controlar mediante la implementación de medidas preventivas de carácter administrativo. A tal efecto, identificaremos primero a los sujetos, es decir, estableceremos el ámbito subjetivo de la corrupción que manejaremos; y a continuación nos ocuparemos de las conductas que consideraremos corruptas, es decir, definiremos el ámbito objetivo de la corrupción a efectos de nuestro estudio.

La metodología utilizada para llevar a cabo la tarea ha sido la siguiente: hemos partido de los sujetos y las conductas que contiene la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción de 2003 y los hemos trasladado a las categorías jurídico-administrativas propias de nuestro ordenamiento. Esta metodología nos ha parecido la más apropiada por dos motivos: en primer lugar, porque la mentada convención es la única norma en nuestro ordenamiento que, aun siendo una fuente de origen internacional, se refiere a la lucha contra la corrupción incluyendo medidas preventivas que esencialmente se deben adoptar desde el Derecho administrativo; y, en segundo lugar, porque la CNUCC incorpora obligaciones de adecuación del ordenamiento español a los compromisos adquiridos con la ratificación y publicación de la norma por parte del Estado español, lo que implica que el nuevo marco conceptual que debe manejar el Derecho interno debe guardar coherencia con las disposiciones de la convención.

Ahora bien, conviene hacer una precisión previa. La CNUCC maneja un concepto muy amplio de corrupción, que se refiere tanto a la del sector público como a la del

privado³⁵, y dentro de la corrupción pública incluye la de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial. Por tanto, la primera especificidad que encontraríamos en un concepto jurídico de ámbito administrativo, sería la circunscripción del mismo al ámbito subjetivo al que esta rama del Derecho se dedica: el poder ejecutivo. Por tanto, a efectos de este trabajo, las referencias hechas a la corrupción se deben entender hechas, salvo indicación en otro sentido, a la corrupción del poder ejecutivo³⁶, quedando fuera de nuestro ámbito de estudio los supuestos de corrupción de jueces y magistrados³⁷ y los supuestos de corrupción de miembros de las asambleas legislativas o parlamentos, donde se concentrarían principalmente los supuestos de captura de políticas o captura del Estado³⁸.

No podemos dejar de apuntar, en este momento, que a pesar del limitado alcance de nuestro estudio, recientes trabajos de académicos y organizaciones internacionales han adoptado el enfoque holístico. Así, instancias como la OCDE o Transparencia Internacional entienden que el fomento de la ética y la prevención de la corrupción dependen del funcionamiento y calidad de múltiples factores³⁹ e instituciones⁴⁰, que

³⁵ Vid. Art. 21 Convención, referido al soborno en el sector privado.

³⁶ En puridad, nuestro estudio no se ajustaría a ninguno de los términos sociopolíticos habitualmente usados en materia de corrupción. Por un lado, no se corresponde con todo cuanto se entiende por corrupción pública porque como ya se ha dicho, se excluyen los poderes judicial y legislativo; por otro, si bien forma parte de este estudio toda la corrupción administrativa (o burocrática o corrupción menor - *petty corruption*-), también se incluyen los miembros de los gobiernos, que son políticos electos y, sociopolíticamente hablando, entrarían en el concepto de corrupción política o corrupción a gran escala (*grand corruption*). Sobre la terminología sociopolítica hay varias fuentes recomendables. Por todas, vid. TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, *Guía de lenguaje claro sobre lucha contra la corrupción*, 2009, consultable en: <http://www.transparencia.pt/wp-content/uploads/2012/03/Plain-Language-Guide-ES.pdf> (última fecha de consulta 25 de febrero de 2015).

³⁷ Al respecto, vid. VILLORIA MENDIETA, Manuel, “Corrupción judicial e influencia política en España”, en TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, *Informe global de la corrupción 2007: corrupción en los sistemas judiciales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, pp. 232-235.

³⁸ De acuerdo con la citada *Guía de lenguaje claro sobre lucha contra la corrupción*, de Transparencia Internacional, este fenómeno se describe como «[u]na situación en la cual poderosos individuos, instituciones, empresas o grupos dentro o fuera de un país recurren a la corrupción para definir las políticas, el marco jurídico y la economía de dicho país en beneficio de sus intereses privados».

³⁹ Los pilares fundamentales del marco de integridad propuesto por la OCDE son los instrumentos de integridad (herramientas para fomentar la integridad y luchar contra la corrupción), los procedimientos a través de los que se desarrolla el marco de integridad en una organización y la estructura organizativa (distribución de responsabilidades y coordinación para la garantía de unas políticas y práctica coherentes) (OCDE, *Towards a Sound Integrity Framework: Instruments, Processes, Structures and Conditions for Implementation*, GOV/PGC/GF(2009)1, OECD, 2009, p. 9). Por su parte, Transparencia Internacional evalúa tres factores de las instituciones relevantes para el sistema de integridad: la capacidad general de funcionamiento de la institución, su propia gobernabilidad interna en términos de integridad, transparencia y rendición de cuentas, y su papel en la contribución a la integridad general del sistema de gobernabilidad nacional (TRANSPARENCIA INTERNACIONAL ESPAÑA; VILLORIA, Manuel (Dir.) y BEKE, Mike, B. (Coord.), *El marco de integridad institucional en España. Situación actual y recomendaciones*, cit., p. 21).

⁴⁰ En el plano nacional, Transparencia Internacional entiende que son instituciones relevantes para la integridad del sistema: el Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, el sector público, las agencias de aplicación de la ley, los órganos de gestión electoral, los Defensores del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, las agencias anticorrupción, los partidos políticos, los medios de comunicación, la sociedad civil y las empresas. Vid. TRANSPARENCIA INTERNACIONAL ESPAÑA; VILLORIA, Manuel (Dir.) y BEKE, Mike, B. (Coord.), *El marco de integridad institucional en España. Situación actual y recomendaciones*, cit., pp.

superan los límites de nuestro estudio, pero que una política anticorrupción global sin duda debe tener en cuenta.

1.3.1.- El concepto: el elemento subjetivo

La CNUCC parte de un concepto amplísimo de «funcionario público»⁴¹, que incluye a todas las personas en cargos públicos, sean judiciales, ejecutivos o legislativos, sean designados o electos, remunerados o no, permanentes o temporales, y, en general, a cualquier persona, sea física o jurídica, que desempeñe una función pública o preste un servicio público.

Esa noción amplísima nos recuerda a la que, en nuestro ordenamiento jurídico, contiene el Código Penal, que también define de un modo amplio lo que a efectos del propio CP se entiende por «funcionario público»⁴². Si se hace la comparación, ese concepto amplio de funcionario del CP no se ajusta al concepto amplísimo de funcionario público que maneja la ONU, ya que para ello habría que incluir también a algunos de los sujetos que el CP considera «autoridad»⁴³ y aún así podría quedarse corto ya que, por ejemplo, se seguirían excluyendo de ese concepto a algunos sujetos que sí contempla la Convención de Naciones Unidas, como los cargos honoríficos de la Administración, que, al menos según ha interpretado alguna jurisprudencia, no se consideran penalmente ni funcionarios ni autoridad⁴⁴.

19-21. A nivel local, vid. TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, *Local Integrity System (LIS) Assessment Toolkit*, TI, 2014, y HUBERTS, Leo, y SIX, Frédérique E., “Local Integrity Systems. Toward a Framework for Comparative Analysis and Assessment”, *Public Integrity*, vol. 14, núm. 2, 2012 pp. 151-172.

⁴¹ «Artículo 2. Definiciones. A los efectos de la presente Convención: a) Por «funcionario público» se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como «funcionario público» en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por «funcionario público», toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte».

⁴² Art. 24.2 CP: «Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.» El concepto penal de autoridad se define en el apartado previo (24.1 CP). La doctrina penalística al respecto es muy abundante; por todos vid. QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., «El concepto penal de funcionario público», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 27, 1985, pp. 477-508; o más recientemente, del mismo autor, *Derecho penal español. Parte especial*, 6ª ed., Atelier, Barcelona, 2010, pp. 1113-1123.

⁴³ Por ejemplo los alcaldes, que penalmente gozan de esa consideración: vid., por ejemplo, SAP Islas Baleares, sección 2ª, sentencia núm. 51/1997, de 22 de marzo de 1997, ponente D. Eduardo Calderón Susín, FD 1º: «Finalmente, desde los amplios términos con los que, a efectos penales, se define la autoridad y el funcionario público (artículo 119 del Código Penal aplicable y 24 del nuevo texto), ninguna duda se tiene de que el Alcalde es autoridad».

⁴⁴ Es claro al respecto el auto de la AP de Toledo (sección 1ª), núm. 305/2009, de 11 de diciembre, ponente D. Manuel Gutiérrez Sánchez-Caro, que dice lo siguiente refiriéndose a un arquitecto y un aparejador que prestaban sus servicios en un ayuntamiento como técnicos honoríficos a quienes atribuía

Sin embargo, el concepto de funcionario que maneja el Derecho administrativo es mucho más limitado, mucho más estricto, y se refiere a una relación específica de dependencia de personal al servicio de la administración sometida a un régimen jurídico concreto. Por tanto, la gran cantidad de sujetos que abarca el «funcionario» a efectos internacionales no permite tomar directamente en el ámbito interno dicho término para hacer referencia a los sujetos que pueden incurrir en conductas corruptas, y menos a efectos administrativos, por lo que conviene trasladar, a las figuras propias de nuestro ordenamiento, ese concepto amplísimo. Como ya se ha dicho, no se cubrirá a todos los sujetos que contempla la Convención, sino solo a aquellos que son de relevancia en el tipo de corrupción que interesa para el objeto de esta tesis, tal y como ha sido descrito en los párrafos precedentes.

En nuestra opinión, los sujetos se dividen en tres grandes grupos: a) los empleados públicos y los órganos directivos; b) los cargos de gobierno y los órganos superiores de las Administraciones; y c) aquellos otros que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos.

a) Empleados públicos y órganos directivos

Hay que incluir aquí, esencialmente, a todo el personal que desarrolla exclusivamente tareas de ejecución administrativa de forma retribuida y en una Administración pública.

Debemos considerar integrantes de este grupo a las cuatro clases de empleados públicos que a sus efectos recoge la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público (en adelante, EBEP) en su art. 8.2: los funcionarios de carrera (art. 9 EBEP), los funcionarios interinos (art. 10 EBEP), el personal laboral (art. 11 EBEP) y el personal eventual (art. 12 EBEP).

En este grupo hay que tener en cuenta que los funcionarios pueden estar adscritos al servicio de órganos constitucionales (Cortes Generales y Asambleas Legislativas autonómicas, Defensor del Pueblo y órganos equivalentes de las comunidades autónomas, etc.), y que tanto los funcionarios como el personal laboral que haya suscrito un contrato laboral de alta dirección pueden desempeñar altos cargos de

el Ministerio Fiscal sendos delitos de negociaciones prohibidas a los funcionarios: «lo que tipifica ambos tipos [...] y que se recoge en los arts. 339 y 441 del Código Penal, es que el autor tenga indefectiblemente la condición de “autoridad o funcionario público” y los querellados no tienen la una ni la otra». Por otra parte, la sentencia de la AP de Madrid (sección 17ª), núm. 703/2013, de 29 de mayo, ponente Dª. Carmen Lamela Díaz, considera que los dos acusados, arquitectos honoríficos, sí ostentan la condición de funcionarios públicos a efectos penales, al haber sido nombrados por autoridad competente y participar en el ejercicio de funciones públicas (vid. FD 2º). No es objeto de esta tesis abordar la interpretación del Derecho penal pero, particularmente a la vista de la CNUCC, acaso fuera conveniente que los jueces y magistrados de la jurisdicción penal adoptaran esta segunda línea jurisprudencial para interpretar más ampliamente el concepto de funcionario público e incluir a los cargos honoríficos. Sobre esta cuestión nos remitimos a CAPDEFERRO VILLAGRASA, Oscar, “Nuevas respuestas judiciales a la corrupción pública. Análisis desde el Derecho administrativo y el Derecho penal”, donde ya defendimos esta postura.

dirección administrativa si son designados como personal directivo (art. 13 EBEP), pasando a ocupar así órganos directivos con la condición de alto cargo⁴⁵.

La inclusión de estos sujetos tiene su arraigo en algunos apartados del art. 2 CNUCC, en la que entiende por funcionario público, entre otros, a: «toda persona que ocupe un cargo [...] administrativo [...] de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado [...]; [...] y a] toda otra persona definida como «funcionario público» en el derecho interno de un Estado Parte».

b) Cargos de gobierno y órganos superiores

Hay que incluir aquí a todo el personal encargado de la máxima dirección política de las Administraciones territoriales, electo o nombrado por los miembros electos de los órganos de representatividad democrática o por autoridad competente. Nos referimos por tanto a los miembros del Gobierno del Estado, de los órganos de gobierno de las comunidades autónomas y de las entidades que integran la Administración local⁴⁶, así como a los demás órganos que ostenten la condición de órganos superiores, como los Secretarios de Estado o los miembros de la Junta de Gobierno Local⁴⁷.

Es de especial interés incluir a este personal en el ámbito subjetivo de la corrupción porque en ocasiones también ejercen funciones típicamente administrativas más allá de la mera dirección política⁴⁸ y además constituyen, al menos penalmente, el principal grupo de actores de corrupción pública⁴⁹.

⁴⁵ Respecto de la Administración General del Estado, vid. art. 6 Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), y art. 3 Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado.

⁴⁶ Como recuerda el art. 3.3 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), «[b]ajo la dirección del Gobierno de la Nación, de los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas y de los correspondientes de las entidades que integran la Administración Local, la actuación de la Administración Pública respectiva se desarrolla para alcanzar los objetivos que establecen las Leyes y el resto del ordenamiento jurídico».

⁴⁷ Vid. art. 6 LOFAGE y art. 130 Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL).

⁴⁸ Tal y como afirmó Miguel SÁNCHEZ MORÓN, «muchas de las funciones de mera ejecución, pero con un contenido altamente discrecional, como la contratación, el reparto de algunas ayudas o subvenciones, la calificación de suelos, etc. han sido atribuidas a órganos de composición o designación política, sin las necesarias vinculaciones o controles técnicos» SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “La corrupción y los problemas del control de las administraciones públicas”, en LAPORTA, Francisco J. y ÁLVAREZ, Silvina (eds.), *La corrupción política*, Alianza editorial, Madrid, 1997, pp. 189-210, p. 197.

⁴⁹ Manuel VILLORIA y Fernando JIMÉNEZ concluyen que «la corrupción pública en España es, ante todo y a tenor de los datos disponibles, corrupción en el nivel político y no en el nivel administrativo» (VILLORIA, Manuel y JIMÉNEZ, Fernando, “¿Cuánta corrupción hay en España? Los problemas metodológicos de la medición de la corrupción (2004-2011)”, cit., p. 43). En otro sitio, los mismos autores estiman que, a la luz de las memorias de la Fiscalía General del Estado entre 2004 y 2009, la relación de implicados en casos de corrupción pública sería «casi de 100 a 1 entre políticos y empleados públicos» (VILLORIA, Manuel y JIMÉNEZ, Fernando, “La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos”, *Revista española de investigaciones sociológicas*, núm. 138, abril-junio 2012, pp. 109-134, p. 121).

De acuerdo con la CNUCC, el ámbito subjetivo de la corrupción que incluye a «toda persona que ocupe un cargo [...] ejecutivo [...] de un Estado Parte, ya sea designado o elegido».

c) Otros sujetos que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos

Hay que incluir en este grupo a aquellas personas, físicas o jurídicas, que llevan a cabo funciones públicas o prestan servicios públicos sin pertenecer organizativa y estrictamente a una Administración pública.

Este grupo incluye a las personas físicas que ejercen funciones públicas (administrativas) en cargos honoríficos y a las personas jurídicas que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos.

Por personas físicas que ejercen funciones públicas en cargos honoríficos entendemos, en esencia, a lo que se conoce como «técnicos honoríficos», que la jurisprudencia ha definido como «técnicos en distintas ramas de la ciencia que prestan sus servicios en los Ayuntamientos sin "retribución" de clase alguna⁵⁰, ni contrato administrativo que les vincule, ni tienen reconocida normativamente por dichos entes locales la condición de funcionario, o aunque fuera una figura asimilada (a través de la vía de la interinidad)⁵¹».

Esta figura no se recoge en nuestra legislación⁵² y tal vez por eso la jurisprudencia se haya mostrado vacilante y contradictoria en la caracterización de su naturaleza jurídica. Por un lado, la jurisprudencia penal ha discrepado en el momento de atribuir a estos técnicos honoríficos la condición penal de funcionarios públicos: mientras la Audiencia Provincial de Toledo consideró que un arquitecto y un aparejador honoríficos no ostentaban la condición de funcionarios⁵³, ésta sí fue reconocida a dos arquitectos unos años más tarde en una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid⁵⁴ en casos

⁵⁰ La casuística es variada pero por lo general esta función pública honorífica se ejerce «sin sueldo de clase alguna», tal y como afirma el TS (sala de lo contencioso-administrativo) en su sentencia de 17 de marzo de 1981, ponente D. Luis Cabrerizo Botija, en su primer considerando; si bien se conocen casos en que el pleno del ayuntamiento ha establecido para estos profesionales honoríficos una compensación económica por «trabajos periciales de carácter extraordinario» (vid. ATS (sala de lo social, secc. 1ª), de 24 de enero de 2013, ponente D. Fernando Salinas Molina), que entendemos habría que considerar de carácter indemnizatorio y no remuneratorio.

⁵¹ AAP Toledo (secc. 1ª) de 11 de diciembre de 2009, cit., razonamiento jurídico 2º.

⁵² El TS ha dicho sobre la relación de un arquitecto municipal honorífico con el ayuntamiento que lo nombró para dicho cargo que se trata de «una relación que sólo se mueve en las genéricas fronteras del honor, aunque este concepto haya sido utilizado metafóricamente por los interesados, y que no llegue a conformar un propio vínculo estatutario fundido en el molde tradicional de situación funcional o de la contratación administrativa de servicios», STS (sala de lo contencioso-administrativo) de 17 de marzo de 1981, cit., considerando 3º.

⁵³ Vid. AP de Toledo (sección 1ª), núm. 305/2009, de 11 de diciembre, cit., FJ 2º cit.

⁵⁴ «Los acusados eran funcionarios públicos conforme a lo dispuesto en el art. 24.2 del Código Penal que señala expresamente que "se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas". Y es evidente que, conforme a la certificación emitida por el Secretario del

sustancialmente idénticos a nuestros efectos. Por otro lado, la sala de lo contencioso-administrativo del TS, a la vista de la normativa sobre personal al servicio de la Administración, concluyó en sentencia de 17 de marzo de 1981 que la relación entre técnico honorífico y Administración era una «nada jurídica» que escapaba a cualquier relación regulada normativamente y acabó considerando que entre ambos no había más que un arrendamiento de servicios, mientras que en un caso sustanciado ante la jurisdicción social, el TSJ de Galicia consideró que, contrariamente a lo que defendía el ayuntamiento, la relación entre el aparejador municipal honorífico recurrente y la Administración no era de arrendamiento de servicios sino que revestía las notas de ajenidad y dependencia propias de una relación laboral, y estimó la pretensión del primero de declarar la existencia de relación laboral entre ambos⁵⁵.

A pesar de la indeterminación de la figura, lo cierto es que, al menos en algunas regiones del territorio nacional⁵⁶, el recurso a técnicos honoríficos para el ejercicio de

Ayuntamiento de Guadalix de la Sierra, unida al Rollo de Sala, ambos acusados fueron nombrados con fecha 11.11.95 arquitectos honorarios por el Pleno del Ayuntamiento, y por tanto por autoridad competente, siendo públicas sus funciones cuando informaban en los distintos expedientes administrativos que se tramitaban en el Ayuntamiento, pues se encontraban al servicio de un ente público con sometimiento de su actividad al control del derecho administrativo», SAP de Madrid (sección 17ª), núm. 703/2013, de 29 de mayo, cit.

⁵⁵ Recurrida la sentencia del TSJ de Galicia en casación para la unificación de doctrina por parte del Ayuntamiento, el TS inadmitió el recurso en su auto (sala de lo social, secc. 1ª) de 24 de enero de 2013, cit., al no apreciar contradicción entre las resoluciones judiciales comparadas por la parte recurrente, que aporta como contraste una sentencia del TSJ del País Vasco en que se rechazó la existencia de relación laboral en una situación totalmente diferenciada, en que el arquitecto había suscrito con el ayuntamiento correspondiente un contrato de arrendamiento de servicios que implicaba una prestación de servicios llevada a cabo en condiciones de independencia, sin horario ni jornada, y retribuido según lo pactado a través del colegio profesional correspondiente.

Haciendo algo de abstracción, podríamos preguntarnos si se podría decir lo mismo tras comparar la sentencia del TS de 17 de marzo de 1981 y la misma del TSJ de Galicia. Sabemos que, como ha reiterado el TS, solo se puede apreciar contradicción entre pronunciamientos cuando los supuestos son sustancialmente iguales («la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales», por todas vid. STS (sala de lo social, secc. 1ª) de 28 de mayo de 2008, rec. núm. 4913/2006, ponente D. Jordi Agustí Julià). Y bien, ¿es sustancialmente igual, en ambos casos, la relación entre el técnico honorífico y el ayuntamiento? Debemos responder que no se puede afirmar con seguridad si habría o no plena contradicción puesto que carecemos de información suficiente respecto del primer caso: ignoramos, con la mera lectura de los elementos fácticos contenidos en la referida STS de 17 de marzo de 1981, si el arquitecto municipal honorífico facturaba al ayuntamiento gasto alguno derivado de actuaciones extraordinarias ni si disponía de horario fijo de atención al público en las dependencias del ayuntamiento. Con todo ello, nos inclinamos a pensar que seguramente no difieran considerablemente ambas situaciones ya que en esta comparativa sí que ostentan ambos arquitectos la condición de técnicos honoríficos y, además, sendos nombramientos como honoríficos tuvieron lugar en un tiempo muy próximo (ambos en el año 1974), y podría ser que en aquel tiempo los municipios que tuvieran parecidas necesidades de asesoramiento técnico urbanístico siguieran soluciones similares o, cuanto menos, estrechamente comparables.

⁵⁶La propia jurisprudencia se ha hecho eco del importante arraigo de esta figura en algunos puntos de nuestra geografía: «[n]o se puede desconocer la realidad social en este tipo de conductas, como la reiterada utilización por parte de los Ayuntamientos –al menos en esta provincia–, de la figura de los técnicos “honoríficos” (en este caso, arquitectos y/o aparejadores)», AAP Toledo (secc. 1ª) de 11 de diciembre de 2009, cit., razonamiento jurídico 1º. En prensa se ha informado también de acciones emprendidas contra estos honoríficos por parte de colegios de arquitectos de Madrid, Castilla y León y Castilla-La Mancha, vid. MATUTE, Marta, “Rebelión contra los arquitectos honoríficos”, *Cinco Días*, 17

funciones públicas urbanísticas ha sido frecuente⁵⁷ y propicio para la corrupción. En origen, el recurso a ellos se planteó como una solución para que los ayuntamientos con fondos insuficientes para incorporar a técnicos en plantilla pudieran contar con asesoramiento técnico urbanístico⁵⁸, si bien la práctica acabó sirviendo, en palabras de los mismos arquitectos y aparejadores, para «copar los proyectos de obras de los municipios»⁵⁹, informando como técnicos municipales sobre los propios proyectos presentados al ayuntamiento por sus socios o por ellos mismos en su condición de arquitectos privados, práctica que recientemente se ha saldado con la condena en vía penal a dos arquitectos municipales honoríficos (del municipio de Guadalix de la Sierra) como autores de un delito continuado de negociaciones prohibidas a funcionarios por haber informado como técnicos municipales de los proyectos propios presentados como arquitectos privados a través de la empresa de la que eran socios y coadministradores⁶⁰.

Tal y como decíamos antes, además de las personas físicas que ejercen funciones públicas en cargos honoríficos, en este tercer grupo de sujetos también se incluyen las personas jurídicas que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos⁶¹, entre las que hay que hacer una distinción en función de su naturaleza privada o pública.

En primer lugar, hay que referirse a las personas jurídicas privadas. Se incluye aquí a las personas jurídico-privadas que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos, entendiendo como tales a todas aquellas entidades privadas que operan como entidades colaboradoras de las Administraciones públicas en el ejercicio de funciones públicas⁶², así como también las entidades privadas que gestionan servicios públicos de

de abril de 2007.

⁵⁷ En 2007, según una entrevista con el decano del Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid recogida en Cinco Días, el colegio conocía de 140 arquitectos colegiados que trabajaban como honoríficos en 93 ayuntamientos de la comunidad autónoma (de hecho, el artículo periodístico se refiere a ellos como «figura habitual de la sierra madrileña»). También informó que el Colegio recibía anualmente entre 15 y 20 denuncias de arquitectos que se habían sentido discriminados, respecto los proyectos constructivos presentados a los ayuntamientos, por otros arquitectos que ejercían funciones públicas como honoríficos; vid. MATUTE, Marta, “Rebelión contra los arquitectos honoríficos”, cit.

⁵⁸ MATUTE, Marta, “Rebelión contra los arquitectos honoríficos”, cit.

⁵⁹ MANZANO, Andrés, “Los técnicos ‘honoríficos’”, *El País*, 14 de mayo de 1987.

⁶⁰ SAP de Madrid (sección 17ª), núm. 703/2013, de 29 de mayo, cit.

⁶¹ No se pueden dejar de lado a estos sujetos en un estudio sobre corrupción pública, dada su creciente importancia. Así lo apunta Bernardo G. MATTARELLA: «[i]l rischio di corruzione amministrativa non riguarda solo le pubbliche amministrazioni in senso stretto, ma anche molti soggetti privati investiti di funzione pubbliche. [...] è sempre più frequente che funzioni amministrative [...] siano svolte da soggetti privati» (MATTARELLA, Bernardo Giorgio, *Le regole dell'onestà*, cit., p. 36).

⁶² Por ejemplo las entidades privadas colaboradoras en el ejercicio de funciones administrativas de verificación, inspección y control en el ámbito urbanístico que contempla la ley madrileña 8/2009, de 21 de diciembre, de Medidas Liberalizadoras y de Apoyo a la Empresa Madrileña en su DA 2ª; o aquellas entidades privadas que, en las Comunidades Autónomas que así lo dispongan, se encargan de realizar las inspecciones técnicas de vehículos, vid. DA 1ª.2 Real Decreto 2042/1994, de 14 de octubre, por el que se regula la Inspección Técnica de Vehículos. Estas entidades han sido reguladas por primera vez en un texto legislativo con carácter general y transversal en los arts. 91 y ss. de la Ley autonómica 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña; a nivel doctrinal, vid. CANALS I AMETLLER, Dolors, “Las entidades colaboradoras de las administraciones

titularidad de las Administraciones mediante la gestión indirecta en calidad de contratistas⁶³.

Por otro lado, se incluyen también las personas jurídico-públicas que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos, particularmente las sociedades mercantiles públicas que desarrollan alguna de esas dos tareas⁶⁴. Por dar un ejemplo concreto, podemos referirnos a GEURSA⁶⁵, sociedad urbanística que realiza funciones relativas al planeamiento urbanístico en el municipio de Las Palmas de Gran Canaria⁶⁶.

Respecto de este tipo de sujetos, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con el Derecho penal vigente, y tras la reforma operada mediante LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que introduce en el CP el art. 31 bis, las personas jurídicas pueden ser consideradas responsables penales de varios de los delitos que castigan formas de corrupción pública, en particular, el cohecho y el tráfico de influencias⁶⁷. Expresamente, el art. 31 *quinquies* CP excluye de esta responsabilidad penal a la mayor parte de personas jurídicas públicas, pero no a todas. Sí pueden ser penalmente responsables las sociedades mercantiles públicas⁶⁸, entendiéndose por tal a aquellas sociedades en las que la participación, directa o indirecta, en su capital social de las entidades que integran el

públicas catalanas: rasgos definitorios, actuación y régimen de intervención administrativa", en TORNOS MAS, Joaquín (coord.), *Comentarios a la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 593-626.

⁶³ Vid. arts. 275 y ss. Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

⁶⁴ No consideramos relevante, en la prestación de servicios públicos urbanísticos, el papel de las fundaciones públicas, motivo por el que centramos nuestra consideración en las sociedades mercantiles públicas.

⁶⁵ Sociedad Municipal de Gestión Urbanística de Las Palmas de Gran Canaria, S.A.

⁶⁶ Según se podía leer en la sección dedicada a dicha sociedad en la página web del Ayuntamiento de Las Palmas, se incluía en su objeto social en materia de ordenación y gestión urbanística en el ámbito territorial del término municipal de Las Palmas de Gran Canaria lo siguiente: «La realización de estudios urbanísticos y de planeamiento, incluyendo en ellos la redacción de planes de ordenación y proyectos de urbanización, así como, la iniciativa y actuaciones para su tramitación y aprobación», consultable en: <http://www.laspalmasgc.es/views/Ayuntamiento/Organismos%20y%20empresas/paginas/sociedadurbanistica.jsp> (fecha de consulta 25 de noviembre de 2013). A nivel doctrinal, sobre las sociedades municipales de ámbito urbanístico, vid. ARANA GARCÍA, Estanislao, *Las sociedades municipales de gestión urbanística*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

⁶⁷ RUBIO LARA, Pedro Ángel, "Corrupción urbanística y corrupción pública en el Derecho penal: un estudio de la situación tras la reforma de 2010", en VVAA, *La corrupción a examen*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 17-58, p. 41.

⁶⁸ La anterior redacción del precepto solo mencionaba a las «sociedades mercantiles estatales», lo que obligó a una amplia, y acaso forzada, interpretación teleológica por parte de la Fiscalía General del Estado a fin de incluir también dentro de ese precepto a las sociedades mercantiles autonómicas y locales: «La misma interpretación teleológica [...] obliga a efectuar aquí una exégesis extensiva del concepto Estado, entendiéndose por tal todo aquello que lo es, y por tanto también la Comunidad Autónoma, la Provincia y el Municipio» (FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2011. Relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código penal efectuada por la Ley orgánica número 5/2010*, Madrid, 2011, p. 22). Afortunadamente, la nueva redacción solventa la necesidad de interpretación del precepto para abarcar a las demás Administraciones territoriales ya que se refiere a «sociedades de capital públicas» (art. 31 *quinquies*.2 CP).

sector público del ámbito territorial que corresponda, sea superior al 50%⁶⁹.

No hemos encontrado casos dada la reciente introducción en el CP de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero cuanto menos teóricamente sería posible imaginar, por ejemplo, una sociedad urbanística municipal (entendida como una sociedad mercantil propiedad de un ente local que ejerce funciones urbanísticas que no supongan ejercicio de autoridad⁷⁰) cuyo presidente del consejo de administración cobrara un soborno para beneficiar a un privado en la redacción de un plan de ordenación urbanística, delito por el que se podría condenar a la persona jurídica si no ha establecido las medidas oportunas para evitar la comisión de delitos⁷¹.

Este grupo de sujetos, que contiene, como hemos dicho, tanto a las personas físicas que ejercen funciones públicas (administrativas) en cargos honoríficos como a las personas jurídicas que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos, hace referencia a las categorías administrativas que se incluyen en el inciso ii) del art. 2 de la Convención, en el que se contempla que también se entiende por funcionario público a: «toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público».

En resumen, a la vista de estos tres grupos, se incluye en el ámbito subjetivo de la corrupción que aquí se tratará tanto a las personas que ocupan cargos de dirección política de la Administración como de ejecución administrativa (sea de forma directa, a través de órganos integrados en el entramado de la organización administrativa; o indirecta, a través de sociedades mercantiles, de capital público o privado, o desde cargos honoríficos), y a las que nos referiremos, en adelante, como “cargos y empleados públicos”.

1.3.2.- El concepto: el elemento objetivo

Como ya hemos citado, propiamente no se define qué es corrupción en la Convención de Naciones Unidas, sino que se establece, en su lugar, un listado de conductas que constituyen en todo caso corrupción⁷².

⁶⁹ Definición elaborada a partir de la adaptación, para cualquier Administración territorial, de la definición de sociedad mercantil estatal que se contiene en el art. 166.1.c de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones públicas.

⁷⁰ Por mandato expreso de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (en adelante, LOFAGE), no pueden ejercer funciones de autoridad (vid. DA 12ª LOFAGE).

⁷¹ Sobre cómo pueden estos entes eludir la responsabilidad penal y trasladarla al específico empleado que ha realizado la conducta corrupta, nos ocupamos en el Cap. III, apartado 1, donde se analiza la planificación pública anticorrupción y también los programas de autorregulación corporativa de estos entes.

⁷² La CNUCC, técnicamente, contiene conductas relacionadas con la corrupción que los Estados parte deben o pueden tipificar, pues algunas son de tipificación obligatoria y otras opcional (UNODC, *Guía*

Consideramos, sin embargo, que la definición es necesaria, al menos como punto de partida, sin perjuicio de que luego se especifiquen conductas. En consecuencia, hemos optado por ofrecer una definición del término de elaboración propia, inspirada en la lectura de múltiples definiciones contenidas en la literatura científica, que se adapta, como veremos a continuación, a los rasgos característicos de la corrupción que pueden extraerse de la lectura de las distintas previsiones de conductas relacionadas en la Convención.

De acuerdo con nuestra definición, un sujeto con funciones o en cargos públicos⁷³ comete una práctica corrupta cuando solicita, acepta o se proporciona un beneficio indebido, para sí o para terceros, ya sea directa o indirectamente, sirviéndose intencionalmente de su cargo o sus funciones (públicas) en provecho particular y obviando el interés general debido.

A la luz de nuestra definición previa, podemos identificar algunas de las notas características de la corrupción pública aquí tratada:

a) Implica un beneficio indebido:

Se trata de una remuneración o beneficio de cualquier otra índole (regalo de bienes, promoción laboral, posibilidad de contratar en condiciones ventajosas...) no contemplado por la normativa, y que puede ser tanto presente como futuro, es decir, ofrecido en forma de promesa⁷⁴. Se trata de un beneficio cuya obtención constituye una infracción, al tiempo que también puede ser consecuencia de la comisión de una infracción, y, dado su carácter indebido, el sujeto beneficiado «carece, en todo caso, del derecho para su exigencia o percepción»⁷⁵. Este carácter indebido del beneficio se repite, explícita o implícitamente, en todos los artículos de la Convención tenidos en cuenta a efectos de este trabajo⁷⁶.

legislativa para la aplicación de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, Naciones Unidas, Nueva York, 2ª ed., 2012, p. 61). Las conductas corruptas se incluyen de los arts. 15 a 22, pero a nuestros efectos excluirémos el 20 (por referirse al enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos, entendido como significativo incremento patrimonial que no pueda ser razonablemente justificado; artículo que excluimos porque más que a una conducta corrupta, se refiere a un indicio de haber practicado actos de corrupción), y los arts. 21 y 22, que se refieren a actos de corrupción privada, que no es objeto de este trabajo. Además, aunque se trate de un acto de corrupción pública, excluirémos también el art. 16, que contiene la misma conducta del art. 15 (soborno a funcionarios públicos nacionales) pero trasladada al ámbito internacional (soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas), ámbito que no es tampoco objeto de este estudio, circunscrito al Derecho administrativo interno.

⁷³ Incluimos aquí a todos los sujetos listados en el apartado precedente, referido al elemento subjetivo.

⁷⁴ Lo que nos permite incluir el fenómeno del traspaso entre el sector público y el privado (*revolving door*), entendido como la alternancia entre cargos públicos y privados que lleva a cabo una persona que, además, aprovecha el ejercicio de funciones y cargos públicos para beneficiar a las compañías del sector privado para las que ha trabajado o trabajará.

⁷⁵ SAP de Granada (Sección 2ª), núm. 159/2000, de 3 de marzo, ponente D. Eduardo Rodríguez Cano, FD 2º.

⁷⁶ Tan solo el art. 17 de la Convención no incorpora la expresión «beneficio indebido», pero lo cierto es

Es relevante tener presente que para que el «funcionario público» incurra en un soborno o tráfico de influencias punible, de acuerdo con los arts. 15.b) y 18.b) CNUCC basta con la solicitud del beneficio indebido, con independencia de que luego le sea proporcionado y el funcionario efectivamente lo acepte, con lo que, respecto de esos casos, no es necesario que se materialice el beneficio: es suficiente la mera solicitud.

b) El beneficio indebido redunda en provecho particular, sea propio o de terceros:

Con similar literalidad, todas las conductas de corrupción pública recogidas en la Convención ponen énfasis en la nota de que el beneficio puede ser para provecho propio del «funcionario público» corrupto o para otras personas o entidades⁷⁷, del entorno del «funcionario público». Significativamente, la Guía legislativa de la CNUCC pone como ejemplos de esas otras personas a los familiares, y como ejemplo de entidades, a los partidos políticos⁷⁸; y para ambos ejemplos es dable encontrar en nuestra jurisprudencia sentencias que los ilustren⁷⁹.

c) El beneficio indebido se obtiene directa o indirectamente:

En este caso nos referimos a que los beneficios pueden ser recibidos por la persona beneficiada con o sin intermediación. El recurso a la obtención de beneficios indirectamente, que se haría de modo habitual a través de sociedades, sirve para intentar dificultar la vinculación entre las actuaciones del sujeto con cargo o funciones públicas y la obtención del beneficio⁸⁰. En cuanto a los

que es innecesaria en ese caso pues el art. 17 se refiere a conductas de malversación, apropiación indebida y otras formas de desviación de bienes o fondos públicos, que implícitamente contienen el elemento de indebido de lo apropiado o de lo malversado.

⁷⁷ En concreto, refieren: «un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad» (art. 15), «en beneficio propio o de terceros u otras entidades» (art. 17), «un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona» (art. 18) y «un beneficio indebido para sí mismo o para otra persona o entidad» (art. 19).

⁷⁸ «El regalo, la concesión u otro beneficio podrá otorgarse a otra persona, como un familiar, o a una organización política», UNODC, *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción*, cit., p. 67, ap. 197.

⁷⁹ Un ejemplo de acto corrupto en beneficio de familiares se puede encontrar en una sentencia de la AP de Toledo, en que no se aprecia delito en un concejal que, en lugar de abstenerse, votó en un pleno municipal a favor de una modificación puntual de normas subsidiarias de planeamiento urbanístico que legalizaban edificaciones de su madre (y también de su empleador), SAP de Toledo (secc. 1ª), núm. 22/2008, de 10 de abril, ponente Dª. Gema Adoración Ocariz Azaustre. El otro ejemplo, esta vez referido al beneficio de un partido, se puede leer en la sentencia del llamado caso AVE, en que el TS considera inaplicable el tipo de cohecho cuando el beneficio se concreta en la financiación del partido político al que pertenece el funcionario: «Sea lo que fuere no es de recibo considerar beneficio propio el que pueda conseguir un partido político, al que se pertenece o incluso en atención a la posible obtención de cargos futuros», STS (sala de lo penal, secc. 1ª) de 4 de noviembre, rec. núm. 1639/2007, ponente D. José Ramón Soriano Soriano, FD 6º.

⁸⁰ Un ejemplo extraído de la jurisprudencia (sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Pamplona, de 4 de junio de 2009, sentencia núm. 251/2009, ponente D. Emilio Labella Osés) nos muestra el caso del exalcalde del Valle de Egúes condenado por el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios por haber participado como intermediario inmobiliario en la compraventa de una parcela respecto de la cual intervino posteriormente, en ejercicio de sus funciones públicas como alcalde, para otorgar la licencia de

artículos de la CNUCC que ahora interesan, tanto los arts. 15 (soborno) como 18 (tráfico de influencias) hacen referencia explícita a la «promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público» de un beneficio indebido «en forma directa o indirecta».

d) Es intencional⁸¹:

Esta nota también es común a cualquier conducta corrupta: se requiere el elemento volitivo. La Convención recoge, en cada una de las conductas corruptas contenidas en los arts. 15 a 19, el carácter intencional en su comisión⁸².

e) El sujeto actúa prevaleciéndose de su cargo o sus funciones públicas:

Para que haya corrupción tiene que haber un aprovechamiento intencionado, que acaba redundando en un beneficio particular propio o de terceros, de un cargo o función administrativa, sea en concepto de empleado público, de dirigente de la Administración, de prestador de servicios públicos o de ejerciente de funciones públicas. Podemos afirmar que todas las conductas corruptas (públicas) que contiene la CNUCC guardan relación con ese elemento de uso o abuso de funciones o cargo. Cuando uno de los sujetos del apartado anterior obtiene (sea por propia solicitud o por ofrecimiento de tercero) un beneficio indebido para él u otra persona o entidad a condición de que actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones, incurre en la conducta corrupta de soborno (art. 15 CNUCC); si en virtud de su cargo se le confían bienes, fondos o títulos públicos y privados o cualquier otra cosa de valor, que malversa, se apropia o desvía de cualquier modo, comete los actos recogidos en el art. 17; mientras que si por su cargo (relación jerárquica) o a través de sus funciones puede influir en una persona para obtener de una administración o autoridad un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra

construcción de un apartahotel, concedida, por cierto, en contra de la normativa urbanística (por lo que es condenado, además, por un delito de prevaricación). Una de las singularidades de este caso es que, justamente para tratar de ocultar la incompatibilidad de funciones públicas y privadas dentro del mismo municipio, el alcalde instrumentalizó un aparato societario para la satisfacción de los pagos por sus servicios privados. En palabras del propio juez:

«Su interés en ocultarse incluso para las empresas que le pagan denota más que un ánimo de proteger su persona (hecho lógico) un ánimo de pasar desapercibido para que no se tenga en cuenta su nombre a la hora de recibir pagos por los negocios realizados. [...] Nada relevante aporta esta declaración al delito enjuiciado salvo el permanente intento del acusado de mantenerse «oculto» en las negociaciones y de mantener una empresa que sólo servía para recibir el dinero sin poseer infraestructura alguna. [...] Por otro lado, ha quedado acreditado con la prueba practicada en la vista que el acusado realizó la conducta de intermediación a pesar de ser consciente de su posición de alcalde, ocultando su intervención en la compraventa y derivando los pagos obtenidos por ella a través de dos empresas, y recibiendo finalmente por su intervención en la operación la nada desdeñable cifra de 23 millones de pesetas.» (FD 9º.)

⁸¹ Juli PONCE SOLÉ ya ha insistido en este elemento de intencionalidad necesaria, aunque tomando el concepto penal del dolo: «[I]a corrupción es una mala administración o un mal gobierno consistente en una ilegalidad dolosa», PONCE SOLÉ, Juli, “La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración”, cit., p. 103.

⁸² Por ejemplo, el art. 19 (abuso de funciones) dispone: «[...] tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el abuso de funciones o del cargo».

persona, incurre en tráfico de influencias (art. 18 CNUCC); cuando en el ejercicio de sus funciones realiza u omite un acto en violación de la ley con el fin de obtener un beneficio indebido para sí u otra persona o entidad, comete un abuso de funciones (art. 19 CNUCC).

f) Se obvian, que no necesariamente contradicen, los intereses generales:

Los intereses que motivan la actuación del sujeto con cargo o funciones públicas no son los intereses generales, cuya consecución justifica la atribución de tales funciones o cargo, sino los particulares, sean propios o de otras personas, físicas o jurídicas. Creemos oportuno destacar que en los casos de corrupción se obvian los intereses generales, aunque no necesariamente se contradicen. Es decir, no son determinantes para la toma de decisiones de los sujetos corruptos; los intereses determinantes son los intereses particulares, pero ello no impide que la consecución del interés particular pueda resultar, también, en la satisfacción de uno general, como pone de manifiesto, por ejemplo, la SAP de Zamora (sección única), núm. 25/1999, de 3 de mayo, ponente D^a. María Esther González González, en que un alcalde vota en la adjudicación de contratos a la empresa de la que es administrador, siendo esta la que había presentado la oferta más beneficiosa para el ayuntamiento.

g) Supone, en todo caso, una ilegalidad⁸³:

Las normas jurídicas son las que recogen qué conductas se consideran

⁸³ Somos conscientes de que esta nota característica que atribuimos a toda corrupción es, acaso, la que puede ser tenida como más controvertida. La vinculación de la corrupción con la ilegalidad es propia de lo que parte de la doctrina ha llamado «perspectiva formal o jurídica», y sobre la que se han advertido ciertas deficiencias sobre todo desde el campo de la ética, en la medida en que podría haber prácticas consideradas como éticamente corruptas no prohibidas por la ley, y «puede haber actos ilegales que sean éticos si la ley es una ley injusta» (RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, “Sobre la corrupción: un análisis multidisciplinar”, *Rivista do direito*, UNISC, núm. 41, nov.-dic., 2013, pp. 110-168, en particular, pp. 126-127). Por descontado, la asociación entre corrupción e ilegalidad es propia de los estudios jurídicos (sin ir más lejos, nuestra construcción del concepto de corrupción parte de una norma jurídica aprobada por Naciones Unidas que promueve la tipificación de las conductas que entiende como manifestaciones de la corrupción), aunque no exclusiva sino que, como nos recuerda Manuel VILLORIA, una de las aproximaciones politológicas a la corrupción parte de dicha vinculación y entendería la corrupción como «toda acción tomada por un empleado público en el ejercicio de su cargo, que se desviara de las obligaciones jurídicamente establecidas para el mismo por razones de interés privado –familiar, personal, de *clique* [camarilla]... –, con beneficios pecuniarios o de *status*», o tal y como la entendió Joseph S. NYE, «cualquier violación de las normas contra el uso abusivo de cargo público en beneficio privado» (VILLORIA MENDIETA, Manuel, *Ética pública y corrupción: curso de ética administrativa*, Tecnos-UPF, Madrid, 2000, p. 25). Hay que entender, siguiendo a autores como Oscar KURER o Bo ROTHSTEIN y Jan TEORELL, que la obligación normativa violada puede ser también un principio jurídico que orienta la actuación en el ejercicio de funciones públicas, como el de imparcialidad (ROTHSTEIN, Bo, “Anti-corruption: the indirect ‘big bang’ approach”, *Review of international political economy*, núm. 18, vol. 2, 2011, pp. 228-250, p. 230). Por último, tal y como nos recuerda Manuel VILLORIA, el recurso a definiciones de corrupción no centradas en el incumplimiento de normas jurídicas sino en el mercado, solo suele usarse «allí donde no existe un desarrollo jurídico suficientemente elevado como para poder categorizar adecuadamente todas las conductas corruptas», o cuando se pretende realizar un análisis económico de la corrupción (VILLORIA MENDIETA, Manuel, *Ética pública y corrupción*, cit., p. 25).

como corruptas en una determinada sociedad⁸⁴. Por descontado, esas normas no son solo las normas penales que tipifican como delitos contra las Administraciones públicas las manifestaciones más flagrantes de la corrupción (vid. Tít. XIX, Libro II CP). El ordenamiento jurídico, y específicamente el jurídico-administrativo, también incluye otras normas que serán vulneradas aun cuando la corrupción no tenga suficiente relevancia como para ser castigada penalmente⁸⁵: en primer lugar, hay todo un conjunto de infracciones y sanciones disciplinarias del orden administrativo referido a la represión de las conductas intencionales de aprovechamiento del cargo público para obtener un beneficio particular indebido (ej. art. 95.2.j EBEP), que contienen todos aquellos comportamientos no tolerados cuya consecuencia es el castigo disciplinario personal del infractor. Además, se establecen una serie de obligaciones que deben ser observadas en el ejercicio de funciones públicas (como las prohibiciones de realizar ciertas actividades privadas seguidamente al, o simultáneamente con, el ejercicio de determinadas funciones públicas; o la abstención en los procedimientos), así como unos principios que deben inspirar la actuación de empleados y cargos públicos (como la imparcialidad, vid. arts. 103.3 CE, 52 EBEP o 26.2.a.3º Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno).

Un claro ejemplo de cómo las normas jurídicas señalan qué entender por corrupción se puede encontrar en la sensible cuestión de los regalos. Las previsiones normativas sobre regalos tratan de delimitar la línea a partir de la cual los mismos podrían constituir una auténtica amenaza para la imparcialidad del empleado público y pasarían a ser auténticos sobornos⁸⁶. Si en el

⁸⁴ Por sociedad nos referimos tanto a las comunidades nacionales como a la internacional, pues recordemos que la sociedad internacional cuenta también con un Derecho propio. En la materia que aquí estudiamos, ya se ha destacado el preeminente papel de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción de 2003, norma que, como también se ha dicho anteriormente en este mismo capítulo, tipifica las conductas que entiende constituyen manifestaciones de la corrupción.

⁸⁵ Hay muchas resoluciones judiciales en las que el juez o tribunal estima que los hechos (de corrupción pública) objeto de discusión revisten cierta gravedad y suponen una actuación ilícita, pero sin trascendencia penal. Un ejemplo de ello se encuentra en la STS (sala de lo penal, secc. 1ª) de 25 de abril de 2008, rec. núm. 2054/2007, ponente D. Julián Sánchez Melgar, en que, al analizar el caso de un alcalde que no se abstuvo en el otorgamiento de una licencia de obras respecto de la cual había elaborado el proyecto de obra en concepto de arquitecto privado, recuerda el TS que la falta de abstención solo excepcionalmente requiere un control penal, y no aprecia en los hechos enjuiciados un delito de prevaricación. En otros países de nuestro entorno se pueden encontrar sentencias similares, donde la actuación de empleados o cargos públicos encaja en la descripción de tipos penales que sancionan la corrupción pública pero que el daño que causan al bien jurídico protegido es irrelevante, y se entiende que no tienen trascendencia penal. Dos sentencias de la Corte Suprema di Cassazione (sección VI, Penal) italiana son ilustrativas al respecto. La sentencia n. 35150, de 9 de junio, rel. Dott. Nicola Milo, no castiga por el delito de peculado (art. 314 Codice penale) a un alcalde que fotocopió algunos libros para uso personal con el material del ayuntamiento al considerar que el coste derivado del uso de material de papelería y la energía utilizada para el funcionamiento de la fotocopidora no era de un apreciable valor económico y no suponía por tanto un grave perjuicio a la integridad del patrimonio de la Administración pública. La sentencia n. 41709, de 19 de octubre de 2010, rel. Dott. Giorgio Colla, llega a la misma conclusión respecto de un empleado público que utilizó el teléfono de su puesto de trabajo para realizar llamadas personales que, tras dos años, su coste conjunto era, aproximadamente, de 75 euros.

⁸⁶ ROSE-ACKERMAN, Susan, "The law and economics of bribery and extortion", cit., p. 221.

ordenamiento se recogiera que los empleados públicos y los altos cargos y miembros del gobierno de una determinada Administración no pueden aceptar regalos cuyo valor económico no supere los 300 euros⁸⁷, esa norma estaría señalando, pues, que aceptar los regalos de valor superior a esa cuantía sería cuanto menos un potencial soborno y una fuente de corrupción.

Aunque aceptamos que toda corrupción es aquella que las normas señalan como tal, no por ello podemos dejar de advertir que esta concepción da pie a que disparidades de criterios normativos emborronen los perfiles de la corrupción, lo cual, por lo general, será una consecuencia natural de la convivencia, en un mismo ordenamiento jurídico, de normativa general y especial por un lado, y estatal, regional o local por el otro⁸⁸. Tampoco podemos dejar de advertir el fenómeno de la captura del Estado o del regulador: puede que, mediante manifestaciones propias de la corrupción, un grupo (empresas financieras, energéticas, partidos políticos...) haya logrado una normativa que ampare prácticas que, de no haber sido por esta influencia, serían ilícitas.

Resulta pertinente hacer algunas consideraciones finales, relativas a la relación entre corrupción y otros conceptos jurídico-administrativos, una vez vista la definición de corrupción.

⁸⁷ No obstante recuérdese que nuestra legislación, lejos de aclarar los límites de qué regalos podrían ser aceptados por el personal al servicio de las administraciones –o en su dirección política–, recurre a un incierto y confuso concepto jurídico indeterminado: tanto el EBEP (art. 54.6) como la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (art. 26.2.b.6º) establecen que deben ser rechazados los regalos que superen «los usos habituales, sociales y de cortesía».

⁸⁸ Un ejemplo de esta disparidad se puede ver claramente en la obligación de abstención durante el procedimiento administrativo. En materia de expropiación forzosa, el reglamento estatal (Decreto de 26 de abril de 1957 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa) prevé en su art. 32.3 que «los miembros del Jurado de Expropiación deberán abstenerse de intervenir en las valoraciones cuando el expediente sometido al mismo afecte a parientes dentro de cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con aquéllos, o cuando tengan algún derecho o interés sobre los bienes objeto de expropiación», previsión que, por lo demás, está en consonancia con algunos de los supuestos de abstención generales reconocidos en el art. 28 LRJPAC. La disparidad que advertía se da, en este caso, respecto del Derecho autonómico. Así, cuando la norma catalana aborda la misma cuestión, esto es, las causas de abstención específicas que deben observar los miembros del órgano administrativo encargado de la fijación del justiprecio de las expropiaciones (en este caso, evidentemente, solo respecto de las sustanciadas en Cataluña), establece que «[l]os miembros del Jurado de Expropiación de Cataluña tienen la obligación de abstenerse en caso de interés, directo o indirecto, en relación con el bien o derecho expropiado. En ningún caso pueden actuar como miembros del Jurado las personas que tienen algún derecho, obligación o carga en relación con el bien o derecho expropiado o con los arrendatarios. Las causas de abstención se extienden a los casos en que el derecho, la obligación o la carga la tengan los cónyuges o las parejas de hecho o los familiares de los miembros del Jurado, hasta el cuarto grado de consanguinidad o de afinidad» (art. 5.2 Ley catalana 9/2005, de 7 de julio, del Jurado de Expropiación de Cataluña). La diferencia fundamental estriba en que, en el caso catalán, también será corrupto el miembro del jurado de expropiación que intervenga en un procedimiento que afecte al cónyuge o a un pariente dentro del tercer y cuarto grado de afinidad, lo que no sucede respecto de los jurados regidos por el reglamento estatal de expropiación forzosa ni en otras materias en que solo se aplique el art. 28 LRJPAC, artículo en que, por ejemplo, en su apartado 2.b tampoco se hace referencia al cónyuge o pareja de hecho, o parientes dentro del tercer y cuarto grado por afinidad.

1.3.3.- La corrupción y su relación con otros conceptos jurídico-administrativos

- Desviación de poder: la corrupción constituye una desviación de poder⁸⁹, en la medida en que supone el ejercicio de potestades administrativas atribuidas por la norma correspondiente para servir con objetividad determinados intereses generales (art. 103 CE) en consecución no de dichos intereses sino de intereses particulares, con la finalidad de generar un beneficio particular indebido. Como bien ha advertido Juli PONCE, la corrupción sería solamente un tipo específico de desviación de poder y, por tanto, «no siempre que hay desviación de poder hay corrupción»⁹⁰. En efecto, habría desviaciones de poder constitutivas de corrupción, que se incluirían entre las denominadas “absolutas”, en las que el cargo o empleado público se separaría totalmente del interés público, y su actuación respondería únicamente a motivos e intereses particulares, como el lucro personal; mientras que habría otras desviaciones de poder, como las denominadas “relativas”, en las que el ejercicio de la potestad se separaría del interés general previsto por la norma habilitante pero, en su lugar, el órgano competente no perseguiría un interés particular sino una finalidad de interés general distinta a la prevista por la norma⁹¹, lo que no constituiría, en consecuencia, corrupción.
- Buena administración y buen gobierno, o mala administración y mal gobierno: uno de los múltiples contenidos que integran la buena administración, tanto en la vertiente de principio como en la de derecho allá donde se ha regulado, es la objetividad e imparcialidad con que los poderes públicos deben tratar los asuntos⁹². En cuanto al buen gobierno, el ordenamiento jurídico español ha entendido que, entre los principios que integran ese buen gobierno, figura el servicio al interés general y el principio de imparcialidad, «de modo que [los miembros del Gobierno de la Administración General del Estado y sus altos cargos] mantengan un criterio independiente y ajeno a todo interés particular»⁹³. Por tanto, buena administración y buen gobierno están vinculados a la imparcialidad y la objetividad en la actuación de los órganos de ejecución administrativa y de dirección política de la Administración. Sin embargo, la

⁸⁹ Definida en el art. 70.2 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA), como «el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico».

⁹⁰ PONCE SOLÉ, Juli, “La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración”, cit., p. 103.

⁹¹ Sobre los distintos tipos de desviación de poder, con cita de jurisprudencia en materia urbanística, vid. TRAYTER, Joan Manuel, *Derecho urbanístico de Cataluña*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 345-346.

⁹² Por todos, art. 41.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, art. 30.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña según su redacción tras la aprobación de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña y art. 5.1.b de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.

⁹³ Art. 26.2.3º Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

corrupción, como hemos visto, supone la intromisión de intereses particulares en la actuación de empleados y cargos públicos, implicando, en consecuencia, una mala administración y un mal gobierno. Por otro lado, conviene advertir que aunque la corrupción siempre va unida a una mala administración y a un mal gobierno⁹⁴, no toda mala administración o mal gobierno suponen corrupción, pues como hemos dicho el elemento de objetividad e imparcialidad solo es uno de los múltiples que configuran tanto la buena administración como el buen gobierno.

- Conflicto de intereses: el conflicto de intereses es aquella situación que se da en los empleados o cargos públicos cuando, en el ejercicio de sus funciones públicas, concurren dos tipos de intereses contrapuestos: por un lado, los intereses públicos cuya consecución tienen legalmente encomendada; por el otro, sus intereses privados⁹⁵. Ante ese conflicto de intereses, la actuación llevada a cabo por el empleado o cargo público puede ser conducente a hacer prevalecer los intereses generales en su actuación o bien puede estar encaminada a la prevalencia de los intereses privados personales⁹⁶. El conflicto de intereses no supone en sí un acto corrupto sino que se trata de una situación de mero riesgo de corrupción⁹⁷, ante la cual la persona en quien concurre el conflicto de intereses debería utilizar los mecanismos jurídicos que en cada caso corresponda para evitar que dicho conflicto de intereses desemboque en una violación de sus deberes legales y en un aprovechamiento indebido del ejercicio de funciones

⁹⁴ Así lo ha afirmado Juli PONCE: «[l]a corrupción es una mala administración o un mal gobierno consistente en una ilegalidad dolosa», en PONCE SOLÉ, Juli, “La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración”, cit., p. 103.

⁹⁵ Pueden consultarse varias definiciones. Por su relevancia, me parece importante resaltar aquí dos definiciones extraídas, respectivamente, de una de las principales instancias internacionales que ha abordado el fenómeno y de uno de los más destacados especialistas de la doctrina científica en la materia. Son las siguientes: «[a] “conflict of interest” involves a conflict between the public duty and private interests of a public official, in which the public official’s private-capacity interests could improperly influence the performance of their official duties and responsibilities», OCDE, *Managing conflict of interest in the public service. OECD guidelines and country experiences*, OCDE, París, 2003, p. 58. En consonancia con esa definición de la OCDE, Bernardo Giorgio MATTARELLA entiende que «il conflitto di interessi è una situazione di contrasto o divergenza tra interessi, che impedisce la soddisfazione di entrambi gli interessi e fa temere che uno di essi pregiudichi illegalmente l'altro, indipendentemente dal fatto che questo pregiudizio concretamente si verifichi», MATTARELLA, Bernardo Giorgio, *Le regole dell'onestà*, cit., p. 90. Una definición en nuestro Derecho positivo se puede encontrar en el art. 4.1 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado: «A los efectos de esta ley, hay conflicto de intereses cuando los altos cargos intervienen en las decisiones relacionadas con asuntos en los que confluyen a la vez intereses de su puesto público e intereses privados propios, de familiares directos, o intereses compartidos con terceras personas.»

⁹⁶ «Agire in conflitto di interessi, dunque, significa agire nonostante il contrasto tra gli interessi, i quali siano in modi diversi riconducibili all'agente. Non significa necessariamente agire in modo distorto, facendo prevalere l'interesse proprio su quello, altrui o collettivo, che si sarebbe dovuto curare: questa indebita prevalenza è la possibile conseguenza negativa del conflitto di interessi, ma non è il conflitto di interessi», MATTARELLA, Bernardo Giorgio, *Le regole dell'onestà*, cit., p. 91.

⁹⁷ «While a conflict of interest is not ipso facto corruption, there is increasing recognition that conflicts between the private interests and public duties of public officials, if inadequately managed, can result in corruption», OCDE, *Managing conflict of interest in the public service*, cit., p. 22.

públicas para la satisfacción de intereses privados⁹⁸. Por tanto, la corrupción implica siempre una situación previa de conflicto de intereses, aunque solo será apreciable la corrupción cuando tal conflicto de intereses se resuelva en favor del interés privado, contraviniendo así el ordenamiento jurídico⁹⁹.

- Ilegalidad de la actuación administrativa: la relación entre corrupción e ilegalidad es, en nuestra opinión, algo más compleja que las demás relaciones de conceptos hasta aquí expuestas, por darse a un triple nivel: en primer lugar, las actuaciones corruptas suponen en todo caso la comisión de una conducta ilegal; en segundo lugar, tales conductas ilegales llevan aparejada la ilegalidad de los actos administrativos dictados; y, en tercer lugar, a veces, dichos actos, constituyen en sí mismos una ilegalidad. Seguidamente exponemos con mayor detalle esta triple relación entre ilegalidad (administrativa) y corrupción.

Una actuación de las que consideramos corruptas supone siempre y en todo caso una violación del ordenamiento jurídico administrativo, tal y como acabamos de indicar como última nota característica de la corrupción –letra g)–¹⁰⁰, por haberse infringido las obligaciones en la actuación de empleados y cargos públicos o por haber infringido los principios rectores de su actuación, infracciones que, en los casos en que así esté previsto legalmente, pueden ser castigadas con una sanción disciplinaria. Además, tales infracciones pueden suponer la comisión de un delito de los del Libro II Tít. XIX CP, siempre y cuando entrañen trascendencia penal. En efecto, como hemos dicho, las conductas corruptas, clasificadas por la Convención, se encuentran recogidas en los diversos artículos del Tít. XIX del CP, relativo a los delitos contra las Administraciones públicas. Por tanto, la consecuencia administrativa más evidente derivada de una actuación corrupta es que, en caso de que el ejercicio de las funciones públicas que corresponda implique la producción de actos

⁹⁸ Por ejemplo, si un miembro del órgano administrativo colegiado que adjudica un contrato es, al mismo tiempo, propietario de una de las empresas licitadoras, debería hacer uso del instituto jurídico de la abstención y no participar en la votación para la adjudicación llevada a cabo en el seno del órgano colegiado. Un supuesto fáctico así puede encontrarse en la STS (sala de lo contencioso-administrativo, sección 7ª) de 18 de febrero de 2013, recurso núm. 5059/2009, ponente D. José Díaz Delgado.

⁹⁹ «By contrast, where an official has acted improperly or corruptly so as to receive a bribe or to give an illegitimate advantage to a family member (etc.), it would be preferable to treat the matter as “abuse of office”, or as corruption (depending on the specific circumstances), rather than as a conflict-of-interest situation, even though a conflict of interest was fundamental to the corrupt conduct», OCDE, *Managing conflict of interest in the public service*, cit., p. 59.

¹⁰⁰ Así lo han considerado también otros autores, como Alfonso SABÁN GODOY: «resulta indispensable señalar que toda conducta corrupta es una conducta ilegal y ello por oponerse siempre al tenor de la ley y baste al respecto ratificar la cita anterior del precepto constitucional. [Se refiere al art. 103 CE, donde se encomienda a la Administración el servicio de los intereses generales con objetividad.]», SABÁN GODOY, Alfonso, *El marco jurídico de la corrupción*, cit., p. 17, o Robert KLITGAARD: «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», KLITGAARD, Robert, *Controlando la corrupción. Una indagación práctica para el gran problema de fin de siglo*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1994, p. 11.

administrativos, éstos serán inválidos¹⁰¹, pudiendo ser nulos de pleno derecho de acuerdo con el art. 62.1.d de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), según el cual serán nulos de pleno derecho tanto los actos constitutivos de infracción penal como los dictados a consecuencia de una infracción penal¹⁰²; o bien podrán ser anulables (art. 63.1 LRJPAC) en caso de que sobre la actuación corrupta no haya recaído sentencia penal, sea porque la conducta no se considera penalmente relevante o porque no se plantea el enjuiciamiento de la cuestión en sede penal, en la medida en que el acto supone una infracción de los preceptos tanto constitucionales como legales que intentan preservar la objetividad del servicio de intereses públicos por parte de la Administración y la imparcialidad de sus empleados y cargos.

La práctica corrupta puede tener como finalidad tanto que el empleado o cargo público realice una actuación legal como una actuación ilegal, a pesar de ser más frecuente este segundo supuesto¹⁰³. Tal y como ha expresado Alejandro NIETO,

«[e]l objeto más corriente de la corrupción es una decisión ilegal [...]. Recuértese, no obstante, que no toda ilegalidad es obra de corrupción, puesto que el administrador público puede equivocarse.[...] De la misma forma que [...] no todas las ilegalidades proceden de una corrupción, sucede que no todas las corrupciones persiguen una ilegalidad. También existe efectivamente corrupción cuando lo que pretende el corruptor es que el administrador público realice una acción legal»¹⁰⁴.

¹⁰¹ Recuértese que, en aplicación del art. 57.1 LRJPAC, los actos administrativos tienen presunción de validez e, incluso siendo ilegales, son de obligado cumplimiento en tanto su ilegalidad no sea declarada por la sentencia o acto correspondiente, sin perjuicio de los efectos, *ex tunc* o *ex nunc*, que pueda tener dicha declaración. Por todos, vid. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo. Parte general*, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2014, p. 565.

¹⁰² En este caso, un acto que tiene su causa en un soborno.

¹⁰³ Nuestra jurisprudencia ofrece, de nuevo, ejemplos de ambas variantes. Sin movernos del ámbito urbanístico, en la actividad de otorgamiento de licencias es dable encontrar supuestos en que la corrupción tiene por finalidad la concesión de licencias tanto contrarias como conformes a Derecho. En la ya citada sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Pamplona, de 4 de junio de 2009, se condena a un alcalde que, entre otras actividades delictivas, otorgó a sabiendas de su injusticia una licencia de obras contraria a los instrumentos de planeamiento a una sociedad mercantil respecto de una finca que la mercantil había adquirido por intermediación (cuantiosamente cobrada) del mismo alcalde (vid. FD 13º). Un ejemplo en el otro sentido se encuentra en la SAP de Málaga (secc. 8ª) de 18 de enero de 2012, rec. núm. 1011/2010, ponente D. Pedro Molero Gómez, donde se expone el caso del alcalde y el concejal de urbanismo de Alhaurín el Grande, que, de mutuo acuerdo, solicitaban el pago de sobornos a cambio de otorgar licencias de obras de construcción conformes al ordenamiento urbanístico y por tanto a las que tenían derecho los empresarios y promotores inmobiliarios solicitantes. Como constata el tribunal,

«[s]u plan de actuación no era otro que aprovecharse de una confusión, en cierto modo promovida y fomentada por ellos mismos [...] sobre la legislación urbanística aplicable al Ayuntamiento de Alhaurín El Grande, de tal manera que suscitando el error en el particular, que cree que debe pagar u ofrecer dádiva para conseguir aquello a lo que tiene derecho, o empleando engaño los acusados, le exigen al particular la dádiva ocultándole que sin ella el asunto debería, legalmente, resolverse de igual manera, o movido por miedo el particular - fomentado o no por los acusados- de que si no le ofrece una dádiva el asunto se resolverá de otro modo, o se le impediría el disfrute del acto (en este caso una licencia de obras) ya concedido, se explica la conducta relatada en los hechos probados de esta resolución judicial, y que no es otra que el pago de una cantidad de dinero por un acto conforme a Derecho.» (FD 3º).

¹⁰⁴ NIETO, Alejandro, *Corrupción en la España democrática*, cit., pp. 192-193.

Un ejemplo claro podría ser el que ofrece la Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Madrid de 10 de julio de 2007, en la que resulta probado que un aparejador municipal aceptó el pago de 20 millones de pesetas a cambio de informar favorablemente unas licencias de obras contrarias a la normativa urbanística que habían sido solicitadas por una empresa¹⁰⁵.

En resumidas cuentas, la corrupción siempre supone una ilegalidad, como ya habíamos dicho, y, además, en ocasiones busca a su vez que se dicten por parte de la Administración actos de por sí ilegales, mediando, así, una ilegalidad (por ejemplo, el soborno) para conseguir otra (por ejemplo, una licencia de obras contraria al planeamiento).

Visto y delimitado ya en suficiente grado de detalle el alcance de lo que a nuestros efectos entendemos por corrupción pública, es preciso ahora concretar ese concepto general en el tipo de corrupción pública que en especial nos interesa: la corrupción urbanística.

1.4.-En particular, el concepto de corrupción urbanística

El politólogo Fernando JIMÉNEZ, autor de numerosas obras sobre corrupción urbanística e ineludible referencia en la materia, entiende, concretando la corrupción pública en el ámbito urbanístico, que:

«se trataría de que las decisiones que toma la autoridad competente en este terreno (clasificación del suelo como apto o no apto para la urbanización y la edificación, calificación de los diferentes usos del suelo como residencial, industrial, agrícola, etc., permisos para la edificación, etc.) se pongan fundamentalmente al servicio de su exclusivo interés particular en lugar de al servicio del interés público de la comunidad en cuyo bienestar deben repercutir tales decisiones»¹⁰⁶.

No obstante, esta definición no termina de encajar, ni subjetiva ni objetivamente, con lo que aquí interesa estudiar. Al poner el énfasis en el aspecto decisorio y en el término «autoridad», se limita a lo que suele denominarse «corrupción política»¹⁰⁷, entendida en palabras de Manuel VILLORIA y el propio Fernando JIMÉNEZ como aquella «en la que

¹⁰⁵ SAP de Madrid (Sección 4ª) de 10 de julio de 2007, núm. 97/2007, ponente D. Juan José López Ortega.

¹⁰⁶ JIMÉNEZ, Fernando, “Corrupción urbanística”, *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, núm. 6, marzo-agosto 2014, pp. 217-223, p. 218.

¹⁰⁷ De hecho así se evidencia en anteriores trabajos del mismo autor en que se presenta ya esa definición, y donde figura en un apartado significativamente titulado «corrupción política y urbanismo» o «political corruption and urban development», vid. JIMÉNEZ, Fernando, “Boom urbanístico y corrupción política en España”, en PÉREZ-DÍAZ, Víctor (coord.), *Modernidad, crisis y globalización: problemas de política y cultura*, Cajamar, 2008, pp. 263-285, p. 264; y JIMÉNEZ, Fernando, “Building boom and political corruption in Spain”, *South European society and politics*, vol. 14, núm. 3, 2009, pp. 255-272, p. 256.

están implicados responsables políticos, sean electos o nombrados por razones de confianza política»¹⁰⁸. Por tanto, en su vertiente subjetiva, parece que dejaría fuera a algunos sujetos (empelados públicos y particulares que ejercen funciones públicas) que participan en buena medida en la corrupción urbanística, como los arquitectos municipales, y que deben ser incluidos en este estudio.

Otro posible límite que encontramos para utilizar esa definición en este trabajo estriba en que difícilmente podría justificarse que el beneficio buscado por quien ejerce funciones urbanísticas deba ser necesariamente para su exclusivo interés particular¹⁰⁹, ya que existen casos juzgados en nuestros tribunales, como enseguida se verá, en que el interés se consigue para un familiar o un grupo al que se pertenece, habitualmente un partido político.

Por tanto, a pesar de que a efectos de algún otro estudio sobre corrupción urbanística haya servido esa definición¹¹⁰, estimamos conveniente proceder, una vez más, a la confección de una definición propia que englobe en todas sus posibles manifestaciones aquello que a nuestro juicio es corrupción urbanística, delimitando así el objeto específico de estudio en esta tesis.

La corrupción urbanística no es más que un tipo específico de corrupción pública cuya especificidad recae únicamente en el ámbito de actividad administrativa material en cuyo ejercicio se origina; tanto es así que, como expresión sinónima, podríamos hablar de corrupción en el urbanismo. En consecuencia, si recopilamos los rasgos definatorios de la corrupción pública que hemos expuesto en el apartado anterior y los trasladamos al sector material del urbanismo, podemos ofrecer un concepto apropiado que delimitará con precisión el fenómeno en el que se centrará nuestro análisis en lo sucesivo.

A nuestros efectos, entendemos que existe corrupción urbanística cuando un sujeto que ejerce funciones (públicas) urbanísticas solicita, acepta o se proporciona un beneficio indebido, para sí o para terceros, ya sea directa o indirectamente, sirviéndose intencionalmente de su cargo o sus funciones (públicas y urbanísticas) en provecho particular y obviando el interés general debido.

Así, esta definición intenta cubrir todos los sujetos y conductas corruptas que pueden darse en materia urbanística. Por poner algunos ejemplos, sin perjuicio de cuanto luego se verá, en esta definición caben circunstancias tan variadas como la aceptación, por

¹⁰⁸ VILLORIA, Manuel y JIMÉNEZ, Fernando, “La corrupción en España (2004-2010)”, cit., p. 115.

¹⁰⁹ No podemos dejar de observar que Fernando JIMÉNEZ no ignora que el beneficio puede ser para otros sujetos cuando define la corrupción en general, sobre la que dice que «consiste siempre en el uso abusivo que un agente hace del poder que le ha sido confiado con el objetivo de obtener algún tipo de ganancia fraudulenta directa o indirecta, material o no, para sí mismo o para alguien cercano», vid. JIMÉNEZ, Fernando, “Corrupción urbanística”, cit., p. 218.

¹¹⁰ P. ej., CORRAL ESCARIZ, Vicente, *La lucha contra la corrupción urbanística en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 36.

parte de un concejal de urbanismo, de un regalo de muy elevado valor ofrecido (en atención al cargo del primero) en navidades por un promotor de la localidad; la solicitud de un soborno, por parte de la persona encargada de las inspecciones urbanísticas, a los propietarios de obras irregulares o edificios fuera de ordenación a cambio de no incluir tal información en el informe de inspección o no incoar el correspondiente expediente sancionador o de disciplina urbanística; la no abstención de un alcalde que, en el pleno de la corporación, vota en favor de la aprobación provisional de un instrumento de planeamiento urbanístico que afecta a terrenos de una sociedad que posee su cónyuge; o la emisión, por parte de un arquitecto municipal, de informes favorables a la concesión de licencias urbanísticas respecto de proyectos elaborados por él mismo como arquitecto particular¹¹¹.

Ahora bien, aunque el concepto parezca suficientemente claro, no es superfluo dedicar unas líneas a delimitar bien este fenómeno diferenciándolo de otros conexos que también se han dado en el urbanismo y de los que, salvo puntuales indicaciones más adelante, no nos ocuparemos.

La corrupción es una más de las amenazas que se han cernido sobre el ejercicio de la función urbanística en los últimos años, desvirtuándola en buena medida¹¹². Ramón PARADA, al valorar la evolución del Derecho urbanístico español hasta la actualidad, observa que el proceso ha resultado en un «urbanismo de concierto entre intereses privados y recaudatorios municipales, corrupción, cementación del territorio y burbuja inmobiliaria»¹¹³, lo que constituye sin duda una enumeración acertada de los excesos en que ha incurrido la función urbanística.

Las importantes plusvalías obtenidas por los propietarios que favorecidos por las determinaciones del plan urbanístico tienen reconocidos derechos a urbanizar y edificar, sumado al propio interés económico de la administración actuante, que recibe parte del aprovechamiento urbanístico desde la reforma de la legislación urbanística de 1975 y además se beneficia por vía impositiva de la actividad urbanística e inmobiliaria¹¹⁴, ha

¹¹¹ Aunque nos limitamos a listar y abordar en el presente trabajo las cuestiones estrictamente urbanísticas, conviene señalar que en una significativa parte de los casos de corrupción urbanística se unen, a prácticas urbanísticas irregulares, irregularidades en concursos y procedimientos de contratación pública, sin ser tampoco infrecuentes las adjudicaciones irregulares de terrenos de titularidad pública. Por ejemplo, vid. AAN (Juzgado Central de Instrucción núm. 5) de 18 de diciembre de 2014, rec. núm. 372/2009, ponente D. Pablo Rafael Ruz Gutiérrez.

¹¹² Se ha hablado, no sin razón, del «descrédito social del urbanismo» (TEJEDOR BIELSA, Julio César, “Reflexiones sobre el estado de los urbanístico. Entre la anomalía y la excepción”, *Revista de Administración Pública*, núm. 181, enero-abril 2010, pp. 83-133, p. 87), así como del «deterioro de nuestra política de ordenación territorial y urbanística» (PAREJO ALFONSO, Luciano, “La contribución de la Ley 8/2007”, cit., p. 52).

¹¹³ PARADA, Ramón, *Derecho administrativo III. Bienes públicos. Derecho urbanístico*, Open, 14ª ed., Madrid, 2013, p. 302.

¹¹⁴ CLAROS PEINADO, Rocío, “Urbanismo y financiación municipal”, en IGLESIAS, Felipe (Dir.), *Urbanismo y democracia. Alternativas para evitar la corrupción*, Fundación Alternativas, Madrid, 2007, pp. 133-145.

incentivado un desarrollo urbano excesivo que ha supuesto un gran daño ambiental, no solo por la urbanización de suelo que debió protegerse para salvaguardar intereses ecológicos o paisajísticos, sino también por la presión ejercida sobre los recursos hídricos¹¹⁵, problemas que han sido sufridos, muy especialmente, en las zonas costeras¹¹⁶.

Otro problema de nuestro urbanismo reciente que ha observado la doctrina es la indisciplina¹¹⁷, la incapacidad (o falta de interés) de los órganos administrativos de restablecer la legalidad urbanística infringida por iniciativas llevadas a cabo al margen de lo prescrito por el planeamiento¹¹⁸. Este problema ha sido considerado como el problema principal de nuestro urbanismo, cuanto menos en número de casos, al ser mucho más frecuente que la corrupción¹¹⁹. El hecho de que no pocos propietarios hayan tendido a asumir que su derecho edificatorio carece de límites dentro de los márgenes del terreno de su titularidad¹²⁰, unido al previsible efecto electoral adverso que puede provocar el estricto ejercicio de la disciplina urbanística¹²¹, ha generado que la mayoría de los municipios españoles no ejerza con rigor el control de esta disciplina¹²². Por ello, no es de extrañar que sea recurrente en la doctrina proponer la atribución de las competencias en materia de disciplina urbanística a administraciones más alejadas del territorio en que deban ejercerse, como la comunidad autónoma o la diputación provincial¹²³, ámbitos territoriales en los que, sin duda, sería mucho menor el impacto electoral derivado de exigir medidas de restablecimiento de la legalidad infringida a unos pocos vecinos de un municipio; y además, en esos niveles supramunicipales sería mucho más infrecuente que pudieran entrar en conflicto

¹¹⁵ LOZANO CUTANDA, Blanca, “Urbanismo y corrupción”, cit., p. 340.

¹¹⁶ El llamado informe Auken se refirió a la urbanización excesiva en muchas zonas costeras y señaló que tal situación ha «conllevado daños irreparables a la biodiversidad y la integridad medioambiental» (PARLAMENTO EUROPEO, *Informe sobre el impacto de la urbanización extensiva en España en los derechos individuales de los ciudadanos europeos, el medio ambiente y la aplicación del Derecho comunitario, con fundamento en determinadas peticiones recibidas (2008/2248(INI))*, de 20 de febrero de 2009, p. 6).

¹¹⁷ Quizás, de todos, éste sea el menos “reciente” ya que, aunque se acrecentó sin duda durante la fase de *boom* inmobiliario, el problema de la indisciplina urbanística ya era patente cuatro décadas atrás, cuando fue puesto de relieve por Tomás-Ramón FERNÁNDEZ (en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, “Presupuestos de eficacia de la disciplina urbanística”, *Revista de Derecho urbanístico*, núm. 35, 1973, pp. 13 y ss).

¹¹⁸ Al respecto, Luciano PAREJO se ha referido a «la debilidad, por no decir inoperatividad, tanto de la protección y disciplina de la legalidad urbanística como de la sanción efectiva de sus infracciones» (PAREJO ALFONSO, Luciano, “La contribución de la Ley 8/2007, de Suelo”, cit., p. 53).

¹¹⁹ ARGULLOL I MURGADES, Enric, “La Ley 8/2007, una nueva ley urbanística”, *Anuario del Gobierno Local 2007*, Fundación Democracia y Gobierno Local-Institut de Dret Públic, pp. 33-44, p. 43.

¹²⁰ José María BAÑO insiste en que hay una «tradición común de desobediencia a la ley urbanística», y que para modificar problemas en la aplicación del Derecho en esta materia sería preciso lograr un cambio en la mentalidad de la sociedad (BAÑO LEÓN, José María, *Derecho urbanístico común*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 493 y 497).

¹²¹ BAÑO LEÓN, José María, *Derecho urbanístico común*, cit., p. 492.

¹²² *Ibid.*, p. 497.

¹²³ Entre otros, PARADA, José Ramón, “La segunda descentralización: del Estado autonómico al municipal”, *Revista de Administración Pública*, núm. 172, enero/abril 2007, pp. 9-77, pp. 39-41 y BAÑO LEÓN, José María, *Derecho urbanístico común*, cit., p. 498.

intereses públicos y privados entre los cargos o empleados públicos competentes respecto de inmuebles propios o de sus allegados que debieran ser objeto de esta disciplina.

Finalmente, el otro gran problema asociado a nuestro urbanismo contemporáneo ha sido la especulación, fenómeno consistente en la compra de bienes con la intención de obtener en una venta futura una ganancia patrimonial por el incremento de precio de dichos bienes. En consecuencia, la especulación supone la adquisición de bienes con la única finalidad de obtener un beneficio derivado de las fluctuaciones de su precio, y no para hacer un uso del propio bien¹²⁴, lo que en el ámbito inmobiliario significa que los propietarios (especuladores) no obtienen el suelo para aprovechar sus usos permitidos en terrenos no urbanizables, o urbanizar y edificar si así lo prevé la ordenación urbanística, sino que los adquieren para venderlos al cabo de un tiempo, cuando su precio sea mayor¹²⁵. Lo mismo ocurre con la especulación en la vivienda: su adquisición no buscaría cubrir las necesidades de vivienda de los adquirentes sino el enriquecimiento generado por una venta posterior. Esta especulación ha contribuido a una escalada de precios en los mercados de suelo y vivienda, lo que ha resultado en la denominada burbuja inmobiliaria¹²⁶ y en dificultades para la realización del derecho a una vivienda adecuada en determinados colectivos, como los jóvenes y las familias con bajos ingresos¹²⁷, lo que posteriormente ha terminado en fuente de conflictos sociales y movilizaciones cívicas¹²⁸.

En efecto, nuestro urbanismo contemporáneo se ha malogrado a causa de múltiples fenómenos. Aun tratándose de fenómenos hasta cierto punto interrelacionados (y en no pocos casos solapados, concurrentes), en nuestra opinión es imprescindible diferenciarlos bien a efectos de identificar las causas de cada uno y poder reflexionar

¹²⁴ KALDOR, Nicholas, "Speculation and economic stability", *Review of Economic Studies*, vol. 7 (1), 1939, pp. 1-27, p. 1.

¹²⁵ El cambio de valor puede deberse a la evolución del precio de ese tipo de suelo o bien puede deberse a la actuación de la Administración, que cambia la clasificación o calificación del suelo, generando un gran incremento de valor. Este fenómeno especulativo en el suelo tendría su origen, según Ramón PARADA, en la ley de suelo de 1956, que pasó a reconocer que la expropiación procedente en casos de retención de solares sin edificar debía incorporar en el justiprecio la plusvalía edificatoria prevista en el plan (PARADA, Ramón, *Derecho administrativo III*, cit., p. 285). En un informe reciente, la Comisión Nacional de la Competencia sostiene que la especulación del suelo se origina en parte por el control que ejercen las administraciones competentes sobre la oferta de suelo urbanizable (COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA, *Problemas de competencia en el mercado del suelo en España*, 2013, p. 51).

¹²⁶ Sobre este fenómeno, vid. ROMERO, Juan; JIMÉNEZ, Fernando y VILLORIA, Manuel, "(Un)sustainable territories: causes of the speculative bubble in Spain (1996-2010) and its territorial, environmental and sociopolitical consequences", *Environmental and planning C: Government and policy*, 2012, vol. 30, pp. 467-486, p. 469-473.

¹²⁷ ONU (CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS), *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, Sr. Miloon Kothari. Adición Misión a España*, A/HRC/7/16/Add.2, de 7 de febrero de 2008.

¹²⁸ Destaca especialmente la Plataforma de Afectados por la Hipoteca (PAH) que, entre otras actividades, ha intervenido activamente en la paralización de muchos desahucios (en febrero de 2015, estaban contabilizados más de 1000); vid. <http://afectadosporlahipoteca.com>.

sobre sus posibles soluciones. Esta labor de diferenciar con claridad la corrupción urbanística del resto de problemas que han desvirtuado nuestro urbanismo no siempre se ha llevado a cabo con rigor por nuestra doctrina, lo que ha conducido a que no pocos autores, confundiendo problemas, hayan terminado por identificar causas y proponer soluciones que, a nuestro juicio, no tienen tanto que ver con la corrupción como con alguna de las demás manifestaciones de mala administración urbanística¹²⁹.

Sobre esta diferenciación insisten Manuel VILLORIA y María OSET en el informe *Urbanismo y democracia. Alternativas para evitar la corrupción*, de la Fundación Alternativas, con las siguientes palabras:

«en ocasiones, hay electos locales que toman decisiones dañinas para el medio ambiente y/o incumplidoras de la normativa urbanística creyendo que ello es beneficioso para su pueblo, bien por generación de empleo o desarrollo económico, bien por ingresos municipales extraordinarios, bien por ambas cosas, pero sin beneficio privado. Aquí no se puede hablar de corrupción, sino de “cortoplacismo”, incompetencia o, incluso, irresponsabilidad culposa. [...] En resumen, no es lo mismo un supuesto en el que un alcalde cobra un soborno o exige un jugoso regalo a cambio de una recalificación realizada mediante convenio urbanístico [, que sí sería un caso de corrupción], que un supuesto en el que un alcalde incumple un plan general porque considera que conceder licencia para construir un macro-hotel al lado de la costa generará empleo [, que sería un caso de desviación de poder no corrupta¹³⁰], o que otro en el que un promotor que compró terrenos rústicos y ahora se los recalifican como urbanizables, en lugar de urbanizarlos los retiene hasta que alcanzan un valor que estima óptimo y entonces los vende, incumpliendo su obligación de urbanizar [, lo que sería un caso de especulación]»¹³¹.

En el ámbito penal también se pueden, y deben, separar con claridad los supuestos de corrupción pública de aquellos en los que hay meras ilegalidades urbanísticas dolosas, pero sin revestir las notas propias de la corrupción. En términos penales, hablaríamos por un lado de delitos de corrupción pública, que de acuerdo con el propio Ministerio Fiscal cabría identificar esencialmente y en todo caso con los delitos de cohecho, tráfico

¹²⁹ Un ejemplo muy claro de esto es incluir como causa de la corrupción urbanística el recurso, por parte de los ayuntamientos, al urbanismo como vía de financiación; ante lo que se suele proponer, para atajar la corrupción en el sector urbanístico, una modificación del sistema de financiación de las entidades locales. Como se analizará más adelante, el hecho de que un municipio adopte una política de urbanización extensiva y ambientalmente insostenible con la única finalidad de obtener mayores ingresos para las arcas públicas y promover el empleo y el turismo en su territorio es sin lugar a dudas una práctica reprochable y seguramente una desviación de poder, pero al no haber un beneficio particular indebido, sino uno general y público, no se podría hablar de corrupción.

¹³⁰ Estaríamos hablando de un caso de desviación de poder relativa, vid. TRAYTER, Joan Manuel, *Derecho urbanístico de Cataluña*, cit., pp. 345-346.

¹³¹ VILLORIA, Manuel y OSET, María, “La corrupción urbanística: conceptos básicos”, en IGLESIAS, Felipe (Dir.), *Urbanismo y democracia. Alternativas para evitar la corrupción*, Fundación Alternativas, Madrid, 2007, pp. 21-26, p. 22. Los autores se plantean un problema que no estimamos en absoluto irrelevante: si el alcalde adopta esas decisiones urbanísticas pensando en ganar las próximas elecciones habría ya un beneficio privado, ¿habría entonces corrupción? Nosotros entendemos, por el contrario, que la expectativa de obtener mayores apoyos en forma de votos (para su partido) derivado de ciertas actuaciones no debe ser en absoluto considerado un beneficio indebido, pues esto nos llevaría a considerar corrupta casi cualquier actuación de un cargo electo.

de influencias, negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos, malversación de caudales públicos y fraudes y exacciones ilegales¹³²; y, por el otro lado, de delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, entre los que se incluye la construcción con infracción de la normativa administrativa y la prevaricación en materia urbanística¹³³, que no serían en principio delitos de corrupción.

En cuanto a los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, centra nuestra atención la prevaricación urbanística contenida en el art. 320 CP, pues se trata de un delito específicamente reservado para los funcionarios y autoridades que intervienen en las funciones urbanísticas. La conducta típica de ese delito abarca una gama suficientemente amplia de supuestos ya que se castiga a la «autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes, o que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio» (art. 320.1 CP), así como «a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de la aprobación de los instrumentos de planeamiento, los proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de las licencias a que se refiere el apartado anterior, a sabiendas de su injusticia» (art. 320.2 CP).

Ese delito castiga la actuación disconforme con la legalidad urbanística y territorial tanto en el ejercicio de las funciones de información como de las de inspección y adopción de acuerdos, con independencia de que la competencia para adoptar las disposiciones generales o actos (urbanísticos) recaiga sobre un órgano unipersonal o colegiado. Los tres ámbitos donde se concentran las conductas típicas son la planificación urbanística, la concesión de licencias y la inspección del cumplimiento de la legalidad urbanística.

Este delito requiere, subjetivamente, el dolo directo en la vulneración de la normativa territorial y urbanística, y se trata de un delito de carácter pluriofensivo, porque no solo afecta a los intereses urbanísticos sino también a los de la Administración, encargada de velar por el uso racional de los recursos¹³⁴. Podríamos añadir, adaptando a nuestro ámbito material la jurisprudencia penal vertida sobre el delito de prevaricación (art. 404 CP), que se protege con este delito también el debido respeto del principio de legalidad

¹³² FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2013*, Centro de estudios jurídicos-Ministerio de Justicia, Madrid, 2013, p. 652.

¹³³ DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., “Urbanismo y corrupción”, en MARTÍN REBOLLO, Luis y BUSTILLO BOLADO, Roberto O. (coords.), *Fundamentos de Derecho urbanístico*, Aranzadi, 2ª ed., vol. 2, 2009, pp. 1380-1398, p. 1381.

¹³⁴ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos; JUDEL PRIETO, Ángel y PIÑOL RODRÍGUEZ, José R., “Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, en VVAA, *La corrupción a examen*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 159-166, p. 166.

en el ejercicio de la función urbanística, como principio esencial al que debe someterse la actividad pública (urbanística) en un Estado social y democrático de Derecho¹³⁵. No obstante faltan elementos imprescindibles para que podamos afirmar que este delito castiga la corrupción en el urbanismo, siendo el principal de todos ellos la obtención de un beneficio privado indebido¹³⁶, que no se contempla en el tipo, aunque podría concurrir.

Tal y como afirma Pedro Á. RUBIO, una cosa son los delitos de corrupción y otra los delitos urbanísticos, aun cuando en múltiples ocasiones vayan asociados¹³⁷. En efecto, pueden concurrir delitos de ambos tipos si hay, por ejemplo, ofrecimiento de un soborno para que el alcalde conceda una licencia contraria a la normativa urbanística; pero también pueden darse por separado, por ejemplo cuando un alcalde exige el pago de un soborno para conceder una licencia conforme al planeamiento (no habría delito urbanístico, pero sí un delito de corrupción –en particular, cohecho–) o cuando se concede, como hemos dicho, una licencia contraria al ordenamiento sin que haya ningún beneficio ilícito particular de la autoridad o de su entorno más próximo (no habría delito de corrupción, pero sí urbanístico).

2.- LA ENTIDAD DEL FENÓMENO EN ESPAÑA. LA CORRUPCIÓN URBANÍSTICA COMO PARTE SUSTANCIAL DE LA CORRUPCIÓN PÚBLICA: DATOS Y PERFIL¹³⁸

La medición de la corrupción es siempre estimativa, como se explicará más adelante, y los datos que brinda son parciales, inexactos. No obstante, estos datos son indicios que permiten hacernos una idea aproximada del perfil fenomenológico de la corrupción en España, aportando información de aspectos tales como cuánta puede haber, quiénes la practican con mayor frecuencia, o en qué sectores tiende a concentrarse. Conocer, en la medida de lo posible, el problema, constituye sin duda el paso previo necesario para reorientar la política anticorrupción, si tal reforma se estima conveniente.

¹³⁵ Entre otras, la SAP de Valencia (secc. 2ª), de 14 de noviembre de 2003, núm. 615/2003, ponente D. Francisco Monterde Ferrer, se refiere al «debido respeto al principio de legalidad en el ejercicio de las distintas funciones públicas, como principio esencial al que debe someterse la actividad pública en un Estado social y democrático de Derecho» como bien jurídico protegido del delito de prevaricación del art. 404 CP.

¹³⁶ Aunque *a priori* cuesta hacerse a la idea de que un cargo o empleado público pueda actuar vulnerando intencionalmente las normas sin buscar la obtención de ningún beneficio privado, para sí o para terceros, ya hemos visto que, especialmente por cuanto respecta a los cargos electos, caben varias posibilidades verosímiles: que busquen obtener ingresos extraordinarios para el municipio derivados de esa actuación urbanística ilegal, mejorar las opciones turísticas del municipio para atraer más inversión e incluso ofrecer puestos de trabajo a los vecinos. La posibilidad de que mediante estas actuaciones ilícitas los cargos electos busquen el apoyo futuro de sus votantes constituye una motivación y beneficio que, como ya hemos dicho, no cabe considerar ilícito, ni se puede entender como una manifestación de corrupción.

¹³⁷ RUBIO LARA, Pedro Ángel, “Corrupción urbanística y corrupción pública en el Derecho penal”, cit., p. 18.

¹³⁸ En el momento de cerrar la redacción de este trabajo todavía no se habían publicado la mayoría de indicadores y memorias relativos a todo el año 2014, motivo por el que no hemos podido tener en cuenta, a efectos estadísticos, los datos referidos a ese año.

Con tal fin, en el presente apartado se analiza la opinión ciudadana respecto del problema de la corrupción, a efectos de determinar si es un problema considerado suficientemente grave y relevante para la ciudadanía como para requerir de los poderes públicos mayores medidas para su prevención; y se analizan también las fuentes objetivas a efectos de determinar, en un modo aproximativo, cuán extendida puede estar la corrupción. En segundo lugar, el estudio de fuentes para la medición de la corrupción se utiliza para identificar qué sujetos participan con mayor frecuencia en las prácticas corruptas, y en qué administración llevan a cabo sus funciones. En tercer lugar, se estudia en qué sectores tiende a concentrarse la corrupción, a efectos de determinar la relevancia que pueda tener la corrupción urbanística dentro del conjunto de la corrupción pública.

A continuación, con el propósito de contextualizar la corrupción pública española en el marco europeo, se presentan algunos datos generales, comparados, de la corrupción en Europa puestos en relación con los principales resultados obtenidos del estudio del fenómeno realizado a nivel nacional, dedicando de nuevo especial atención al sector del urbanismo.

Una vez realizada esta contextualización fáctica del fenómeno corruptivo, se aborda ya, de un modo específico, la corrupción pública en el urbanismo español contemporáneo. Este último apartado se abre con una breve constatación de las distintas fuentes que ponen de relieve la trascendencia de la corrupción urbanística en España, más allá de las utilizadas para medir la corrupción. Le sigue un breve estudio sobre la evolución del fenómeno en nuestro urbanismo más reciente, desde la década de 1950 hasta el momento presente, y se cierra con un apartado donde se identifican los principales ámbitos de riesgo de corrupción en el sector urbanístico, según se puede extraer de las distintas fuentes utilizadas en el estudio.

2.1.- Gravedad y extensión de la corrupción

La medición de la corrupción se hace a través de distintos mecanismos¹³⁹ y aun así, a

¹³⁹ En nuestra opinión, los distintos instrumentos de medición pueden agruparse en función del tipo de fuentes utilizadas, que pueden ser objetivas o subjetivas, resultado así dos grandes grupos. Por un lado, estarían los sistemas de medición basados en datos objetivos, consistentes en la recopilación de los datos oficiales publicados por distintas instancias, como por ejemplo las fiscalías, los órganos judiciales, la policía o los órganos de prevención de la corrupción. Por el otro, habría también aquellos sistemas basados en la respuesta de encuestas, donde podemos diferenciar tres tipos de encuestas: las encuestas de percepción de la corrupción (a la ciudadanía en general o a expertos en la materia), las encuestas de victimización de la corrupción y las encuestas sobre experiencias directas de la corrupción en el ejercicio profesional. Tanto desde instancias internacionales como desde la doctrina científica se ha tratado de listar y clasificar los distintos métodos para medir o evaluar la corrupción; por todos, vid. ONU, *Metodologías, incluidos enfoques basados en pruebas, para evaluar las esferas de vulnerabilidad particular a la corrupción en los sectores público y privado*, ref. CAC/COSP/WG.4/2010/4, de 4 de

pesar de disponer de una pluralidad de instrumentos de medición, los datos que se pueden obtener no dejan de ser parciales y la imagen que ofrecen del fenómeno es en todo caso incompleta. Como bien se ha advertido tanto desde instancias internacionales como desde la doctrina, es difícil descubrir muchos de los casos de corrupción porque acostumbran a conocerlos solo quienes, de un modo u otro, han participado en ellos y son parcialmente responsables¹⁴⁰. Desde el ámbito penal, se ha dicho que los delitos de corrupción conllevan cierta clandestinidad¹⁴¹; y, específicamente respecto a los delitos de corrupción en el ámbito urbanístico, se ha sostenido que solo se trata de delitos visibles cuando llevan aparejada la construcción de una obra que a su mismo tiempo implica la comisión de un delito urbanístico¹⁴². Los delitos de corrupción, además, encajarían la mayor parte de las veces dentro de los denominados delitos sin víctimas, en que no hay un perjudicado directo, sino difuso o colectivo, y todos los que participan en la comisión del delito obtienen beneficios del uso ilícito del poder público¹⁴³.

Ante esta notoria dificultad de conocer parte de los casos de corrupción, han adquirido cierta relevancia los instrumentos de medición subjetivos, basados en la valoración de expertos y de la ciudadanía en general sobre el nivel nacional de corrupción, a los que hay que sumar, por descontado, las mediciones posibles en base a los datos objetivos sobre casos de corrupción descubiertos. Aportaremos a continuación los principales datos que se pueden extraer tanto de distintas fuentes de percepción de la corrupción basadas en encuestas como de fuentes con datos objetivos sobre la misma con tal de identificar específicamente, en este primer apartado, la gravedad y extensión de la corrupción en España.

Por cuanto respecta a los instrumentos de medición basados en la valoración o percepción de expertos sobre el nivel nacional de corrupción, destaca el Índice de Percepción de la Corrupción, de Transparencia Internacional, en el que a través de varias encuestas a analistas y empresarios del país se establece el grado de corrupción percibida en el sector público. Los resultados obtenidos por España en los últimos años

noviembre de 2010; analizados con mayor detalle así como propuestas de medición y buenas prácticas, JUNE, Raymond; CHOWDHURY, Afroza; HELLER, Nathaniel y WERVE, Jonathan, *Guía del usuario para medir la corrupción*, Global Integrity-Programa de Desarrollo de Naciones Unidas, Oslo, 2008; a nivel doctrinal, en España, vid. VILLORIA, Manuel y JIMÉNEZ, Fernando, “¿Cuánta corrupción hay en España? Los problemas metodológicos de la medición de corrupción (2004-2011)”, cit.

¹⁴⁰ Vid., por todos, ONU, *Metodologías*, cit., p. 3, y A. NIETO, *La corrupción en la España democrática*, cit., p. 45.

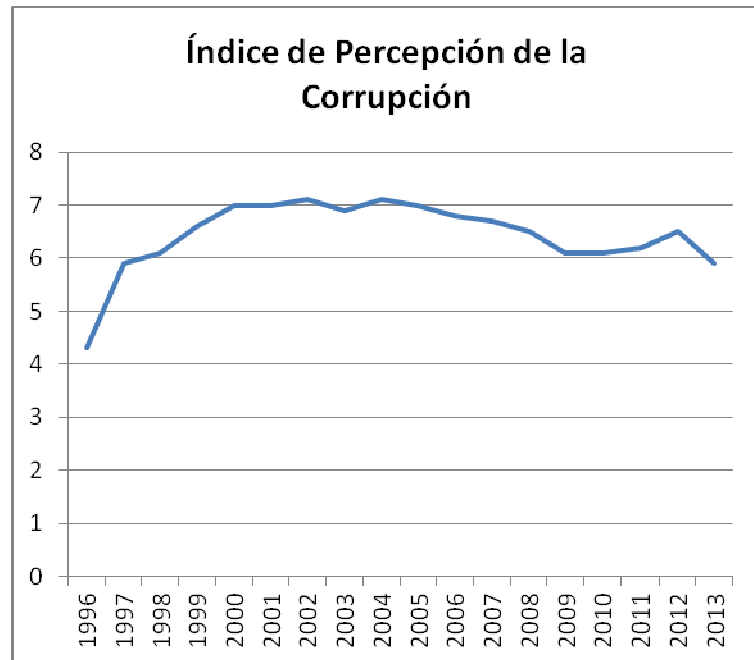
¹⁴¹ PÉREZ FERRER, Fátima, “Algunas reflexiones sobre el fenómeno de la corrupción y su extensión al ámbito punitivo”, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Dir.) y SUÁREZ LÓPEZ, José María (Coord.), *Urbanismo y corrupción política, (una visión penal, civil y administrativa)*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 135-162, p. 137.

¹⁴² QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Urbanismo y corrupción en la Administración local”, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Dir.) y SUÁREZ LÓPEZ, José María (Coord.), *Urbanismo y corrupción política, (una visión penal, civil y administrativa)*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 21-58, p. 24.

¹⁴³ ZIMRING, Franklin E. y JOHNSON, David T., “On the comparative study of corruption”, *British Journal of Criminology*, vol. 45-6, 2005, pp. 793-809, p. 799; y BENITO SÁNCHEZ, Carmen Demelsa, “Algunas consideraciones en torno a la corrupción urbanística en España”, en SANZ MULA, Nieves (coord.), *El Derecho penal y la nueva sociedad*, Comares, Granada, 2007, pp. 37-69, p. 47.

han sido los siguientes¹⁴⁴:

Año	Puntuación
2013	5,9
2012	6,5
2011	6,2
2010	6,1
2009	6,1
2008	6,5
2007	6,7
2006	6,8
2005	7
2004	7,1
2003	6,9
2002	7,1
2001	7
2000	7
1999	6,6
1998	6,1
1997	5,9
1996	4,31
1995	4,35



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos contenidos en CORRAL ESCARIZ, Vicente, *La lucha contra la corrupción urbanística en*

España, cit., (datos hasta 2010), y en http://www.transparencia.org.es/IPC's/Indicadores_IPC's.htm (datos para los años 2011 a 2013).

Podemos apreciar en esa tabla y en el gráfico que la acompaña que los expertos perciben un empeoramiento progresivo del Estado desde 2005 (en tanto que se percibiría un mayor nivel de corrupción), y aunque se observó una leve mejora en los años 2011 y, sobre todo, 2012, de nuevo para el año 2013 se estimó agravado el problema de la corrupción.

La misma tendencia la encontramos en los indicadores mundiales de gobernabilidad elaborados por el Banco Mundial en base a la recopilación de datos contenidos en múltiples índices, y que dedica un indicador específico al control de la corrupción. Aunque la puntuación es proporcionalmente mejor que la obtenida en el índice de Transparencia Internacional, se aprecia la misma tendencia de percibir como más extendida la corrupción pública los años 2003-2004, con una ligera mejora a partir de 2010.

¹⁴⁴ Tomamos el valor 10 como percepción de ausencia de corrupción y el valor 0 como percepción de muy corrupto en todos los casos, motivo por el que hemos adaptado a un valor máximo de 10 los índices de 2012 y de 2013, cuyo resultado está calculado sobre un valor máximo de 100 (ausencia de corrupción) en la tabla de resultados originales de ambos índices.

Worldwide Governance Indicators

Indicator	Country	Year	Number of Sources	Governance Score (-2.5 to +2.5)	Percentile Rank (0 to 100)	Standard Error
Control of Corruption	Spain	1996	5	1.05	83.90	0.23
		1998	5	1.37	88.29	0.19
		2000	5	1.33	86.83	0.23
		2002	5	1.33	89.76	0.18
		2003	5	1.35	90.24	0.20
		2004	6	1.34	89.27	0.18
		2005	6	1.29	88.78	0.18
		2006	8	1.12	83.90	0.16
		2007	9	0.99	81.55	0.17
		2008	9	1.11	82.52	0.17
		2009	9	1.00	80.38	0.18
		2010	8	1.01	81.43	0.19
		2011	9	1.05	81.52	0.17
2012	9	1.05	81.82	0.16		

Fuente: Tabla extraída de la página web del Banco Mundial dedicada a los indicadores de gobernanza: <http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.aspx#home>.

Las encuestas realizadas entre empresarios españoles también ponen de manifiesto que la corrupción es un problema recurrente en el ejercicio de actividades empresariales. El Eurobarómetro Flash 374 publicado por la Comisión Europea en 2014, sobre negocios y corrupción¹⁴⁵, revela que el 97% de los encuestados cree que en España la corrupción está bastante o muy extendida (el promedio de los 27 Estados de la Unión Europea es del 75%), el 38% cree que la corrupción es un problema muy grave para su empresa cuando hace negocios en España, y el 16% un problema bastante grave (los promedios europeos son, respectivamente, del 25% y el 18%). Adicionalmente, el 40% opina que está muy extendido en España financiar partidos políticos a cambio de la obtención de contratos públicos o de influencia sobre la elaboración de políticas.

Las encuestas de percepción realizadas entre la ciudadanía española muestran que la corrupción es un problema considerado cada vez más grave. Si nos atenemos a los datos de los últimos Eurobarómetros especiales de la Comisión Europea sobre corrupción (núms. 245, 291, 325 y 374), en 2005 el 73% de los ciudadanos españoles encuestados consideró que la corrupción era un problema importante en el país; en 2007, el 83%; en 2009, el 88%; y en 2011, también el 88%. La pregunta referida a la opinión de los encuestados sobre si la corrupción es un problema importante (*major problem*) en el país de pertenencia ya no se ha formulado en el último Eurobarómetro sobre corrupción (núm. 397, publicado en febrero de 2014). No obstante, se ha realizado una pregunta similar, en la que no se pregunta sobre la gravedad del problema

¹⁴⁵ COMISIÓN EUROPEA, *Flash Eurobarometer 374. Businesses' attitudes towards corruption in the EU*, febrero de 2014.

sino sobre su extensión, partiendo de la base de que es un problema para la población del estado¹⁴⁶, a lo que el 95% de los encuestados españoles contestó que en su país el problema de la corrupción era muy habitual o bastante habitual.

El mismo resultado de creciente preocupación social por la corrupción se aprecia en las encuestas de ámbito nacional llevadas a cabo por el Centro de Investigaciones Sociológicas (en adelante, CIS)¹⁴⁷.

En estos barómetros del CIS se pide a los encuestados que identifiquen, por orden, los tres principales problemas que existen actualmente en España. Pues bien, las respuestas a esa pregunta apenas destacaban la corrupción desde 1998 hasta 2009, años en que el número de encuestados que situaban la corrupción y el fraude como primer problema no solía superar el 1%. Sin embargo, en noviembre de 2009 dicha cifra aumentó hasta el 10.4%, en julio del 2011 bajó ligeramente hasta el 7.4%¹⁴⁸, pero en barómetros CIS más recientes se vuelve a experimentar un aumento: así, en el de diciembre de 2013 (estudio nº 3008) el 13.5% de los encuestados afirmó que la corrupción y el fraude eran el primer problema de España, solo por detrás del paro, considerado el problema principal de España por el 54.3% de los encuestados. Además, el 18% dijo que era el segundo principal problema, siendo en esa segunda posición la opción más votada. Un año más tarde, en diciembre de 2014 (estudio nº 3047), el 26,1% identificó la corrupción y el fraude como el primer problema del país, tan sólo, de nuevo, por detrás del paro (45,7%); el 26% lo nombró como segundo mayor problema, posición en la que fue la opción más votada por los encuestados; y un 8% lo identificó como el tercer problema.

En ámbito autonómico, encontramos en Cataluña una encuesta específica sobre corrupción, llevada a cabo por la Oficina Antifraude de Cataluña. En dicha encuesta, que ha sido elaborada ya dos veces, en 2010 y en 2012, podemos encontrar algunos datos de percepción ciudadana que confirman, en ámbito autonómico, las tendencias generales que hemos visto en los demás instrumentos de percepción: en 2010, el 72.8% de los ciudadanos catalanes encuestados consideró que la corrupción era un problema muy grave o bastante grave en Cataluña, mientras que para el año 2012, tal porcentaje se disparó al 92.8% de los encuestados. En 2010, el 53.8% contestó que la corrupción había aumentado en los últimos años, mientras que en 2012 afirmó lo mismo el 60.8%; y en 2010 el 60.5% de los ciudadanos de Cataluña encuestados consideró que había mucha o bastante corrupción en su Comunidad Autónoma, siendo ese porcentaje del

¹⁴⁶ “How widespread do you think the problem of corruption is in (OUR COUNTRY)?”, vid. COMISIÓN EUROPEA, *Special eurobarometer 397. Corruption*, 2014, p. T11.

¹⁴⁷ El CIS, regulado por la Ley 39/1995, de 19 de diciembre, de organización del Centro de Investigaciones Sociológicas, es un organismo público autónomo adscrito al Ministerio de la Presidencia del gobierno central. Entre sus funciones figura la realización de estudios para mejorar el conocimiento de la sociedad española. Destacan, a nuestros efectos, los barómetros de opinión que realiza mensualmente para conocer, entre otras cosas, cuáles son los problemas que más preocupan a los españoles.

¹⁴⁸ VILLORIA, Manuel y JIMÉNEZ, Fernando, “¿Cuánta corrupción hay en España?”, cit., p. 32.

79.5% cuando se formuló esa pregunta en 2012¹⁴⁹.

A la luz de las encuestas manejadas, se puede afirmar que la corrupción es un problema que los españoles consideran muy grave, y que cada vez preocupa más a la ciudadanía, y lo consideran el segundo problema más importante del país, solo por detrás del paro, que sigue en cifras altísimas: en el último trimestre de 2013 se registró una tasa de desempleo del 26.03%¹⁵⁰.

Si nos atenemos a datos más objetivos, son referencia obligada las memorias anuales publicadas por la Fiscalía General del Estado. En la memoria de 2013 se listan los delitos de nuestro Código Penal que hay que entender como manifestaciones de la corrupción, y que serían: en algunos casos, la prevaricación¹⁵¹; y en cualquier caso, el cohecho, el tráfico de influencias, las negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos, la malversación de caudales públicos y los fraudes y exacciones ilegales¹⁵².

Respecto de los delitos antes señalados, excluyendo los casos de prevaricación porque no siempre serían corrupción, podemos ofrecer algunos datos que ayudan a cuantificar la corrupción en España. Entre los años 2005-2012 se habría incoado un promedio anual de unos 401.7 procesos relativos a delitos de corrupción¹⁵³. De esos casos, algunos, generalmente muy pocos, serán sobreseídos mediante auto¹⁵⁴, y sobre el resto habrá sentencia firme¹⁵⁵. No sabemos exactamente cuántos de esos casos contarán con

¹⁴⁹ OFICINA ANTIFRAUDE DE CATALUÑA, *La corrupció a Catalunya: percepcions i actituds ciutadanes 2010* y *La corrupció a Catalunya: percepcions i actituds ciutadanes. Baròmetre 2012*, consultables en: <http://www.antifrau.cat>.

¹⁵⁰ Según datos del Instituto Nacional de Estadística (<http://www.ine.es/>).

¹⁵¹ De entrada, dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo no es corrupción. Solo si se probara que esa arbitrariedad es consecuencia del ánimo de beneficiar a un particular con el que se tenga relación de parentesco, amistad o afiliación política, o se haya dictado a consecuencia o en atención a un posible beneficio particular del que lo dicta, habría manifestación de corrupción. Se puede deducir, *sensu contrario*, de la STS (sala de lo penal) de 25 de abril de 2008, rec. núm. 2054/2007, ponente D. Julián Sánchez Melgar, que los casos especialmente flagrantes de falta de abstención de un funcionario o autoridad en la adopción de una resolución administrativa en la que tiene un interés personal puede dar lugar a condena como autor de un delito de prevaricación.

¹⁵² FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2013*, Centro de estudios jurídicos-Ministerio de Justicia, Madrid, 2013, p. 652.

¹⁵³ Se han recogido los datos contenidos en las Memorias de la Fiscalía General del Estado relativas a los años 2005, 2006, 2007, 2009, 2010, 2011 y 2012 (no se han podido encontrar los datos referidos al año 2008). Con la salvedad del año 2008, el promedio anual de casos en esos años es (se reproduce solo el primer decimal): 86.7 casos de cohecho, 33.7 casos de tráfico de influencias, 171.5 casos de malversación, 13.4 casos de negociaciones prohibidas, 64.5 fraudes y 31.7 exacciones ilegales.

¹⁵⁴ Vid. Por ejemplo, Auto AP de Sevilla (secc. 1ª) de 30 de junio de 2008, rec. Núm. 1884/2008, ponente Dª. María del Reposo Romero Arrayas. El tipo delictivo de negociaciones prohibidas solo se aplicaba, antes de la reforma de 2010, a aquellos funcionarios que debían informar. El caso enjuiciado es sobreseído porque los funcionarios a quienes se imputaba el delito emitieron su voto sobre una modificación del planeamiento que afectaba a sus terrenos, pero no emitieron informe alguno en ningún momento.

¹⁵⁵ Según los datos compendiados a escala nacional contenidos en la memoria de la Fiscalía General del Estado de 2013, en el año 2012 hubo 109 sentencias en total sobre los delitos de corrupción antes listados. Siempre sin contar ningún caso de prevaricación, la distribución fue: 26 delitos de cohecho, 4 de tráfico de influencias, 66 de malversación, 10 de fraude por autoridad o funcionario, 2 de exacciones ilegales y 1

sentencia condenatoria pero sí sabemos que en los casos de corrupción de gran trascendencia económica y social donde ha intervenido la Fiscalía especial contra la corrupción y la criminalidad organizada¹⁵⁶ (en adelante, Fiscalía Anticorrupción), el porcentaje de sentencias condenatorias ha sido del 87.3%¹⁵⁷. Sobre el porcentaje de condenas en los casos llevados por las Fiscalías provinciales, que se encargan de la acusación en los casos penales de corrupción de menor trascendencia, no se tienen datos, por lo que no se puede aportar ni el número de casos en que han participado en estos años ni los porcentajes relativos a condenas.

Por su parte, la Fiscalía General compara los datos de la actividad fiscal y judicial de los años 2010, 2011 y 2012, y afirma que «[l]a incoación de las causas por delitos de corrupción se ha incrementado en un 17% durante los últimos 3 años», y «[l]as sentencias dictadas por delitos relativos a la corrupción se incrementaron en un 151% en los últimos 3 años»¹⁵⁸.

Hasta aquí se han aportado datos sobre los casos de corrupción pública que revisten carácter de delito y merecen sanción penal. Ahora bien, ¿qué pasa con todos aquellos abusos de poder público en beneficio particular que no merecen el reproche penal pero constituyen igualmente una actuación ilícita? Ciertamente, hay manifestaciones de la corrupción que, en atención a su menor gravedad, no forman parte de la corrupción penalmente sancionable pero sí son objeto de tratamiento por el Derecho administrativo¹⁵⁹, que puede actuar corrigiendo esas desviaciones corruptas en el ejercicio de facultades públicas¹⁶⁰.

Sobre esta corrupción sin trascendencia penal tenemos muy pocos datos disponibles. En concreto, solo los datos recogidos en la memoria de la Oficina Antifraude de Cataluña ofrecen una idea aproximada de cuál puede ser la relación entre corrupción

de negociaciones prohibidas a los funcionarios.

¹⁵⁶ Creada por Ley 10/1995, de 24 de abril, con el nombre de Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos Relacionados con la Corrupción. En posteriores reformas se han ido modificando las competencias y el nombre de esta fiscalía especial.

¹⁵⁷ Según los datos de la Memoria de 2010 (que recoge el total de casos en que ha intervenido la Fiscalía Especial desde su puesta en funcionamiento hasta 2009) y los contenidos en las sucesivas memorias (hasta la de 2013), esta Fiscalía ha intervenido en 126 casos ya sentenciados, en los que en 110 se ha dictado sentencia condenatoria.

¹⁵⁸ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2013*, cit., pp. 654 y 655, respectivamente. Para la formulación de estas conclusiones, la Fiscalía General del Estado computó también los delitos de prevaricación.

¹⁵⁹ VILLORIA, Manuel, "Corrupción pública", *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, núm. 5, septiembre 2013 – febrero 2014, pp. 159-167, p. 160.

¹⁶⁰ En la STS (sala de lo penal) de 25 de abril de 2008, rec. núm. 2054/2007, ponente D. Julián Sánchez Melgar, se resuelve recurso de casación por infracción de Ley contra una sentencia que en instancia había absuelto a un alcalde y un arquitecto municipal por delito de prevaricación respecto la concesión de cuatro licencias de obras. El TS confirma la sentencia de instancia, alegando que solo las infracciones de las normas de abstención (ilegalidad formal) que van acompañadas de la adopción de un acuerdo materialmente ilegal, patentemente ilegal y arbitrario, serían objeto de sanción penal. Por tanto, el resto de casos, como el enjuiciado, entrarían dentro del grupo de conductas corruptas ilícitas pero no delictivas, de las que ahora nos ocupamos.

penal-corrupción administrativa, al menos en el ámbito territorial de Cataluña durante los últimos años. La Oficina Antifraude de Cataluña, creada por la Ley catalana 14/2008¹⁶¹, es un organismo administrativo independiente, adscrito al Parlamento de Cataluña, al que rinde cuentas, encargado del control del sector público en materia de prevención e investigación de los casos de corrupción¹⁶². En su memoria de 2013 podemos encontrar los datos relativos a su actividad de investigación, que incluye, entre otros, los informes razonados emitidos y las comunicaciones dirigidas al Ministerio Fiscal¹⁶³. De esos datos obtenemos que entre los años 2011-2013 la Oficina Antifraude emitió 64 informes sobre casos de corrupción, de los cuales 24 tenían indicios de criminalidad y eran penalmente relevantes, y 40 lo serían solo administrativamente, con lo que la ratio aproximada sería de 1,67 casos de corrupción indiciariamente no delictivos por cada 1 caso de corrupción aparentemente delictiva, con lo que, al menos en el período y territorio objeto de estas investigaciones, se puede afirmar que la mayor parte de prácticas corruptas no constituyen delito¹⁶⁴.

Respecto al número de municipios afectados por casos de corrupción, se estima que entre 2004 y 2010 cerca de 200, de los aproximadamente 1000 municipios que pudieron generar beneficios suficientes como para promover la corrupción (los de población mayor a los 10.000 habitantes y los demás municipios del litoral), habrían tenido causas abiertas en ese período¹⁶⁵, es decir, cerca del 20% de esos municipios.

Si nos fijamos específicamente en la corrupción urbanística, según un estudio realizado en base a las noticias sobre casos de posible corrupción publicados en distintos medios de comunicación¹⁶⁶, el 8,3% del total de los municipios españoles se habría visto afectado por algún caso¹⁶⁷; se trataría, en su mayoría, de municipios del litoral y con una

¹⁶¹ Ley catalana 14/2008, de 5 de noviembre, de la Oficina Antifraude de Cataluña.

¹⁶² El art. 1.2 de su ley de creación establece entre las finalidades de la Oficina: «prevenir e investigar posibles casos concretos de uso o destinación ilegales de fondos públicos o cualquier otro aprovechamiento irregular derivado de conductas que comporten conflicto de intereses o el uso en beneficio privado de informaciones derivadas de las funciones propias del personal al servicio del sector público.»

¹⁶³ Excluimos otros datos que llevan a pensar que la investigación no ha constatado la existencia de caso alguno de corrupción, como son los datos referidos a investigaciones archivadas y a las investigaciones que han concluido con meras recomendaciones para la mejora de prácticas administrativas en la gestión de riesgos de corrupción. Datos consultables en OFICINA ANTIFRAUDE DE CATALUÑA, *Memoria anual 2013*, Oficina Antifrau de Catalunya, 2013, p. 112.

¹⁶⁴ Por tanto, si en base a los datos anteriores podemos estimar que, indiciariamente, hay al menos 401,7 casos penales de corrupción anuales, y que la relación entre casos penales y casos administrativos de corrupción podría ser, en base a los únicos y limitados datos con que contamos, de 1-1,67, podríamos extraer que, presuntamente, habría un promedio anual de al menos unos 670,8 casos de corrupción administrativamente relevante. Sumados ambos resultados, el número anual de casos de corrupción pública en España rondaría los 1.070, a los que habría que sumar todos aquellos casos que no se descubren, cuya cuantificación es en todo punto imposible.

¹⁶⁵ VILLORIA, Manuel y JIMÉNEZ, Fernando, “La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos”, cit., p. 123.

¹⁶⁶ JEREZ DARIAS, Luis M.; MARTÍN MARTÍN, Víctor O. y PÉREZ GONZÁLEZ, Ramón, “Aproximación a una geografía de la corrupción urbanística en España”, *Eria*, núm. 87, 2012, pp. 5-18.

¹⁶⁷ Puesto que tales porcentajes se refieren solamente a los casos descubiertos, previsiblemente los valores

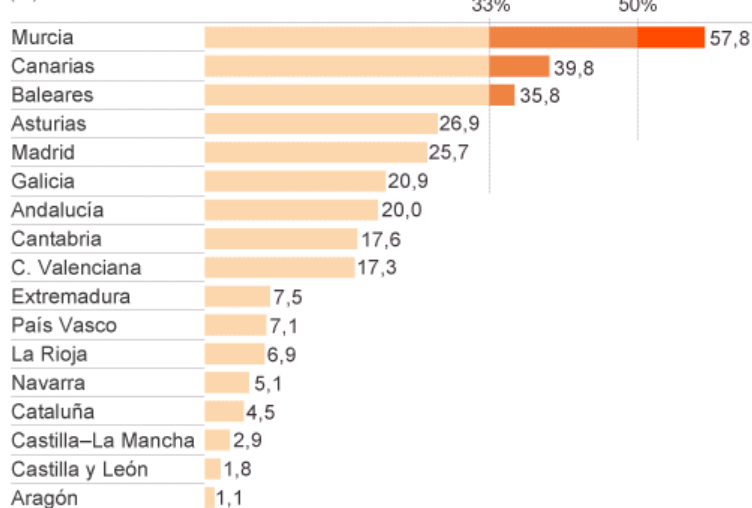
elevada cifra de población, ya que ese 8,3% de municipios supone el 56,1% de la población española. En cuanto a la distribución por autonomías, los mismos autores de ese estudio aportan datos que ponen de relieve que mientras en los ayuntamientos de algunas autonomías estas presuntas ilegalidades han sido más recurrentes, en otras han alcanzado tan solo a un pequeño porcentaje de sus municipios. Se adjuntan a continuación esos datos:

Total de municipios afectados por Comunidad Autónoma (años 2000-2010)

Andalucía 154
 Valencia 94
 Galicia 66
 Madrid 46
 Cataluña 43
 Castilla y León 40
 Canarias 35
 Extremadura 29
 Castilla-La Mancha 27
 Murcia 26
 Baleares 24
 Asturias 21
 Cantabria 18
 País Vasco 18
 Navarra 14
 La Rioja 12
 Aragón 8
 Melilla 1

Total 676

PORCENTAJE DE MUNICIPIOS AFECTADOS (2000-2010) (%)



Fuente: Los datos contenidos en la primera tabla se han extraído de JEREZ DARIAS, Luis M.; MARTÍN MARTÍN, Víctor O. y PÉREZ GONZÁLEZ, Ramón, “Aproximación a una geografía”, cit., p. 12. El gráfico, elaborado a partir de los datos del estudio acabado de citar, se publicó en *El País*, el 17 de junio de 2013.

Complementariamente, la ONG Greenpeace, en su informe *Destrucción a toda costa 2009*, afirma haber detectado 487 casos de corrupción urbanística a lo largo del año 2009, con un total de 625 persona imputadas (de las cuales «289 son cargos públicos desde alcaldes hasta arquitectos municipales»¹⁶⁸), distribuidos del siguiente modo:

deberían ser algo más elevados si se pudieran cuantificar también los casos no descubiertos.

¹⁶⁸ GREENPEACE, *Destrucción a toda costa 2009. Situación del litoral español y sus espacios protegidos*, Greenpeace, 2009, p. 9.

Tabla 1 – Número de casos e imputados por corrupción en España.

CCAA	Nº casos	Imputados	% Cargos públicos
Comunidad Valenciana	169	32	72
Andalucía	114	332	18
Islas Baleares	79	25	72
Islas Canarias	52	95	55
Galicia	29	41	88
Cantabria	13	19	63
Región de Murcia	13	69	42
Cataluña	4	5	100
Asturias	3	3	67
Euskadi	2	4	25
Total	478	625	

Fuente: GREENPEACE, *Destrucción a toda costa 2009. Situación del litoral español y sus espacios protegidos*, cit., p. 9.

Aunque el número anual de casos, imputados y municipios afectados no es en absoluto insignificante, tampoco son suficientes casos como para afirmar que la corrupción esté extendida o generalizada en un sector público (administrativo) que cuenta con más de 21.437 entes¹⁶⁹, más de 2.500.000 empleados públicos¹⁷⁰ y más de 70.000 altos cargos y cargos electos¹⁷¹.

Las encuestas sobre experiencias directas de corrupción confirman que por lo general la corrupción está poco extendida, al menos en lo que se refiere a la solicitud o pago de sobornos, donde la mayoría de indicadores dan resultados en torno al 2%¹⁷², lo que supondría en este aspecto un nivel de corrupción por debajo de la media europea¹⁷³.

¹⁶⁹ Según el portal de transparencia de Transparencia Internacional España (http://www.transparencia.org.es/ENTES_PUBLICAS_EN_ESPAÑA/INDICE_ENTES_PUBLICAS_EN_ESPAÑA.htm).

¹⁷⁰ De acuerdo con los datos del Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas, en julio de 2013 había 2.547.720 empleados públicos, sin contar altos cargos, personal electo, personal de empresas públicas, de consorcios, o fundaciones, entre otros (vid. *Boletín estadístico del personal al servicio de las Administraciones públicas*, de julio de 2013: http://www.seap.minhap.gob.es/dms/es/publicaciones/centro_de_publicaciones_de_la_sgt/Periodicas/parr_afo/Boletin_Estadis_Personal/BE_JUL2013.pdf).

¹⁷¹ La mayor parte serían regidores municipales. En 2011, en las elecciones municipales, fueron elegidos 68.462 concejales, según la Federación española de municipios y provincias (<http://www.femp.es>). La cifra de más de 70.000 personas (incluye altos cargos no electos) procede de la estimación hecha en 2012 por VILLORIA, Manuel y JIMÉNEZ, Fernando, “La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos”, cit., p. 121.

¹⁷² De acuerdo con los datos del *Eurobarómetro Especial 374* (año 2012), solo el 1% de españoles reconoció que se le había solicitado el pago de sobornos, y según el 397 (año 2014), respondió afirmativamente el 2%; y según el *Global corruption barometer 2013* de Transparencia Internacional (Transparency International), ese porcentaje sería del 2% (el promedio de los años anteriores —2004 a 2010: 2%, 0%, 2%, 3%, 2%, 5%— sería similar: 2,3%).

¹⁷³ Según el *Eurobarómetro Especial 397* (2014), el promedio europeo está en el 4% de gente que reconoció que se les pidió, o se esperó de ellos, el pago de un soborno, con lo que España sería uno de los

A la luz de los datos expuestos, podemos concluir que en los últimos años ha aumentado la percepción sobre la gravedad y extensión de la corrupción, al tiempo que la incoación de nuevas causas por delitos de corrupción también ha crecido¹⁷⁴. Por este motivo, al que hay que añadir la gravedad de las consecuencias derivadas de la corrupción que más adelante se analizarán, debemos considerar especialmente relevante y acaso prioritaria la acción de los poderes públicos para combatir este fenómeno, ante el que no se han adoptado todavía medidas preventivas eficaces¹⁷⁵.

Ahora bien, no obstante haber observado un significativo aumento de causas criminales iniciadas, se puede afirmar que el total estimado de casos de corrupción anuales, que no es ni mucho menos irrelevante, es suficientemente bajo como para afirmar que la corrupción no forma parte del funcionamiento habitual de nuestras administraciones ni de sus órganos de gobierno, y no se trata, por tanto, de corrupción sistémica¹⁷⁶. La conducta habitual es la integridad en el desarrollo de funciones públicas y el buen funcionamiento de las administraciones¹⁷⁷, y la corrupción es la excepción; en consecuencia, las medidas contra la corrupción que se propongan deberán tener en cuenta ese carácter excepcional del fenómeno¹⁷⁸, siendo preferibles las medidas conducentes a introducir en el ordenamiento algunas innovaciones organizativas y procedimentales orientadas a reducir los riesgos de corrupción en las áreas más vulnerables, sin modificaciones profundas que alteren totalmente el sistema vigente.

países europeos que tendría mejor controlada la corrupción a pequeña escala (*petty corruption*).

¹⁷⁴ Aunque el mayor inicio de causas judiciales y el incremento de sentencias dictadas en casos de corrupción respaldan la tendencia observada en la opinión de expertos y de ciudadanos en general sobre la corrupción en España, no podemos dejar de advertir que las percepciones subjetivas sobre gravedad y extensión del fenómeno no solo se ven afectadas por el posible aumento real de casos sino que, en buena medida, se ven afectadas por la aparición de escándalos de corrupción y por la cobertura o seguimiento que de los mismos hagan los medios de comunicación, vid. PALAU, Anna M., y DAVESA, Ferran, “El impacto de la cobertura mediática de la corrupción en la opinión pública española”, *Revista española de investigaciones sociológicas*, núm. 144, octubre-diciembre 2013, pp. 97-126.

¹⁷⁵ En ese sentido, VVAA, “En dirección contraria a una democracia ejemplar”, en ESTEFANÍA MOREIRA, Joaquín (dir.), *Informe sobre la democracia en España 2014. Democracia sin política*, Fundación Alternativas-Catarata, Madrid, 2014, pp. 229-251, p. 236.

¹⁷⁶ JIMÉNEZ, Fernando, “La corrupción en un país sin corrupción sistémica”, en ESTEFANÍA MOREIRA, Joaquín (dir.), *Informe sobre la democracia en España 2014. Democracia sin política*, Fundación Alternativas-Catarata, Madrid, 2014, pp. 165-188, p. 166. Sobre características de la corrupción sistémica, vid. CAIDEN, Gerald E. y CAIDEN, Naomi J., “Administrative corruption”, *Public administration review*, vol. 37, núm. 3, mayo-junio 1977, pp. 301-309.

¹⁷⁷ Incluso en el urbanismo, que ha sido el sector donde mayor concentración de corrupción ha habido durante la última década, se ha afirmado el predominio en muy buena parte del territorio nacional del buen funcionamiento de la política territorial y urbanística, vid. PAREJO ALFONSO, Luciano, “La contribución de la Ley 8/2007”, cit., p. 52, nota 1.

¹⁷⁸ Sin duda, hay diferencias estratégicas para combatir la corrupción en función del alcance y extensión de la misma. Así, las medidas que en una sociedad con baja corrupción serían suficientes, apenas tendrían efecto alguno en lugares donde la corrupción fuera sistémica. Respecto de la importancia de esta diferenciación en el “tratamiento” y, en particular, sobre medidas para combatir la corrupción sistémica, vid. AZFAR, Omar, “Disrupting corruption”, en SHAH, Anwar (ed.), *Performance accountability and combating corruption*, World Bank, 2007, pp. 255-284, en particular, pp. 256 y 260-262.

2.2.- Los principales sujetos corruptos y su ámbito territorial

La corrupción pública en España es, esencialmente, la corrupción de los políticos (miembros del gobierno, altos cargos y personal eventual), mucho más que la corrupción de los empleados públicos profesionales (personal funcional y laboral). Según una estimación realizada por Manuel VILLORIA y Fernando JIMÉNEZ a partir de los datos publicados en las memorias anuales de la Fiscalía General del Estado entre los años 2004-2010, «las ratios de criminalidad, aunque sean aproximativas, son casi de 100 a 1 entre políticos y empleados públicos»¹⁷⁹. También aproximadamente, estiman que el índice de criminalidad entre políticos sería del 0,7%, mientras que el de funcionarios sería del 0,014%¹⁸⁰.

La misma conclusión se extrae si nos basamos en datos de percepción. Específicamente para el ámbito español, en 2009 el CIS elaboró una encuesta sobre ética y corrupción, en la que el 79,2% de los encuestados opinó que la corrupción estaba bastante o muy extendida entre los políticos, mientras que solo el 35,5% creyó que la corrupción estuviera muy extendida o bastante extendida entre los trabajadores de las administraciones públicas¹⁸¹.

Esta corrupción, de índole política, se concentraría principalmente en la Administración local¹⁸². Esta situación es fácilmente explicable si tenemos en cuenta que una inmensa mayoría del total de cargos de dirección política pertenecen a la Administración local. Cada Administración territorial goza de su respectivo órgano de gobierno compuesto de políticos por elección o designación, por lo que mientras solo hay 1 gobierno estatal y 17 autonómicos, habría unos 8.126 gobiernos municipales¹⁸³.

Más datos objetivos, en este caso relativos a Cataluña, pueden servir para darnos una idea de en qué proporción la corrupción está radicada en los entes locales. A la luz del análisis de los datos sobre investigaciones llevadas a cabo por la Oficina Antifraude de Cataluña, se observa que anualmente cerca del 70% de investigaciones guardan relación con la corrupción en los entes locales. A continuación se incorpora una tabla con los datos de los años 2011-2013, y un gráfico elaborado a partir de los datos de 2013.

¹⁷⁹ VILLORIA, Manuel y JIMÉNEZ, Fernando, “La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos”, cit., p. 121.

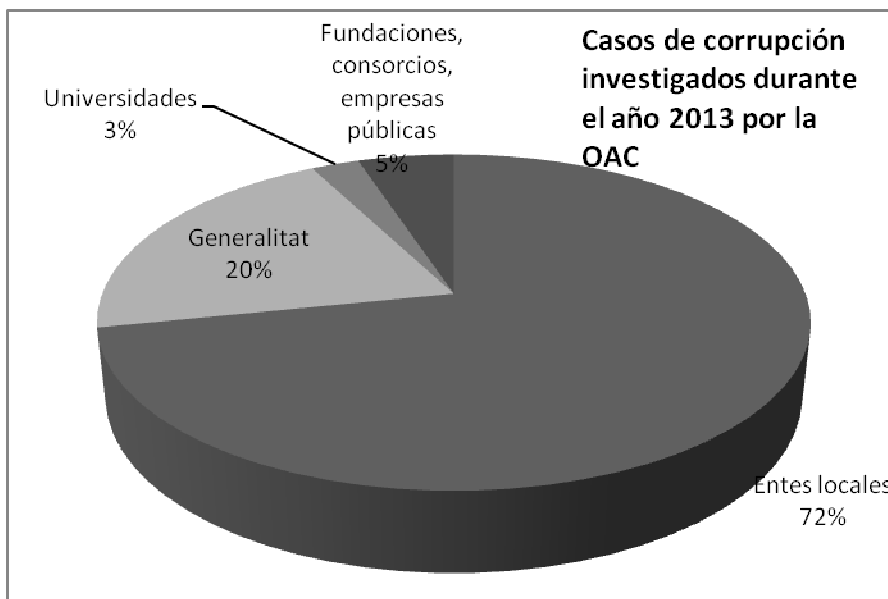
¹⁸⁰ *Ibid.*, pp. 119-121.

¹⁸¹ CIS, *Ética pública y corrupción. Estudio n° 2826*, diciembre 2009, p. 14.

¹⁸² «Hay una gran mayoría de Memorias de las Fiscalías Provinciales que relacionan corrupción con el urbanismo en los Ayuntamientos, [...] muchos de los supuestos [de casos de corrupción investigados] son contra alcaldes», FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2013*, cit., p. 655.

¹⁸³ Según los resultados obtenidos tras la búsqueda en el Registro de Entidades Locales, en enero de 2013 había registrados 8.126 municipios.

ÁMBITO	2011	2012	2013
Entes locales	16	35	28
Generalitat	1	4	8
Universidades	1	1	1
Fundaciones, consorcios, empresas públicas	3	0	2
personas físicas y entidades y empresas privadas	0	2	1
Fuente: Datos extraídos de las tablas de investigaciones, en el sitio web de la Oficina Antifraude de Cataluña: www.antifrau.cat .			



Fuente: Datos extraídos de las tablas de investigaciones, en www.antifrau.cat. Tabla y gráficos de elaboración propia. Para la elaboración de este gráfico (y el cálculo de los respectivos porcentajes), no se han tenido en cuenta los casos

que solo atañían a particulares.

Por tanto, las medidas adoptadas para prevenir la corrupción deben tener en cuenta quiénes la practican con mayor frecuencia, y, por tanto, en general las medidas deberán dirigirse sobre todo a los electos y altos cargos, o estar especialmente orientadas a controlarlos. Por lo que respecta al ámbito territorial, aunque pueda ser relevante para orientar otro tipo de medidas anticorrupción, a efectos de nuestro estudio no cobra demasiado sentido diferenciar el nivel territorial, ya que prácticamente toda la corrupción urbanística es local, dado que es en ese ámbito territorial en cuyo poder se encuentran las principales competencias en materia urbanística.

2.3.- Los principales sectores de la actividad administrativa donde radica la corrupción

En los últimos años, las memorias anuales de la Fiscalía han identificado el urbanismo como el sector de la actividad administrativa más afectado por la corrupción. De acuerdo con dichas memorias, en 2006 se experimentó un importante aumento de

investigaciones llevadas a cabo por la Fiscalía especial Anticorrupción en el ámbito de la corrupción urbanística¹⁸⁴, y desde entonces las investigaciones relativas a casos de corrupción urbanística no hicieron más que aumentar¹⁸⁵ hasta 2010, año en que por primera vez la Fiscalía advirtió un descenso en las investigaciones relativas al urbanismo¹⁸⁶.

A pesar del descenso en el número de investigaciones llevadas a cabo por la Fiscalía en ese ámbito, la última memoria publicada pone de manifiesto que la corrupción urbanística siguió siendo la principal forma de corrupción ante los juzgados y tribunales de justicia también durante el año 2012¹⁸⁷, aunque en menor medida también se reseñan actividades de riesgo pertenecientes a otros sectores, como la «adjudicación de obra pública y contratación de servicios públicos tratando de favorecer a una empresa», y la «gestión de ayudas y disposiciones de fondos públicos, muchas veces en forma de subvención, mayoritariamente por la Administración Autonómica»¹⁸⁸.

En el apartado especial que la Fiscalía General del Estado dedica a la “corrupción social, política y económica” en su memoria de 2013, se describe con suficiente detalle cómo ha sido la corrupción española de los últimos tiempos a partir de las aportaciones de distintas Fiscalías Provinciales. Se señala que mayoritariamente se relaciona la corrupción con el urbanismo en los ayuntamientos, materia en que las decisiones administrativas pueden generar grandes beneficios económicos. La planificación y ejecución urbanística son señalados como campos especialmente propicios para la comisión de los delitos relacionados con la corrupción, y en particular, se apunta a las recalificaciones y reclasificaciones de suelo y a la concesión de licencias de edificación como importantes focos de corrupción. Según recoge la Fiscalía General del Estado, «[e]l origen de muchos de los hechos investigados deriva de la obtención por un promotor que compra -a veces simple opción de compra- una finca por una escasa cantidad y acto seguido consigue una reclasificación de suelo y la atribución de aprovechamiento urbanístico multiplicando su valor, bien a través de los hoy denostados convenios urbanísticos, bien a través de la modificación del Plan General de Ordenación Municipal¹⁸⁹».

¹⁸⁴ «Si hubiera que significar algún punto relevante referido a la actuación de la Fiscalía Anticorrupción en el pasado año 2006 [...] éste es, sin duda, el importante aumento de investigaciones llevadas a cabo por la Fiscalía Especial en el ámbito de la corrupción urbanística», FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2007*, Centro de estudios jurídicos-Ministerio de Justicia, Madrid, 2007, p. 335.

¹⁸⁵ Vid., por todas, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2008*, Centro de estudios jurídicos-Ministerio de Justicia, Madrid, 2008, p. 916.

¹⁸⁶ «No obstante el descenso de las investigaciones sobre corrupción urbanística, no se ha producido un descenso en el trabajo de la Fiscalía», FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2011*, Centro de estudios jurídicos-Ministerio de Justicia, Madrid, 2011, p. 731.

¹⁸⁷ «Hay una mayoría de Memorias de las Fiscalías Provinciales que relacionan corrupción con el urbanismo en los Ayuntamientos», FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2013*, cit., p.655.

¹⁸⁸ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2013*, cit., pp. 655-656.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 656.

Ahora bien, los datos de la Fiscalía que sitúan al urbanismo como el principal foco de corrupción se refieren, en su mayoría, a causas judiciales en curso, o recientemente concluidas, que enjuician hechos anteriores a los años 2008-2009¹⁹⁰, años en que la fuerte crisis que azotó al sector inmobiliario español era todavía muy incipiente¹⁹¹.

Tal y como pone de relieve la propia memoria de 2013 de la Fiscalía General del Estado, la crisis económica ha supuesto la disminución de hechos relacionados con la corrupción¹⁹². Esa crisis, que ha sido especialmente profunda en el sector inmobiliario, hace suponer que la corrupción ligada al urbanismo ya no estaría ocupando un lugar tan destacado, y no sería el sector más afectado por la corrupción¹⁹³.

En efecto, así lo ponen de manifiesto los datos de denuncias de la Oficina Antifraude de Cataluña¹⁹⁴. De acuerdo con dichos datos, que se aportan a continuación en una tabla, en los últimos años la contratación pública habría tendido a igualar al urbanismo como sector más afectado por la corrupción, igualdad que definitivamente se habría roto el pasado 2013, cuando descolló la contratación como principal ámbito de corrupción pública, tal y como se puede observar en el gráfico elaborado a partir de los datos de 2013 que se aporta. Además, en ese año, ascendió mucho la corrupción en el acceso al empleo público, seguramente a causa del alto nivel de desempleo, que incrementaría los riesgos de corrupción en ese ámbito.

Materia	2011	2012	2013
Contratación administrativa	7	13	17
Urbanismo	7	12	8
Conflicto de intereses e incompatibilidades	4	3	8
Subvenciones	1	4	3
Función pública	2	5	14
Otras	0	4	1
TOTAL	21	41	51

¹⁹⁰ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2013*, cit., p. 658.

¹⁹¹ Sobre la burbuja inmobiliaria y la crisis en el mercado de la vivienda de 2007, vid. ROMERO, Juan; JIMÉNEZ, Fernando y VILLORIA, Manuel, “(Un)sustainable territories: causes of the speculative bubble in Spain (1996-2010) and its territorial, environmental and sociopolitical consequences”, cit., p. 469-474.

¹⁹² FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2013*, cit., p. 658.

¹⁹³ VILLORIA, Manuel y JIMÉNEZ, Fernando, “¿Cuánta corrupción hay en España?”, cit., p. 37.

¹⁹⁴ Datos referidos solamente a la Comunidad Autónoma de Cataluña.



Fuente: Datos extraídos de las tablas de investigaciones en el sitio web de la OAC. Tabla y gráficos de elaboración propia.

La opinión ciudadana manifestó un juicio semejante, y en el estudio 2826 del CIS, el 75,9% de los encuestados dijo que la corrupción estaba bastante o muy extendida entre las autoridades que conceden permisos y licencias de obras, y un 72,6% dijo que estaba bastante o muy extendida entre las autoridades que otorgan contratos públicos o subvenciones¹⁹⁵.

Como vemos, este apartado nos sirve para identificar que claramente la corrupción urbanística constituye una parte sustancial de la corrupción pública global del Estado español, y, aunque por cuestiones coyunturales del mercado de la vivienda hayan disminuido los incentivos para corromper en este ámbito, entendemos que sigue siendo un sector en el que es conveniente y prioritario introducir medidas para combatir la corrupción.

2.4.- La corrupción española en el contexto europeo, con especial atención al ámbito urbanístico

En 2011, Transparencia Internacional impulsó el proyecto ENIS (*European National Integrity Systems Project*), financiado por la Comisión Europea, en el marco del cual se evaluaron las instituciones con incidencia en el sistema anticorrupción de cada país. El informe resultante de tales evaluaciones fue publicado en 2012 bajo el nombre de *Money, politics, power: Corruption risks in Europe*. En ese informe se concluía que la corrupción no está extendida en la misma proporción entre los 25 países europeos analizados, y que sus sistemas de integridad nacional contienen disparidades muy notables.

Los países del norte de Europa serían los líderes en materia de integridad, con

¹⁹⁵ CIS, *Ética pública y corrupción. Estudio n° 2826*, cit., p. 14.

instituciones respetadas que operan eficazmente, con una cultura de rendición de cuentas y de transparencia administrativa largamente arraigada¹⁹⁶.

Los países de Europa central serían los que seguirían a los del norte, con un sistema de integridad robusto, aunque con algunas debilidades. Dentro de este grupo, Alemania, Finlandia, Suiza y Reino Unido serían los países con menos deficiencias en la lucha anticorrupción, seguidos de Bélgica, Francia y Holanda, que presentarían alguna debilidad añadida¹⁹⁷.

Los países europeos del este, recientemente incorporados a la Unión Europea, parecen progresar adecuadamente en la lucha contra la corrupción, con las excepciones de Bulgaria y Rumanía que seguirían manteniendo déficits muy serios en el sistema de integridad¹⁹⁸.

Finalmente, el informe se pronuncia sobre los países del sur de Europa, entre los que se encuentra España. En él se denuncian debilidades notables:

«[a] number of countries in southern Europe – Greece, Italy, Portugal and Spain – are shown to have serious deficits in public sector accountability and deep-rooted problems of inefficiency, malpractice and corruption, which are neither sufficiently controlled nor sanctioned¹⁹⁹.»

En cuanto a los sectores de riesgo de corrupción, hemos subrayado en España el peso del urbanismo y de la contratación pública. Por lo que respecta a la contratación pública, se ha afirmado, tanto en el citado informe de Transparencia Internacional como en el informe anticorrupción de la Unión Europea (*Informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE*, 2014), que la contratación pública es un sector con elevados riesgos de corrupción en toda Europa²⁰⁰. Se considera la actividad más vulnerable al despilfarro, el fraude y la corrupción debido a su complejidad, el nivel de flujos financieros generados y la estrecha interacción entre los sectores público y privado²⁰¹. Según un estudio del que se hace eco la Unión Europea en su informe anticorrupción, los sobrecostes que la corrupción ocasiona en los contratos oscilaría entre el 20-25%, y en algunos casos podrían llegar a ser hasta del 50% del coste total del contrato²⁰².

¹⁹⁶ TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, *Money, politics, power: Corruption risks in Europe*, Transparency International, Berlin, 2012, p. 12.

¹⁹⁷ *Ibid.*, pp. 12-13.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 13.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 3.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 39. En el mismo sentido se pronuncia la COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE*, COM(2014) 38, 2014, p. 8: «Los análisis nacionales muestran que la contratación pública es especialmente proclive a la corrupción en los Estados miembros, debido a los deficientes mecanismos de control y de gestión de riesgos».

²⁰¹ TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, *Money, politics, power*, cit., p. 39.

²⁰² COMISIÓN EUROPEA, *Informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE*, cit., p. 23.

La corrupción urbanística está también extendida en Europa, aunque no en todos los estados. Según el informe anticorrupción de la Unión Europea, «[e]l desarrollo urbanístico y la construcción son sectores en general muy vulnerables a la corrupción en la UE. Se señala en el informe que son especialmente propensos a la corrupción en algunos Estados miembros en los que se han investigado y juzgado muchos casos de corrupción en estos últimos años²⁰³», con lo que, aunque dentro de la Unión el sector urbanístico es vulnerable a la corrupción, en la práctica solo sería un foco claro de corrupción en algunos países. De hecho, una lectura de los anexos nacionales del informe, nos permite confirmar que solo en los casos de Croacia, Estonia, Eslovenia, Irlanda, Italia, Grecia, Portugal y España se pone de relieve la corrupción en el ámbito urbanístico.

Por lo que respecta a los países del entorno más próximo de España, comparables en términos de integridad nacional e (in)efectividad en la lucha anticorrupción, podemos dar algunos datos adicionales que ponen de relieve que el urbanismo y la edificación también han devenido sectores con riesgos de corrupción en tales países.

En Italia, ya en la década de 1970 Aldo M. SANDULLI advirtió la relación entre los beneficios derivados de la intervención pública en materia urbanística y la corrupción:

«[i]n un sistema tanto sperequato, e perciò incivile, nel quale è sostanzialmente il potere a decidere capricciosamente dell'impennata o dell'inabissamento dei valori dei suoli urbani, era naturale che la speculazione privata si sposasse alla disonestà partitica. Non è un mistero che le scelte urbanistiche sono state pascolo aperto alla corruzione, al finanziamento dei partiti, al favoritismo e alla persecuzione. [...] Però in tal modo è venuta ad esaltare la sperequazione tra chi può costruire preziosi edifici sui propri suoli in conformità delle previsioni urbanistiche (edilizia residenziale, centri commerciali, direzionali, ecc.) o vendere i suoli a peso d'oro, e chi (per le finalità dell'edilizia popolare o per quelle dell'urbanizzazione) viene espropriato ormai a prezzo vilissimo [...]. Una sperequazione che, ancora una volta, mette capo all'arbitrio dei soliti pianificatori tutt'altro che neutrali²⁰⁴».

Más recientemente, en 2013, en el informe elaborado por la denominada comisión Griffi, titulado *La corruzione. Per una politica di prevenzione*, se insistió en la misma cuestión y se destacó el urbanismo como uno de los principales sectores con riesgos de corrupción en Italia:

«[s]i consideri [...] che da sempre il “tratto di pennarello” del pianificatore comunale può arricchire taluni (proprietari delle aree cui è riconosciuta valenza edificatoria) a discapito

²⁰³ Ibid., p. 18.

²⁰⁴ SANDULLI, Aldo M., “Urbanistica e Costituzione”, *Rivista giuridica dell'edilizia*, fasc. 6, 1975, pp. 211-214, pp. 211-213.

di altri (proprietari di aree destinate alla città pubblica). Si tratta delle diffuse sperequazioni determinante dalla tradizionale tecnica dello *zoning* [...]. Il che, però, innesca non pochi rischi di corruzione derivanti dalla possibilità che sia riconosciuto, in diritti edificatori, un valore economico sproporzionato rispetto all'effettivo impegno finanziario chiesto al privato²⁰⁵».

Este informe concreta que donde habría mayores riesgos de corrupción dentro del sector sería en la modificación de los instrumentos de planeamiento y en los procesos negociadores relativos a los convenios urbanísticos²⁰⁶, lo que ya había sido señalado por la doctrina²⁰⁷.

En Grecia, el Inspector General de la Administración pública señaló en 2011 que la corrupción estaba extendida en el gobierno local y en la planificación urbanística y ambiental, entre otros ámbitos²⁰⁸. En materia de licencias urbanísticas, Transparencia Internacional ha llegado a cuantificar que obtener una licencia de construcción tendría un coste, en concepto de soborno, de 200 a 8.000 € en el país helénico²⁰⁹.

Portugal, finalmente, es otro Estado donde las instituciones han alertado de la relación entre corrupción y urbanismo. Además, los ámbitos de mayor riesgo dentro del sector del urbanismo serían también la planificación y la obtención de licencias de edificación. El Anexo nacional al informe anticorrupción de la UE recoge con detalle y precisión el estado de la cuestión en ese país:

«Urban planning has been recognised by the Portuguese authorities among the sectors most vulnerable to corruption. This is illustrated by the fact that in 2010 a legislative amendment made violation of urban planning regulations a separate criminal offence. Moreover, the law on the functioning of the Council for Prevention of Corruption (CPC) stipulates that territorial planning is among the sectors that present the highest corruption risks and should be closely analysed by CPC. The Ombudsman has intervened in cases of abuse of power and illegal acts in the area of urban planning and construction licenses at municipal level²¹⁰».

Por tanto, en el contexto europeo, España estaría en un grupo de países, unidos por su

²⁰⁵ COMMISSIONE PER LO STUDIO E L'ELABORAZIONE DI PROPOSTE IN TEMA DI TRASPARENZA E PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE, *La corruzione. Per una politica di prevenzione*, Governo Italiano, 2013, pp. 153 y ss.

²⁰⁶ COMMISSIONE PER LO STUDIO E L'ELABORAZIONE DI PROPOSTE IN TEMA DI TRASPARENZA E PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE, *La corruzione*, cit., pp. 159 y ss.

²⁰⁷ URBANI, Paolo, "L'urbanistica", en MERLONI, Francesco y VANDELLI, Luciano (coords.), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Passigli Editori, Florencia, 2010, pp. 423-436; y URBANI, Paolo, "Urbanistica consensuale, pregiudizio del giudice penale e trasparenza dell'azione amministrativa", *Rivista giuridica dell'edilizia*, fasc. 2, 2009, pp. 47- 57.

²⁰⁸ COMISIÓN EUROPEA, *Annex: Greece. To the EU Anti-corruption report*, p.3.

²⁰⁹ TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, *Greece: the cost of a bribe*, Transparency International, 2012, consultable en: <http://www.transparency.org>.

²¹⁰ COMISIÓN EUROPEA, *Annex: Portugal. To the EU Anti-corruption report*, p.10.

latitud en términos geográficos, donde el control de la corrupción presenta deficiencias notables. En cuanto a los sectores con mayores riesgos de corrupción, vemos que el problema para controlar la corrupción en la contratación pública es común en toda la Unión Europea, mientras que la urbanística, siendo extendida, solo presenta altos riesgos en unos pocos países (8, según los anexos citados), entre los que se encontrarían los cuatro países del sur de Europa analizados.

Hemos visto, en estas gruesas y rápidas pinceladas sobre el marco europeo, que la corrupción urbanística no es infrecuente en los países de nuestro entorno. Por tanto, la política anticorrupción nacional debería tener en cuenta los avances que se produzcan en esos otros estados, a efectos de estudiar la posibilidad de adoptar las mejores y más eficaces prácticas que se lleven a cabo.

Para analizar un poco más a fondo la corrupción pública en España tal vez proceda detenerse unas pocas páginas a analizar los elementos fenomenológicos más relevantes de la corrupción urbanística, pues, como hemos expuesto en secciones anteriores, la corrupción española reciente ha sido, en gran medida, corrupción urbanística.

2.5.- La corrupción en el urbanismo español contemporáneo: génesis, mutación y nuevos ámbitos de riesgo

Tal y como ponen de manifiesto los datos antes citados, durante estos primeros años 2000, la corrupción pública española ha sido en gran medida corrupción urbanística municipal, corrupción que, progresivamente, ha ido generando mayor preocupación entre la ciudadanía.

En el presente apartado veremos, en primer lugar, hasta qué extremos ha alcanzado la preocupación sobre este tipo de corrupción, pues de ella se han hecho eco la doctrina, las instituciones nacionales e internacionales, los medios de comunicación e incluso el legislador. A continuación expondremos brevemente la evolución de la corrupción urbanística contemporánea y, por último, señalaremos los principales ámbitos de riesgo de corrupción del urbanismo.

2.5.1.- La reciente notoriedad de la corrupción urbanística española

A través de los medios de comunicación, tras las pertinentes investigaciones periodísticas, se han hecho públicas muchas de las situaciones de corrupción urbanística, unas veces tramas complejas, otras veces meros actos puntuales, que han

llamado la atención de la ciudadanía y han recibido un intenso seguimiento mediático²¹¹. No obstante, no todas las aportaciones periodísticas son igual de fiables o precisas, y a veces carecen de imparcialidad y profesionalidad, lo que ha llevado a que hayan sido frecuentes las demandas en defensa del derecho al honor de cargos públicos que han sido relacionados con la corrupción urbanística en manifestaciones vertidas por contrincantes políticos o en artículos y titulares de prensa que los afectados han considerado difamatorios²¹², ya que no hay que olvidar que, a fin de cuentas, la denuncia de casos de corrupción suele emplearse como un elemento más para el desprestigio de políticos rivales durante las campañas electorales²¹³, pues se ha demostrado empíricamente que la acusación de corrupción sí influye, aunque lo haga de forma moderada, en el voto de los electores²¹⁴.

Al margen de la a veces controvertida manifestación de la corrupción urbanística llevada a cabo por los medios de comunicación o por los dirigentes políticos, otras instancias se han referido, directa o indirectamente, a su existencia en el Estado español.

En primer lugar, el propio legislador parece haber aceptado implícitamente la realidad de la corrupción urbanística en el Estado y ha querido adoptar medidas para erradicarla o, cuanto menos, mitigarla. Un claro ejemplo de ello se puede encontrar en la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, que incluye una serie de medidas sobre limitación del ejercicio profesional, registros de intereses e incompatibilidades, que la doctrina ha identificado como medidas «que más tienen que ver con la corrupción que con la

²¹¹ Por ejemplo, el denominado caso Malaya, relativo a la corrupción (sobre todo urbanística) que tuvo lugar desde la década de 1990 en el Ayuntamiento de Marbella, ocupó más del 30% del total de noticias que publicaron *El País* y *El Mundo* sobre corrupción en 2006, vid. PALAU, Anna M. y DAVESA, Ferran, “El impacto de la cobertura mediática de la corrupción en la opinión pública española”, cit., p. 111.

²¹² Jurisprudencialmente, por todas, v. STS, (Sala Primera, de lo Civil) de 7 de noviembre de 2011, núm. de recurso 1420/2009, ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos. Un completo análisis doctrinal de la cuestión se encuentra en DE LA IGLESIA PRADOS, Eduardo, “El derecho al honor de los políticos frente a las acusaciones de corrupción en materia de urbanismo”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, julio-agosto 2012, pp. 81-114.

²¹³ De acuerdo con las memorias anuales de varias fiscalías provinciales, en campaña electoral se incrementan notablemente las denuncias de presuntos hechos constitutivos de delitos de corrupción, tratándose generalmente de «denuncias cruzadas entre los integrantes de distintos partidos políticos con un claro ánimo de influir en el electorado», FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2013*, cit., p. 658.

²¹⁴ Según algunas estimaciones basadas en datos de las elecciones locales de 1999 y 2007, el promedio de pérdida de votos tras algún escándalo de corrupción sería del 4%, porcentaje que se amplía a medida que crece la atención mediática del caso, hasta el 9-14% (COSTAS-PÉREZ, Elena; SOLÉ-OLLÉ, Albert y SORRIBAS-NAVARRO, Pilar, “Corruption scandals, voter information, and accountability”, *European journal of political economy*, vol. 28 (4), 2012, pp. 469-484). Más recientemente, respecto a las elecciones locales de 2011, se ha observado que los partidos acusados de corrupción perdieron por promedio un 5% más de votos que los municipios sin casos de corrupción denunciados, si bien la mayoría de alcaldes implicados en casos de corrupción fueron reelegidos; también se ha observado que el castigo electoral no se da en todos los casos de corrupción: los políticos que cometieron irregularidades presuntamente corruptas que de algún modo beneficiaron también al municipio no obtuvieron un castigo electoral sino un beneficio, recibiendo de media un mayor respaldo del que habrían obtenido “sin corrupción”, que los autores cifran en el 4.8% (BARBERÁ ARANGÜEÑA, Pablo y FERNÁNDEZ-VÁZQUEZ, Pablo, “Los electores ante la corrupción”, en ORTIZ, Javier y EMBID, Julio (coords.), *Informe sobre la democracia en España 2012*, Fundación Alternativas, 2012, pp. 75-101).

situación de indisciplina»²¹⁵.

Algo más explícito se mostró el Gobierno estatal en el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa, que justifica la implantación de la obligación para las Administraciones públicas de acordar la práctica de anotación preventiva en el Registro de la Propiedad de los casos de «incoación de expedientes de disciplina urbanística que afecten a actuaciones por virtud de las cuales se lleve a cabo la creación de nuevas fincas registrales por vía de parcelación, reparcelación en cualquiera de sus modalidades, declaración de obra nueva o constitución de régimen de propiedad horizontal», que justifica del siguiente modo:

«[...] se hace especial hincapié en las medidas de protección registral cuyo objetivo consiste en la protección preventiva y en la depuración a futuro de situaciones que se producen en la actualidad y que están afectando de manera muy negativa a la inversión en el sector inmobiliario, tanto a nivel interno, como internacional. Entre ellas, la anulación de licencias previamente concedidas, con la consecuencia última de la demolición, que terminan afectando a terceros adquirentes de buena fe que se ven desprotegidos a causa de actuaciones en las que no han sido parte, y **que no siempre han estado exentas en su origen de supuestos de corrupción**. Entre estas medidas, se encuentra la incorporación al Registro de la Propiedad de la información que permitirá a los adquirentes de inmuebles conocer por anticipado la posible situación litigiosa en la que éstos se encuentran, incluyendo los expedientes que puedan suponer la imposición de multas o la futura demolición. En la actualidad, el acceso de dicha información absolutamente relevante para los potenciales inversores, es sólo potestativa de los Ayuntamientos, de tal manera que se establece la obligatoriedad de proporcionársela al Registrador imponiendo a los Ayuntamientos que la incumplan los perjuicios económicos que pudieran causarse a los adquirentes de buena fe»²¹⁶.

A nivel autonómico, la Oficina Antifraude de Cataluña señala, dentro de las situaciones de mayor riesgo de corrupción, las decisiones urbanísticas en general y, en especial, las recalificaciones de suelo; y como uno de sus principales efectos, la recalificación indebida de suelo²¹⁷.

Por su parte, la Fundación Alternativas, en su informe *Urbanismo y democracia*.

²¹⁵ ARGULLOL I MURGADES, Enric, “La Ley 8/2007, una nueva ley urbanística”, cit., p. 43.

²¹⁶ Exposición de motivos, ap. VI Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa. En el texto reproducido, la negrita es nuestra.

²¹⁷ OFICINA ANTIFRAUDE DE CATALUÑA, *Identificar i gestionar els riscos de corrupció. Orientacions per a directius públics*, Oficina Antifrau de Catalunya, 2010, p. 3.

Alternativas para evitar la corrupción, dirigido por Felipe IGLESIAS, afirma que la corrupción urbanística es un fenómeno extendido en el Estado español, tras lo cual enumera una serie de frecuentes incumplimientos de la normativa (urbanística y ambiental, principalmente) que califica de indicios de corrupción.

A nivel comunitario, el conocido como Informe Auken (*Informe sobre el impacto de la urbanización extensiva en España en los derechos individuales de los ciudadanos europeos, el medio ambiente y la aplicación del Derecho comunitario, con fundamento en determinadas peticiones recibidas (2008/2248(INI))*), ponente Margrete Auken), aprobado por el Parlamento Europeo el día 26 de marzo de 2009, se refiere en varias ocasiones a la corrupción urbanística y a los daños ocasionados por el urbanismo descontrolado llevado a cabo en España; por ejemplo, señala que:

«existen cada vez más pruebas de que las autoridades judiciales en España han empezado a reaccionar ante el reto que supone la urbanización excesiva en muchas zonas costeras, en particular mediante la investigación y la imputación de cargos contra funcionarios locales corruptos quienes, por sus acciones, han facilitado desarrollos urbanísticos no reglamentados sin precedentes en detrimento de los derechos de los ciudadanos de la UE, que han conllevado daños irreparables a la biodiversidad y la integridad medioambiental de muchas regiones de España» (p. 6).

También en Naciones Unidas se pueden encontrar constataciones de la corrupción que amenaza (o que al menos ha amenazado durante no pocos años) al sector urbanístico español, y en el informe *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, Sr. Miloon Kothari. Adición Misión a España*, de 7 de febrero de 2008, se lee lo siguiente:

«Según se ha informado, la situación de la vivienda y las elevadas sumas de dinero generadas por el negocio inmobiliario han creado problemas de corrupción en el país. Una de las razones de este fenómeno parecería ser la diferencia de precios entre el suelo urbanizable y el no urbanizable. [...] Se ha afirmado que la falta de recursos de las autoridades locales coadyuvó a que la recalificación del suelo se utilizara como fuente de financiación de los partidos políticos. También se ha afirmado que algunos políticos y funcionarios aprovecharon esta situación en beneficio propio» (pp. 16 y 17).

Por último, en lo que atañe a la doctrina, ha sido una práctica habitual desde que se descubrió el caso de corrupción urbanística en Marbella el destacar la presencia de la corrupción en este ámbito. Por su especial rotundidad, conviene recoger aquí la afirmación del penalista Joan J. QUERALT: «el nivel local es el principal agente corrupto,

y la materia preferida y de mayor magnitud de su corrupción, la urbanística»²¹⁸.

2.5.2.- La corrupción en el urbanismo español desde 1956

Hemos visto anteriormente que la corrupción urbanística continuó siendo, incluso a lo largo de todo el año 2012, la principal forma de corrupción en los tribunales de justicia, y también que ésta ha estado fuertemente vinculada con el *boom* inmobiliario iniciado en la segunda mitad de los años 90. Sin embargo, a la luz de la jurisprudencia manejada durante la elaboración de este estudio, podemos afirmar que el origen de esa corrupción se encuentra en los años precedentes.

En efecto, no solo nos parece equivocado afirmar que antes del *boom* inmobiliario no hubiera corrupción urbanística sino que además sostenemos que, a grandes rasgos, la corrupción urbanística que sin duda luego se dispararía con el *boom* inmobiliario²¹⁹, ya había adoptado sus formas principales antes de los años 90, a lo largo de un proceso evolutivo que tiene su punto de partida en el año 1956.

Si bien la corrupción pública es un fenómeno antiquísimo²²⁰, incluso la relacionada con el mercado inmobiliario²²¹, y el mismo Derecho urbanístico en España se remonta a épocas anteriores²²², hemos creído oportuno determinar como punto de partida el año 1956 porque la corrupción adapta sus formas al marco jurídico en el que opera, y justamente con la aprobación de la Ley de 12 de mayo de 1956 sobre régimen del suelo y ordenación urbana (en adelante, LS 1956) se sientan las bases del Derecho urbanístico contemporáneo, incorporando, tal y como ha dicho Joan Manuel TRAYTER, «las grandes ideas que aún hoy presiden la actual regulación»²²³.

²¹⁸ QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., “Reflexiones marginales sobre la corrupción”, *Revista crítica penal y poder*, núm. 2, 2012, pp. 18-35, p. 31.

²¹⁹ Con esta expresión se suele hacer referencia a la fase de extraordinaria expansión experimentada por el sector inmobiliario y de la construcción. Al respecto, vid. JIMÉNEZ, Fernando, “Building boom and political corruption in Spain”, cit., p. 263.

²²⁰ El Parlamento Europeo se hizo eco, en 1998, de unos hallazgos arqueológicos que probaban casos de corrupción en el siglo XIII a.C. Se encontró un registro del imperio asirio en el que figuraban listados los funcionarios que habían aceptado sobornos, entre los que figuraban altos funcionarios e incluso una princesa asiria (PARLAMENTO EUROPEO, *Informe sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política de la Unión en materia de lucha contra la corrupción (COM(97)0192 - C4-0273/97)*, de 24 de julio de 1998).

²²¹ En España destaca ya en los inicios del s. XVII la operación, que hoy calificaríamos de corrupción urbanística, llevada a cabo por Francisco de Sandoval y Rojas, I duque de Lerma y primer ministro y valido del rey Felipe III, que se enriqueció comprando a bajo precio terrenos que luego se revalorizaron por efecto de los traslados de la Corte, decisiones en las que influyó de forma determinante. Sobre esta cuestión, vid. ALVAR EZQUERRA, Alfredo, *El Duque de Lerma. Corrupción y desmoralización en la España del siglo XVII*, La Esfera de los Libros, Madrid, 2010.

²²² Por todos, BASSOLS COMA, Martín, *Génesis y evolución del Derecho urbanístico español (1812-1956)*, Montecorvo, Madrid, 1973.

²²³ Como la responsabilidad de las Administraciones públicas en la planificación y en el régimen jurídico

La primera forma de corrupción que surgió en este nuevo sistema urbanístico ya es apreciable en la década de 1960. Consistió en la práctica de algunos funcionarios municipales que desarrollaban las funciones de arquitecto municipal al tiempo que ejercían como arquitectos privados dentro del mismo municipio, tal y como se puede ver, por ejemplo, en la STS (sala de los Contencioso-administrativo) de 21 de marzo de 1984²²⁴. En ésta se refiere la conducta de un funcionario, arquitecto municipal, que utilizaba a colaboradores de su profesión para ocultar que estaba simultaneando su función técnica pública y el ejercicio privado de la arquitectura dentro del mismo municipio; situación que fue denunciada por otros arquitectos en el año 1966.

Este tipo de abusos devinieron ilegales tras la aprobación de la Ley de funcionarios civiles del Estado de 1964²²⁵, en cuyo art. 83.2 se prescribía que «[e]l funcionario no podrá ejercer actividades profesionales o privadas, bajo la dependencia o al servicio de otras entidades o particulares en los asuntos en que esté interviniendo por razón del cargo, ni en los que estén en tramitación o pendientes de resolución de la oficina local, centro directo o Ministerio donde el funcionario estuviera destinado, adscrito o del que dependa». Esta incompatibilidad, aunque regulada para los funcionarios del Estado, regía también para los funcionarios de la Administración local en virtud de la remisión contenida en los arts. 328 de la Ley de Régimen Local y 37.1 del Reglamento de Funcionarios de la Administración Local de 1952.

Esta nueva regulación no consiguió impedir que en la práctica siguieran informando siempre favorablemente de sus proyectos privados de obras de edificación y dificultaran la aprobación de los proyectos elaborados por los demás arquitectos. Una práctica para eludir *de facto* esa incompatibilidad era la de evitar que la firma del arquitecto municipal constara en el proyecto privado, para lo que en algunas ocasiones se recurría a colaboradores profesionales del mismo arquitecto municipal²²⁶ o bien, organizando una pequeña trama de corrupción, los arquitectos funcionarios de diversos municipios acordaban que uno firmaría los proyectos a presentar en el municipio del otro y viceversa²²⁷.

del suelo, la gestión urbanística, las reglas de intervención y uso del suelo y el nuevo estatuto jurídico de la propiedad limitado en su contenido por las leyes y los planes urbanísticos (TRAYTER, Joan Manuel, *Derecho urbanístico de Cataluña*, cit., p. 50). También, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho urbanístico, I*, Civitas, Madrid, 1979, pp. 79 y ss.

²²⁴ STS (sala de los Contencioso-administrativo) de 21 de marzo de 1984, ponente D. Aurelio Botella Taza.

²²⁵ Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado.

²²⁶ Vid. STS (sala de los contencioso-administrativo) de 21 de marzo de 1984, cit., considerando 6º.

²²⁷ Alejandro NIETO relata el funcionamiento de estas tramas a la perfección: «De hecho, una misma persona prepara por la tarde un proyecto de construcción en un despacho de arquitectura y, al día siguiente por la mañana, lo informa (por supuesto favorablemente) en su condición de funcionario en la oficina municipal de Urbanismo. Aunque eso sí, se cuidará mucho de que ni su firma ni su trabajo aparezcan en el trabajo privado. Los proyectos van siempre firmados por personas que no trabajan para la Administración o, si se trata de una organización muy simple, el funcionario de Alcobendas firma los

Desde los años 1960 y solo hasta muy recientemente, este tipo de corrupción fue objeto de control por los propios colegios profesionales de arquitectos sobre todo a través del visado colegial²²⁸. El visado colegial, obligatorio en determinados proyectos, consiste en la certificación, por parte del Colegio de arquitectos correspondiente, de una serie de requisitos que debe observar el proyecto sometido a visado. En los años '60, el visado debía acreditar la titulación profesional y colegiación del autor del proyecto, la no concurrencia de causas de incompatibilidad, el contenido formal exigido al proyecto y, desde reforma de la Ley de Suelo operada en 1975, también la adecuación del proyecto a la normativa urbanística²²⁹. En caso de que este mecanismo preventivo hubiera sido insuficiente para advertir y corregir estos supuestos de incompatibilidad²³⁰, tales cuestiones se saldaban por lo general con sanciones disciplinarias del propio colegio que, en caso de disconformidad, después de ser recurridas en vía administrativa, podían ser impugnadas ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, la deriva expansiva del Derecho penal en materia de corrupción a la que después haremos referencia, ha arrastrado hoy el enjuiciamiento de estos casos a la vía penal²³¹.

Esta corrupción administrativa de arquitectos (y aparejadores) también se extendió a la planificación urbanística, aunque más tardíamente puesto que durante los primeros veinte años de vigencia de la LS 1956 apenas tuvo relevancia la actividad planificadora²³². En consecuencia, no es hasta finales de los años 70 cuando empezamos a encontrar supuestos en que se relaciona la planificación urbanística con corrupción de este tipo. Un ejemplo se puede encontrar en la STS (Sala de lo

proyectos de Majadahonda y el funcionario de Majadahonda firma los proyectos preparados por su compañero de mesa para Alcobendas», NIETO, Alejandro, *La corrupción en la España democrática*, cit., p. 185.

²²⁸ Tal y como dijo el TS en repetidas ocasiones, los Colegios no podían definir el régimen de incompatibilidades (creando nuevas incompatibilidades) sino limitarse a aplicar el sistema prescrito en el ordenamiento. Por todas, vid. STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 29 de septiembre de 1986, ponente D. Vicente Marín Ruiz, FD 2º.

²²⁹ Vid. STS (sala de lo contencioso-administrativo) de 29 de marzo de 1980, ponente D. Fernando De Mateo Lage, cdo. 2º.

²³⁰ No siempre se hacía un control real previo a la expedición del visado: la STS (sala de lo contencioso-administrativo) de 20 de diciembre de 1983, ponente D. Manuel Gordillo García, (cdo. 3º), se hace eco de la práctica del Colegio Oficial de Arquitectos de Andalucía Oriental, que solo exigía la incompatibilidad a aquellos arquitectos que obtenían los mayores ingresos y que concedía visados aun cuando estimaba incompatibilidades entre el ejercicio de actividades públicas y privadas de los autores de los proyectos. En sentido contrario, incluso se pueden encontrar sentencias recientes que muestran la efectividad de este mecanismo de control; así, por la STSJ de Murcia, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 2ª) de 27 de julio de 2009, rec. núm. 20/2008, ponente D. Joaquín Moreno Grau, sabemos de la denegación de visado en 2006 a un proyecto de planeamiento elaborado por el padre del Jefe del Servicio de Planeamiento del Ayuntamiento de Murcia.

²³¹ Un caso de esta naturaleza que se salda con la condena penal de los arquitectos municipales se encuentra en la SAP de Madrid (secc. 17ª), de 29 de mayo de 2013, rec. núm. 4/2012, ponente D.ª Carmen Lamela Díaz. Los hechos enjuiciados corresponden al año 2006.

²³² De acuerdo con los datos aportados por Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, veinte años después de la entrada en vigor de la LS 1956 solamente se habían aprobado 600 planes en total, lo que suponía que únicamente el 7,5% del territorio nacional se encontrara planeado (FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Manual de Derecho Urbanístico*, La Ley-El Consultor, 20 ed., Madrid, 2007, p. 23).

Contencioso-administrativo) de 22 de diciembre de 1986²³³, en la que se confirma la sanción (consistente en la suspensión del ejercicio profesional en el territorio del Colegio por cinco meses) impuesta por el Colegio Oficial de Arquitectos de Baleares en 1982 a un arquitecto que había participado en la adaptación de un Plan General de Ordenación Urbana (PGOU) al Texto refundido de la Ley de suelo de 1976²³⁴ y a continuación elaboró una serie de proyectos referidos al ámbito territorial del mismo²³⁵.

Tal y como muestra esta sentencia, este tipo de hechos de ordinario se saldaban, como ya hemos visto respecto de las licencias, con una mera sanción colegial recurrible en último término ante la jurisdicción contencioso-administrativa; si bien solemos encontrarlos hoy sustanciados directamente ante la jurisdicción penal, que en la práctica ha terminado por adoptar el papel de medio sancionador ordinario en esta materia²³⁶.

También desde finales de la década de 1970, y sobre todo a partir de los años 1980, empiezan a surgir y juzgarse ya no solo casos de corrupción administrativa sino también casos de corrupción política en nuestro urbanismo, así como casos de corrupción vinculados con la financiación ilícita de partidos políticos²³⁷. Por descontado, sería demasiado aventurado afirmar, en base a la total ausencia de jurisprudencia al respecto, que no hubo en el urbanismo corrupción llevada a cabo por los gobiernos durante el régimen autoritario. Esa ausencia, por otra parte, no prueba la inexistencia de la corrupción (antes, quizás, lo contrario), pues, como señaló Miguel SÁNCHEZ MORÓN, en un contexto de rigurosa jerarquía administrativa e intensa tutela de la Administración del Estado sobre las entidades locales, la cúpula del poder político-administrativo careció de control efectivo alguno, incluido el control de la jurisdicción penal²³⁸, motivo por el que no debe extrañarnos esa falta de jurisprudencia, ni la misma debe llevarnos a pensar necesariamente que durante el régimen autoritario solo fueron corruptos (en el ámbito urbanístico) los arquitectos y aparejadores.

La corrupción de las autoridades públicas, por tanto, no surge en la jurisprudencia de

²³³ STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 22 de diciembre de 1986, ponente D. Manuel Garayo Sánchez.

²³⁴ Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

²³⁵ En particular, «la construcción de una vivienda de planta baja y piso de 140 metros cuadrados y garaje, cuatro viviendas de 100 metros cuadrados, 4 de 120, 18 apartamentos de 50, club social de 80, 2 pistas de tenis de tierra y una piscina de 6 x 12 metros» (cdo. 7º de la sentencia apelada).

²³⁶ Por ejemplo, en el AAP de Madrid (secc. 2ª) de 12 de octubre de 2008, rec. núm. 655/2007, ponente D. David Suárez Leóz, se acuerda la continuación de las actuaciones por los trámites establecidos para el procedimiento abreviado contra un arquitecto que reconoció haber actuado simultáneamente como encargado de la subsanación del PGOU de Alcorcón (1999-2001) y como arquitecto privado de los promotores de viviendas en ese PGOU; respecto del que, además, propone una subsanación disconforme con la normativa vigente «en cuanto a número y porcentaje de viviendas protegidas, favoreciendo con ello los intereses y las arcas de tales clientes privados».

²³⁷ NIETO, Alejandro, *El desgobierno de lo público*, Ariel, 1º ed., Barcelona, 2008, pp. 160-161.

²³⁸ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “La corrupción y los problemas del control de las administraciones públicas”, cit., p. 193.

forma clara hasta la consolidación de la democracia²³⁹. Además, a medida que, a partir de los años '80 el sector inmobiliario pasa a ocupar un puesto destacado entre los principales motores económicos del país, empiezan a aparecer, con mayor frecuencia, casos de conflicto de intereses con los alcaldes y concejales, en la medida en que parte de los mismos operan profesionalmente en ese sector, y, ante la tentación de poder aprovechar su cargo público en beneficio propio, no siempre cumplen escrupulosamente con las reglas de incompatibilidades ni se abstienen respecto de aquellos procedimientos en los que tienen intereses personales.

Por ejemplo, en la SAP de Murcia de 18 de noviembre de 1989, se condenó como autor de un delito de prevaricación a un alcalde que concedió en 1987 licencia para la ejecución de unas obras a una sociedad (promotora de la urbanización y solicitante de la licencia) de la que él mismo era el presidente y de la que poseía 1/7 del capital, a pesar de que el planeamiento de desarrollo que las habría amparado todavía no había sido aprobado definitivamente y existían informes técnicos y jurídicos contrarios a la concesión (incluso del Secretario)²⁴⁰. Además, también se encuentran casos en que el alcalde aprovecha tal cargo para obtener una ventaja respecto de la competencia en el sector inmobiliario: en la STS (Sala de lo Penal) de 18 de julio de 1997²⁴¹, se confirma la pena impuesta en la SAP de Alicante de 31 de marzo de 1996 a un alcalde que es administrador único o socio junto con otros familiares en diversas empresas de construcción y promoción de viviendas y que, en lugar de abstenerse respecto de las licencias de tales empresas, participaba en su concesión, concesión que se hacía, tal y como dice el tribunal, «con insólita rapidez (en ocasiones, todos los trámites, informe técnico, convocatoria de la Comisión de Gobierno, celebración de la reunión y aprobación y concesión de la licencia, se realizaban en el mismo día de la solicitud de la licencia)». Ahora bien, esta celeridad en la concesión solo sucedía respecto de sus propias sociedades, y no respecto de otras promotoras y constructoras, situación que no puede dejar de resaltar el tribunal:

«[a]lega el recurrente que la agilidad administrativa no es delictiva y debería ser digna de alabanza, pero dicha alabanza se torna en reproche cuando se aprecia que tan pasmosa celeridad no se aplica imparcialmente al conjunto de los administrados sino únicamente a las solicitudes de las empresas del Alcalde, en cuya tramitación y resolución, por cierto, tenía éste obligación legal de abstenerse y no lo hacía. El abuso delictivo del cargo se

²³⁹ En efecto, el cambio fue de considerable envergadura tras la configuración del Estado democrático y la adopción de la vigente Constitución: «[l]os regidores municipales dejaron de ser nombrados por los gobernadores civiles para ser elegidos directamente por la ciudadanía a través de comicios libres y, frente al anterior modelo exógeno de supervisión y fiscalización jurídica y política, los municipios, provincias e islas comenzaron a conocer el significado de las palabras autogestión y responsabilidad» (CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco, “Autonomía local y Constitución. Razones para recuperar la causalidad perdida, *Anuario del Gobierno Local 2003*, Fundación Democracia y Gobierno Local-Institut de Dret Públic, 2004, pp. 47-70, p. 48).

²⁴⁰ La sentencia de la AP de Murcia es confirmada por la STS (Sala de lo Penal) de 27 de noviembre de 1992, rec. núm. 561/1990, ponente D. Justo Carrero Ramos.

²⁴¹ STS (Sala de lo Penal) de 18 de julio de 1997, rec. núm. 1312/1996, ponente D. Cándido Conde-Pumpido Tourón.

pone claramente de manifiesto cuando se aprecia que las solicitudes de la competencia no sólo no se tramitan con dicha celeridad sino por el contrario con una desesperante demora, dándoles por respuesta el silencio administrativo, con lo cual se retrasaban las promociones urbanísticas de la competencia y aceleraban las propias» (FD 4º).

Ejemplos más recientes demuestran que no es raro que en los casos de corrupción urbanística encontremos que alguno de los partícipes ostenta un cargo electo en el municipio y, al mismo tiempo, se dedica profesionalmente a la construcción, a la promoción o a la intermediación inmobiliarias y que, como hemos dicho, aunque en algunas ocasiones actúan convenientemente, absteniéndose de intervenir por razón de su cargo en los asuntos en que tienen un interés profesional particular, no siempre sucede así. Por ejemplo, en el AAP de Ávila (secc. 1ª) de 25 de noviembre de 2010²⁴² el tribunal confirma el sobreseimiento provisional parcial respecto de un supuesto en el que el alcalde del municipio de Navahondilla y simultáneamente administrador único de la mercantil promotora de la construcción de veinte viviendas pareadas y nueve adosadas en ese municipio, que se abstuvo de intervenir respecto de la concesión de licencia de obras para construir tales viviendas. Contrariamente, en la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Pamplona, de 4 de junio de 2009, a la que ya nos hemos referido con anterioridad, se condenó al alcalde del Valle de Egüés, quien se dedicaba profesionalmente a la actividad de asesoramiento e intermediación en materia inmobiliaria, y que intervino como intermediario en la operación de compraventa de una parcela ubicada en el término municipal donde ocupaba el cargo de alcalde, parcela respecto de la cual, después, concedió una licencia contraria al planeamiento, habilitando a la construcción de un apartotel en una parcela destinada exclusivamente a uso escolar.

En este nuevo contexto democrático no es que haya desaparecido la corrupción de los arquitectos y aparejadores que, vinculados por cualquier forma de relación con la Administración, ejercen funciones públicas. Este tipo de corrupción ha continuado dándose, como prueban varias sentencias ya citadas, relativamente recientes²⁴³, que se pronuncian respecto de hechos de esta naturaleza. Una de ellas, la STSJ de Murcia, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 2ª) de 27 de julio de 2009, que se pronuncia respecto de la conformidad a Derecho de la denegación, por parte de un colegio de arquitectos, de visado a un proyecto de planeamiento elaborado por el padre del jefe del servicio de planeamiento de un ayuntamiento, subraya expresamente que la de arquitecto es una profesión con riesgo de corrupción: «la actuación del Colegio negando el visado pretendido no sólo fue comedida, adecuada y prudente sino que era una exigencia para la defensa de la imagen de la profesión de Arquitecto tan vinculada

²⁴² AAP de Ávila (secc. 1ª) de 25 de noviembre de 2010, rec. núm. 234/2010, ponente Dª. María José Rodríguez Duplá.

²⁴³ Vid. STSJ de Murcia, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 2ª) de 27 de julio de 2009, cit., y SAP de Madrid (secc. 17ª), de 29 de mayo de 2013, cit. Ambas se refieren a hechos que tuvieron lugar en 2006.

por su contenido con el desarrollo urbanístico y, por tanto, especialmente sensible a las acusaciones de amiguismo, trato de favor y corrupción» (FJ 3º). Sin embargo, durante ese período, y en especial a partir del inicio del *boom* inmobiliario, la corrupción que con mayor frecuencia encontramos en la jurisprudencia es la practicada por los cargos electos municipales que, desde las cúpulas políticas de los ayuntamientos, en connivencia con promotores y constructores privados (o siéndolo los propios alcaldes y concejales), buscan la obtención de beneficios ilícitos ligados a la necesaria intervención de los entes locales para la concesión de licencias de edificación y la modificación del planeamiento urbanístico; en un contexto de reforzamiento de la autonomía local en materia urbanística y de extraordinaria expansión del mercado inmobiliario.

2.5.3.- Las principales manifestaciones de la corrupción urbanística más reciente. Ámbitos de riesgo

Los supuestos más frecuentes se concentran en el planeamiento urbanístico (pudiendo mediar uno o más convenios urbanísticos), que es en gran medida competencia del Pleno del ayuntamiento²⁴⁴, y en la concesión de licencias edificatorias, que es competencia de los alcaldes²⁴⁵, tal y como recoge la memoria de 2013 de la Fiscalía General del Estado²⁴⁶. Algo menos frecuentes, pero también relativamente numerosos, son los supuestos en que la corrupción surge en materia de disciplina urbanística, tanto en el ejercicio de potestades inspectoras como sancionadoras.

En el planeamiento se dan con recurrencia tanto supuestos de conflicto de intereses²⁴⁷ como de pago de sobornos, en que los sujetos beneficiados por las modificaciones del plan urbanístico tanto pueden ser, directa o indirectamente, las mismas autoridades o

²⁴⁴ En fase de aprobación inicial y provisional, es competencia del Pleno de los ayuntamientos, tal y como establece el art. 22.2.c de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LRBRL), competencia que no puede ser objeto de delegación *ex* art. 22.4 LRBRL. La aprobación definitiva es competencia de la comunidad autónoma, fase en la que ejerce un control de legalidad.

²⁴⁵ Art. 21.1.q LRBRL.

²⁴⁶ Se recoge que, tal y como ha puesto de manifiesto algunas Fiscalías provinciales, la mayoría de casos son contra alcaldes y en materias urbanística y contractual. En materia urbanística se señalan expresamente las reclasificaciones y recalificaciones urbanísticas y la concesión de licencias de edificación. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2013*, cit., pp. 655 y 656.

²⁴⁷ Los conflictos de intereses están estrechamente ligados a la corrupción en la planificación porque los miembros del gobierno local suelen pertenecer al municipio en el que desempeñan su cargo público, y ellos o sus familias y amigos son propietarios de terrenos en la misma localidad. La doctrina ha llegado a afirmar que el único modo de acabar con la corrupción urbanística pasa por desapoderar a los municipios de sus potestades urbanísticas, en favor de entes supramunicipales como las diputaciones provinciales o las Comunidades autónomas, PARADA, Ramón, “La segunda descentralización: del Estado autonómico al municipal”, *Revista de Administración Pública*, núm. 172, enero/abril 2007, pp. 9-77, p. 41.

funcionarios que participan en la aprobación del plan urbanístico (o sus familiares), como terceros que han pagado, o se han comprometido a pagar de algún modo, parte de los beneficios económicos que resulten de la aprobación o modificación de los instrumentos de planeamiento.

Algunos ejemplos, directamente extraídos de la jurisprudencia, serían los siguientes: 1) Un alcalde y unos concejales, a través de sus sociedades, adquirieron unos terrenos rústicos que, tras la aprobación de las modificaciones puntuales del plan urbanístico, pasaron a ser suelos urbanizables²⁴⁸; 2) Un concejal votó en el pleno municipal a favor de la modificación puntual de las normas subsidiarias de planeamiento urbanístico que legalizaban edificaciones de su madre, en lugar de abstenerse²⁴⁹; y 3) Dos arquitectos, que ejercían las funciones de arquitectos del ayuntamiento de Guadalix de la Sierra, informaron como técnicos municipales, emitiendo informes favorables, en la tramitación administrativa relativa a la aprobación y ejecución de sus propios proyectos, presentados a través de la empresa de la que eran socios y coadministradores²⁵⁰.

Hay que advertir que en materia de planeamiento, y particularmente respecto de los instrumentos de planeamiento general, el conflicto de intereses que debe dar lugar a abstención ha sido matizado jurisprudencialmente, creemos que con acierto. El mero hecho de que los instrumentos de planeamiento afecten a un considerable número de vecinos, incluidos, personalmente, los miembros de la corporación o sus familiares, socios o amigos, no conlleva necesariamente la obligación de abstención del miembro de la corporación. Como ha reiterado la jurisprudencia, para que realmente medie un conflicto de interés y «exista riesgo cierto de pérdida de objetividad e independencia»²⁵¹, el interés particular del alcalde o concejal debe ir más allá del interés que comparte la generalidad de los vecinos, incidiendo de una forma especialmente intensa en los inmuebles de su titularidad²⁵². Si existe esta incidencia especialmente

²⁴⁸ Auto AP de Sevilla (secc. 1ª) de 30 de junio de 2008, cit.

²⁴⁹ SAP de Toledo (secc. 1ª) de 10 de abril de 2008, núm. 22/2008, ponente D.ª Gema Adoración Ocariz Azaustre.

²⁵⁰ SAP de Madrid (sección 17ª) de 29 de mayo de 2013, cit.

²⁵¹ Así lo ha expresado la jurisprudencia: «[l]a parte demandante ha solicitado la abstención del Concejal Sr. ...porque es propietario de una finca de ...; y ello en una actuación urbanística de ...de metros cuadrados. Si ello constituyera de verdad una causa de abstención, sería imposible en muchos municipios la aprobación de instrumentos de ordenación urbanística (v.g. Planes Generales, Normas Subsidiarias, Planes Parciales, etc.) porque esa cualidad de propietario puede concurrir en alguno o todos los miembros de la Corporación. Ello será causa de abstención por interés personal en el asunto cuando, vistas las características de la actuación urbanística y del interés particular concurrente, exista riesgo cierto de pérdida de objetividad e independencia» (STSJ Asturias (Sala de lo Contencioso) de 18 de marzo de 2015, rec. núm. 402/2013, ponente D.ª María José Margareto García, FD 3º).

²⁵² En un caso en que se discutía la validez del acuerdo de aprobación provisional de las normas subsidiarias de planeamiento de un municipio, el TS afirmó que «unas normas urbanísticas como las impugnadas, afectan a todas las titularidades sobre inmuebles urbanos, en cuanto que todas ellas quedan sujetas a prescripciones, en consecuencia todos los titulares tienen interés respecto de dichas normas, ahora bien, el carácter generalizado de dicho interés, que en su persona o en la de los familiares afecta a la mayoría de los vecinos de una localidad, no puede considerarse motivo de abstención en los miembros de la Corporación Municipal, pues para que se produzca el supuesto contemplado en el artículo 227 del

intensa, esa posición individualizada beneficiosa, existe el conflicto de intereses y surge el deber de abstención, con independencia de que exista un beneficio equivalente para el propietario de algún otro inmueble²⁵³. De no haber seguido la jurisprudencia este criterio para delimitar el interés personal, sin duda se habría dificultado enormemente, cuando no imposibilitado, la aprobación de este tipo de instrumentos²⁵⁴.

Tanto la clasificación del suelo (que determina si un suelo puede ser o no urbanizable) como la calificación del mismo (que determina el uso y nivel de edificabilidad) son ampliamente discrecionales y determinan el valor de los terrenos de los propietarios afectados por el plan, llegando a generar unas cuantiosísimas plusvalías para los mismos si el plan les es favorable. En ocasiones, ha sido un convenio urbanístico de planeamiento el instrumento que ha radicado en el origen de las modificaciones en la planificación, fuera mediante la aprobación de un nuevo instrumento o mediante la modificación puntual de uno preexistente. Un ejemplo de ello se encuentra en la SAP de Pontevedra (secc. 5ª) de 7 de septiembre de 2010²⁵⁵, donde se recoge que por la firma de varios convenios urbanísticos dirigidos a modificar el planeamiento recalificando unas fincas, dos concejales exigían el pago de sobornos a un promotor inmobiliario.

Los convenios urbanísticos surgen y se desarrollan en la práctica urbanística al margen de la ley, sin cobertura normativa específica, pues no contaron con una regulación en las leyes estatales urbanísticas y de suelo desde 1956 hasta 1992; y su recepción normativa se dio en la legislación autonómica, de forma general y por primera vez en 1992²⁵⁶.

citado Reglamento [de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales], es preciso que concurra en el Alcalde o Concejales, un interés directo en su persona o en la de los familiares que se determinan, que lo sitúe en una posición individualizada en relación con el acuerdo que se trata de adoptar, en cuanto que el mismo pueda incidir de una forma especialmente intensa respecto de dicho interesado, no siendo suficiente para que la abstención opere, los supuestos como el presente en los que el interés del Alcalde o Concejales, no va más allá, del que comparte la generalidad de los miembros de la Comunidad y en los que la incidencia del acuerdo, dado su carácter general, no muestra particularidad alguna respecto de los mismos» (STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 30 abril de 1984, ponente D. Manuel Gordillo García, cdo. 10º).

²⁵³ Tal y como ha determinado el TS, en caso de que los miembros de la corporación tengan algún interés particularmente intenso, como el hecho de que en la modificación del instrumento de que se trate pueda algún miembro estar interesado «por incidir la misma favorablemente en la calificación urbanística de unas propiedades, que de situarse en zona residencial extensiva pasarían a estar en zona intensiva, con las consiguientes ventajas edificatorias», pasa a ser motivo suficiente para la abstención, y esa obligación no decae por «el hecho de afectar éste [el instrumento de planeamiento] siempre a quienes los aprueban como integrantes de la comunidad vecinal que habita sobre el territorio a que se extienden» ni por el hecho de que «afectase a otros diez propietarios igualmente» (STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 5ª) de 19 octubre 1993, rec. núm. 544/1991, ponente D. Jaime Barrio Iglesias, FD 2º).

²⁵⁴ Vid. STSJ Asturias (Sala de lo Contencioso) de 18 de marzo de 2015, FD 3º, cit.

²⁵⁵ SAP de Pontevedra (secc. 5ª) de 7 de septiembre de 2010, núm. 41/2010, ponente D. José Carlos Montero Gamarra.

²⁵⁶ Aunque hay tempranas referencias a los convenios en normativa urbanística de los años '80 en la Comunidad Autónoma de Canarias, la primera regulación general de los convenios urbanísticos fue la contenida en la Disposición Adicional (DA) 4ª de la Ley valenciana 6/1992, de 5 de junio, sobre Suelo No Urbanizable. En general, sobre la falta de cobertura legal específica de los convenios y la progresiva recepción normativa de los mismos, vid. HUERGO LORA, Alejandro, *Los convenios urbanísticos*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 41-66; y MENÉNDEZ REXACH, Ángel, "El fomento de las buenas prácticas

Entre los convenios es posible diferenciar, en términos generales, entre los de planeamiento y los de gestión²⁵⁷, siendo los primeros los que más frecuentemente se han relacionado con la corrupción, tal y como sucede en el caso expuesto como ejemplo más arriba.

Los convenios de planeamiento son acuerdos que suscribe la Administración con terceras personas físicas o jurídicas, generalmente privadas, en los que la primera se compromete a tramitar una modificación del planeamiento urbanístico a cambio de una contraprestación en dinero o en especie²⁵⁸, que se hará efectiva cuando la Administración realice la modificación pactada²⁵⁹. Este sistema convencional de ejercer la función urbanística partió como un sistema para flexibilizar y agilizar el desarrollo urbano, pero pronto se descubrió como una fuente de negociaciones opacas entre ayuntamientos y particulares que en ocasiones facilitó la corrupción urbanística²⁶⁰, motivo por el que incluso se ha llegado a afirmar desde nuestra doctrina que una de las medidas necesarias para luchar contra la corrupción urbanística pasa por suprimir la técnica de los convenios urbanísticos²⁶¹.

A pesar de que no hemos podido encontrar todavía casos de corrupción confirmados en sede jurisdiccional al respecto, creemos que durante los últimos años y todavía en el momento presente, los incentivos de la corrupción en la planificación urbanística pueden haber mutado de forma considerable en el contexto de crisis económica, abriendo un nuevo ámbito que prevemos que puede modificar hasta cierto punto la corrupción en el planeamiento: el interés del corrupto no sería el de obtener un beneficio sino el de evitar una pérdida. Si bien hasta hace poco no nos planteábamos como racional el tener un interés en obtener una modificación del planeamiento que desclasificara suelo urbanizable para devolverle su naturaleza previa de suelo no urbanizable, lo cierto es que muchos terrenos que han sido clasificados como urbanizables en previsión de un desarrollo urbano futuro han ocasionado y siguen ocasionando considerables pérdidas patrimoniales para sus propietarios, pues los tributos sobre el mismo han pasado a ser mayores que los que lo gravaban antes de ser urbanizable, y la urbanización ha

administrativas en la nueva Ley de suelo y otras normas estatales recientes”, en MENÉNDEZ REXACH, Ángel (ed.), *Urbanismo y corrupción. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 12 (2008)*, UAM-BOE, Madrid, 2008, pp. 135-168, p. 154.

²⁵⁷ Vid. HUERGO LORA, Alejandro, *Los convenios urbanísticos*, cit., pp.82-92.

²⁵⁸ Cesión de suelo o construcción de dotaciones para el ayuntamiento, habitualmente.

²⁵⁹ Puesto que la potestad pública de planeamiento no es susceptible de transacción (art. 3.1 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo), suscribir un convenio no impone la obligación de tramitar ni aprobar la modificación pactada, sin perjuicio de las responsabilidades que puedan surgir a consecuencia del incumplimiento.

²⁶⁰ VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “El desgobierno del territorio”, *Conferencia del XIX Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho administrativo*, Madrid, 2012, p. 20 (posteriormente recogido en PIÑAR MAÑAS, José Luis (ed.), *Crisis económica y crisis del Estado del bienestar. El papel de Derecho administrativo*, Reus, 2014, pp. 257-294); y LOZANO CUTANDA, Blanca, “Urbanismo y corrupción: algunas reflexiones desde el Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 172, enero-abril 2007, pp. 339-361, p. 359.

²⁶¹ LOZANO CUTANDA, Blanca, “Urbanismo y corrupción”, cit., p. 359.

resultado imposible, o se prevé como muy escasamente rentable.

En cuanto a las licencias, los supuestos son de naturaleza distinta porque no hay margen de discrecionalidad alguno en favor de la Administración, sino que estamos ante el ejercicio de una potestad reglada, donde la intervención administrativa se limita a verificar si el proyecto de obras presentado se ajusta a la legalidad urbanística. Las conductas más frecuentes también se relacionan directamente con el pago de sobornos y los conflictos de intereses: son aquellas en que el cargo público competente para conceder la licencia recibe una cuantía a cambio de agilizar los trámites para su concesión o para otorgar una licencia que es contraria al planeamiento; o se trata de supuestos en que la autoridad o funcionario que participa en el otorgamiento de la licencia tiene un interés personal²⁶². Algunos ejemplos extraídos de nuestra jurisprudencia serían los siguientes: 1) Un alcalde solicitó una cantidad de dinero por la agilización de una licencia urbanística²⁶³; 2) Un alcalde solicitó el pago de 30.000 euros a cambio de conceder unas licencias urbanísticas que contaban con un informe jurídico desfavorable a su concesión²⁶⁴; 3) Un alcalde influyó para conseguir la máxima celeridad en la tramitación de licencias de obras, y luego no se abstuvo en el momento de decidir sobre su concesión, respecto de unas licencias de obras que atañen a sociedades y negocios de los que es partícipe²⁶⁵; y 4) Un aparejador municipal aceptó el pago de 20 millones de pesetas a cambio de informar favorablemente las licencias de obras solicitadas por una empresa²⁶⁶.

Algo más extraño, aunque se ha dado el caso, es que alcaldes y concejales exijan pagos ilícitos a cambio de conceder licencias acordes con el planeamiento y a las que los interesados tenían derecho, tal y como se aprecia en la SAP de Málaga (secc. 8ª) de 18 de enero de 2012²⁶⁷, en la que se aprovechaban para ello de la complejidad del entramado de normas urbanísticas y le ocultaban al particular que tenía derecho a obtenerlas.

En cualquier materia, puede tratarse tanto de actos puntuales de corrupción como de

²⁶² Determinadas actividades pueden haber quedado sometidas a un régimen de intervención administrativa menos intensa, como es el régimen de comunicación previa (vid. art. 187.4 Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña, TRLUC). En general, podemos pensar que la reducción de la necesaria intervención administrativa previa al desarrollo de la actividad puede haber supuesto también una reducción del número de casos de corrupción pública en este ámbito.

²⁶³ STS (sala de lo penal, secc. 1ª) de 21 de mayo de 2007, rec. Núm. 2472/2006, ponente D. Luis Román Puerta Luis.

²⁶⁴ SAP de Sevilla (secc. 1ª) de 28 de junio de 2013, núm. 326/2013, ponente D.ª María Dolores Sánchez García.

²⁶⁵ Sentencia del Juzgado de lo Penal de Palma de Mallorca, de 22 de mayo de 2013, núm. 178/2013, ponente D. Juan Manuel Sobrino Fernández.

²⁶⁶ SAP de Madrid (Sección 4ª) de 10 de julio de 2007, núm. 97/2007, ponente D. Juan José López Ortega.

²⁶⁷ SAP de Málaga (secc. 8ª) de 18 de enero de 2012, rec. núm. 1011/2010, ponente D. Pedro Molero Gómez.

tramas más o menos organizadas, cuyo quehacer delictivo persiste a lo largo del tiempo, como en el conocido caso de Marbella²⁶⁸. Del mismo modo, tanto nos podemos encontrar casos, como la mayoría de los vistos, en los que el beneficio particular es para las personas que ejercen funciones públicas, como hallamos casos en los que ese beneficio es para un partido político. La relación entre urbanismo y solicitud ilícita de dinero para los partidos políticos se puede ver en algunas sentencias, como la SAP de Las Palmas (Secc. 1ª) de 14 de noviembre de 2001²⁶⁹, en que un aparejador municipal «solicitó de M. [administrador de la promotora solicitante] la entrega de una cantidad de dinero (unos 5.000.000 de pesetas), supuestamente a nombre de una organización política, a cambio de solucionarle los problemas que tenía en orden a informar favorablemente el otorgamiento de dicha licencia».

Finalmente, el otro gran ámbito de riesgo es el referido a la disciplina urbanística, entendida ésta como protección de la legalidad mediante la inspección y, en su caso, sanción de su infracción. Puede existir corrupción con la finalidad de que se omita información sobre las irregularidades urbanísticas detectadas en el ejercicio de funciones inspectoras, o para que no se inicie un procedimiento sancionador, o, en su caso, para que no se imponga sanción alguna ante una edificación contraria a la ordenación urbanística o ésta se imponga en una cuantía muy reducida, o bien para que no se lleven a cabo medidas destinadas al restablecimiento de la legalidad urbanística vulnerada. Aunque las prácticas corruptas en esta potestad urbanística hayan llegado a los jueces y tribunales en menor medida que las anteriores (quizás por la dificultad de probar el dolo en situaciones de inactividad), seguimos contando con casos que nos ayudan a conocer este tipo de prácticas y que ilustran cómo, también esta actividad, está sometida a riesgos de soborno y conflictos de intereses: 1) Un concejal incoa expediente sancionador contra su hermano, que había llevado a cabo obras para construir y poner en funcionamiento un restaurante en suelo rústico sujeto a especial protección por sus valores ambientales (obras para las que disponía de una licencia ilegal obtenida en el seno de la misma trama de corrupción), si bien queda patente que con ello «de persigue una finalidad espuria y torticera, cual es impedir la actuación inspectora del Consell [Insular] y que se subrogase en las competencias sancionadoras del Ayuntamiento y se intenta impedir el conocimiento del alcance de las obras y que la licencia había sido concedida pese a su manifiesta y patente ilegalidad. Y; además, con la incoación del expresado expediente sancionador se conseguía e intentaba impedir al mismo tiempo que su hermano fuera sancionado con una elevada multa, frente a la que finalmente le

²⁶⁸ Si bien la prueba no es fácil, en ocasiones los tribunales han advertido la permanencia en el tiempo de prácticas corruptas. Así, por ejemplo, respecto de otro ayuntamiento como el de Antigua, encontramos en la jurisprudencia lo siguiente: «[a]demás de los hechos probados de la sentencia, se desprende que el ambiente que se vivía en torno a las licencias que se concedían en el Ayuntamiento de Antigua, era de corruptela, (pagando dinero se podrían agilizar o solucionar los problemas que existieran con las licencias)» (STSJ de Islas Canarias (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 29 de noviembre de 2006, rec. núm. 7/2006, ponente Dª. Carla Bellini Domínguez, FD 1º).

²⁶⁹ SAP de Las Palmas (Secc. 1ª) de 14 de noviembre de 2001, procedimiento del tribunal del jurado núm. 5/2001.

fue impuesta por la Corporación Municipal, de mucha menos importe económico y que ni si tan quiera consta que finalmente la hubiera satisfecho»²⁷⁰; 2) Un alcalde influye para que se omita información sobre algunas de las irregularidades urbanísticas detectadas durante la inspección efectuada en una finca de su propiedad [en suelo rústico especialmente protegido, y simulando la ampliación de un almacén, había construido una vivienda unifamiliar aislada de 129,39 metros cuadrados]²⁷¹; y 3) Una persona contratada como personal laboral por el ayuntamiento para la «supervisión, control y vigilancia de las zonas rurales del término municipal» exigía dinero a cambio de incumplir con los deberes de sus funciones públicas relacionadas con el ejercicio de la disciplina urbanística; así, considera probado el tribunal que «solicitó y obtuvo en algunos casos la entrega de cantidades de dinero, prometiendo a cambio conductas que podían ser calificadas de delito de tráfico de influencias, omisión de perseguir delitos urbanísticos, infidelidad en la custodia de documentos, etc... como son conseguir que un propietario no fuera multado por arrojar escombros de modo ilegal, regularizar una construcción ilegal; paralización y desaparición de un expediente, evitar el precinto de una construcción; la paralización del expediente sancionador... »²⁷².

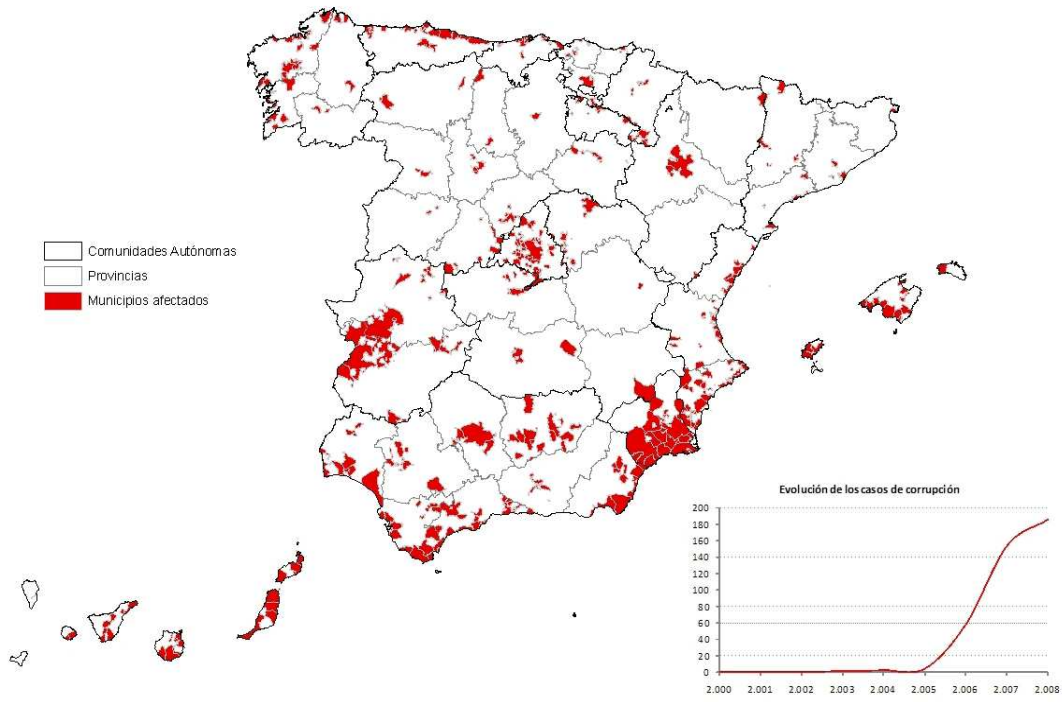
En su mayoría, las prácticas de corrupción urbanística se han concentrado alrededor de grandes ciudades y en el litoral, lugares donde la demanda de vivienda ha sido mayor, y ha tendido a aparecer con más frecuencia entre los municipios insulares y entre los municipios del sureste peninsular, tal y como se puede ver en el siguiente mapa, elaborado por los geógrafos Víctor O. MARTÍN *et al*²⁷³.

²⁷⁰ SAP de Islas Baleares (Sección 2ª) de 14 de noviembre de 2008, núm. 75/2008, ponente D. Diego Jesús Gómez-Reino Delgado.

²⁷¹ SAP de Islas Baleares (Sección 2ª) de 23 de mayo de 2008, proc. abreviado núm. 3501/2006, ponente D. Juan Pedro Yllanes Suárez.

²⁷² STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 14 de marzo de 2012, rec. núm. 1087/2011, ponente D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre y STSJ de Andalucía (Sala de lo Civil y Penal, Secc.1ª) de 17 de marzo de 2011, rec. núm. 3/2011, ponente D. Miguel Pasquau Liaño.

²⁷³ Extraído de MARTÍN MARTÍN, Víctor O., JEREZ DARIAS, Luis M., PÉREZ PÉREZ, Mario y GARCÍA CRUZ, Israel (2010): “Georreferenciando la corrupción urbanística en España”, en OJEDA, José; PITA, María F. y VALLEJO, Ismael (Eds.), *Tecnologías de la información geográfica: La información geográfica al servicio de los ciudadanos*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2010, pp. 917-929, p. 925.



CAPÍTULO II: LAS CAUSAS Y CONSECUENCIAS DE LA CORRUPCIÓN URBANÍSTICA

1.- CAUSAS DE LA CORRUPCIÓN URBANÍSTICA

La literatura que aborda la cuestión de las causas de la corrupción es muy amplia y también son muy variadas las conclusiones a las que han llegado los autores²⁷⁴. A nuestro juicio, dos razones explican tal disparidad: en primer lugar, una gran variedad de factores pueden influir en la corrupción y, en consecuencia, diferentes enfoques científicos pueden adoptarse (económicos, sociológicos, antropológicos o jurídicos, entre otros), dando lugar a conclusiones distintas²⁷⁵. En segundo lugar, la disparidad de resultados también se explica porque la corrupción no es igual en todas partes y ámbitos: las causas varían en función del sector de actividad estudiado, incluso varían de un estado a otro, y dentro de un estado, incluso pueden variar de una región a otra y de un municipio a otro²⁷⁶, e incluso de un caso a otro. A ello hay que sumar las dificultades de los académicos para asegurar si algunas de las variables identificadas como relevantes en materia de corrupción actuarían como causas o si, por el contrario, serían consecuencias²⁷⁷.

Algunos estudios, tratando de salvar total o parcialmente alguna de esas limitaciones, han adoptado visiones de conjunto (*multi approach*) y han concluido que la corrupción suele encontrar sus causas en múltiples niveles: micro (referido a cuestiones individuales, propias de cada persona, como sus valores o las dificultades económicas en que pueda encontrarse), meso (referido a cuestiones de desempeño de las funciones y a las características de la organización, donde se incluirían la influencia del comportamiento de superiores y compañeros de trabajo o la falta de controles eficaces en el ejercicio de las funciones públicas) y macro (referido a aspectos generales a nivel nacional, como el grado de desarrollo económico); niveles que se encontrarían todos interrelacionados²⁷⁸.

²⁷⁴ Algunas obras abordan estudios específicos analizando las distintas contribuciones doctrinales referidas a las causas de la corrupción, tanto las basadas en modelos teóricos como las formuladas a partir de evidencias empíricas. Por todas, vid. TREISMAN, Daniel, "The causes of corruption: a cross-national study", *Journal of public economics*, núm. 76, 2000, pp. 399-457 y DE GRAAF, Gjal, "Causes of corruption: towards a contextual theory of corruption", *Public administration quarterly*, núm. 31, 2007, pp. 39-86.

²⁷⁵ VILLORIA, Manuel, "Corrupción pública", *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, núm. 5, septiembre 2013 – febrero 2014, pp. 159-167, p. 164.

²⁷⁶ GONZÁLEZ DE ASÍS, María, "Reduciendo la corrupción a nivel local", *Gestión y análisis de políticas públicas*, núm. 21, mayo-agosto 2001, pp. 151-156, p. 152.

²⁷⁷ ROSE-ACKERMAN, Susan, "The institutional economics of corruption", en DE GRAAF, Gjal; VON MARAVIĆ, Patrick y WAGENAAR, Pieter (eds.), *The good cause: Theoretical perspectives on corruption*, Barbara Budrich, Leverkusen, 2010, pp. 47-63, p. 57.

²⁷⁸ Leo HUBERTS sintetiza las causas de la corrupción identificadas con esta aproximación del siguiente modo: «**Individual**: Character/personality, private economic circumstances, personal values (moral

Lejos de querer compendiar aquí toda la bibliografía en la materia o aportar un resumen de la misma, nuestro propósito es limitarnos a identificar no ya en abstracto cuáles son las causas de la corrupción pública a nivel internacional o en España²⁷⁹ sino, específicamente, determinar y clasificar las principales causas de la corrupción urbanística española contemporánea²⁸⁰.

Como ya se trajo a colación en la introducción, las fuentes utilizadas para este estudio son la doctrina nacional y extranjera, tanto jurídica como de otras disciplinas; los informes de instituciones de distinta naturaleza y ámbito (como la Comisión Europea, la Fiscalía General del Estado o la Fundación Alternativas); la casuística contenida en la jurisprudencia y, finalmente, las entrevistas a expertos en urbanismo y lucha contra la corrupción recogidas en medios de comunicación o bien realizadas expresamente para la elaboración de este estudio.

En cuanto a la organización interna de cada apartado, se ha optado por presentar primero los argumentos teóricos desarrollados por las distintas escuelas académicas que respaldarían la causa identificada como una causa plausible de la corrupción, seguido de las aportaciones de la doctrina española específicamente referidas al urbanismo, para finalmente contrastar esas aportaciones con ejemplos que ponen de relieve la importancia del factor identificado como auténtica y principal causa de la corrupción urbanística española.

1.1.- Las distintas causas de la corrupción urbanística: factores generales y contingentes

En nuestra opinión, hay que diferenciar entre causas generales y causas contingentes. Por causas generales entendemos aquellas causas que son observables de forma generalizada o común en todos o casi todos los casos de corrupción urbanística,

judgment), emotions, discontent. **Individual and work-related:** Type of work, colleagues, relationships and (trustful) network, discretion, operational leader(ship); **Organizational:** – Structure: lacking control/supervision, separation of responsibilities, discretion, – Culture: goals/mission, values and norms (informal and formal) on corruption, ethics, – Policies: integrity policy, reward system, – Failing leadership: operational, strategic; **Environmental:** Economic (high-low income; openness and trade), Political-administrative (state-business, politics-bureaucracy), Judicial (the system, rule of law), Societal (norms and values, feelings of injustice, crime)»; HUBERTS, Leo, “A multi approach in corruption research: towards a more comprehensive multi-level framework to study corruption and its causes”, en DE GRAAF, Gjalit; VON MARAVIĆ, Patrick y WAGENAAR, Pieter (eds.), *The good cause: Theoretical perspectives on corruption*, Barbara Budrich, Leverkusen, 2010, pp. 146-165, p. 163.

²⁷⁹ Varias obras han abordado satisfactoriamente dicha terea, como se puede ver en URQUIZA MORALES, José Manuel, *Corrupción municipal. Por qué se produce y cómo evitarla*, Almuzara, Córdoba, 2005, pp. 53-102, o GARCÍA MEXÍA, Pablo, *Ética y gobernanza. Estado y sociedad ante el abuso de poder*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 30-35.

²⁸⁰ También existe bibliografía específica respecto a la corrupción en el urbanismo español, vid., por todos, JIMÉNEZ, Fernando, “Building boom and political corruption in Spain”, cit.

mientras que nos referimos, como causas contingentes, a aquellas que concurren (acumulándose a los factores causales generales) solo en algunos casos puntuales de corrupción urbanística y que, en consecuencia, no explican de un modo amplio el porqué del fenómeno sino que tan solo contribuyen a explicar el porqué de la corrupción en algunos supuestos concretos.

En la exposición que sigue, primero nos ocuparemos de identificar y analizar, de forma individualizada, las causas generales de la corrupción. A continuación, abordaremos algunas de las causas contingentes más relevantes y, finalmente, haremos una breve mención de algunos elementos que pueden confundirse con causas de la corrupción pero que, a nuestros efectos, entendemos que no revisten en absoluto ese carácter.

Comprender de la manera más precisa posible las causas de la corrupción nos ayudará a orientar las medidas para combatir el fenómeno²⁸¹.

1.2.- Las causas generales de la corrupción urbanística

La teoría dominante para explicar las causas de la corrupción ha sido el institucionalismo económico, basado en el modelo de la elección racional²⁸². De acuerdo con esta aproximación, el sujeto (en nuestro caso, quien ejerce funciones públicas) es un ser racional que calcula la conveniencia de actuar de forma corrupta en función de las potenciales ventajas (el beneficio esperado) y desventajas de tal actuación (la posibilidad de ser descubierto y la gravedad de la sanción correspondiente); y, en consecuencia, un sistema que prevea escasos controles para advertir de los posibles casos de corrupción, que perpetúe cierta impunidad a sus autores (por la falta de sanción o por la insuficiencia de la misma²⁸³) y además pueda ofrecer grandes beneficios particulares derivados de la actuación pública, tenderá a generar más corrupción²⁸⁴. Tal y como han dicho los autores más influyentes de esta doctrina, la corrupción es esencialmente un crimen de cálculo donde se tendrán en cuenta los incentivos y

²⁸¹ DE GRAAF, Gjalt; VON MARAVIĆ, Patrick y WAGENAAR, Pieter, "Introduction: causes of corruption-The right question or the right perspective", en DE GRAAF, Gjalt; VON MARAVIĆ, Patrick y WAGENAAR, Pieter (eds.), *The good cause: Theoretical perspectives on corruption*, Barbara Budrich, Leverkusen, 2010, pp. 13-20, en particular, pp. 15-17.

²⁸² VILLORIA, Manuel, "Corrupción pública", cit., p. 164.

²⁸³ La sanción impuesta debe tener en cuenta el beneficio obtenido con la actuación corrupta, de modo que la sanción sea siempre superior (en cuantía), pues de otro modo la sanción carecerá de efecto como desincentivo, al menos en términos económicos (ROSE-ACKERMAN, Susan, "The law and economics of bribery and extortion", cit., pp. 223-227).

²⁸⁴ «[I]f the benefits of corruption minus the probability of being caught times its penalties are greater than the benefits of not being caught, then an individual will rationally choose to be corrupt» (KLITGAARD, Robert, *Controlling corruption*, University of California Press, Berkeley, 1988, p. 70); «the level of bribes paid is a function of the benefit at stake, the relative bargaining power of bribe payers and recipients, the risk to exposure, and expected punishments» (ROSE-ACKERMAN, Susan, "The institutional economics of corruption", cit., p. 53).

desincentivos mencionados²⁸⁵.

Las premisas de la teoría económica institucionalista parecen funcionar bien para explicar gran parte de la corrupción urbanística en España puesto que así se desprende de la lectura de la principal bibliografía en la materia²⁸⁶, entre la que es recurrente señalar que la corrupción se ha concentrado durante los últimos años en el urbanismo a causa de las desproporcionadas plusvalías que resultaban de la actuación urbanística, la inoperatividad de los controles tanto internos como externos e incluso la generalizada sensación de impunidad²⁸⁷ que ha estado extendida entre la ciudadanía en general y entre los propios corruptos en particular²⁸⁸. En el mismo sentido se ha pronunciado incluso la Fiscalía General del Estado en su memoria del año 2013, donde, recogiendo la aportación de distintas fiscalías provinciales, identifica varios factores que parecen haber facilitado la creación de situaciones propicias para la corrupción en el sector urbanístico: (1) el hecho de que las decisiones sobre el suelo y sus usos tengan gran capacidad para generar grandes beneficios económicos, (2) la ineficacia de los controles [los administrativos, por su debilitamiento ocasionado a consecuencia del reconocimiento constitucional de la autonomía local y del fenómeno conocido como «huida del Derecho administrativo»; y los judiciales, por su tardanza] y (3) la opacidad del proceso de toma de decisiones en esta materia, que dificulta conocer los verdaderos motivos de las mismas y, por tanto, saber si ha habido o no corrupción²⁸⁹.

Además de los factores ya mencionados, en nuestra opinión también es relevante otro factor que ha identificado la doctrina más autorizada como una variable que influye de forma fundamental en la causación de la corrupción: la ética²⁹⁰. Los estudios economicistas antes citados constatan que sin un cierto peso específico de los «escrúpulos morales» o de la «honradez» no puede explicarse por qué ante los mismos incentivos institucionales solo algunos sujetos incurren en prácticas corruptas (es decir, por qué solo una minoría adoptaría la elección más racional para la maximización de sus

²⁸⁵ KLITGAARD, Robert; MACLEAN-ABAROA, Ronald y PARRIS, H. Lindsey, *Corrupt cities: a practical guide to cure and prevention*, ICS Press-World Bank Institute, Oakland, 2000, p. 27.

²⁸⁶ En este sentido apunta una de las hipótesis de Fernando JIMÉNEZ et al. al tratar de explicar la diferencia entre los muy dispares niveles de corrupción ligada al urbanismo que se aprecian entre tres importantes enclaves turísticos: Marbella, Lanzarote y Menorca (JIMÉNEZ, Fernando; GARCÍA-QUESADA, Mónica y VILLORIA, Manuel, “Integrity systems, values and expectations: explaining differences in the extent of corruption in three Spanish local governments”, *International Journal of Public Administration*, núm. 37, 2014, pp. 67-82).

²⁸⁷ P. ej. vid. FERRÁNDIZ MAGAÑA, José Pablo y LÓPEZ VALDÉS, Fernando, “Visiones de profesionales y expertos”, en IGLESIAS, Felipe (Dir.), *Urbanismo y democracia. Alternativas para evitar la corrupción*, cit., pp. 27-42, pp. 33-34.

²⁸⁸ JIMÉNEZ, Fernando y CARBONA, Vicente, “‘Esto funciona así’. Anatomía de la corrupción en España”, *Letras libres*, pp. 8-19, p. 13.

²⁸⁹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2013*, cit., pp. 656-658.

²⁹⁰ Entre otros, NIETO, Alejandro, “¿Es inevitable la corrupción?”, en VVAA, *Responsa iurisperitorum digesta*, vol. IV, Universidad de Salamanca, 2004, pp. 101-114, p. 112.

beneficios)²⁹¹, pero no suelen tener en cuenta este extremo como una causa de la corrupción relevante y, sobre todo, controlable. No obstante, podemos encontrar voces que han pretendido añadir el factor ético a las aportaciones tradicionales sobre las causas de la corrupción, y se ha propuesto la promoción del comportamiento ético como un mecanismo capital en la reducción de ese fenómeno²⁹².

Este factor causal no explicaría por qué en un determinado ámbito ha tendido a concentrarse más corrupción sino que explicaría por qué hay corrupción en cada caso particular, caso a caso, pues, por mucho que el sistema (en nuestro caso, el sistema urbanístico) esté diseñado de tal modo que pueda proveerse a los particulares de grandes beneficios mediante actos o disposiciones administrativos insuficientemente controlados y las ilegalidades gocen de cierta impunidad, en última instancia es en el plano individual interno donde la persona que ejerce funciones públicas decide si en su toma de decisiones deben prevalecer los intereses generales propios de su cargo o empleo o los intereses particulares²⁹³. Si se impusiera siempre la integridad en ese ámbito interno, difícilmente quedaría espacio alguno para la corrupción²⁹⁴.

Recogiendo cuanto antecede, podemos afirmar que, tras el estudio de las distintas fuentes utilizadas en la elaboración de este trabajo, y en consonancia con las principales aportaciones doctrinales en la materia, el urbanismo habría sido durante años uno de los mayores focos de corrupción pública en nuestro país porque las decisiones públicas adoptadas por los órganos administrativos competentes generaban grandes beneficios, las cuales eran débilmente controladas y raramente sancionadas de modo efectivo; lo cual constituye incentivos del propio sistema que han sido aprovechados por personas que ejercían funciones públicas con insuficiente adecuación a los valores, principios y normas de ética pública²⁹⁵.

²⁹¹ Susan ROSE-ACKERMAN refiere que los mayores o menores escrúpulos morales ante las prácticas corruptas o ilícitas, el mayor o menor miedo a la sanción y la mayor o menor generosidad interpersonal de cada individuo afectan en las elecciones de los individuos (ROSE-ACKERMAN, Susan, “The institutional economics of corruption”, cit., pp. 52-53). Por su parte, Robert KLITGAARD afirma que los santos resisten todas las tentaciones, los funcionarios honrados la mayoría de ellas y, el resto de funcionarios (“muchos”), sucumbe cuando el soborno es considerable y el castigo, insignificante (KLITGAARD, Robert, “International cooperation against corruption”, *Finance & Development*, núm. 1, 1998, pp. 3-6, p. 4).

²⁹² MOOR, Jay, “On good behaviour: corruption and ethics”, *Habitat Debate*, vol. 4, núm. 4, 1998, p. 24.

²⁹³ A pesar del diseño institucional de una infraestructura ética (con sanciones eficaces de conductas corruptas, despilfarradoras o ineficientes; responsabilidad y un sistema de incompatibilidades para evitar conflictos de intereses), Manuel VILLORIA afirma que la opción final a favor de la actuación ética depende de cada empleado, en cuya decisión juegan un destacado papel «los valores profesionales y los códigos de conducta», VILLORIA MENDIETA, Manuel, *Ética pública y corrupción: curso de ética administrativa*, cit., p. 190.

²⁹⁴ En palabras de Alejandro NIETO, «si todos los gobernantes y gobernados fueran honestos, así se comportarían y no habría lugar para la corrupción» (NIETO, Alejandro, “¿Es inevitable la corrupción?”, cit., p. 112).

²⁹⁵ Sobre la ética pública y su relación con el ordenamiento jurídico, vid. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis, “Ética pública y normativa administrativa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 181, Madrid, enero-abril (2010), pp. 9-37.

A continuación justificaremos la importancia de cada uno de estos tres factores como causantes de prácticas corruptas y analizaremos específicamente y en detalle cómo operan en el ámbito urbanístico español.

1.2.1.- *El beneficio económico*

A nivel internacional, la doctrina²⁹⁶ parece coincidir en que la renta que puede obtenerse de una actuación pública constituye un incentivo para la corrupción, y cuanto mayor sea esa renta o incremento en la riqueza de un particular, mayor será el incentivo y, por tanto, mayor la propensión a que ese tipo de actuaciones públicas alberguen casos de corrupción. En efecto, según la doctrina dominante, tal y como ya hemos expuesto, la corrupción es un crimen de cálculo en el que se sopesa la conveniencia de actuar de modo corrupto en función del beneficio esperado (esencialmente, el beneficio económico derivado de la actuación pública) y de los costes previsibles (probabilidad de detección y severidad de la sanción)²⁹⁷.

Al parecer, la realidad del urbanismo español respalda la validez de esa teoría académica, o al menos así se desprende de nuestra doctrina. Es unánime entre nuestros autores considerar que el amplísimo beneficio obtenido gracias a las plusvalías generadas por la actividad urbanística ha sido, al menos hasta el estallido de la burbuja inmobiliaria, una de las causas principales de la corrupción urbanística²⁹⁸.

La hipótesis según la cual el beneficio esperado sería un factor clave para generar casos de corrupción parece ser la mejor para explicar por qué algunas zonas han estado más sometidas que otras a esas malas prácticas en el urbanismo. En primer lugar, la corrupción urbanística se ha concentrado en el litoral, alrededor de las grandes ciudades y en el territorio insular²⁹⁹, que son las zonas de nuestra geografía donde mayor ha sido la demanda de vivienda, segundas residencias y establecimientos hoteleros y, en

²⁹⁶ Por todos, JAIN, Arvind K., “Corruption: a review”, cit., pp.77-81.

²⁹⁷ ROSE-ACKERMAN, Susan, “The law and economics of bribery and extortion”, cit.

²⁹⁸ La relevancia de este factor como el principal determinante de la corrupción urbanística ha sido puesta de relieve por juristas como Ramón MARTÍN (MARTÍN MATEO, Ramón, *La gallina de los huevos de cemento*, Aranzadi, Navarra, 2007, p. 72) o Ángel MENÉNDEZ, para quien «la clave de la corrupción está en la posibilidad de obtener un lucro desorbitado con muy poco esfuerzo y en muy poco tiempo (por obra y gracia de la varita mágica del plan)» (MENÉNDEZ REXACH, Ángel, “El fomento de las buenas prácticas administrativas en la nueva Ley de suelo y otras normas estatales recientes”, cit., p.136). En un análisis más reciente, Juan Cruz ALLI tiene en cuenta que en el nuevo contexto post-*boom*, de recesión económica y crisis de la construcción, la plusvalía es difícilmente realizable, igual que la edificación a corto plazo, pero sigue considerando que la reclasificación del suelo sigue siendo un «un buen negocio a futuro», por lo que advierte de la persistencia de riesgos de corrupción (ALLI ARANGUREN, Juan Cruz, “La corrupción mal endémico del urbanismo español”, cit., p. 93). En general, sobre el papel del beneficio económico como causa de la corrupción urbanística, vid., por todos, CORRAL ESCARIZ, Vicente, *La lucha contra la corrupción urbanística en España*, cit., pp. 48 y 49.

²⁹⁹ JEREZ DARIAS, Luis M.; MARTÍN MARTÍN, Víctor O. y PÉREZ GONZÁLEZ, Ramón, “Aproximación a una geografía”, cit., pp. 9, 12 y 14.

consecuencia, donde mayores eran los precios del suelo y la vivienda y más cuantiosos, también, los beneficios. En segundo lugar, es importante tener presente que, incluso dentro de esos enclaves turísticos, se aprecian diferencias en el nivel de corrupción de un sitio a otro y una explicación sólida puede ser el beneficio que podían obtener propietarios y constructores³⁰⁰, tal y como proponen Fernando JIMÉNEZ *et al.* para explicar el singular caso de Menorca³⁰¹.

Los autores comparan los niveles de corrupción de tres importantes enclaves turísticos (Marbella, Lanzarote y Menorca) durante la década del *boom* inmobiliario, y constatan que a diferencia de los demás lugares analizados, en los que hubo grandes tramas de corrupción, en Menorca solamente han trascendido algunas pocas prácticas ilícitas. Los autores observan que el sistema de controles y sanciones ha sido muy deficiente en todos los casos y, aunque esa deficiencia explicaría en buena medida la corrupción en España, es insuficiente para explicar los diferentes niveles de corrupción entre distintos territorios del Estado. También descartan que en la isla balear se haya generado un círculo virtuoso de valores públicos y confianza generalizada en las personas y en el funcionamiento de las administraciones públicas³⁰², pues las opiniones ciudadanas son equivalentes a las de los demás lugares estudiados, donde prima la desconfianza. Sin embargo, sí aprecian una significativa diferencia: los posibles beneficios económicos derivados de las actividades urbanísticas y constructivas no han sido equivalentes. Siguiendo a Onofre RULLÁN, los autores señalan que, en efecto, las actividades relacionadas con los sectores inmobiliario y turístico han sido mucho más rentables en la península o en las Islas Canarias que en las Islas Baleares, y particularmente en Menorca³⁰³, por lo que presentan la hipótesis de que los mayores costes económicos de

³⁰⁰ En territorios concretos pueden concurrir causas adicionales que explicarían el porqué de una mayor concentración de corrupción. Por ejemplo, se ha estudiado en detalle cómo la corrupción urbanística estuvo, en varios municipios de la Costa del Sol, fuertemente ligada a las necesidades de blanqueo de capitales de organizaciones criminales asentadas en su territorio y que se sirvieron de la actividad inmobiliaria para tales fines: Díez Ripollés, José Luis y Gómez Céspedes, Alejandra, “La corrupción urbanística: estrategias de análisis”, en Menéndez REXACH, Ángel (ed.), *Urbanismo y corrupción*, cit., pp. 41-70, en especial, pp. 49-54; y, con alcance general, vid. Sanz Mulás, Nieves, “Corrupción urbanística (la mezcla de cemento, ayuntamientos y comisiones ilegales)”, *La Ley Penal*, núm. 45, enero 2008, pp. 66-91.

³⁰¹ Jiménez, Fernando; García-Quesada, Mónica y Villoria, Manuel, “Integrity systems, values and expectations: explaining differences in the extent of corruption in three Spanish local governments”, cit.

³⁰² Algunos autores, dando especial relevancia al ambiente ético, sostienen que la sensación de confianza generalizada y la expectativa de que las instituciones funcionan correctamente contribuyen a reducir la corrupción, mientras que la expectativa de que otros actuarán de forma corrupta opera como incentivo para implicarse en prácticas corruptas (vid. Persson, Anna; Rothstein, Bo y Teorell, Jan, “Why Anticorruption Reforms Fail—Systemic Corruption as a Collective Action Problem”, *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, vol. 26, núm. 3, 2013, pp. 449–471, en especial, pp. 456 y ss.).

³⁰³ El coste del transporte de material para la construcción a las islas es mucho mayor y, a diferencia de las Islas Canarias, las Islas Baleares disponen de una temporada turística corta. Menorca, específicamente, tiene los costes más elevados de transporte en todo el archipiélago, y cuenta con significativas dificultades de acceso de turistas: su aeropuerto, a diferencia del de Mallorca, está mucho peor comunicado con los países que más turistas proporcionan y tampoco dispone de un acceso vía ferry que facilite el turismo masivo desde la península, como en el caso de Ibiza (Jiménez, Fernando; García-Quesada, Mónica y Villoria, Manuel, “Integrity systems, values and expectations: explaining

establecimiento y desarrollo turístico e inmobiliario habrían limitado los incentivos para generar corrupción en el sector ya que serían más elevados los potenciales costes de participar en tramas corruptas que los beneficios potenciales³⁰⁴.

La urbanización y, sobre todo, la edificación incrementan enormemente el valor de los bienes inmuebles afectados. Ahora bien, para que tales procesos se desarrollen dentro de los parámetros de la legalidad y, por tanto, estén amparados por el Derecho, requieren de la intervención administrativa previa en todo caso. La edificación, considerada como el contenido potencial más importante del derecho de propiedad, no es un derecho que el propietario de terrenos pueda ejercer libremente sino que ese *ius aedificandi* del propietario viene determinado por el ordenamiento urbanístico, y, en especial, por las previsiones contenidas en los planes urbanísticos³⁰⁵, instrumentos donde se especificará si el propietario tiene o no derecho a urbanizar y edificar en un determinado terreno³⁰⁶ y, en su caso, el *quantum* concreto de edificabilidad³⁰⁷.

Esta concepción estatutaria del derecho de propiedad del suelo, que implica que el contenido urbanístico del derecho de propiedad venga definido por la ley y por los planes a los que la misma se remite, fue introducido en nuestro ordenamiento por la Ley de 12 de mayo de 1956 sobre régimen del suelo y ordenación urbana³⁰⁸ (LS 1956).

Esta nueva configuración del estatuto jurídico de la propiedad del suelo fue la gran novedad de la LS 1956³⁰⁹ y supuso, en palabras de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, un giro copernicano respecto del planteamiento preexistente: el plan no se constituía como

differences in the extent of corruption in three Spanish local governments”, cit., pp. 75 y 76).

³⁰⁴ Plantean adicionalmente otra hipótesis explicativa, que constituiría un hecho solo diferencial con Lanzarote (y no con Marbella): la estabilidad política. Por tanto, la única alternativa planteada no serviría para explicar convenientemente las diferencias entre los niveles de corrupción estudiados por los autores.

³⁰⁵ En este sentido, por todos, vid. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Manual de Derecho Urbanístico*, cit., p. 22.

³⁰⁶ Por ejemplo, no está permitida la transformación mediante la urbanización de un suelo clasificado como no urbanizable en régimen de especial protección, y solo podría destinarse a usos conformes a su naturaleza (vid. TRAYTER, Joan Manuel, *Derecho urbanístico de Cataluña*, Atelier, 4ª ed., Barcelona, 2013, pp. 198-204).

³⁰⁷ BAÑO LEÓN, José María, *Derecho urbanístico común*, cit., p. 337.

³⁰⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Actuación pública y actuación privada en el Derecho Urbanístico”, *Revista española de Derecho administrativo*, núm. 1, 1974, pp. 79-99. Tal y como sostiene Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, esa concepción de la propiedad queda establecida por los arts. 61 y 70 LS 1956. Establecía el art. 61 que «[l]as facultades del derecho de propiedad se ejercerán dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en esta Ley, o, en virtud de la misma, por los Planes de ordenación, con arreglo a la calificación urbanística de los predios»; y, en el mismo sentido, de acuerdo con el art. 70.1, «[l]a ordenación del uso de los terrenos y construcciones enunciada en los artículos precedentes no conferirá derecho a los propietarios a exigir la indemnización, por implicar meras limitaciones [en acertada opinión de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, este precepto debería referirse a la “delimitación” y no a la “limitación” del derecho] y deberes que definen el contenido normal de la propiedad según su calificación urbanística». Vid., también, MARTÍN MATEO, Ramón, “El estatuto de la propiedad inmobiliaria”, *Revista de Administración Pública*, núm. 52, 1967, pp. 101-150, en especial, pp. 130-131.

³⁰⁹ Así lo ha expresado José María BAÑO (BAÑO LEÓN, José María, *Derecho urbanístico común*, cit., p. 49).

un instrumento que limitara una posición básica de libertad del propietario (amparada en el art. 348 del Código Civil³¹⁰) sino como un instrumento que le otorga positivamente sus facultades, por lo que no limita, sino que delimita, el contenido de la propiedad del suelo en cada caso específico, particularmente respecto del *ius aedificandi*, pues determina qué terrenos pueden convertirse en suelo urbano y, en su caso, qué se puede edificar y con qué intensidad³¹¹.

No obstante, no es suficiente con que el ordenamiento reconozca a unos determinados propietarios derechos edificatorios. Para que éstos puedan proceder efectivamente a la construcción es necesario que hayan cumplido con las obligaciones que establezca el ordenamiento y que la actuación edificatoria se someta al control previo de la Administración pública. Para adquirir el derecho a edificar, el propietario debe haber dado cumplimiento a los deberes de cesión, equidistribución y urbanización³¹², tras lo cual deberá solicitar la licencia que corresponda a la Administración competente³¹³, y será ese acto administrativo, la licencia, el que habilitará el ejercicio del derecho y, por consiguiente, el inicio de las obras.

La doctrina ha señalado el carácter constitutivo de la licencia, ya que será la presencia o ausencia de su otorgamiento lo que indique si la edificación (que debe ser la edificación prevista en el plan) se incorpora o no en el patrimonio del propietario: solo si el propietario dispone de licencia hay patrimonialización y, en ese caso, si sobreviene un cambio en la ordenación, tendría derecho a indemnización por la edificabilidad suprimida³¹⁴.

Por el contrario, edificar sin disponer de licencia (o hacerlo sin ajustarse a la misma) será, además, causa suficiente para que la administración competente establezca las medidas de protección de la legalidad urbanística que correspondan, medidas que, no olvidemos, pueden suponer el acuerdo de derribo de las obras³¹⁵, y ello sin perjuicio de

³¹⁰ El tenor literal del art. 384.I del Código Civil es el siguiente: «La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes».

³¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Actuación pública y actuación privada en el Derecho Urbanístico”, cit. También, con posterioridad, en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho urbanístico, I*, cit., p. 80.

³¹² TRAYTER, Joan Manuel, *Derecho urbanístico de Cataluña*, cit., p. 260.

³¹³ Sin perjuicio de que, en algunos casos, se reconozca un régimen de la comunicación previa (vid. Joan Manuel, *Derecho urbanístico de Cataluña*, pp. 264 y ss).

³¹⁴ A nivel doctrinal, por todos, vid. BAÑO LEÓN, José María, *Derecho urbanístico común*, cit., p. 338. En cuanto a la jurisprudencia, también por todas, valga la STS (sala de lo contencioso) de 4 de julio de 2012, rec. núm. 3673/2009, ponente D. Juan Carlos Trillo Alonso, que expresa en su FD 2º lo siguiente: «La importante limitación que conlleva la declaración del edificio de *litis* como fuera de ordenación, concretada por el perito judicial en su dictamen, en ningún momento combatido, en que solo se permite una reestructuración parcial del edificio que no supere el 50%, supone, sin duda, una cercenación de los derechos del propietario afectado por dicha declaración, en definitiva, una limitación del dominio ya patrimonializado que debe ser indemnizado. No estamos pues en el supuesto de autos, ante limitaciones generales a la propiedad y sí ante una privación singular de un derecho o interés patrimonial que debe ser compensado».

³¹⁵ Así lo establece, por ejemplo, el art. 206.1 del Decreto Legislativo catalán 1/2010, de 3 de agosto, por

la sanción que pueda imponer la Administración en ejercicio de su potestad sancionadora³¹⁶. O bien, la Administración puede promover la legalización sobrevenida de esas obras ilegales mediante una modificación de la planificación, en cuyo caso se podría suspender la demolición acordada, incluso, por sentencia firme³¹⁷.

En definitiva, todo el proceso que conduce a la edificación, incluyendo el mantenimiento de las construcciones cuando éstas se realizan en contra de las previsiones de las leyes y los planes o prescindiendo de los títulos habilitantes correspondientes, está controlado por las administraciones y necesita, para su desarrollo legal, multitud de decisiones públicas; sin embargo, los beneficios derivados del proceso redundan esencialmente en beneficio privado, asignándose a los propietarios de los terrenos la mayor parte de las plusvalías generadas por el desarrollo urbanístico³¹⁸.

De acuerdo con Ramón PARADA³¹⁹, este modelo urbanístico se consagra en España precisamente mediante la LS 1956³²⁰, rompiendo así con un urbanismo de obra pública que, apuntado ya en la Ley de expropiación forzosa de 1879, se impuso en la legislación municipal durante la primera mitad del siglo XX³²¹. La concepción del urbanismo como obra pública con expropiación de viales y terrenos que después iban a ser solares, y que implicaba que las plusvalías urbanísticas permanecieran en la comunidad, fue sustituida por un sistema en el que los propietarios afectados por la actuación son quienes pasan a ser los principales encargados de la urbanización³²², que ejecutan a su costa y se atribuyen los beneficios³²³.

el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo (en adelante, TRLUC). Por descontado, existen diferencias de régimen en función del incumplimiento: si se tratara de unas obras realizadas sin título habilitante (licencia o comunicación previa) pero acordes con las previsiones de la ley y el plan, en ese caso la actuación sería ilegal pero legalizable, y se contempla la subsanación del vicio de legalidad mediante la solicitud del título habilitante correspondiente dentro de un plazo de dos meses (art. 205.3 TRLUC).

³¹⁶ Ej. arts. 211 y ss TRLUC.

³¹⁷ Sobre esta cuestión volveremos con mayor detalle en el apartado siguiente, al tratar las deficiencias en el control judicial.

³¹⁸ Así lo ha expresado con rotundidad Gabriel DOMÉNECH: «[d]e acuerdo con nuestra legislación, los beneficios derivados del desarrollo urbanístico se concentran especialmente sobre unos pocos ciudadanos, los que participan en él como urbanizadores o propietarios del suelo afectado» (DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, “Geología constitucional del Derecho urbanístico”, *Revista española de Derecho constitucional*, núm. 89, mayo-agosto 2010, pp. 357-372, p. 368).

³¹⁹ PARADA, Ramón, *Derecho administrativo III*, cit., pp. 266, 267, 282 y 283.

³²⁰ Es clara la misma exposición de motivos de la LS 1956: «[e]l beneficio que puede obtenerse de transformar el terreno rústico en solar es perfectamente lícito, siempre que sea el propietario quien haya costado la urbanización determinante de aquella mejora y subsiguiente incremento de valor». El antecedente más directo de este sistema se encontraría en la Ley de 17 de julio de 1945, de Bases para la ordenación del Gran Bilbao, y probablemente se inspirara en la ley urbanística italiana de 1942 (PARADA, Ramón, *Derecho administrativo III*, cit., p. 283). Al respecto, vid., también, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho urbanístico*, I, cit., p. 79.

³²¹ En concreto, en el Estatuto municipal de 8 de marzo de 1924 y el Reglamento de obras de 14 de julio de 1924, y en el Texto refundido de la ley de régimen local de 1955. Vid., también, LORA-TAMAYO VALLVÉ, Marta, *Urbanismo de obra pública y Derecho a urbanizar*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

³²² Se contemplaban, no obstante, otros sistemas (PARADA, Ramón, *Derecho administrativo III*, cit., pp. 282-283).

³²³ Concepción que, aunque matizada, es la que se mantiene todavía vigente hoy, ya que entre los deberes

Además, la propia legislación reconocía a los propietarios de suelo que el valor de ese bien no incluye solo el valor inicial, sino también el expectante, conceptos que, además, se encargó de definir la misma LS 1956 en su exposición de motivos del siguiente modo: «el valor inicial es el de todo terreno sobre el cual no se haya ejercido ninguna acción urbanística. El expectante corresponde a las posibilidades reales de edificación de utilización urbana, referidas al momento de la valoración y atendida la superficie que esté en condiciones análogas de ulterior aprovechamiento». Así, desde 1956 se le ha reconocido legalmente al propietario de suelo la plusvalía urbanística, situación que ha cambiado parcialmente³²⁴ tras la aprobación de la Ley 8/2007, de Suelo, que ha buscado que las expectativas urbanísticas no se incluyan en las valoraciones del suelo. De acuerdo con la exposición de motivos del vigente TRLS 2008:

«[d]ebe valorarse lo que hay, no lo que el plan dice que puede llegar a haber en un futuro incierto. En consecuencia, y con independencia de las clases y categorías urbanísticas de suelo, se parte en la Ley de las dos situaciones básicas ya mencionadas: hay un suelo rural, esto es, aquél que no está funcionalmente integrado en la trama urbana, y otro urbanizado, entendiendo por tal el que ha sido efectiva y adecuadamente transformado por la urbanización. Ambos se valoran conforme a su naturaleza, siendo así que sólo en el segundo dicha naturaleza integra su destino urbanístico, porque dicho destino ya se ha hecho realidad».

No es, sin embargo, el propietario el único que obtiene un beneficio derivado de la actuación pública urbanística: la propia Constitución Española, en su art. 47, exige que la colectividad también participe de las plusvalías generadas durante el proceso urbanizadorio³²⁵, motivo por el que nuestro ordenamiento condiciona las actuaciones de transformación urbanística y las actuaciones edificatorias al cumplimiento de una serie de deberes en función del tipo de suelo, y que con carácter general (y básico) hoy recoge el art. 16 TRLS. Entre otras obligaciones, en dicho artículo (apartado 1.b) se incluye la entrega a la Administración competente de entre el 5 y el 15% de la edificabilidad media ponderada de la actuación, lo que constituiría, propiamente, su porcentaje de participación en las plusvalías generadas durante el proceso³²⁶.

vinculados a la promoción de las actuaciones de transformación urbanística y a las actuaciones edificatorias del art. 16 TRLS se incluye la obligación de «[c]ostear y, en su caso, ejecutar todas las obras de urbanización previstas en la actuación correspondiente» (art. 16.1.c TRLS).

³²⁴ El TRLS 2008 incluye, no obstante, factores correctores que permiten incorporar ciertas expectativas (art. 23.1.a TRLS; recuérdese, sin embargo, que el inciso «hasta el máximo del doble» del párrafo tercero del art. 23.1.a TRLS ha sido declarado contrario al art. 33.3 CE por el Tribunal Constitucional, vid. STC 141/2014, de 11 de septiembre de 2014, FJ 9º).

³²⁵ Ese artículo prescribe que «[l]a comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos». A pesar de contenerse en el texto constitucional, esta participación a través de cesión de aprovechamiento urbanístico se introdujo, con carácter preconstitucional y únicamente para los propietarios de suelo urbanizable programado, en la ley de suelo de 1956 tras la reforma operada en 1975 (vid. art. 84.3 Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana).

³²⁶ Las demás obligaciones consisten en: la entrega del suelo reservado para viales, espacios libres, zonas verdes y restantes dotaciones públicas; la realización y, en su caso, ejecución de obras de las obras de urbanización, así como las infraestructuras de conexión a las redes generales; garantizar el realojamiento

El aumento de valor o plusvalía derivado de la actuación de las Administraciones públicas en el proceso urbanístico siempre ha sido muy cuantioso, y en especial durante la mayor fase de crecimiento urbano y de auge del mercado inmobiliario, entre los años 1997-2007.

Para que nos hagamos una idea aproximada del beneficio que podía generar la actividad urbanística y la magnitud de las plusvalías, nos podemos servir de los siguientes datos. De acuerdo con un estudio publicado en 1997, se estimó que un suelo rústico que pasaba a estar clasificado como urbanizable incrementaba su valor en un 655%, y, tras ser urbanizado, dicho valor se incrementaba en un 3.028%³²⁷. A principios de los años 2000, el promedio de precios en la península era, para el suelo rústico (y sin expectativas urbanísticas), de 6 €/m²; si éste pasaba a ser clasificado como urbanizable, su precio aumentaba a los 300 €/m²; se urbanizaba a un precio de 50 €/m² y se edificaba a unos 400 €/m²; y se vendía la vivienda a un precio de 2.000 € por m² construido en ciudades medianas y grandes³²⁸. De acuerdo con estos datos, comprar suelo rústico proporcionaba un beneficio de 294 €/m² cuando éste pasaba a clasificarse como urbanizable (o directamente 300 €/m² si ya se era el propietario y no fue necesaria su adquisición); si también se urbanizaba y edificaba, previa obtención del título habilitante correspondiente, se podría llegar a obtener un beneficio de aproximadamente 1.544 €/m² destinado a la construcción de vivienda³²⁹.

Como se puede ver, existe una estrecha relación entre la actuación administrativa y altos incrementos de valor en la esfera patrimonial de los propietarios. De hecho, tanto es así

de los ocupantes legales que se precise desalojar de inmuebles situados dentro del área de la actuación y que constituyan su residencia habitual; e indemnizar a los titulares de derechos sobre las construcciones y edificaciones que deban ser demolidas y las obras, instalaciones, plantaciones y sembrados que no puedan conservarse.

³²⁷ Referido en COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA, *Problemas de competencia en el mercado del suelo en España*, 2013, p. 51.

³²⁸ Todas las valoraciones son de Gerardo ROGER (ROGER FERNÁNDEZ, Gerardo, *Para comprender el urbanismo español. (De una vez por todas)*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 82 y 83), excepto la del precio de construcción de viviendas, para lo que se hemos tomado como referencia un valor intermedio de la horquilla del coste de ejecución material (por tanto, sin incorporar el beneficio empresarial) de la edificación de uso residencial para el año 2006 según la estimación del Servicio de Normativa Técnica, Supervisión y Control de la Dirección General de Arquitectura y Vivienda (Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Comunidad de Madrid), en su documento *Método de determinación de costes de referencia de edificación*, revisión de 2006, p. 6, consultable en:

http://www.madrid.org/bdccm/utilidades/costesreferencia/CORA_HTML_2006/documentos/METODO06cora.pdf.

³²⁹ Cuantía obtenida de restar al promedio estimativo del precio de venta de vivienda (2000 € por m² construido) los costes de comprar suelo rústico, urbanizar y edificar (6 €/m² + 50 €/m² + 400 €/m²). El resultado es meramente orientativo y su única finalidad es ofrecer una idea aproximada de la magnitud de los intereses económicos en juego. Para su mayor precisión sería preciso incorporar algunos elementos que no se han tenido en cuenta, como las variaciones de precios a lo largo del tiempo o algunos costes que se deberá soportar en todo caso y no se han podido determinar, y que son todos aquellos que no son directamente costes materiales de construcción (como el beneficio económico que corresponde al constructor, el coste de la obtención del título habilitante para la edificación, etc.).

que incluso está generalizado entre nuestra doctrina especializada el referir que es la actuación de las propias Administraciones públicas la que crea las plusvalías derivadas de los procesos de urbanización y edificación de terrenos³³⁰; y esta relación entre altos beneficios privados y decisión administrativa ha sido vista como campo abonado para la corrupción³³¹ y, en definitiva, un obstáculo para que sea el interés general el que oriente las decisiones públicas urbanísticas³³².

En esta línea, podemos encontrar doctrina que ha estudiado cómo las decisiones públicas que tienen capacidad para incrementar el valor económico de los derechos de propiedad son altamente susceptibles de generar corrupción³³³, lo que explicaría por qué, tal y como hemos visto, los dos principales focos de corrupción urbanística se concentran en la planificación y en el otorgamiento de licencias. Lo mismo podemos decir de aquellas decisiones que, de adoptarse, podrían producir un perjuicio en la esfera patrimonial del particular, donde el incentivo para la corrupción del sujeto estribaría en la conveniencia de evitar un coste³³⁴, circunstancia que explicaría a la perfección por qué ha sido el ejercicio de la disciplina urbanística otro de los ámbitos donde se ha observado un significativo número de casos de corrupción.

Hemos visto que desde la década de 1950 la actividad urbanística adquiere las líneas maestras de su configuración actual; sin embargo, tal y como ya hemos expuesto en un apartado previo³³⁵, la corrupción no parece concentrarse predominantemente en el urbanismo hasta varias décadas después, y tras unos años de ser el sector con mayores riesgos de corrupción, el que acumula más y mayores casos, experimenta un notable descenso y deja, al parecer, de ser el sector más azotado por ese fenómeno. Durante todos estos años, las cuantiosas plusvalías derivadas del desarrollo urbano se han atribuido en su mayor parte a los propietarios previa actuación administrativa de planificación urbanística, la construcción ha dependido de la previa autorización administrativa y los desarrollos contrarios a las leyes y planes solo han podido subsistir en la medida en que la Administración competente ha incurrido en flagrante inactividad, pero, sin embargo, no siempre ha sido igual de fuerte el incentivo (económico) para que

³³⁰ Vid. DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, “Geología constitucional del Derecho urbanístico”, cit., p. 366; si bien el autor discrepa de la mayoría doctrinal.

³³¹ Entre otros, PAREJO ALFONSO, Luciano, “Urbanismo y corrupción: un problema no solo de legalidad”, *Temas para el debate: revista de debate político*, núm. 223, 2013, pp. 35-41, pp. 36-37; PARADA, Ramón, *Derecho administrativo III*, cit., p. 286; y FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2013*, cit., p. 655.

³³² De acuerdo con la Comisión Nacional de la Competencia, «por el efecto que el planeamiento suele tener en la formación de precios del suelo, se facilita la aparición de fenómenos de captura del regulador y búsqueda de rentas, que inciden en la toma de decisiones, y pueden distorsionar los instrumentos utilizados, impidiendo, incluso, que el interés general sea el criterio que guíe el diseño de la intervención Urbanística» (COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA, *Problemas de competencia en el mercado del suelo en España*, cit., pp. 32-33).

³³³ JAIN, Arvind K., “Corruption: a review”, cit., pp. 79 y 80.

³³⁴ «Los pagos son corruptos si se hacen ilegalmente a funcionarios públicos con la finalidad de obtener un beneficio o evitar un coste» (ROSE-ACKERMAN, Susan, *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*, Siglo XXI, Madrid, 2001, p. 11).

³³⁵ Apartado 2.5 de este Capítulo.

el particular quiera influir de forma ilícita en el planificador, en los órganos encargados del otorgamiento de licencias urbanísticas o en los encargados del ejercicio de la disciplina urbanística.

Los altos beneficios del urbanismo se han dado sobre todo porque se ha vivido una increíble escalada en los precios y en el volumen de actividad en el sector inmobiliario durante el período 1997-2007. Durante este período, las inversiones en el sector generaban unas rentas extraordinarias, proporcionalmente mucho mayores a las que se podían obtener en los años precedentes, en un contexto de burbuja de precios (fenómeno conocido como burbuja inmobiliaria) y de gran crecimiento o *boom* en la actividad urbanizadora y constructora (fenómeno conocido como *boom* inmobiliario).

1.2.1.1.- El boom inmobiliario y los incentivos de la corrupción: el auge de la corrupción urbanística

Para hacernos una idea de la extensión del fenómeno, en ese período (1997-2007) se construyeron una media de 675.000 viviendas al año, más de las construidas durante el mismo período en Francia, Alemania y el Reino Unido conjuntamente, y los precios de la vivienda se incrementaron un 196,7%³³⁶.

Ante estos extraordinarios aumentos de precio no podemos más que pensar que durante la época de *boom* inmobiliario se produjo un incremento de casos de corrupción ligados al urbanismo, a lo que contribuyó también la expansión de la actividad urbanizadora y constructora, ya que a mayor número de intervenciones urbanística, más ocasiones se generan para corromper; a mayor renta, mayor probabilidad de que el incentivo sea suficientemente tentador para el sujeto. Esa suposición quedaría confirmada, al parecer, por las propias investigaciones sobre casos de corrupción urbanística llevadas a cabo por la Fiscalía, ya que, como dijimos antes, en 2006 se experimentó un importante aumento de investigaciones llevadas a cabo por la Fiscalía especial Anticorrupción en el ámbito de la corrupción urbanística³³⁷, y desde entonces las investigaciones relativas a casos de corrupción urbanística siguieron en aumento hasta 2010, año en que por primera vez la Fiscalía advirtió un descenso en las investigaciones relativas al urbanismo³³⁸. Según revela la Fiscalía General del Estado en su memoria de 2013, en el año 2012 la principal corrupción enjuiciada en nuestros tribunales era corrupción

³³⁶ ROMERO, Juan; JIMÉNEZ, Fernando y VILLORIA, Manuel, “(Un)sustainable territories”, cit., p. 470 y JIMÉNEZ, Fernando, “Building boom and political corruption in Spain”, cit., p. 263.

³³⁷ «Si hubiera que significar algún punto relevante referido a la actuación de la Fiscalía Anticorrupción en el pasado año 2006 [...] éste es, sin duda, el importante aumento de investigaciones llevadas a cabo por la Fiscalía Especial en el ámbito de la corrupción urbanística», FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2007*, cit., p. 335.

³³⁸ «No obstante el descenso de las investigaciones sobre corrupción urbanística, no se ha producido un descenso en el trabajo de la Fiscalía», FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2011*, Centro de estudios jurídicos-Ministerio de Justicia, Madrid, p. 731.

urbanística, y la inmensa mayoría de la misma, corrupción urbanística producida durante los años del *boom* inmobiliario, antes de la posterior crisis económica³³⁹.

El *boom* inmobiliario (y su burbuja en materia de precios) fue causado por (1) el incremento de demanda de vivienda, en parte favorecida por políticas fiscales que promocionaban la adquisición de vivienda y cómodos préstamos hipotecarios ofrecidos por las entidades de crédito; lo que coincidió temporalmente con (2) una legislación que promovió en cierto grado la liberalización del suelo, facilitando que los ayuntamientos se entregaran a un «urbanismo desenfrenado»³⁴⁰, a una sobreexplotación del suelo en la que tenían un claro interés económico, ya que fue justamente de la actividad inmobiliaria de donde obtenían la mayor parte de los ingresos de su hacienda, y todo ello (3) sin estar sometidos a ningún control efectivo que garantizara la utilización racional del suelo³⁴¹.

En efecto, el gran aumento en la demanda de vivienda actuó como acicate fundamental de la expansión constructora. Esta demanda fue de tres tipos: real, especuladora y criminal. La demanda real, que es la de ciudadanos residentes y no residentes que buscan vivienda habitual y segundas residencias, fue la mayoritaria durante esta fase expansiva del mercado, con un claro predominio de la demanda de vivienda habitual por parte de los residentes en España. Para hacernos una idea de las proporciones de cada tipo de demanda, puede ser indicativo atender a los datos sobre uso de las viviendas. La distribución en 2011 era del 71,7% de viviendas principales (18.083.692) y del 14,6% de viviendas secundarias (3.681.565). De las construidas en la década 2001-2011, el 67,6% son viviendas principales y el 13,9% son secundarias³⁴².

Complementando la información anterior, disponemos de algunos datos que contribuyen a perfilar el incremento en la demanda de vivienda. De acuerdo con los datos recogidos por el Banco de España, la etapa del *boom* inmobiliario está marcada por un incremento muy notable de la inversión extranjera en inmuebles españoles: entre enero de 1998 y marzo de 2008, esa inversión fue de un promedio de 4.709.037.950 euros anuales; mientras que en los años inmediatamente anteriores, de 1991 a 1997 ese promedio había sido de 992.798.790 euros³⁴³.

³³⁹ De hecho, múltiples fiscalías provinciales conectan corrupción con bonanza económica y *boom* inmobiliario. Vid. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2013*, cit., pp. 649, 657 y 658.

³⁴⁰ LOZANO CUTANDA, Blanca, “Urbanismo y corrupción”, cit., p. 340.

³⁴¹ Para mayor detalle sobre las causas del *boom* y de la burbuja inmobiliaria, vid. JIMÉNEZ, Fernando, “Building boom and political corruption in Spain”, cit., pp. 263-267; y ROMERO, Juan; JIMÉNEZ, Fernando y VILLORIA, Manuel, “(Un)sustainable territories”, cit., pp. 469-473.

³⁴² INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (INE), *Notas de prensa. Censos de población y viviendas 2011*, 18 de abril de 2013, consultable en www.ine.es.

³⁴³ Promedio de elaboración propia a partir de los datos de los indicadores del Banco de España sobre el mercado de la vivienda, en un índice trimestral con valor acumulado en los últimos 12 meses. Datos consultables en www.bde.es.

Esta demanda real de vivienda se vio acuciada, a pesar del aumento en los precios, por tres factores, esencialmente: por un lado, (1) se facilitaba su adquisición a través de un sistema de créditos hipotecarios ofrecidos por las entidades de crédito (financieras) a un interés muy bajo³⁴⁴, con unas cuotas mensuales reducidas pero a muy largo plazo que hacían que el pago de las cuotas hipotecarias no supusiera un esfuerzo económico muy difícil de asumir. Además, (2) la política fiscal del momento contemplaba amplios beneficios fiscales para la adquisición de vivienda habitual y la creencia generalizada era que el precio de las viviendas siempre aumentaría y, en su caso, sería fácil de vender a un precio mayor del pagado por su adquisición, por lo que incluso las familias que las adquirirían para satisfacer sus necesidades básicas de vivienda lo veían como una inversión³⁴⁵. También contribuyó finalmente otro factor: (3) el aumento real de la población en España, que además ha tendido a concentrarse en zonas de costa donde la oferta preexistente de vivienda no era suficiente³⁴⁶.

La adquisición de viviendas en España no ha atendido solamente a la satisfacción de las necesidades de vivienda, sino que también se ha tratado como una forma de inversión³⁴⁷, como un activo más, que durante los años de la burbuja inmobiliaria se beneficiaba de una revalorización anual de aproximadamente el 12%³⁴⁸, lo que coincidió con una fase de baja rentabilidad de la Bolsa, haciendo mucho más rentable y segura la inversión en el sector inmobiliario³⁴⁹.

Es difícil estimar en qué proporciones hubo inversión especulativa en el sector inmobiliario pero podemos recurrir, como mero indicador, a los índices de viviendas vacías. A finales de 2011, el total de viviendas vacías ascendía a un total de 3.443.365 (un 13.7% del parque de viviendas); y si nos atenemos a datos que abarquen los años más álgidos de la actividad inmobiliaria, 336.943 viviendas de las construidas durante los años 2001-2011 están vacías (el 18.5% del total de las construidas durante esa década)³⁵⁰.

³⁴⁴ En el año 1995 el tipo de interés de los préstamos a hogares para la adquisición de vivienda era prácticamente del 12%. A partir de ese año, inicia un descenso muy notable, y entre los años 2000-2005, se mantiene entre el 6 y el 3,5% (BANCO DE ESPAÑA, *Informe Anual, 2007*, Banco de España, 2008, p. 50), lo que, descontando la inflación, condujo a que en ocasiones se pudiera afirmar que los tipos de interés «reales» eran negativos (ROGER FERNÁNDEZ, Gerardo, *Para comprender el urbanismo español*, cit., p. 106). Entre esos años, 2000-2005, la concesión de crédito a los hogares para adquirir vivienda creció a tasas interanuales de alrededor del 20-24% (BANCO DE ESPAÑA, *Informe Anual, 2007*, cit., p. 49).

³⁴⁵ Este fenómeno suele denominarse «efecto riqueza». Sobre el efecto riqueza de las familias españolas que adquirían viviendas en ese período, vid. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES), *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2009*, Madrid, 2010, p. 249, y ROMERO, Juan; JIMÉNEZ, Fernando y VILLORIA, Manuel, “(Un)sustainable territories”, cit., p. 471.

³⁴⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis y GÓMEZ CÉSPEDES, Alejandra, “La corrupción urbanística”, cit., pp. 56-58.

³⁴⁷ JIMÉNEZ, Fernando, “Building boom and political corruption in Spain”, cit., pp. 263-264

³⁴⁸ *Ibid.*, p. 264.

³⁴⁹ ROGER FERNÁNDEZ, Gerardo, *Para comprender el urbanismo español*, cit., p. 106.

³⁵⁰ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (INE), *Notas de prensa. Censos de población y viviendas 2011*, cit.

Por último, también ha habido demanda asociada con la actividad criminal, ligada al blanqueo de capitales obtenidos en actividades ilícitas llevadas a cabo por organizaciones criminales transnacionales³⁵¹. En el caso español, la delincuencia organizada ha estado en buena medida ligada al sector inmobiliario, sector que en reiteradas ocasiones ha sido utilizado para blanquear capitales provenientes del narcotráfico³⁵². Según el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (SEPBLAC)³⁵³, el sector inmobiliario es un sector tradicionalmente ligado a actividades de generación y ocultación de capitales de origen fiscalmente ilícito y muy sensible a comportamientos criminales relacionados con la corrupción³⁵⁴. Sobre todo, las organizaciones criminales de las antiguas repúblicas soviéticas han tenido tendencia a invertir la mayor parte de sus fondos en la adquisición de bienes inmuebles de muy elevado valor económico ubicados en zonas turísticas, donde a su vez residen los dirigentes de tales organizaciones³⁵⁵.

Tal y como ha sido puesto de relieve por distintas Fiscalías y por la doctrina, las organizaciones delictivas en España han tenido como principal actividad delictiva el narcotráfico, y durante los años del *boom* inmobiliario han estado relacionadas con el urbanismo, principalmente en la Costa del Sol (en particular en la provincia de Málaga), aunque también se ha señalado este problema en Cataluña (en particular en la provincia de Tarragona)³⁵⁶.

³⁵¹ No hay que olvidar asimismo la tendencia general de estos grupos a verse envueltos tarde o temprano en tramas de corrupción. De acuerdo con la Comisión Europea, «los grupos de la delincuencia organizada utilizan la corrupción para cometer otros crímenes graves, como el tráfico de estupefacientes y de seres humanos» (COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo. Lucha contra la corrupción en la UE*, COM(2011) 308 final, de 6 de junio de 2011, p. 3). A nivel doctrinal, vid. VILLORIA MENDIETA, Manuel, “Crimen organizado y corrupción: causas y consecuencias”, en VVAA, *La lucha contra el crimen organizado en la Unión Europea*, Ministerio de Defensa, 2012, pp. 63-82.

³⁵² Díez RIPOLLÉS, José Luis y GÓMEZ CÉSPEDES, Alejandra, “La corrupción urbanística: estrategias de análisis”, cit., pp. 47-56.

³⁵³ El SEPBLAC es un órgano dependiente, orgánica y funcionalmente, de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (art. 45.3 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo), encargado, entre otras funciones, de tareas relativas a la supervisión e inspección en materia de prevención del blanqueo de capitales, pudiendo elevar sus actuaciones a los órganos competentes cuando aprecie la existencia de indicios o certeza de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo (art. 45.4 Ley 10/2010 y art. 67 del reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo). La Comisión, que es un organismo administrativo dependiente de la Secretaría de Estado de Economía, se creó por la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales (arts. 13 y ss.), y se regula actualmente en la Ley 10/2010 de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (arts. 44 y ss.) y en el reglamento que la desarrolla (Real Decreto 304/2014).

³⁵⁴ SEPBLAC, *Tipologías de blanqueo de capitales*, p. 2. Informe consultable en www.sepblac.es.

³⁵⁵ *Ibid.* p. 6.

³⁵⁶ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2012*, Centro de estudios jurídicos-Ministerio de Justicia, Madrid, 2012, pp. 1169 y 1184; y Díez RIPOLLÉS, José Luis y GÓMEZ CÉSPEDES, Alejandra, “La corrupción urbanística: estrategias de análisis”, cit., p. 47.

José Luis DÍEZ y Alejandra GÓMEZ-CÉSPEDES realizaron un compendio de las más destacadas actuaciones policiales llevadas a cabo entre 2005 y 2007 para dismantelar organizaciones delictivas que estaban relacionadas con la actividad urbanística de la Costa del Sol. Los dirigentes, en su mayor parte extranjeros, canalizaban las ganancias ilícitas obtenidas principalmente a través del narcotráfico hacia el sector inmobiliario, en el que invertían ese dinero con la finalidad de blanquearlo a través de la actividad de sociedades inmobiliarias que ellos mismos constituían. Empleaban el dinero (efectivo y en grandes cantidades) para la construcción o compra de viviendas, que en ocasiones se transmitían entre varias sociedades creadas por varios miembros de la organización, llegando a sobrevalorar los precios para blanquear mayores cantidades. Por dar algunos datos concretos relativos a estas tramas, se puede destacar la operación Turrón, en que se detuvo a una organización de narcotraficantes portugueses que, según se estima, habrían destinado a la construcción inmobiliaria unos 40.000.000 € de origen ilícito a través de sus sociedades mercantiles dedicadas a la promoción inmobiliaria; o la operación Hidalgo, en la que se incautaron 553 propiedades inmobiliarias relacionadas con el blanqueo de dinero obtenido del narcotráfico, la prostitución y el tráfico de armas³⁵⁷.

Esa elevada y creciente demanda de vivienda (que, como hemos expuesto, se nutrió sobre todo de residentes que querían disfrutar de vivienda pero también de inversores especuladores y del blanqueo de capitales), fue correspondida por una amplia oferta.

Varios factores contribuyeron a favorecer la producción de esa oferta: por un lado, (1) la legislación urbanística estableció gran facilidad para extender el desarrollo urbano en suelo rústico a través de la incorporación de medidas de liberalización³⁵⁸; por otro, (2) se consolidó un sistema urbanístico que no solo produce grandes incentivos económicos para los particulares sino también para los municipios, por lo que los ayuntamientos recurrieron a ese ya facilitado desarrollo urbano como fuente de ingresos para paliar su crónica insuficiencia financiera³⁵⁹; y, finalmente, (3) la ejecución material de esas actuaciones urbanísticas dirigidas a la edificación³⁶⁰ fueron posibles gracias, una vez

³⁵⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis y GÓMEZ CÉSPEDES, Alejandra, “La corrupción urbanística: estrategias de análisis”, cit., pp. 49-54.

³⁵⁸ El proceso de liberalización del suelo, según fue recibido por nuestra normativa en 1996, fue entendido, en palabras de Martín BASSOLS, «fundamentalmente como simplificación administrativa del proceso urbanístico, reducción de la discrecionalidad en la clasificación del suelo no urbanizable, y facilitación del incremento de la oferta del suelo urbanizable» (BASSOLS COMA, Martín, “Inconstitucionalidad final de la normativa sobre liberalización del suelo y reapertura del debate sobre la competencia del Estado en materia urbanística: a propósito del Voto particular a la STC 137/2011, de 14 de septiembre”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 30, octubre de 2012, pp. 37-57, p. 39). También, respecto de la liberalización del suelo en el urbanismo español, resulta de interés FONSECA FERRANDIS, Fernando, *La liberalización del suelo en España. Presupuestos y marco jurídico-constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

³⁵⁹ CORRAL ESCARIZ, Vicente, *La lucha contra la corrupción urbanística en España*, cit., pp. 49 y 50.

³⁶⁰ Debemos incluir también aquí las obras de urbanización, que fueron facilitadas en algunas Comunidades Autónomas gracias a la figura del agente urbanizador, contenido en alguna legislación sectorial autonómica e introducido en nuestro ordenamiento por primera vez en la Ley valenciana 6/1994,

más, al apoyo financiero de las entidades de crédito, que apostaron por respaldar la urbanización y edificación a través de la mayor facilidad de acceso al crédito para los promotores inmobiliarios y constructores³⁶¹.

En efecto, en un contexto en que ya era notorio el aumento excesivo en los precios de la vivienda y el suelo, y siguiendo el camino ya iniciado en 1996 mediante el Decreto-ley 5/1996, de 7 de junio, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales (posteriormente transformado con mínimas modificaciones por Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios profesionales)³⁶², la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, adoptó medidas de liberalización del suelo, en la línea de la propuesta formulada por el Tribunal de Defensa de la Competencia en 1994³⁶³. Ante el problema del incremento de precios en el suelo (y, por consiguiente, en la vivienda) el Tribunal de Defensa de la Competencia sostuvo la conveniencia de aumentar la oferta de suelo. Para ello, planteó mecanismos de mercado para la regulación del suelo, consistentes, esencialmente, en que la clasificación residual del suelo no fuera la de no urbanizable sino la que permitiera que fuera susceptible de ser urbanizado (suelo urbanizable), y en reconocer a los propietarios la capacidad de promover la transformación del suelo³⁶⁴. Como acabamos de decir, la ley 6/1998 recogió algunos aspectos del planteamiento del Tribunal de Defensa de la Competencia e incorporó medidas tendentes a una mayor liberalización en el mercado de suelo, con la finalidad de aumentar su oferta y establecer así una mayor facilidad para el crecimiento urbano, voluntad que el legislador quiso plasmar de forma inequívoca en la exposición de motivos: «la presente Ley pretende facilitar el aumento de la oferta de suelo, haciendo posible que todo el suelo que todavía no ha sido incorporado al proceso urbano, en el que no concurren razones para su preservación, pueda considerarse como susceptible de ser urbanizado».

Para ello, la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, definió de modo relativamente restrictivo aquello que se debía entender como suelo no urbanizable para que, todo aquel suelo que no entrara dentro de esa categoría, ni dentro de la de suelo urbano, fuera urbanizable (art. 10 Ley 6/1998), pasando a ser este, el

de 15 de noviembre, Reguladora de la actividad urbanística (vid. PARADA, Ramón, *Derecho administrativo III*, cit., pp. 304-305).

³⁶¹ BANCO DE ESPAÑA, *Informe Anual, 2007*, cit., p. 49. De hecho, según aporta el mismo Banco de España, «[l]os préstamos a constructores y promotores inmobiliarios avanzaron también de modo significativo, con tasas de crecimiento en el entorno del 19% y del 36%» entre los años 2000-2005.

³⁶² En lo que aquí interesa, suprimía la distinción entre suelo urbanizable programado y suelo urbanizable no programado y reducía del 15 al 10% el porcentaje de cesión del aprovechamiento urbanístico a los ayuntamientos (extremo que fue declarado inconstitucional por la STC 178/2004, de 21 de octubre). Sobre el proceso de liberalización del suelo, vid. BASSOLS COMA, Martín, “Inconstitucionalidad final de la normativa sobre liberalización del suelo”, cit., pp. 40 y ss.

³⁶³ BAÑO LEÓN, José María, *Derecho urbanístico común*, cit., p. 66.

³⁶⁴ Vid. LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *Introducción al Derecho urbanístico*, Marcial Pons, 2ª ed., Madrid, 2007, p. 29.

urbanizable, el nuevo suelo residual³⁶⁵. El suelo no urbanizable quedaba, por tanto, limitado a aquel que requiriera especial protección en atención a una serie de valores específicos a preservar (paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales) o por la concurrencia de riesgos naturales acreditados en el planeamiento sectorial, o en función de su sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público, que lo hacían incompatible con su transformación de acuerdo con los planes de ordenación territorial o la legislación sectorial; y también podía ser no urbanizable cuando el planeamiento general considera necesario preservarlo por los valores ya mencionados o por su valor agrícola, forestal, ganadero o por sus riquezas naturales, así como aquéllos otros que considerara «inadecuados para un desarrollo urbano» (art. 9 Ley 6/1998).

Sin embargo, a la vista de que tales medidas no consiguieron el efecto esperado, pues el precio de los inmuebles seguía aumentando, el Gobierno optó por ahondar todavía más en esa misma corriente liberalizadora, y tan sólo dos años más tarde, en el 2000, se aprobó el Real Decreto-ley 4/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Liberalización en el Sector Inmobiliario y Transportes, cuya exposición de motivos no podría ser más explícita sobre sus intenciones: «la reforma que se introduce habrá de incrementar la oferta del suelo al eliminar aquellas previsiones normativas en vigor que por su falta de flexibilidad pudieran limitarla, trasladando este efecto positivo al precio final de los bienes inmobiliarios», para lo que, esencialmente, modificó el art. 9 de la Ley 6/1998, eliminando la posibilidad del planificador de apreciar en el suelo otros valores, más allá de los expresamente tasados en la ley, que pudieran justificar la conveniencia de su preservación; además de establecer medidas adicionales para facilitar la promoción de la transformación del suelo (art. 1 Real Decreto-ley 4/2000)³⁶⁶.

Posteriormente, las medidas de este Real Decreto-ley fueron incorporadas en la Ley 10/2003, de 20 de mayo, de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes, que introdujo de nuevo, pero con matices, el inciso del art. 9 de la Ley 6/1998 que suprimió el Real Decreto-ley. En particular, se estableció que el planeamiento podía otorgar (de nuevo) la condición de suelo no urbanizable a aquel que no considerara adecuado para el desarrollo urbano, pero esta vez la discrecionalidad del planificador quedaba limitada por dos supuestos, y es que únicamente cabía considerarlo inadecuado para el desarrollo urbano «bien por imperativo del principio de utilización racional de los recursos naturales, bien de acuerdo con criterios objetivos de carácter territorial o urbanístico establecidos por la normativa urbanística» (art. 1 Ley 10/2003).

³⁶⁵ Vid. MARTÍN REBOLLO, Luis, “Presente y futuro del derecho urbanístico: una reflexión crítica”, *Anuario del Gobierno Local 2002*, Fundación Democracia y Gobierno Local-Institut de Dret Públic, 2003, pp. 41-56, p. 44.

³⁶⁶ Conviene recordar que este precepto fue declarado inconstitucional porque no se justificó suficientemente la extraordinaria y urgente necesidad requerida por el art. 86.1 CE como habilitante para el uso de la legislación de urgencia (STC 137/2011, de 14 de septiembre, FJ 8º).

Las medidas liberalizadoras que tendían a incrementar la oferta de suelo urbanizable encontraron, sin duda, buena acogida entre las distintas administraciones, pues del sector inmobiliario obtenían buena parte de sus ingresos. Siguiendo a Rocío CLAROS, podemos distinguir distintas vías a través de las cuáles las Administraciones obtienen ingresos o beneficios fruto de la actividad urbanizadora y edificatoria: mediante ingresos reconocidos en la normativa urbanística (como las cesiones obligatorias para dotaciones públicas o el aprovechamiento urbanístico) y mediante ingresos de naturaleza tributaria (como el impuesto sobre bienes inmuebles, art. 60 y ss. Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales)³⁶⁷.

Tal y como ha puesto de relieve el Consejo Económico y Social, la economía de todos los niveles de gobierno se ha nutrido de ingresos públicos asociados a la actividad inmobiliaria³⁶⁸, pero sin lugar a dudas han sido las haciendas locales las que han tenido sus fuentes de financiación más ligadas al urbanismo y al mercado inmobiliario. De hecho, algunos datos sobre el peso de la actividad inmobiliaria en la hacienda municipal pueden ser indicativos: en 2007, el total de ingresos municipales ligados a la actividad inmobiliaria fue de 15.878.999.000 euros, lo que suponía el 54,7% de los ingresos municipales propios y un tercio del total de los ingresos no financieros (el 32,8% computando los ingresos no financieros, que incluiría la participación en los ingresos del Estado y las aportaciones regionales³⁶⁹); estos porcentajes, según el año y el lugar, podían ser incluso superiores: por ejemplo, en el año 2002, los ingresos urbanísticos supusieron más del 63% de los ingresos totales de las ayuntamientos de la provincia de Málaga³⁷⁰.

Sin embargo, esta fase expansiva del mercado, que facilitó que los ayuntamientos recurrieran a la actividad urbanística como fuente de financiación municipal, finalizó de forma repentina entre los años 2007/2008 con el estallido de la burbuja inmobiliaria y produjo consecuencias devastadoras en el sector inmobiliario y en quienes se beneficiaban del mismo (como los ayuntamientos), además de agravar la crisis económica generalizada.

Interesa a nuestros efectos ahondar en esta nueva situación producida tras el estallido de

³⁶⁷ CLAROS PEINADO, Rocío, “Urbanismo y financiación municipal”, cit., p. 134. Sobre la financiación pública derivada del sector inmobiliario, también vid. GARCÍA RUBIO, Fernando, “Urbanismo y financiación municipal”, en MENÉNDEZ REXACH, Ángel (ed.), *Urbanismo y corrupción. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 12 (2008)*, UAM-BOE, Madrid, 2008, pp. 185-206.

³⁶⁸ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Economía, trabajo y sociedad. Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral, España 2009*, Consejo Económico y Social, 2010, p. 15

³⁶⁹ *Ibid.*, p. 252.

³⁷⁰ Díez Ripollés, José Luis y Gómez Céspedes, Alejandra, “La corrupción urbanística: estrategias de análisis”, cit., p. 59.

la burbuja inmobiliaria. En principio, si se ha desplomado el sector y han caído los precios, también se reducen los incentivos para corromper y, en consecuencia, debería observarse una reducción de la corrupción en este ámbito. Veamos a continuación, pues, cuál es la extensión de esta crisis inmobiliaria y qué efectos ha podido tener sobre el nivel de corrupción urbanística.

1.2.1.2.- El ocaso del sector inmobiliario español y la reducción de la corrupción urbanística

Como decíamos, el *boom* inmobiliario español fue causado por una serie de factores que confluyeron, como la rentabilidad de la inversión en bienes inmuebles frente a la inversión en Bolsa, una regulación favorable a la adquisición de vivienda en propiedad o la facilidad legal para promover la creación de más viviendas, pero fue sobre todo la facilidad de obtención de créditos en ventajosas condiciones (bajo tipo de interés y cuotas asumibles a pesar del largo período de amortización) lo que permitió que la demanda de vivienda fuera tan amplia. Ahora bien, la crisis económica bancaria sufrida en los Estados Unidos relacionada con la concesión de hipotecas *subprime*³⁷¹ lastró la economía española, que tras su crisis limitó y restringió mucho la concesión de créditos en general, incluidos los créditos para la adquisición de viviendas, lo que produjo un descenso drástico en la demanda de vivienda, generando, a su vez, un descenso de precios en el sector inmobiliario, un colapso en el sector de la construcción y la práctica desaparición de incentivos económicos para promover la urbanización y edificación³⁷². Veamos algunos datos significativos.

Para empezar, la concesión de créditos hipotecarios ha descendido de forma muy considerable: mientras en 2003 se concedieron un total de 1.357.242 créditos hipotecarios, en 2013 tan solo 325.441. La regresión en el número total de hipotecas constituidas sobre fincas se puede apreciar en la siguiente tabla:

	2013	2012	2011	2010	2009	2008	2007	2006	2005	2004	2003
Total	325.	456.	651.	960.	1.082.	1.283.	1.780.	1.896.	1.798.	1.608.	1.357.
Nacio- nal	441	765	759	948	587	374	627	515	630	497	242

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos sobre hipotecas constituidas sobre el total de fincas por entidad que concede el préstamo, consultable en www.ine.es.

De acuerdo con los datos del Instituto Nacional de Estadística (INE)³⁷³, el precio de la

³⁷¹ ÁLVAREZ, José Antonio, “La banca española ante la actual crisis financiera”, *Estabilidad financiera*, núm. 15, 2008, pp. 21-38, en especial, pp. 23 y ss.

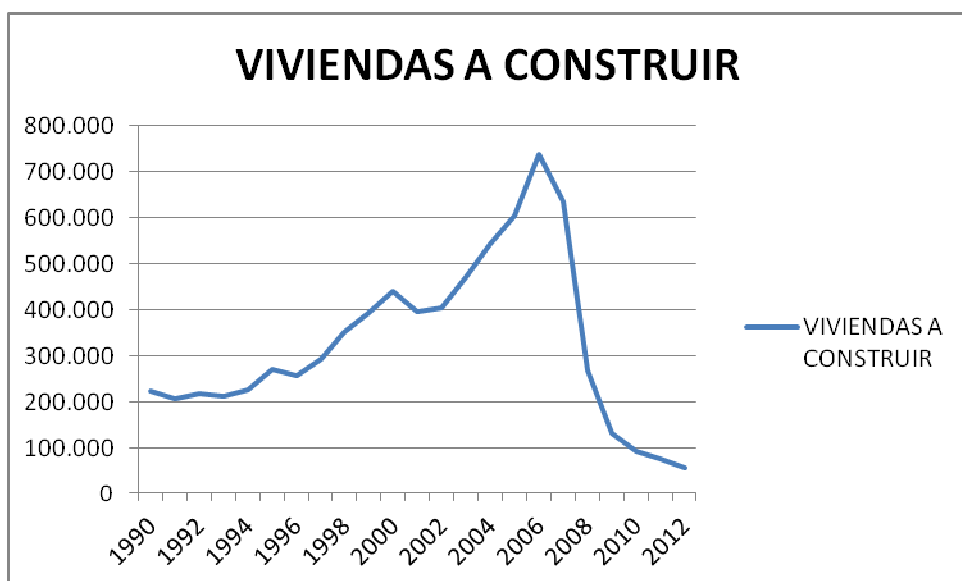
³⁷² Juan Cruz ALLI afirmó en 2010 que en el contexto de crisis *post-boom* ya no es realizable la plusvalía ni la edificación a corto plazo, aunque podría ser un negocio a largo plazo (ALLI ARANGUREN, Juan Cruz, “La corrupción mal endémico del urbanismo español”, cit., p. 93).

³⁷³ Consultables en <http://www.ine.es/>.

vivienda nueva aumentó hasta el año 2008, pero desde entonces sufrió un descenso continuo, y en 2013 el precio de la vivienda nueva era un 27,5% inferior al registrado en 2007; y en cuanto al precio de la vivienda de segunda mano, su precio medio en 2013 fue un 42% inferior al de 2007.

Según datos del Ministerio de Fomento, las transacciones de suelo en 2012 tan solo ascendieron a 2.600 millones de euros, frente a, por ejemplo, los 23.015 millones de valor total de las transacciones en 2004³⁷⁴.

También de acuerdo con datos del Ministerio de Fomento recogidos por el INE, se ha desplomado la construcción de nuevas viviendas en España. Desde 1997 se observa un aumento muy notable y casi continuo de concesión de licencias municipales para la construcción de viviendas, que, aunque sufre un ligero descenso en los años 2001 y 2002, sigue creciendo hasta su máximo histórico en 2006, año en que se concedieron 737.186 licencias, disminuyó ligeramente en 2007 (634.098) y se desplomó en 2008 (268.435), año a partir del cual el número de concesiones no ha hecho más que descender, hasta los últimos datos registrados en 2012, año en que el número de licencias concedidas fue de 57.543, cantidad mucho menor, incluso, que la registrada durante 1990, que es el primer año del que se tienen datos (224.739 licencias). La evolución puede verse en el siguiente gráfico.



Fuente: elaboración propia, a partir de los datos del INE, consultables en www.ine.es.

Hoy, el valor del suelo también se ha corregido a la baja, y según datos del Ministerio de Fomento, el precio del suelo urbano era en 2004 de 227,1 €/m², llegando a un máximo de 285 €/m² a finales de 2007, año en que empezó en progresivo descenso hasta el último trimestre de 2013, con un precio de 147,9 €/m². En solo 6 años habría

³⁷⁴ COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA, *Problemas de competencia en el mercado del suelo en España*, cit., p. 26.

descendido casi a la mitad.

En el período 2009-2013, se calcula que habrían quebrado unas 7.791 constructoras y 5.153 agencias inmobiliarias, lo que supone un 40% del total de los concursos publicados en ese período³⁷⁵. A causa de dichas quiebras, el desempleo ha ascendido muy considerablemente y, según se informó por los sindicatos, en 2012 había más parados que asalariados en el sector de la construcción³⁷⁶.

Es la propia Fiscalía General del Estado la que, en su memoria de 2013, sostiene que «la crisis económica ha arrastrado la disminución de hechos relacionados con la corrupción, en tanto conectada con la época de bonanza económica y de *boom* inmobiliario»³⁷⁷. Por tanto, la Fiscalía, a la luz de la evolución de los mismos casos de corrupción en que debe intervenir, ha establecido una inequívoca relación entre el *boom* inmobiliario y los beneficios de rápida obtención y de elevada cuantía que los particulares podían obtener fruto de la actividad pública urbanística, confirmándose así la hipótesis de que el gran incremento de casos de corrupción urbanística respondió en buena medida al alto incentivo económico generado durante los años de *boom* urbanístico y que, desde el advenimiento de la crisis en el sector inmobiliario y hasta el momento actual, la corrupción (aunque tal vez menor en número total de casos) habría tendido a concentrarse en otros sectores mucho más rentables que el urbanismo, como la contratación pública o la función pública, tal y como demuestran, por otra parte, los datos de sectores de riesgo de corrupción analizados anteriormente, donde vimos que los indicadores disponibles señalan una reducción de la corrupción en ámbito urbanístico pero un aumento en otros ámbitos³⁷⁸. Como gráficamente ha dicho nuestra doctrina, «la corrupción acude al olor del dinero, no de la pobreza»³⁷⁹.

1.2.2.- El deficiente control y la impunidad

Ahora bien, ya dijimos que el beneficio potencial no es el único factor determinante de la causación de la generalidad de los casos de corrupción. Además del incentivo que ya hemos visto, para que los sujetos tiendan a incurrir en prácticas de corrupción también será necesario que no concurren potentes desincentivos que disuadan al potencial corrupto.

En el estudio de la corrupción, la corriente doctrinal mayoritaria está fuertemente

³⁷⁵ Datos extraídos del Baremo Concursal Tercer Trimestre 2013, elaborado por PricewaterhouseCoopers. <https://www.pwc.es/es/publicaciones/gestion-empresarial/assets/baremo-concursal-3t-2013-informe.pdf>.

³⁷⁶ http://economia.elpais.com/economia/2012/04/05/actualidad/1333640213_640487.html.

³⁷⁷ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2013*, cit., pp. 657 y 658.

³⁷⁸ Vid. apartado 2.3 de este Capítulo I.

³⁷⁹ ALLI ARANGUREN, Juan Cruz, “La corrupción mal endémico del urbanismo español”, cit., p. 93.

influida por Gary BECKER, quien en un importante estudio³⁸⁰ analizó la conducta criminal en base a criterios de cálculo racional. Acogiendo sus resultados, se sostiene que la disuasión del comportamiento criminal (de los corruptos) dependerá de la probabilidad de detección y sanción así como de la pena impuesta, tanto legal como socialmente (reputación)³⁸¹. Tal y como expusieron Robert KLITGAARD *et al.*,

«officials will be tempted to engage in corruption when the size of their corrupt gain is greater than the penalty if caught times the probability of being caught. The penalty includes the wage and other incentives they must sacrifice if they lose their jobs, as well as the severity of the punishment».³⁸²

Algunos trabajos parecen respaldar esta hipótesis, según la cual la ausencia de controles y la total impunidad, o, en su caso, la sanción insuficientemente severa, favorecen la comisión de prácticas de corrupción.

Benjamin OLKEN llevó a cabo un experimento de campo en Indonesia del que se desprende que el aumento de la probabilidad de ser objeto de auditorías de los órganos de control reduce la malversación de fondos públicos y demás manifestaciones de corrupción. Con ocasión de un programa estatal de subvenciones para la construcción y mejora de caminos, algunos de los 608 municipios receptores de los fondos fueron avisados por el órgano auditor estatal de que serían auditados durante la ejecución del proyecto o bien tras su finalización, a efectos de comprobar la regularidad de las cuentas y la efectiva realización de la obra (por tanto, esos municipios pasaban de tener una probabilidad del 4% de ser auditados, a tener el 100% de posibilidades de recibir la auditoría). Los resultados apuntan a un coste de las obras significativamente menor y a mayor regularidad en la contabilidad en aquellos municipios que fueron advertidos de que con toda seguridad serían objeto de una auditoría, diferencias que el autor atribuye al descenso de corrupción³⁸³.

Otro experimento parece indicar que la impunidad absoluta o la insuficiente severidad de la sanción pueden, en efecto, contribuir a aumentar los índices de corrupción. Los economistas Klaus ABBINK, Bernd IRLBUSCH y Elke RENNER plantearon un experimento en el que, distribuidos los papeles entre los participantes, uno (potencial sobornador) podía realizar un pago a otro (que representaba al cargo o empleado público) a cambio de que éste adoptara una decisión favorable para el primero. Realizaron tres variantes del experimento, una en que proponer el soborno suponía un

³⁸⁰ BECKER, Gary S., "Crime and punishment: An economic approach", *The Journal of Political Economy*, vol. 76, núm. 2, 1968, pp. 169-217.

³⁸¹ Por todos, vid. ROSE-ACKERMAN, Susan, *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*, cit., p. 72.

³⁸² KLITGAARD, Robert; MACLEAN-ABAROA, Ronald y PARRIS, H. Lindsey, *Corrupt cities: a practical guide to cure and prevention*, cit., p. 35.

³⁸³ OLKEN, Benjamin A., "Monitoring corruption: evidence from a field experiment in Indonesia", *Journal of political economy*, vol. 115, núm. 2, 2007, pp. 200-249.

pequeño coste económico para el jugador que realiza el pago solo si no se acepta el soborno, otra en que el coste era externo (para la sociedad), y, finalmente, en la última variante se advirtió a los jugadores que, de proponerse y aceptarse el soborno, el coste sería para ambos y muy elevado, pero también muy improbable, ya que para descubrir y sancionar esa conducta se utilizaría un sistema aleatorio con una probabilidad de descubrimiento muy baja. Los resultados obtenidos por los autores muestran que las externalidades negativas apenas tienen influencia en el comportamiento corrupto, mientras que la amenaza de una sanción severa a los mismos autores sí tiene un efecto significativo en el aumento del número de sobornos rechazados, aun cuando el porcentaje de detección sea muy bajo³⁸⁴.

De nuevo parece ser que el urbanismo español ha confirmado esos postulados de la teoría institucionalista, tal y como se desprende de distintas fuentes.

Así lo ha entendido nuestra doctrina jurídica, tanto administrativista³⁸⁵ como penalista³⁸⁶, cuando ha prestado atención al fenómeno de la corrupción urbanística en nuestro Estado, y a la misma conclusión llegaron muchos de los profesionales relacionados con el sector urbanístico-inmobiliario cuando fueron entrevistados en el marco de la elaboración del informe *Urbanismo y democracia* de la Fundación Alternativas, en cuyo capítulo sobre las opiniones de estos profesionales y expertos (que incluyó a profesionales que ejercían, entre otras profesiones, como jueces, registradores, notarios, abogados, economistas, arquitectos, responsables políticos y sociólogos) se expone que la corrupción urbanística responde a una serie de causas, donde, además de las causas de índole económica (los grandes beneficios generados por el desarrollo urbanístico para muchos actores sociales que se beneficiarían de la actividad inmobiliaria y su generación de riqueza, y en especial los propietarios de suelo, al atribuirse la mayor parte de las plusvalías generadas por las decisiones administrativas), los expertos señalan también:

«la ausencia de aplicación de los oportunos controles por parte de las Administraciones públicas. Esta inactividad administrativa se considera fruto de la falta de voluntad política más que de la falta de medios técnicos. [...] A todas las causas de la corrupción urbanística que se extraen del discurso de los expertos hay que añadir, así como colofón,

³⁸⁴ ABBINK, Klaus; IRLENBUSCH, Bernd y RENNER, Elke, “An experimental bribery game”, *The journal of law, economics and organization*, vol. 18, núm. 2, 2002, pp. 428-454.

³⁸⁵ «Los Ayuntamientos son hoy, más que nunca, los agentes determinantes del planeamiento, y la autonomía con la que actúan en este ámbito no tiene parangón en toda Europa occidental. Esta autonomía, privada de todo control y en un clima, hasta fechas muy recientes, de patente impunidad, es sin duda una de las claves de lo que está ocurriendo» (LOZANO CUTANDA, Blanca, “Urbanismo y corrupción”, cit., p. 342).

³⁸⁶ Nieves SANZ se refiere a la tradicional impunidad de la corrupción y a la ineficacia de la sanción de las ilegalidades urbanísticas en general, así como a la falta de controles: «apenas existen controles en las actividades urbanísticas de los ayuntamientos. [...] En cuanto a las sanciones, llamadas a disuadir a los posibles infractores, no cumplen ni mucho menos tal función» (SANZ MULAS, Nieves, “Corrupción urbanística (la mezcla de cemento, ayuntamientos y comisiones ilegales)”, cit).

una más: la lentitud de la Justicia. La falta de aplicación de controles previos implica que la vía judicial supone el último medio para intentar frenar las posibles actuaciones de corrupción en materia urbanística. La tardanza con que responden los tribunales se convierte en verdadera aliada de la corrupción [...]. Todas estas causas generan una sensación de impunidad generalizada que, en sí misma, no deja de ser otra causa de corrupción urbanística»³⁸⁷.

En un estudio de campo, Mónica GARCÍA *et al.* estudian la efectividad del sistema de controles que, en materia de control de la actividad urbanística, fue aplicado en España durante los años del *boom* inmobiliario (1997-2007) en los casos de corrupción urbanística de dos lugares: Marbella y la isla de Lanzarote. Los autores, que parten del análisis institucionalista racional que hemos explicado, advierten que el incentivo económico que proporcionaba la corrupción urbanística durante ese período era muy elevado, y sin embargo, los controles, dejaron patente su notable debilidad:

«The analysis shows that the internal and administrative checks and balances in Marbella and Lanzarote were ineffective to address irregularities at the local level and curtail criminal activities. When confronted with the large economic incentives of building on municipal land, the internal and external administrative mechanisms to discipline local policy-makers were hardly taken into account, whereas judicial oversight was slow and limited in both the administrative and the criminal jurisdictions; judicial investigations were only initiated when the irregularities became grave and longstanding. Failures in the adoption of adequate controls and the absence of relevant, regular and proportionate sanctions against local representatives acting unlawfully limited the deterrent effect of the existing checks and balances during the decade from 1997 to 2007. [...] [Lo que les lleva a concluir que] In a context of large potential financial gains associated with local urban planning, engaging in illegal and criminal activities at the local level became both highly profitable and low risk»³⁸⁸.

Por su parte, la Fiscalía General del Estado, a la luz de los casos tratados por las fiscalías provinciales, recoge en su memoria de 2013 una serie de aportaciones de interés que, de nuevo, ponen de manifiesto que la corrupción ha proliferado en el urbanismo no solo por los grandes intereses económicos ventilados en ese sector de actividad, sino también porque los controles han fallado, han sido totalmente ineficaces. En particular, señala que los controles por parte de otras Administraciones han quedado tan reducidos tras el reconocimiento constitucional de la autonomía local que las autoridades administrativas superiores no pueden ejercer un buen control ante comportamientos irregulares de las corporaciones locales, pues no pueden suspender directamente sus actos y acuerdos sino que esa función corresponde a los tribunales de

³⁸⁷ FERRÁNDIZ MAGAÑA, José Pablo y LÓPEZ VALDÉS, Fernando, “Visiones de profesionales y expertos”, cit., pp. 33 y 34.

³⁸⁸ GARCÍA QUESADA, Mónica; JIMÉNEZ-SÁNCHEZ, Fernando y VILLORIA, Manuel, “Building local integrity systems in Southern Europe: the case of urban local corruption in Spain”, *International review of Administrative sciences*, vol. 79, núm. 4, pp. 618-637, pp. 630 y 633.

justicia; y además se ha propiciado la relajación, cuando no supresión, de los controles ordinarios con el auge de la denominada «huida del Derecho administrativo»³⁸⁹.

Además, la propia Unión Europea, en el anexo sobre España de su Informe Anticorrupción de 2014, ha señalado que, en nuestro Estado, uno de los sectores con mayores riesgos de corrupción es el urbanismo. Al igual que la Fiscalía, insiste en que entre sus causas estaría el hecho de que el control de los gobiernos regionales es limitado (ya que debe acudir a los órganos jurisdiccionales para anular una decisión municipal), y, en general, señala que los procesos decisorios en el nivel regional y local están insuficientemente supervisados. Subraya que los controles son deficientes y recomienda a España que desarrolle estrategias a medida para las administraciones regionales y locales que incluyan reforzar los mecanismos de control³⁹⁰.

En materia de controles hay que distinguir, en primer lugar, entre controles administrativos, que son aquellos cuya realización está encomendada por el ordenamiento jurídico a un órgano administrativo, y los controles llevados a cabo por actores u órganos de otra naturaleza, como los controles judicial, político o social. A su vez, los controles sobre la actuación de las Administraciones se pueden dividir en controles internos y externos, en función de si los órganos encargados de realizar el control pertenecen (interno) o no (externo) a la propia Administración controlada³⁹¹. Como resulta evidente, todos los controles no administrativos tendrán en todo caso la condición de controles externos, ya que el órgano encargado del control no pertenece a la Administración controlada, mientras que los administrativos podrán ser internos o externos. Finalmente, también hay que distinguir entre controles previos y posteriores, en función del momento en que se realizan, pudiendo darse antes o después de la adopción de los actos administrativos o disposiciones de carácter general³⁹².

Los controles administrativos, y especialmente los internos, responden a la lógica del autocontrol, y su elemento acaso más controvertido tal vez sea la independencia del órgano controlador respecto del controlado. Los demás controles responden a una lógica de *checks and balances* entre poderes del Estado (así, las comisiones parlamentarias y el poder judicial controlando la actividad de los gobiernos y las administraciones) y del resto de actores sociales (como el control ciudadano), y el

³⁸⁹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2013*, cit., pp. 656-658.

³⁹⁰ COMISIÓN EUROPEA, *Anexo: España, al Informe de lucha contra la corrupción de la UE* (COM(2014) 38 final, Anexo 9), de 3 de febrero de 2014, pp. 11, 12, 15 y 16.

³⁹¹ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo. Parte general*, 10ª ed., cit., p. 832.

³⁹² Adicionalmente a lo expuesto, a nivel doctrinal también se puede hablar de controles concomitantes, entendidos como aquellos que son llevados a cabo durante la ejecución de un acto administrativo. Para una clasificación completa de los distintos tipos de controles ejercidos sobre las Administraciones públicas, vid. GARRIDO FALLA, Fernando; PALOMAR OLMEDA, Alberto y LOSADA GONZÁLEZ, Herminio, *Tratado de Derecho administrativo. Parte General*, vol. 1, Tecnos, 14ª ed., Madrid, 2005, pp. 714-715 y FERNÁNDEZ AJENJO, José Antonio, *El control de las Administraciones públicas y la lucha contra la corrupción*, cit., pp. 143-147.

posible conflicto estribará en la posibilidad de obtener información suficiente para ejercer un control efectivo (esto es, que haya transparencia respecto de la actuación de las Administraciones) o, en caso de que los mismos actores hayan colonizado todos los poderes públicos, de nuevo habría un conflicto de independencia. Por su parte, los controles previos tendrán la finalidad preventiva de garantizar el ejercicio de las funciones públicas acorde a la legalidad así como evitar que se impongan los intereses particulares a los generales (a consecuencia de la corrupción, en nuestro caso), mientras que la finalidad de los controles efectuados *a posteriori* es, generalmente, la de poder conocer la gestión ya finalizada y, en su caso, proceder a la sanción de los incumplimientos realizados.

A continuación vamos a exponer, con mayor detalle, cuáles son los principales controles³⁹³ disponibles que se aplican a la actividad administrativa y, en especial, a la urbanística, y cómo han operado en la práctica. A efectos organizativos, los controles se han agrupado en dos apartados, uno dedicado tanto a los controles administrativos (sean internos o externos) como a los controles externos llevados a cabo por órganos especializados de relevancia constitucional o estatutaria y dependientes de los respectivos parlamentos, como el Tribunal de Cuentas y los órganos autonómicos equivalentes, el Defensor del Pueblo y los órganos autonómicos equivalentes, y, como sucede exclusivamente para el caso de Cataluña, los organismos anticorrupción (Oficina Antifraude de Cataluña); el otro apartado se dedica al control judicial en exclusiva, dada su significativa trascendencia.

1.2.2.1.- Los controles administrativos y los controles externos especializados no judiciales

El primer control que podemos destacar es el ejercido por las Administraciones territoriales, control que hoy ejerce, respecto de los entes locales, la administración autonómica y la Administración General del Estado. Puesto que el mayor foco de corrupción se concentra en los entes locales (y toda la urbanística), es pertinente esbozar aquí cómo es el control que el Estado y las comunidades autónomas pueden ejercer sobre los entes locales.

³⁹³ No consideramos de especial trascendencia en esta materia el control político, ejercido por los parlamentos, por lo que no será desarrollado en las páginas sucesivas. Como recuerda Miguel SÁNCHEZ MORÓN, este tipo de controles se dirige, principalmente, a controlar la acción del Gobierno y solo indirectamente puede referirse al funcionamiento de la Administración (SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo. Parte general*, 10ª ed., cit., p. 833). Como es sabido, este tipo de control está expresamente contemplado en la Constitución Española (art. 66.2 CE), e incluye instrumentos como los requerimientos de información o las interpelaciones y preguntas, entre otros (vid. arts. 109-113 CE). Respecto de las comisiones parlamentarias especiales y de investigación, Alejandro NIETO ya se encargó de subrayar que este mecanismo no ha sido útil ante casos de corrupción (NIETO, Alejandro, *La corrupción en la España democrática*, cit., pp. 225-229).

A) Los controles interadministrativos

Antes de la CE de 1978 existían controles de legalidad y oportunidad respecto los actos adoptados por los entes locales mediante las formas de tutela tradicionales: anulación de los actos sin necesidad de intervención judicial, sustitución de la actividad de los órganos ejecutivos de los entes locales cuando éstos se retrasaban en el cumplimiento de sus obligaciones y necesidad de aprobación definitiva por parte del ente territorial de tutela³⁹⁴.

No obstante, este tipo de controles, contenidos en la legislación de régimen local de 1955, se consideraron contrarios a la autonomía municipal reconocida en la CE (arts. 137 y 140 CE)³⁹⁵, y la nueva regulación del régimen local de 1985 estableció como únicos controles interadministrativos directos la posibilidad, por parte del Consejo de Ministros, de disolver los órganos de las corporaciones locales, convocando nuevas elecciones, cuando se esté realizando «una gestión gravemente dañosa para los intereses generales que suponga el incumplimiento de obligaciones constitucionales» (art. 61 LRBRL); y la sustitución o subrogación en supuestos excepcionales en que se incumplen obligaciones impuestas por las leyes y tal incumplimiento afecta al ejercicio de competencias de la Administración General del Estado o de la comunidad autónoma, el Estado o la comunidad autónoma puede adoptar las medidas necesarias a costa y en sustitución de la entidad local, previo requerimiento (art. 60 LRBRL). A estos controles se añade, de hecho como forma ordinaria de control de los actos de los entes locales por parte del Estado y las comunidades autónomas, la facultad para interponer un recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa cuando el acto o acuerdo de la Entidad local incurra en alguna de las siguientes circunstancias: 1) infrinja el ordenamiento jurídico, 2) menoscabe la competencia del Estado o la comunidad autónoma, interfiera en su ejercicio o se exceda en su propia competencia; y 3) atente gravemente al interés general de España (arts. 65-67 LRBRL)³⁹⁶, para que en dicha sede se suspenda y anule el acto cuando así proceda³⁹⁷.

Más allá de los controles genéricos contenidos en la LRBRL, el régimen de controles se

³⁹⁴ Para mayores detalles sobre la evolución de los controles sobre los entes locales, vid. PARADA, Ramón, “La segunda descentralización: del Estado autonómico al municipal”, *Revista de Administración Pública*, nº 172, enero-abril 2007, pp. 9-77, pp. 65-69, y ALMEIDA CERREDA, Marcos, “¿Es necesario un nuevo modelo de controles sobre los entes locales?”, *Revista d’Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 6, abril 2008, pp. 187-232, pp. 195-198.

³⁹⁵ vid. STC 4/1981, de 2 de febrero.

³⁹⁶ Excepcionalmente, el art. 67 LRBRL añade el control suspensivo de los actos por parte del Delegado del Gobierno con carácter previo a la impugnación. Sobre ello haremos referencia más adelante.

³⁹⁷ Para una visión general sobre el sistema de control interadministrativo instaurado tras la adopción de la LRBRL en 1985, vid. TORNOS MAS, Joaquín, “La actividad de control sobre los entes locales”, en FONT I LLOVET, Tomàs (dir.), *Informe sobre el Gobierno Local*, MAP, Madrid, 1992, pp. 97-122, y FANLO LORAS, Antonio, *Fundamentos constitucionales de la autonomía local. El control sobre las Entidades locales: el funcionamiento del modelo constitucional de autonomía local*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

completa con otras normas reguladoras del régimen local, como el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (ej. arts. 75 y 78), o el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (ej. art. 53); y con la legislación sectorial, que puede establecer controles específicos en los distintos ámbitos de la actividad administrativa³⁹⁸.

Por lo general, los únicos controles posibles, cuando así estén previstos por el legislador, serán de mera legalidad³⁹⁹, si bien en algunas materias y solo cuando en el caso concreto concurren intereses supralocales, cabe el control de oportunidad⁴⁰⁰ (STC 4/1981).

Veremos, a continuación, cómo es cada uno de esos controles generales y cómo pueden operar, o han operado, en casos de corrupción, y cuáles son sus límites.

El primer tipo de control que hemos señalado, consistente en la posibilidad de disolver los ayuntamientos, de acuerdo con el art. 61 LRBRL, el Consejo de Ministros puede proceder a disolver los órganos de las corporaciones locales mediante real decreto, a iniciativa propia o a solicitud del Consejo de gobierno de la comunidad autónoma, y siempre previo acuerdo favorable del Senado, en caso de gestión gravemente dañosa para los intereses generales que suponga incumplimiento de las obligaciones constitucionales de tales corporaciones⁴⁰¹. En caso de acordar la disolución, el art. 61.3 LRBRL remite a la legislación electoral general a efectos de proceder a una convocatoria de elecciones parciales (art. 183 Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio de Régimen electoral general), donde se establece que en principio procederá la convocatoria de elecciones parciales para la constitución de una nueva corporación dentro del plazo de tres meses salvo que, tras la constitución, el plazo de su mandato fuera inferior a un año. En ese segundo supuesto, será una comisión gestora designada por la diputación provincial o, en su caso, por el órgano competente de la comunidad autónoma, la encargada de la administración ordinaria de los asuntos de la corporación

³⁹⁸ Con carácter general, vid. ALMEIDA CERREDA, Marcos, “¿Es necesario un nuevo modelo de controles sobre los entes locales?”, cit., p. 205, y TORNOS MAS, Joaquín, “La actividad de control sobre los entes locales”, cit., pp. 108-109. Respecto de los controles específicos en materia urbanística, puede verse DESDENTADO DAROCA, Eva, “El control de la legalidad urbanística. ¿Qué legalidad?”, cit., o TRAYTER, Joan Manuel, *Derecho urbanístico de Cataluña*, Atelier, 4ª ed., Barcelona, 2013, pp. 161-168.

³⁹⁹ Ello sin perjuicio de la posibilidad del Estado y las Comunidades Autónomas de interponer un recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en los términos que después exponemos.

⁴⁰⁰ CORRAL ESCARIZ, Vicente, *La lucha contra la corrupción urbanística en España*, cit., pp. 55 y 56.

⁴⁰¹ La regulación anterior de esta facultad, contenida en el Texto articulado y refundido de la Ley de régimen local de 1955 (art. 422.1) fue calificado parcialmente de inconstitucional por la STC 4/1981, ya que entendió que la autonomía local solo permitía adoptar esta medida de disolución en caso de que la gestión de la corporación local afectara a los intereses generales de la Nación u otros intereses generales pero siempre distintos de los intereses propios de la entidad local (FJ 10º); pues de acuerdo con el art. 422.1, se habilitaba al Gobierno para disolver los Ayuntamientos y Diputaciones provinciales «cuando su gestión resulte gravemente dañosa para los intereses generales o los de la respectiva Entidad local».

disuelta.

Tal y como exponen Joan Lluís PÉREZ *et al* en su interesante y comparado análisis de esta institución jurídica⁴⁰², la disolución solamente ha sido aplicada una vez, y justamente en un caso de corrupción sistémica singularmente ligada a la actividad urbanística⁴⁰³. Estos autores describen, con brevedad y claridad, la corrupción en Marbella durante esa época:

«Durante esos años de impunidad, el consistorio marbellí ha sido objeto de un autentico expolio en forma de emisión de facturas falsas, convenios y licencias urbanísticas ilegales, recalificaciones de suelo contrarias al planeamiento, construcciones de viviendas en suelo dotacional y en zonas verdes, etc. Todo ello en connivencia con los promotores que a cambio de ser beneficiados pagaban comisiones. Además de estas irregularidades urbanísticas, los miembros de la trama también dispusieron a favor de familiares y amigos de las compras y contratos de servicios que realizaba el Ayuntamiento. Así que a lo largo de este período no ha habido actividad económica del Ayuntamiento de Marbella en la que no se beneficiara el entorno de la trama. El nepotismo, el desgobierno y la corrupción en Marbella durante ese largo período ha sido total y absoluto hasta alcanzar una magnitud sistémica»⁴⁰⁴.

La disolución fue operada por el Real Decreto 421/2006, de 7 de abril, por el que se dispone la disolución del Ayuntamiento de Marbella. En este caso, si bien apreciamos que la medida no encontró impedimentos para su aplicación en el caso de corrupción, hay que señalar que esta medida no se tomó hasta muy tarde, cuando ya se había iniciado la operación policial y las correspondientes causas penales⁴⁰⁵. Con lo que, a pesar de poderse decir que fue una medida efectiva, llegó tan tarde que en absoluto podemos sostener que ocasionara efecto alguno para controlar la corrupción, máxime cuando ya habían sido imputados la mayoría de miembros de la corporación.

⁴⁰² PÉREZ FRANCESCH, Joan L.; COCCILO, Endrius E. y EYRE DE LORENZO, José A., “Disolución de los ayuntamientos en España y corrupción sistémica. Aproximación al «caso Marbella» y comparación con la normativa italiana en materia de disolución en supuestos de emergencia extraordinaria”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 305, 2007, pp. 299-324. También resulta de interés FONT I LLOVET, Tomàs, “Autonomía local y estatutos: crónica de un compromiso”, *Anuario del Gobierno Local 2006*, Fundación Democracia y Gobierno Local - Institut de Dret Públic, 2007, Madrid, pp. 13- 35, en especial, pp. 14 y ss.

⁴⁰³ En el ayuntamiento de Marbella, desde que accediera a la alcaldía Jesús Gil en 1991 y hasta su disolución en 2006, se urdió una gran trama de corrupción orquestada, en buena medida, por el gerente de urbanismo, Juan Antonio Roca.

⁴⁰⁴ PÉREZ FRANCESCH, Joan L.; COCCILO, Endrius E. y EYRE DE LORENZO, José A., “Disolución de los ayuntamientos en España y corrupción sistémica”, *cit.*, p. 303.

⁴⁰⁵ Al respecto es sumamente expresivo el mismo Real Decreto 421/2006, al constatar la «compleja y delicada situación provocada por la salida del consistorio de los concejales y alcaldes que han tenido que presentar su dimisión tras ser inhabilitados penalmente para el ejercicio de cargos públicos, así como la situación procesal de diversos cargos municipales actuales imputados (Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento, Primera Teniente de Alcalde, Quinto Teniente de Alcalde, concejales, el ex gerente de Urbanismo y el Secretario del Ayuntamiento)».

Por cuanto respecta al control por subrogación⁴⁰⁶, sustitutivo del municipio, hay que señalar que con anterioridad a la vigente Constitución, la propia legislación urbanística estatal contemplaba la facultad de subrogación del Estado en las competencias urbanísticas locales cuando los ayuntamientos incumplieran gravemente sus obligaciones en la materia (art. 218 TRLS 1976). Sin embargo, en el nuevo marco constitucional, en virtud del reconocimiento constitucional de la autonomía local y su canon de garantía contenido en la LRBRL, el Tribunal Constitucional (TC) ha redefinido los límites a ese tipo de control en materia de disciplina urbanística a través de sus sentencias 11/1999 y 159/2001⁴⁰⁷. De acuerdo con el TC, la sustitución de la entidad local por parte de la comunidad autónoma (para ejercer la disciplina urbanística) tan solo será posible en casos de mera inactividad local, y nunca cuando ello implique un juicio o control de legalidad de un acto dictado por esa corporación local. Por tanto, será posible el control sustitutivo por inactividad del ente local ante la realización de obras y usos del suelo carentes del pertinente título habilitante⁴⁰⁸, mientras que, por el contrario, será inconstitucional una sustitución del ente local para ejercer las competencias locales de disciplina urbanística respecto de unas obras amparadas en una licencia que, a juicio de la comunidad autónoma, sea nula de pleno Derecho, pues juzgar si un acto es nulo de pleno Derecho o no implica un control de legalidad que excede al control de legalidad fijado en los arts. 65 y 66 LRBRL.

Por tanto, en caso de que la corrupción tenga por finalidad la inactividad de la Administración local en el ejercicio de sus funciones de disciplina urbanística ante una obra ilegal no amparada en título habilitante alguno (por ejemplo, imaginemos al propietario de una vivienda construida al margen de las determinaciones del plan y careciendo de licencia de obras que realiza el pago de un soborno a quien ejerce las funciones de inspección urbanística en el ayuntamiento o el soborno a la persona en el cargo competente para adoptar las medidas de restauración de la legalidad urbanística infringida y las correspondientes sanciones), podría ejercer la comunidad autónoma la sustitución, pero no así cuando el soborno se realiza para obtener una licencia ilegal,

⁴⁰⁶ Al respecto, vid. MENÉNDEZ REXACH, Ángel, "Autonomía municipal urbanística: contenido y límites", *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 5, enero-junio 2006, pp. 13-36, pp. 27-29, y BAÑO LEÓN, José María, *Derecho urbanístico común*, cit., pp. 501-502, a quien seguimos en esta materia.

⁴⁰⁷ A los efectos que ahora interesa resaltar, en la primera de esas sentencias (STC 11/1999, de 11 de febrero) se declaró inconstitucional el art. 6 de la Ley asturiana 3/1987, de 8 de abril, sobre Disciplina urbanística, que contemplaba la posibilidad de que la Comunidad Autónoma sustituyera al ente local en el ejercicio de la disciplina urbanística ante obras amparadas en una licencia ilegal a juicio de la propia Comunidad Autónoma; y en la segunda (STC 159/2001, de 5 de julio de 2001), el art. 15 del Decreto Legislativo catalán 1/1990, de 12 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de los textos legales vigentes en Cataluña en materia urbanística y el art. 218 TRLS, que contemplaban la posibilidad de la sustitución, por parte de la Comunidad Autónoma, en caso de incumplimientos de los ayuntamientos de sus obligaciones urbanísticas.

⁴⁰⁸ Impone la STC 11/1999 que, además, concurren los demás requisitos para la sustitución, requisitos que, según ha entendido la doctrina, podrían ser los del art. 60 LRBRL: que la sustitución vaya precedida de requerimiento previo a la corporación local y que afecte a las competencias de la Comunidad Autónoma, vid. BAÑO LEÓN, José María, *Derecho urbanístico común*, cit., p. 502; y también, *sensu contrario*, vid. STC 159/2001, FJ 7°.

con lo que el control autonómico para poner freno a prácticas corruptas se encuentra en este ámbito bastante limitado. Ahondando más en la limitación del control autonómico respecto de las licencias y la disciplina urbanística, hay que señalar que incluso, de tratarse de un supuesto en que la sustitución fuera posible, parece que primero debería hacerse un requerimiento al ayuntamiento para que procediese a adoptar los correspondientes expedientes sancionadores y de restablecimiento del orden jurídico perturbado, en cuyo caso el ayuntamiento siempre podría responder iniciando un procedimiento para luego dejarlo caducar, situación que, en efecto, se ha dado en el Estado español, y no hace mucho tiempo, de forma reiterada⁴⁰⁹.

La subrogación también se ha llevado a cabo, en la práctica, respecto del ejercicio de competencias de planeamiento urbanístico «en casos de grave y reiterada corrupción», tal y como se encarga de recordar Eva DESDENTADO⁴¹⁰. En particular, la autora menciona el caso del Ayuntamiento de Marbella, respecto del que se operó la sustitución reconocida en el art. 31.4 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía⁴¹¹, mediante acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía de 20 de junio de 2006, que, de acuerdo con el Consejo Consultivo de Andalucía y con informe favorable del Parlamento de Andalucía, atribuyó a la Consejería de Obras Públicas y Transportes el ejercicio de la potestad de planeamiento correspondiente a dicho municipio; para lo que se creó, por Decreto 118/2006, de 20 de junio, la Oficina de Planeamiento Urbanístico de Marbella. Constituida válidamente la nueva Corporación Local el 16 de junio de 2007, y elaborado por la Consejería el documento para la revisión del planeamiento general de Marbella, se puso fin a la sustitución por acuerdo del Consejo de Gobierno de 26 de junio de 2007⁴¹².

El tercer control a disposición de las Administraciones superiores establecido con carácter general en la LRBRL es el control de actos o acuerdos de las entidades locales a través de su impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa⁴¹³,

⁴⁰⁹ Entre los años 2004 y 2005, la Junta de Andalucía trató de poner freno, con más de 250 requerimientos, a la corrupción urbanística en el Ayuntamiento de Marbella, pero los expedientes iniciados por el Ayuntamiento se dejaron caducar. Ante esa situación, la doctrina ha declarado que justamente ese reforzamiento y amparo del principio de autonomía local ha sido el principal escollo para el control ejercido por la Junta de Andalucía en el caso de corrupción de Marbella, ya que no le ha permitido actuar con la celeridad precisa. Vid. PÉREZ FRANCESCH, Joan L.; COCCIOLO, Endrius E. y EYRE DE LORENZO, José A., “Disolución de los ayuntamientos en España y corrupción sistémica”, cit., pp. 315-316.

⁴¹⁰ DESDENTADO DAROCA, Eva, “El control de la legalidad urbanística. ¿Qué legalidad?”, cit., p. 101.

⁴¹¹ Introducido por el apartado uno del artículo 28 de la Ley andaluza 13/2005, 11 noviembre, de Medidas para la Vivienda Protegida y el Suelo.

⁴¹² Actualmente, la atribución de competencias de sustitución entre los distintos órganos autonómicos se encuentra regulada en el art. 3.2.f) y en la Disposición Adicional 4ª del Decreto 36/2014, 11 febrero, por el que se regula el ejercicio de las competencias de la Administración de la Junta de Andalucía en materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo.

⁴¹³ Sobre esta cuestión, vid. DESDENTADO DAROCA, Eva, “El control de la legalidad urbanística. ¿Qué legalidad?”, cit., pp. 98-99, y NIETO, Alejandro, “Impugnación jurisdiccional de actos y acuerdos de las entidades locales”, *Revista de Administración Pública*, núm. 115, enero-abril 1988, pp. 7-26, si bien en el citado artículo no se contemplan, evidentemente, las relevantes modificaciones introducidas por la Ley

reconocido en el art. 63.1.a) LRBRL y regulado en los arts. 65-67 LRBRL⁴¹⁴. De acuerdo con el art. 65, la Administración del Estado o de las Comunidades Autónomas podrá impugnar jurisdiccionalmente de forma directa (en el plazo general de dos meses) los actos o acuerdos de las Entidades locales que considere que, en el ámbito de las respectivas competencias, infrinjan el ordenamiento jurídico. Opcionalmente podrá, antes de proceder a tal impugnación y en un plazo de quince días hábiles (contados a partir de la recepción de la comunicación del acuerdo), requerir a la Entidad local para que anule ese acto en el plazo de un mes, y vencido ese plazo o recibida la comunicación sobre el rechazo del requerimiento, procederá a la impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa. En caso de que los actos o acuerdos ilegales menoscaben competencias del Estado o de las Comunidades Autónomas, interfieran su ejercicio o excedan de la competencia de dichas Entidades locales, la Administración impugnante (por cualquier sistema del art. 65 LRBRL) podrá solicitar al tribunal competente la suspensión del acuerdo «razonada en la integridad y efectividad del interés general o comunitario afectado», y, si el tribunal estima fundada dicha petición, deberá acordar la suspensión en el primer trámite subsiguiente a la presentación de la impugnación, en virtud del régimen especial contenido en el art. 66 LRBRL⁴¹⁵. Por su parte, el art. 67 LRBRL contempla la facultad suspensiva provisional que puede ejercer el Delegado del Gobierno contra los actos o acuerdos de entidades locales que atenten gravemente al interés general de España, para cuya adopción será necesario que, primero, requiera para su anulación al Presidente de la Corporación dentro de los diez días siguientes al día de la recepción del acto o acuerdo (indicándole, además, el plazo para dar cumplimiento al requerimiento, plazo que no puede ser superior a cinco días). Transcurrido el plazo fijado en el requerimiento, podrá acordar la suspensión del acto o acuerdo, y deberá impugnarlo ante la jurisdicción contencioso-administrativa en el plazo de diez días desde la suspensión.

11/1999, de 21 de abril, de modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, y otras medidas para el desarrollo del Gobierno Local, en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial y en materia de aguas.

⁴¹⁴ En algunos casos, los tribunales han llegado a reconocer la responsabilidad concurrente de la administración autonómica junto con la de los ayuntamientos respecto de los daños causados por la anulación judicial de licencias de edificación (y los estudios de detalle que las amparaban) por no haber impugnado en su momento la aprobación de esos actos. Esta jurisprudencia ha merecido comentarios críticos por parte de la doctrina, ya que parece diluir la necesaria responsabilidad que debe acompañar a la autonomía (local) al tiempo que parece convertir en obligación, y no en posibilidad, que las administraciones autonómicas recurran todo acuerdo municipal potencialmente ilegal (vid. FONT I LLOVET, Tomàs, “Autonomía local y estatutos: crónica de un compromiso”, cit., pp. 16-17).

⁴¹⁵ Conviene destacar que, a pesar de la literalidad del precepto, el TS ha entendido que «aunque el tan repetido artículo 66 LRBRL parece autorizar una suspensión cautelar «inaudita parte» a petición del Estado o la Comunidad Autónoma, las garantías de defensa del correspondiente Ente local deben comprender la posibilidad de que pueda comparecer para contraponer, no sólo perjuicios al interés local, sino también motivos de oposición a la «integridad» y «efectividad» que de contrario hayan sido alegadas sobre el interés general o comunitario para apoyar la petición de suspensión cautelar» (STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 7ª) de 23 noviembre 2004, rec. núm. 3438/2001, ponente D. Nicolás Maurandi Guillén). Sobre este concreto precepto, vid. CARBONELL PORRAS, Eloisa, “Artículo 66”, en REBOLLO PUIG, Manuel (dir.) e IZQUIERDO CARRASCO, Manuel (coord.), *Comentarios a la Ley reguladora de las bases del régimen local*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 1579-1591.

De acuerdo con el Tribunal Constitucional (TC), las licencias que amparan obras constitutivas de infracciones urbanísticas graves implican un menoscabo o interferencia respecto de las competencias autonómicas urbanísticas de las Comunidades Autónomas, de modo que sería viable recurrir a este mecanismo de control del art. 66 LRBRL (STC 46/1992, de 2 de abril)⁴¹⁶, si bien, por otro lado, la misma sentencia declara inconstitucional, por ser disconforme con la autonomía local, un precepto contenido en la legislación urbanística autonómica (art. 26.3 de la Ley de Madrid 4/1984, de 10 febrero, sobre Medidas de disciplina urbanística) que reconocía a la administración autonómica la facultad de suspender, en defecto de actuación por parte del alcalde del ayuntamiento afectado, los efectos de una licencia u orden de ejecución, con la consiguiente paralización inmediata de los actos de edificación o uso del suelo, cuando el contenido de aquellos actos administrativos constituyan manifiestamente una infracción urbanística grave. Por tanto, la suspensión de los actos o acuerdos urbanísticos que supongan una grave infracción urbanística no podrán ser suspendidos por las administraciones superiores sino que tal función está atribuida al control jurisdiccional, ante el que deberían impugnar ese acto o acuerdo. La única excepción, como ya hemos comentado, es la contemplada en el art. 67 LRBRL, donde se reconoce al Delgado del Gobierno correspondiente la facultad de suspender por sí mismo aquellos actos o acuerdos si atentan gravemente contra el interés de España, pero en ese caso, deberá igualmente impugnarlos jurisdiccionalmente y, en un proceso judicial especial, «se dictará sentencia por la que se anule o confirme el acto o acuerdo objeto del recurso, disponiendo lo que proceda en cuanto a la suspensión» (art. 127 LJCA).

No hay que olvidar que esta técnica del art. 67 LRBRL podría ser utilizada en casos de corrupción siempre que esa corrupción sea lo suficientemente reiterada o trascendente, de tal modo que proyecte en el exterior la imagen de que el funcionamiento habitual de las administraciones públicas españolas está intensamente marcado por la corrupción. Al menos, a esa conclusión podríamos llegar tras la lectura del Real Decreto 421/2006, de 7 de abril, por el que se dispone la disolución del Ayuntamiento de Marbella, en el que, para justificar la disolución, se alude, entre otros aspectos, a la afectación que una gran trama de corrupción pública (específicamente urbanística) como la gestada en ese ayuntamiento puede ocasionar en el interés general de España, vinculado éste, en fuerte medida, a la inversión extranjera en el sector inmobiliario español⁴¹⁷.

⁴¹⁶ El supuesto de hecho incluye la impugnación de una «licencia otorgada a esta entidad por el Ayuntamiento de Colmenar de Oreja para llevar a cabo obras de infraestructura en la denominada "urbanización Balcón del Tajo", a pesar de que alegadamente los terrenos se encontraban clasificados como suelo rústico, no urbanizable, por las Normas Subsidiarias de Planeamiento vigentes» (STC 46/1992, Antecedentes I.d).

⁴¹⁷ «En tercer lugar, hay que señalar que la situación anteriormente descrita de los miembros de la Corporación, que indudablemente supone un escándalo político, provoca alarma social, el descrédito de la democracia municipal y genera la desconfianza de la ciudadanía hacia las instituciones democráticas. Asimismo, estos hechos afectan, junto al interés de la Comunidad Autónoma de Andalucía, al interés general de la Nación, atendiendo a la repercusión negativa que la actuación del Ayuntamiento de Marbella ha supuesto, a través de la proyección exterior de España, para las relaciones económicas con otros estados, dado el considerable volumen de inversiones extranjeras en el sector inmobiliario localizadas en

A esos controles generales, debemos sumar otro específico del ámbito urbanístico, pues la tutela de necesaria aprobación definitiva de la comunidad autónoma se mantiene, aunque reducida, en materia de planeamiento urbanístico⁴¹⁸.

Para controlar el planeamiento urbanístico se ha mantenido un sistema con tutela en la aprobación, aunque limitada en muy buena medida, eso sí, al control de legalidad. El régimen de aprobación de planes urbanísticos en el Derecho urbanístico español contemporáneo es bifásico: la elaboración y las aprobaciones inicial y provisional de los planes corresponden al ente local, mientras que la aprobación definitiva está atribuida a la comunidad autónoma. En origen, los órganos administrativos superiores ejercían un control de los planes municipales «en todos sus aspectos», lo que se entendió como una capacidad de fiscalización incondicionada: la comunidad autónoma⁴¹⁹ podía ejercer un control de legalidad y también de oportunidad, pudiendo denegar la aprobación de un plan no solo por vulneración de la legalidad vigente sino también por considerar que la modificación urbana proyectada no era conveniente en base a otros criterios, de apreciación discrecional⁴²⁰.

Esta interpretación sobre el alcance del control autonómico de la planificación se vio alterada por la jurisprudencia constitucional, que consideró incompatible con la autonomía local (arts. 137 y 140 CE) los controles de oportunidad ejercidos sobre los municipios siempre que no concurrieran intereses supralocales (SSTC 4/1981 y

el término municipal de Marbella» (Real Decreto 421/2006, de 7 de abril, por el que se dispone la disolución del Ayuntamiento de Marbella). La doctrina, en efecto, ha vinculado la extensión de la corrupción con el descenso de inversiones extranjeras (WEI, Shang-Jin, “How taxing is corruption on international investors?”, *The Review of Economics and Statistics*, vol. 82, núm. 1, pp. 1-11).

⁴¹⁸ El TC ha declarado conforme a la Constitución, en la medida en que respeta la autonomía local, la competencia autonómica para la aprobación definitiva del planeamiento urbanístico. La doctrina del Tribunal Constitucional referida a la relación entre autonomía local constitucionalmente garantizada y planeamiento urbanístico se recoge, entre otras, en la STC 240/2006, de 20 de julio: «[d]icha doctrina parte de la afirmación contenida en la STC 61/1997, de 20 de marzo, según la cual la regulación de los planes de ordenación urbana se inserta en la competencia sobre urbanismo, y ésta es exclusiva de las Comunidades Autónomas, quienes, “en el ejercicio de su competencia urbanística exclusiva, [determinan] el nivel de participación de los municipios en la elaboración de los instrumentos de planeamiento” (FJ 25), siguiendo el criterio básico adoptado por el art. 2 LBRL de remitir tal determinación al legislador sectorialmente competente por razón de la materia. Pues bien, “lo que se exige a los legisladores autonómicos y estatal es que respeten la garantía mínima y reconocible de participación” (STC 159/2001, FJ 12, con cita de la STC 109/1998, de 21 de mayo, FJ 7) en el proceso de elaboración del planeamiento, ya que la Constitución no establece ni precisa cuál deba ser el haz mínimo de competencias que, para atender a la gestión de los respectivos intereses, debe el legislador atribuir a los entes locales (STC 109/1998, FJ 2). De ello se concluyó que la norma según la cual los municipios no tienen competencias en la fase de aprobación definitiva de un tipo especial de planes no es contraria a la autonomía local, puesto que ésta sólo obliga “a que existan competencias municipales relevantes y reconocibles en la ordenación y en el planeamiento urbanístico”, y la norma cuestionada “no elimina toda participación de los Ayuntamientos en el proceso de elaboración y aprobación del planeamiento derivado”, puesto que les atribuye “competencias esenciales en relación con el planeamiento, concretamente en sus dos primeras fases de aprobación inicial y provisional” (STC 159/2001, FJ 12)».

⁴¹⁹ O el Estado, según el momento histórico. Vid. TRAYTER, Joan Manuel, *Derecho urbanístico de Cataluña*, Atelier, 4ª ed., Barcelona, 2013, p. 53.

⁴²⁰ LOZANO CUTANDA, Blanca, “Urbanismo y corrupción”, cit., p. 342.

170/1989). En base a esos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo, desde 1990, adaptó su jurisprudencia a la autonomía local y construyó la doctrina jurisprudencial que todavía sigue hoy vigente y recogen las leyes regionales de urbanismo⁴²¹ en materia de control de las Comunidades Autónomas sobre los entes locales en la aprobación de los planes urbanísticos. Según esta jurisprudencia, solo es posible un control de estricta legalidad, y no un control de oportunidad, salvo que el plan afecte a intereses supralocales, en cuyo caso cabe también el control de oportunidad⁴²².

Por tanto, con el paso del tiempo, el control directo ejercido por los entes territoriales superiores sobre los municipios se ha ido reduciendo, hasta convertirse casi exclusivamente en un control de mera legalidad; ello sin perjuicio de la posibilidad de impugnar judicialmente actos y acuerdos en los términos expuestos anteriormente (caso en el que, prácticamente, estaríamos hablando más bien de un control judicial).

No obstante, aun siendo un control casi limitado a la legalidad, no por ello deviene insuficiente para controlar la corrupción, ya que la corrupción muchas veces ni siquiera es capaz de ofrecer una apariencia de legalidad. Un caso de los más habituales sería la votación para la adopción de un instrumento de planificación urbanística que afecta directamente a terrenos propiedad directa de alguno de los miembros del pleno de la corporación que, incumpliendo su deber legal de abstenerse, vota en favor de la adopción de dicho plan.

Otra práctica reiterada, que sí intenta ofrecer una apariencia de legalidad, es aquella en que el empleado o cargo público interviene informando o adoptando resoluciones urbanísticas que afectan a bienes que son propiedad de la empresa de la que este es socio⁴²³. Recurrir a entramados societarios para camuflar el conflicto de intereses es una práctica que *a priori* tampoco debería pasar inadvertida en el control de legalidad si éste se realizara a la vista de los registros públicos de intereses, registros que deberían

⁴²¹ Las SSTC 61/1997 y 164/2001 han configurado los límites de la distribución competencial en materia urbanística: la competencia es exclusiva de las regiones y el Estado no puede adoptar ni tan solo normas de carácter supletorio, y la incidencia de la normativa estatal debe limitarse a cuestiones conexas pero no propiamente urbanísticas, como el estatuto jurídico de la propiedad del suelo o la legislación básica sobre protección del medio ambiente. De hecho, la norma “urbanística” estatal de referencia es la Ley de Suelo de 2007 (en texto refundido aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2008).

⁴²² Los elementos reglados del plan son plenamente controlables por la administración autonómica, salvo en lo referido a los conceptos jurídicos indeterminados, cuya apreciación corresponde a los entes locales cuando el planeamiento no incide en intereses supralocales; por su parte, los aspectos discrecionales solo serán controlables cuando las determinaciones del planeamiento tengan conexión con algún aspecto de un modelo territorial superior, en cuyo caso es posible el control de oportunidad, en el que prevalece la apreciación de la Comunidad Autónoma. También son viables los controles de discrecionalidad «tendientes a evitar la vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos». Vid. TRAYTER, Joan Manuel, *Derecho urbanístico de Cataluña*, cit., pp. 163-168. A nivel doctrinal, vid. PONCE SOLÉ, Juli, *Discrecionalidad urbanística y autonomía municipal*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 80 y ss; asimismo, también resulta de interés, sobre esta cuestión, DELGADO BARRIO, Javier, *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, Civitas, Madrid, 1993.

⁴²³ Vid. Auto AP de Sevilla (secc. 1ª) de 30 de junio de 2008, cit.

estar actualizados y ser exhaustivos⁴²⁴. Por tanto, un mero control de legalidad también serviría para controlar esas manifestaciones de la corrupción en que formalmente se ha pretendido ofrecer una apariencia de legalidad, como por ejemplo cuando un concejal participa, emitiendo su voto favorable, en la adopción de un instrumento de planificación que mejora el aprovechamiento urbanístico de unos terrenos propiedad de una empresa que controla él, su cónyuge o su pareja de hecho, o un familiar.

El control de mera legalidad, por tanto, sería suficiente para controlar no pocas de las manifestaciones de corrupción en el urbanismo, otra cosa es que no haya servido en la práctica porque no se ha querido utilizar⁴²⁵ y, cuando se ha utilizado, parece haber respondido más a reyertas partidistas que a un verdadero interés por disciplinar la actuación ilegal y corrupta en los municipios.

El miembro de una corporación local tiene un interés directo en el planeamiento y aun así emite su voto favorable en fase de aprobación inicial o provisional de un plan. Entonces, cuando dicho instrumento de planeamiento sea remitido a la región para su aprobación definitiva, puede suceder, como tristemente confirma algún que otro caso, que si el concejal afectado por la causa de abstención que no se abstuvo comparte partido político con el partido en el gobierno regional, no se pongan objeciones y se apruebe definitivamente el plan, mientras que si pertenece a otro partido, se deniegue la aprobación definitiva⁴²⁶.

Por lo que respecta a las licencias urbanísticas, su control previo es de carácter interno y consiste en la obligatoriedad de que previamente a su concesión se emitan informes jurídicos y técnicos, que se pronuncien respecto la adecuación del proyecto de licencia a las leyes y al planeamiento urbanístico en vigor.

Estos informes suelen hacerse por los arquitectos municipales y por los servicios jurídicos de los ayuntamientos, y en algunas ocasiones también por los funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional, que pasamos a tratar a continuación.

⁴²⁴ En la Memoria del año 2013 de la OAC se describen los casos de los que han informado. Entre ellos, podemos encontrar un caso en que un alto cargo de la Generalitat habría aprovechado irregularmente sus funciones públicas para facilitar la adjudicación de subvenciones a una entidad en la que estaría desarrollando funciones directivas sin haberlas declarado ni haber solicitado la compatibilidad; también se da noticia de un municipio investigado en el que no se actualizaba el registro de intereses municipales de los miembros de la corporación local (declaración de actividades y de bienes y derechos patrimoniales). OFICINA ANTIFRAUDE DE CATALUÑA, *Memoria anual 2013*, pp. 101 y 106.

⁴²⁵ Vid. MENÉNDEZ REXACH, Ángel, “El fomento de las buenas prácticas administrativas en la nueva Ley de suelo y otras normas estatales recientes”, cit., p.136, nota 2.

⁴²⁶ Un ejemplo de esta disparidad en el control de legalidad del planeamiento urbanístico fue objeto de discusión en el Parlamento de Cataluña. Vid. PARLAMENTO DE CATALUÑA, *Diari de sessions del Parlament de Catalunya*, de 16 de noviembre de 2005, serie C, núm. 262, sess. 26, pp. 9-12.

B) Los funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional

Los funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional (secretarios, interventores y tesoreros) son funcionarios de un cuerpo estatal que prestan sus servicios en la Administración local, motivo por el que se les presume mayor imparcialidad que el resto de empleados públicos del ámbito municipal respecto de la corporación local. Tienen encomendado, entre otras funciones, el asesoramiento legal preceptivo en las corporaciones locales, lo que comprende, de acuerdo con su normativa reguladora, la emisión de informes previos a la adopción del acuerdo que se trate, consignando en cada caso la legislación aplicable y la adecuación del proyecto a la misma. Esta función informativa deben realizarla cuando así lo solicite el Presidente de la Corporación (en un Ayuntamiento, el Alcalde) o 1/3 de los concejales o diputados, cuando se trate de asuntos para cuya aprobación se exija una mayoría especial, o cuando un precepto legal así lo establezca⁴²⁷.

La concesión de licencias es competencia del alcalde y por tanto no exige mayoría especial para su aprobación, con lo que solo deberá informar el secretario municipal sobre las mismas cuando expresamente lo pida el alcalde o el 1/3 de concejales, o cuando así lo determine la legislación sectorial.

Puesto que la materia urbanística es competencia exclusiva de las comunidades autónomas, será la legislación autonómica sectorial la que en cada caso determine cuándo debe intervenir este tipo de personal en la concesión de licencias urbanísticas por imperativo legal.

Por ejemplo, en el caso de Cataluña, se establece que el expediente para el otorgamiento de una licencia urbanística debe contar siempre con informes de carácter técnico y jurídico, pero el informe previo del secretario o secretaria del ayuntamiento solo será preceptivo cuando los informes técnicos y jurídicos anteriores sean contradictorios en la interpretación de la normativa urbanística aplicable o en los supuestos en que falte otra asistencia letrada⁴²⁸.

Según se desprende de las múltiples sentencias manejadas durante la elaboración de este estudio, la práctica frecuente es que el secretario municipal no sea el encargado ordinario de emitir tales informes, sino que los informes técnicos y jurídicos, que analizarían la adecuación a la legalidad urbanística del proyecto sometido a concesión de licencia, suelen estar atribuidos a los técnicos de los servicios jurídicos del

⁴²⁷ Art. 3 Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional.

⁴²⁸ Art. 188.3 Decreto legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el cual se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo.

ayuntamiento⁴²⁹ y a quienes ejercen las funciones de arquitecto municipal⁴³⁰, y solo en raras ocasiones se recaba un informe del secretario.

Sin embargo, en la jurisprudencia se puede encontrar algún caso en que durante el expediente de concesión de una licencia ha tenido que intervenir el secretario, informando previamente a su concesión. Un ejemplo se encontraría en la SAP de Málaga (secc. 1ª) de 8 de abril de 2011⁴³¹, y es significativo de la escasa relevancia práctica que tienen estos informes: en el caso, el secretario municipal informa en sentido desfavorable a la concesión por ser contraria a la normativa urbanística aplicable (lo solicitado constituía una infracción urbanística tipificada como grave), pero a pesar de dicho informe, se concede la licencia por decreto de la alcaldía.

Ahora bien, la intervención de este personal ha sido poco menos que irrelevante en la práctica. Para empezar, este tipo de informes (incluidos los emitidos por los servicios jurídicos y arquitectos técnicos municipales) no son vinculantes, con lo que en caso de apreciar alguna ilegalidad, dependerá de la voluntad del órgano instructor o decisor subsanarla, y tampoco se da parte del mismo a ningún otro órgano con capacidad efectiva de control sobre el ente local, con lo que su funcionalidad como instrumento para el control interno de legalidad dependerá de la voluntad del órgano decisor.

Dichos informes tampoco son accesibles por el público (a efectos de poder ejercer un control social de los poderes públicos, impugnando las actuaciones irregulares) y, como mucho, pueden ser accedidos por el Pleno, pero solo si así lo estima conveniente el alcalde y lo incluye en el orden del día. Tampoco sirve para el control social (de hecho, el art. 18.1.b) de la ley estatal de transparencia parece exigir, de plano, la inadmisión a trámite de cualquier solicitud de acceso a informes internos de la Administración), ni por lo general sirven tampoco para el control político puesto que la elevación del informe al Pleno de la corporación depende de la voluntad del alcalde, pues para ello debe introducirlo en el orden del día.

El único reducto de funcionalidad que hoy le queda parece ser el de servir como instrumento probatorio en el control penal de la actuación de los funcionarios y autoridades. En efecto, no son pocas las sentencias en que se analiza el contenido de

⁴²⁹ Vid. Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Pamplona de 4 de junio de 2009, cit. En este caso, los informes sobre la adecuación a planeamiento de la licencia corresponde a los servicios jurídicos. Aunque el asesor jurídico del Ayuntamiento primero informó favorablemente a la concesión, conminó a no otorgar la licencia hasta que se resolviera por el órgano competente del Gobierno de Navarra la situación del uso de la parcela afectada, el alcalde concedió la licencia para la construcción de un apartotel en una parcela de uso exclusivamente escolar.

⁴³⁰ SAP de Granada, (secc. 2ª) de 21 de abril de 1997, rec. núm. 24/1995, ponente D. Carlos Rodríguez Valverde. Aunque el informe del arquitecto técnico municipal fue desfavorable y hubo advertencia de ilegalidad del Secretario de la Corporación, un concejal otorgó licencia de obras para la construcción de vivienda.

⁴³¹ SAP de Málaga (secc. 1ª) de 8 de abril de 2011, rec. núm. 90/2011, ponente D. Rafael Linares Aranda.

estos informes para determinar si la autoridad o funcionario conocía de antemano que era ilícito el acuerdo en cuya adopción iba a participar⁴³².

En términos generales, sin circunscribirnos a cuestiones urbanísticas únicamente, podemos afirmar que el control ejercido por este tipo de personal también se ha visto limitado por una serie de mermas a su imparcialidad. En primer lugar debemos referirnos, sin duda, a la posibilidad de su libre designación y su libre cese.

De las formas de acceso a la función pública, el sistema de concurso es el más objetivo y el que verdaderamente se adecua a los principios constitucionales de mérito, capacidad y igualdad (arts. 103.3 y 23.2 CE), si bien en la práctica no ha sido raro, ya desde hace años, el prescindir de la técnica del concurso en la medida de lo posible y virar hacia la libre designación, o, en caso de mantener el concurso, “prepararlo” para favorecer el acceso de determinadas personas a la función pública, abusos que han llevado a la doctrina a hablar de la implantación de una especie de *spoil system* (o sistema de botín) en el Estado español⁴³³, primando la confianza o afinidad política por encima de los principios del empleo público que proclaman la CE y las leyes reguladoras del empleo público, y generando graves consecuencias, tal y como observó con acierto Joan PRATS:

«el sistema de mérito habría nacido como consecuencia de una sostenida presión intelectual y social para remediar los excesos de los partidos políticos. Es la tendencia que se les atribuye a éstos de administrar los cargos y empleos públicos como un botín electoral lo que produce pérdida de competencia profesional, ineficacia e ineficiencia, predominio de la lealtad partidista sobre el servicio a los intereses generales y, a la postre, corrupción y deslegitimación del sistema político-administrativo.»⁴³⁴

⁴³² En la STS (sala de lo penal) de 25 de abril de 2008, rec. núm. 2054/2007, ponente D. Julián Sánchez Melgar, se confirma sentencia absolutoria de instancia, por delitos de prevaricación, al constatarse que la ilegalidad del acuerdo administrativo adoptado no era patente, para lo que se utiliza como elemento probatorio el informe de la Secretaria: «la Secretaria del Ayuntamiento tampoco expresó advertencia alguna de ilegalidad, lo que sugiere que no pudo cometerse una flagrante infracción administrativa» (STS (Sala de lo Penal) de 25 de abril de 2008, rec. núm. 2054/2007, ponente D. Julián Artemio Sánchez Melgar, FD 2º). Contrariamente, en la STS (Sala de lo Penal) de 19 de julio de 2013, rec. núm. 261/2013, ponente D. Perfecto Agustín Andrés Ibáñez, se compra un terreno a más de cinco veces su valor a pesar de que obraba en el expediente un informe de legalidad del Secretario advirtiendo del precio real (además, se advierten errores en el procedimiento seguido para la compraventa y se advierte de que en ese suelo no estaban permitidos los usos que pretendidamente motivaban su adquisición), y confirma la condena por un delito de prevaricación y otro de malversación al alcalde y a un concejal integrante de la Comisión de Gobierno que participaron en la compraventa a pesar de conocer el informe del Secretario y otros informes técnicos.

⁴³³ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “Pervivencias del *spoil system* en la España actual”, *Anuario de derecho constitucional y parlamentario*, núm. 4, 1992, pp. 31-60, p. 32. En esta obra, Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO define el *spoil system*, o sistema de botín o despojo, como «el libre nombramiento y el libre cese del funcionariado cuando se produce la alternancia política».

⁴³⁴ PRATS I CATALÁ, Joan, “Del clientelismo al mérito en el empleo público. Análisis de un cambio institucional”, *Documentos y Aportes en Administración Pública y Gestión Estatal*, núm. 2, 2002, pp. 1-22, p. 10.

Apunta Miguel SÁNCHEZ MORÓN que la práctica habitual, extendida en mayor proporción entre las comunidades autónomas y los entes locales, ha consistido en «extender inmoderadamente el procedimiento de la libre designación», práctica que trataron de acotar tanto el TC, mediante su STC 99/1987, de 11 de junio, como el propio legislador⁴³⁵.

Aunque la libre designación está habitualmente reservada para los puestos de carácter directivo, desde 1993 la legislación en la materia ha permitido que los puestos de secretario, interventor y tesorero de algunos entes locales sean cubiertos mediante este sistema, cuestión especialmente grave en materia de lucha contra la corrupción⁴³⁶. Este personal presta sus servicios con una garantía de imparcialidad reforzada, en tanto que incluye a los encargados del control de legalidad y de la fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria de los entes locales; sin embargo, esta imparcialidad se ve menoscabada cuando, a consecuencia del tipo de nombramiento, este personal puede ser objeto de libre cese⁴³⁷. La reforma operada en el ámbito local en 2013 mediante la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, lejos de reducir la libre designación de este personal, ha ampliado el ámbito subjetivo de entes locales facultados para optar por esta fórmula, añadiendo, respecto de los entes contemplados en la derogada Disposición adicional (DA) segunda del EBEP, mediante remisión a los arts. 111 y 135 del texto refundido de la Ley Reguladora de Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, las capitales de provincia o de comunidad autónoma, o de población de derecho igual o superior a 75.000 habitantes.

A pesar de lo anterior, respecto del régimen de los funcionarios con habilitación de carácter nacional, la Ley 27/2013 introduce algunas modificaciones con la finalidad, declarada en su exposición de motivos, de «garantizar la profesionalidad y la eficacia de las funciones de control interno». Presumiblemente, el refuerzo de ese control redundará positivamente en la lucha contra la corrupción. Por cuanto respecta a la provisión de puestos de trabajo de este tipo de personal, el art. 92 bis.6 LRBRL establece que el Gobierno, mediante real decreto, regulará la forma de provisión de puestos reservados a funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional, cuyo sistema normal de provisión de puestos será el concurso, que será de ámbito territorial estatal y ya no autonómico, como establecía la DA segunda del EBEP.

⁴³⁵ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la función pública*, cit., pp. 163 y 165.

⁴³⁶ PONCE SOLÉ, Juli, “La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración”, cit., p. 129.

⁴³⁷ Aunque la STC 235/2000, de 5 de octubre, declaró la constitucionalidad del precepto legal que estableció por primera vez esta posibilidad, el magistrado D. Pablo García Manzano puso de relieve este menoscabo en la imparcialidad y abogó por su inconstitucionalidad en voto particular. Entiende Miguel SÁNCHEZ MORÓN que esta anómala situación en que quedan gravemente reducidas las garantías de control de las entidades locales solo se explicaría por el predominio de los intereses de los partidos políticos y sus bases locales (SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la función pública*, cit., p. 76).

Aunque la libre designación de este personal sigue estando permitida, ésta había sido objeto de mayor control mediante el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, que estableció que el nombramiento por libre designación de Interventores y Tesoreros debía ser autorizado por la Administración de tutela, y que la misma debía informar preceptivamente en caso de cese de un funcionario con habilitación de carácter, entonces, estatal, dentro del plazo de seis años desde su nombramiento. Siguiendo esa línea de control iniciada en 2010, pero dando un nuevo paso en forma de recentralización de la tutela, la reforma introducida por la Ley 27/2013 en la LRBRL exige la autorización expresa del órgano competente de la Administración General del Estado en materia de Haciendas Locales cuando los habilitados que se fueran a nombrar vayan a ocupar puestos de trabajo que tengan asignadas las funciones de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, y la contabilidad, tesorería y recaudación; así como el necesario informe preceptivo previo del mismo órgano de la Administración General del Estado en caso de cese de los habilitados nombrados por el sistema de libre designación cuando tengan asignadas las funciones antes enunciadas.

Otra cuestión que afecta negativamente a la imparcialidad de este personal es la facultad del órgano controlado de fijar parcialmente su retribución, es decir, la retribución del órgano controlador.

En efecto, supone un menoscabo relevante a la imparcialidad de quien ejerce las funciones de Secretaría la facultad, atribuida al Pleno de la corporación, de incidir en la retribución de dicho órgano de control mediante la fijación de complementos salariales. De acuerdo con el art. 24.b) EBEP, la cuantía y estructura de las retribuciones complementarias de los funcionarios se establecerán atendiendo, entre otros factores, a la «especial dificultad técnica, responsabilidad, dedicación, incompatibilidad exigible para el desempeño de determinados puestos de trabajo o las condiciones en que se desarrolla el trabajo». En desarrollo específico para el personal que aquí interesa, el art. 43 del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional, establece que, sin perjuicio de la facultad reconocida al Ministerio para las Administraciones Públicas de dictar normas que garanticen la asignación de un nivel mínimo y máximo a efectos de complemento de destino, es la corporación local controlada la que será competente para fijar las retribuciones complementarias de los funcionarios con habilitación de carácter nacional, de conformidad con lo establecido en la legislación vigente. En particular, la legislación vigente hace referencia al Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, por el que se establece el régimen de las retribuciones de los funcionarios de Administración Local, en cuyo art. 3.2 se establece que, dentro de los límites máximos y mínimos señalados por la Administración del Estado, será el Pleno de la corporación el que asignará el nivel del complemento a cada puesto de

trabajo⁴³⁸; por su parte, el art. 4 faculta al Pleno para establecer o modificar los puestos de trabajo a los que corresponde el complemento específico, determinando además su cuantía⁴³⁹; y, finalmente, el art. 5 atribuye al alcalde o presidente de la corporación la competencia para distribuir la cuantía reservada en concepto de complemento de productividad entre los diferentes programas o áreas y la asignación individual del complemento «con sujeción a los criterios que en su caso haya establecido el Pleno».

De acuerdo con el Tribunal de Cuentas, al analizar los complementos de los puestos con funciones de control y fiscalización, existen disparidades de retribución difícilmente justificables entre municipios semejantes y modificaciones en los complementos específicos no justificadas convenientemente⁴⁴⁰; asimismo, la jurisprudencia ofrece ejemplos de cómo en la práctica han existido ilícitas y arbitrarias modificaciones en la cuantía de los complementos motivadas únicamente por la enemistad entre el secretario y el alcalde o su partido político⁴⁴¹.

Llegados a este punto, nos gustaría añadir la valiosa información proporcionada por uno de los pocos estudios en materia de controles basado en encuestas. Nos referimos al trabajo de Bartolomé IBÁÑEZ⁴⁴², que elaboró una encuesta a la que respondieron 50

⁴³⁸ En virtud del art. 3.2 citado, dicha valoración deberá realizarse en atención a criterios de en base a criterios de «especialización, responsabilidad, competencia y mando, así como a la complejidad territorial y funcional de los servicios en que esté situado el puesto».

⁴³⁹ De acuerdo con el art. 4 citado, el complemento específico «está destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, incompatibilidad, responsabilidad, peligrosidad o penosidad», y su establecimiento o modificación requiere que la Corporación, con carácter previo, «efectúe una valoración del puesto de trabajo atendiendo a las circunstancias expresadas» anteriormente.

⁴⁴⁰ De acuerdo con el Tribunal de Cuentas, «la muestra [se trata de 103 puestos de intervención analizados en ese informe] también confirma la existencia de diferencias significativas en los complementos específicos de entidades con similar población o presupuesto, destacando especialmente el amplio rango de importes en el que oscilan las entidades más pequeñas, en población y presupuesto, en las que el complemento puede ser nulo o alcanzar casi los 40 mil euros» (TRIBUNAL DE CUENTAS, *Informe de Fiscalización de las retribuciones y de la gestión de los sistemas de provisión y promoción de los puestos de la Intervención de las Entidades Locales*, núm. 1032, de 24 de abril de 2014, p. 78).

⁴⁴¹ Tal y como se recoge en los antecedentes de la STS (Sala de lo Penal, Secc.1ª) de 28 de junio de 2007, rec. de casación núm. 1293/2006, ponente D. Joaquín Giménez García, «[l]as relaciones entre el Alcalde y la citada Secretaria Municipal se tensaron ya en septiembre de 1995 a raíz de la intención del primero de que la Secretaria no formara parte de la mesa de contratación de una auditoría financiera de los años 1991 a 1995, pretendiendo que actuara como secretario un auxiliar administrativo. Por otro lado, el alcalde había recibido indicaciones de personas de su partido para que consiguiera que la Secretaria Municipal abandonara su puesto. En una conversación privada mantenida con Constanza [secretaria del ayuntamiento] le manifestó que fuera buscando otro Ayuntamiento.- En esta situación de enfrentamiento, se incluyó en el orden del día del Pleno a celebrar el 27 de octubre de 1995 una propuesta del grupo político a que pertenecían los acusados de reducción del 90% del complemento específico establecido para el puesto de Secretario Municipal entonces vigente, de manera que la cifra de 232.180 ptas. se reduciría a 23.218, con efectos de 1 de noviembre de 1995», sin que esta reducción del complemento contara con la previa, preceptiva, valoración de la especial dificultad técnica del puesto, de la dedicación que exigía, incompatibilidad, responsabilidad, peligrosidad y penosidad, de acuerdo con el art. 4 del Real Decreto 861/1986, que debería haberla justificado.

⁴⁴² IBÁÑEZ SORRIBES, Bartolomé, *Controles de legalidad en la actuación administrativa*, conferencia presentada el 17 de diciembre de 2012 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, en el marco del seminario “Estrategias reactivas y preventivas contra la corrupción”.

personas encargadas de controles de legalidad en la actuación administrativa, técnicos o habilitados estatales (secretarios e interventores-tesoreros) pertenecientes a la Comunidad Valenciana y a la Comunidad de Madrid. De acuerdo con los datos manejados por Bartolomé IBÁÑEZ, la mayoría de los encuestados afirmó que el control interno (reparos de intervención e informes de ilegalidad) no era eficiente para combatir las desviaciones de ley y casos de corrupción pública (el 85%), que el conjunto de normas administrativas favorecen un control formal-documental pero no efectivo para evitar las desviaciones legales (el 94.74%), y que el régimen de sanciones (administrativas o penales) no es efectivo para disuadir a los órganos unipersonales o colegiados que adoptan resoluciones o acuerdos de que se desvíen de la legalidad (95.24%), que se tiende a abusar en gran medida de la interinidad o provisionalidad en la función pública para minorar la independencia del funcionario informante (90.48%), que se minoran la independencia del funcionario informante a consecuencia de que el controlado pueda fijar y variar los complementos retributivos y además tenga facultades disciplinarias respecto de los puestos de técnicos fiscalizadores (100%); además, esas mismas facultades son la causa de que en la gran mayoría de ocasiones el personal informante no pueda ser todo lo explícito que quisiera expresando la efectiva desviación de Ley o ilegalidad del acto (94.44%). En opinión también mayoritaria, las facultades disciplinarias y retributivas deberían atribuirse al Estado (85%).

Esta encuesta pone de relieve otras cuestiones de gran interés. En particular, si bien por lo general se cumple de forma habitual con la obligación legal de informar al Pleno de la corporación en casos de reparos de intervención, en el 15.79% de los casos se contestó que no se cumple esa obligación, siendo el motivo mayoritario de que esto ocurra el hecho de que el alcalde no incluya dicho reparo en el orden del día (77.78%). Otra cuestión de interés estriba en la constatación de que no es frecuente que los informes legales que advierten de la desviación legal en las resoluciones y acuerdos lleguen a los concejales de la oposición (57.14%). Según el 85.7% de los encuestados, que el Pleno tuviera un punto propio para dar cuenta de los reparos de intervención o los informes de legalidad desfavorables sería apropiado como medida preventiva de la corrupción, aunque insuficiente (70%); y también como medida preventiva, se señaló que debería existir un órgano fiscalizador de las variaciones de patrimonio de los cargos públicos y sus cónyuges (90%). Asimismo, apunta que en el 68.42% de los casos sí se observa un cambio de comportamiento de los órganos unipersonales o colegiados respecto de aquellos asuntos que tienen reparo o informe de legalidad negativo, desde que se conoce la obligada remisión de éstos a la sindicatura de cuentas. Finalmente, destacamos que la mayoría (72.73%) sostiene que la remisión de acuerdos y resoluciones de las corporaciones locales al órgano autonómico y estatal no tiene ninguna efectividad en la supervisión de la legalidad.

Más reformas de la Ley estatal 27/2013 parecen de aplicación para solucionar alguno de los problemas resaltados en la encuesta. Esta ley establece varias medidas para reforzar

y dar un mayor papel al interventor local (como la nueva obligación de realizar un informe resumen de los resultados de los controles realizados, que será remitido a la Intervención General del Estado), ahora bien, en nuestra opinión se debe destacar la que ha tenido lugar en materia de reparos. Cuando el interventor (o secretario-interventor) en el ejercicio de la función interventora esté en desacuerdo (en aspectos y cometidos propios del ejercicio de la función fiscalizadora, sin incluir cuestiones de oportunidad o conveniencia de las actuaciones) con el fondo o con la forma de los actos, documentos o expedientes examinados, deberá formular sus reparos por escrito antes de la adopción del acuerdo o resolución. Cuando estos reparos no son escuchados y se adopta por parte del Presidente de la corporación local un acuerdo en contra de aquéllos, se establece la obligación de elevar tales acuerdos al Pleno de la corporación con un informe sobre las principales anomalías detectadas por el interventor, lo que figurará como un punto independiente en el orden del día. Esta medida supone una mejora muy considerable, puesto que no era extraño que los miembros del Pleno no llegaran a conocer las anomalías contables del ente local porque el Alcalde (o presidente) se negaba a incluir en el orden del día los informes del interventor. Además, se establece, como otra novedad para reforzar el papel de la función interventora, que «el órgano interventor remitirá anualmente al Tribunal de Cuentas todas las resoluciones y acuerdos adoptados por el Presidente de la Entidad Local y por el Pleno de la Corporación contrarios a los reparos formulados, así como un resumen de las principales anomalías detectadas en materia de ingresos» (Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales), órgano que, recordemos, dispone de jurisdicción en materia contable y puede exigir la responsabilidad que en esa materia corresponda.

En último lugar, queríamos hacer notar otra relevante novedad de la Ley 27/2013 que puede redundar en una mejora en el control, especialmente si, como venimos haciendo, tenemos en cuenta los reveladores datos que se extraen de la encuesta llevada a cabo por Bartolomé IBÁÑEZ. Tal y como incide en señalar el preámbulo de dicha ley, se ha pretendido reforzar la independencia de los funcionarios con habilitación de carácter nacional con respecto a las entidades locales en las que prestan sus servicios mediante, entre otras cuestiones, la atribución al Estado de la potestad sancionadora en los casos de las infracciones más graves. En efecto, de acuerdo con los apartados 10 y 11 del art. 92 bis de la LRBRL, tras la modificación operada por la citada ley de 2013, únicamente será competente para la incoación de expedientes disciplinarios a este tipo de funcionarios el órgano correspondiente de la Corporación donde el funcionario hubiera cometido los hechos que se le imputan, cuando pudieran ser constitutivos de falta leve; y el órgano local competente solo lo es para la imposición de sanciones disciplinarias por faltas leves. Las competencias relativas a las faltas muy graves recaen en el Estado (el Ministro o el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas), mientras que las graves, por lo general, serán competencia de la comunidad autónoma.

C) Organismos especializados

Dada la especialidad sectorial que aquí interesa, merecen una mención especial las denominadas agencias urbanísticas que se han creado en ámbitos insulares y autonómicos: Canarias, Islas Baleares y Galicia⁴⁴³.

La agencia canaria, denominada Agencia de Protección del Medio Urbano y Natural (APMUN), fue creada por la Ley 9/1999, de 13 de mayo, de Ordenación del Territorio de Canarias. De acuerdo con su regulación vigente, contenida principalmente en los arts. 229 y ss. del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias (TRLOTYEN), aprobada mediante Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo⁴⁴⁴, y por sus propios estatutos, aprobados mediante Decreto 189/2001, de 15 de octubre, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Protección del Medio Urbano y Natural, se crea como un organismo público de naturaleza consorcial, conformado por la Administración pública de la Comunidad Autónoma de Canarias y por las administraciones insulares y municipales consorciadas, para el desarrollo en común de actividades de protección de la legalidad urbanística, territorial y medioambiental, y la asistencia a las administraciones en tales materias.

Su actividad puede agruparse en funciones preventivas, referidas a actividades tendentes a evitar la vulneración de la normativa urbanística y medioambiental; y funciones de inspección y sanción, en ejercicio de la disciplina urbanística para la constatación y, en su caso, restablecimiento de la legalidad conculcada. Las preventivas, que fueron introducidas por la reforma operada por la Ley canaria 14/2014, se circunscriben al asesoramiento técnico y jurídico a los ciudadanos y colectivos sociales con la finalidad de evitar vulneraciones a la normativa, así como «el desarrollo de acciones formativas e informativas que redunden en beneficio de los objetivos de la agencia»⁴⁴⁵. En el otro espectro de funciones, la APMUN es competente para inspeccionar la legalidad de las actuaciones de ocupación, transformación o uso del suelo que afecten a cualquier otro

⁴⁴³ A nivel doctrinal, vid. BAÑO LEÓN, José María, *Derecho urbanístico común*, cit., pp. 504-507; y VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “El urbanismo supramunicipal”, *Revista de Derecho urbanístico y medio ambiente*, núm. 279, enero-febrero 2013, pp. 13-44, p. 25.

⁴⁴⁴ Preceptos esenciales del régimen jurídico de este organismo han sufrido modificaciones con posterioridad, como el mismo artículo 229 mencionado, que fue modificado, mediante la adición de un nuevo párrafo, por la Disposición adicional vigesimosegunda de la Ley canaria 14/2014, de 26 de diciembre, de Armonización y Simplificación en materia de Protección del Territorio y de los Recursos Naturales.

⁴⁴⁵ Hay que valorar muy positivamente la inclusión de estas medidas preventivas en 2014, pues la falta de información urbanística o la dificultad para comprenderla en múltiples ocasiones ha servido para ocultar e incluso propiciar prácticas de corrupción. Además, ante la imprecisión de la ley y, por tanto, el amplio margen dejado por el legislador, parece que la APMUN podría llevar a cabo formación entre los cargos y empleados públicos que ejerzan funciones urbanísticas en los municipios consorciados, actuando como posible refuerzo del comportamiento ético en el desarrollo de funciones públicas en un sector que, tradicionalmente, ha sido tan proclive a la corrupción.

recurso natural y los actos administrativos urbanísticos, especialmente si autorizan la realización de actuaciones de construcción, edificación o uso de suelo; la adopción de medidas cautelares, y especialmente las de suspensión, respecto de las actuaciones de ocupación, transformación y uso del suelo (así como las actividades que incidan en los demás recursos naturales) que carezcan de la correspondiente autorización o concesión administrativa, o incumplan las condiciones de las mismas; la instrucción de los procedimientos sancionadores por infracción a las normas protectoras del medio ambiente y las de la ordenación de los recursos naturales, territorial y urbanística; y, entre otras, interesa a nuestros efectos señalar que también, si la APMUN detectara alguna irregularidad susceptible de ser sancionada disciplinaria o penalmente en el transcurso de sus actividades de inspección e instrucción, está facultado también para formular la correspondiente denuncia de los hechos ante la Administración competente o ante el Ministerio Fiscal y los órganos del orden jurisdiccional penal, respectivamente. En cuanto al balance de su actuación, por los datos facilitados por la entidad podemos saber que ha tenido un volumen de actividad notable y, específicamente para cuestiones urbanísticas relacionadas con la construcción, ha abierto más de 15.000 expedientes entre los años 1999-2013⁴⁴⁶.

La autoridad gallega, denominada Agencia de Protección de la Legalidad Urbanística (APLU), fue creada por la Ley gallega 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia. De nuevo, estamos ante un organismo público de naturaleza consorcial, compuesto por la Comunidad Autónoma de Galicia y todos aquellos municipios que, voluntariamente, transfieran sus competencias sancionadoras a este nuevo organismo. La APLU se encuentra adscrita a la consejería competente en materia de urbanismo y ordenación del territorio, y está dotada de personalidad jurídica y presupuesto propios, además de plena autonomía en el cumplimiento de sus funciones. Siguiendo el patrón de la APMUN, el organismo gallego también se crea para el desarrollo en común de la actividad de inspección y sanción en materia urbanística, así como para asistir a las Administraciones en tales materias. Sus competencias no se especifican en la Ley 9/2002⁴⁴⁷ sino en los estatutos de la APLU⁴⁴⁸, de acuerdo con los cuales la APLU está facultada para la inspección y vigilancia urbanística sobre los actos de edificación y uso del suelo; la adopción de las medidas cautelares previstas correspondientes, y especialmente las de suspensión, respecto de actuaciones edificatorias y de uso del suelo sin la preceptiva autorización o

⁴⁴⁶ Datos consultables en la página web de la APMUN: <http://www.apmun.org/>. La APMUN tan solo supera ese número de expedientes en materia de residuos, con más de 17.000 expedientes abiertos.

⁴⁴⁷ Sin embargo, la ley sí establece que esta agencia podrá imponer sanciones cuando el titular (que son, *ex art.* 222.1 Ley gallega 9/2002, el Consejo de la Junta, el consejero en materia de urbanismo y ordenación del territorio, el director general en materia de urbanismo o el alcalde, en función de la infracción) le haya delegado o transferido la competencia (art. 222.2 Ley gallega 9/2002).

⁴⁴⁸ Aprobados por Decreto 213/2007, de 31 de octubre, por el que se aprueban los estatutos de la Agencia de Protección de la Legalidad Urbanística, y posteriormente modificados mediante Decreto 450/2009, de 23 de diciembre, por el que se modifican los estatutos de la Agencia de Protección de la Legalidad Urbanística.

en incumplimiento de condiciones de la misma; la instrucción de los expedientes de reposición de la legalidad urbanística y de los expedientes sancionadores por infracciones urbanísticas, cuando la competencia para su resolución corresponda a la comunidad autónoma; la inspección, supervisión, sanción y restablecimiento de la legalidad urbanística competencia de los municipios integrados voluntariamente en la APLU; y, entre otras, y también señalándola por su importancia respecto del control en casos de corrupción, que en efecto pueden constituir una infracción penal, la Agencia se encuentra facultada para denunciar ante el Ministerio Fiscal y los órganos del orden jurisdiccional penal aquellos hechos constitutivos de delito (que no falta) que fueran conocidos a resultas de las actuaciones practicadas.

Parece que los años ha ido consolidando su posición y, a pesar del progresivo declive del sector inmobiliario, a lo largo de los últimos años ha incrementado significativamente el número de expedientes de restablecimiento de la legalidad iniciados (192 en 2012, 301 en 2013 y 406 de 2014), del mismo modo en que han repuntado las demoliciones ejecutadas (72 en 2011, 72 en 2012, 100 en 2013 y 129 en 2014), si bien el número total de expedientes sancionadores fue mucho mayor cuanto mayor era también la actividad urbanística, por lo que se observa una tendencia a la baja a lo largo de los años (por ejemplo hubo 68 en 2010, mientras que de 2012 a 2014 tan solo incoaron 36, 31 y 32 respectivamente).

Finalmente, la Agencia de Protección de la Legalidad Urbanística y Territorial de Mallorca, creada por acuerdo plenario del Consejo Insular de Mallorca de 10 de noviembre de 2008, es un organismo administrativo autónomo del Consejo de Mallorca, con personalidad jurídica, patrimonio y presupuesto propios constituido con la finalidad de llevar a cabo las tareas de inspección, restauración de la legalidad y sanción en materia de urbanismo y litoral en el ámbito de la isla de Mallorca (y no es, en consecuencia, un órgano que opere en el ámbito autonómico).

La Agencia ejerce las competencias del Consejo de Mallorca en materia de legalidad urbanística, incluyendo la inspección y la vigilancia urbanística de las actividades de edificación y uso del suelo, la imposición de sanciones por la realización de infracciones urbanísticas, así como ordenar la demolición de las obras ilegalmente construidas en subrogación de las competencias municipales, la impugnación (o bien instar la revisión de oficio) de las licencias y las autorizaciones municipales contrarias a la normativa urbanística y, entre otras, se le atribuye la competencia para denunciar ante el Ministerio Fiscal y los órganos del orden jurisdiccional penal los hechos considerados como constitutivos de delito que hayan sido conocidos durante las actuaciones practicadas; las competencias de los ayuntamientos que voluntariamente le deleguen en materia de legalidad urbanística; la adopción de medidas preventivas y cautelares para proteger la legalidad urbanística en Mallorca; y el asesoramiento técnico y jurídico a los municipios.

Esta Agencia se puso en funcionamiento en 2009, y desde entonces ha realizado más de 2.200 inspecciones, impuesto 272 sanciones y ordenado 137 demoliciones⁴⁴⁹.

En general, la eficacia de estos órganos se ha juzgado como limitada, en la medida en que son de adhesión voluntaria por parte de los municipios⁴⁵⁰, lo que conlleva, además, que su actuación en el ámbito municipal varíe considerablemente entre municipios: si el ayuntamiento se ha consorciado o ha delegado sus competencias, estas agencias ejercen directamente las facultades municipales en materia de disciplina urbanística, mientras que, por el contrario, si no se ha realizado esa incorporación voluntaria a la Agencia, la misma puede actuar únicamente por subrogación, a causa de la pasividad municipal ante obras que se deban suspender o procedimientos sancionadores que se deban iniciar, en virtud de las competencias supramunicipales que les son atribuidas. A lo anterior hay que sumar la sospecha de actuación partidista que puede haber en los principales órganos de estas agencias: por un lado, es habitual que sus resoluciones sean recurribles en alzada ante los consejeros competentes⁴⁵¹, y generalmente el principal órgano unipersonal puede ser nombrado y cesado, sin apenas requisito alguno, por el consejo de gobierno autonómico o insular⁴⁵².

Adicionalmente, hay organismos específicos para combatir, desde la vertiente preventiva y controladora, el fenómeno de la corrupción. Se trata de los órganos de prevención de la corrupción previstos en el art. 6 CNUCC. A pesar de que pueden desarrollar un relevante papel en la prevención de cualquier forma de corrupción pública, su implantación en nuestro territorio nacional ha sido hasta la fecha muy

⁴⁴⁹ Datos consultables en http://www.agenciaproteccionurbanistica.net/index_es.htm.

⁴⁵⁰ A diferencia de las “organizaciones de carácter forzoso”, en estos casos estaríamos ante “organizaciones voluntarias de cooperación”. Vid. VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “El urbanismo supramunicipal”, cit., pp. 24-25.

⁴⁵¹ El art. 190.3 TRLOTYEN establece que «[c]ontra las resoluciones sancionadoras de la Agencia de Protección del Medio Urbano y Natural que pongan fin a los procedimientos se podrá interponer recurso de alzada: 1) Ante el consejero del Gobierno competente por razón de la materia cuando su importe sea inferior a 300.000 euros. 2) Ante el Consejo de Gobierno, cuando su importe sea igual o superior a 300.000 euros». Por su parte, el art. 4.2 de los estatutos de la Agencia de Protección de la Legalidad Urbanística y Territorial de Mallorca prevé que «[c]ontra los acuerdos adoptados por el Consejo de Dirección de la Agencia se puede interponer recurso de alzada ante el Consejo Ejecutivo del Consejo de Mallorca. Contra los actos de la Presidencia de la Agencia en ejercicio de las competencias recogidas en el art. 3.1 se puede deducir recurso de alzada ante la Presidencia del Consejo de Mallorca».

⁴⁵² Así lo establece el art. 239.3.c TRLOTYEN respecto de la figura del Director Ejecutivo de la APMUN que, a pesar de reconocérsele el carácter profesional, determina que será nombrado y cesado por el consejo de gobierno de la comunidad oída la Asamblea. Por su parte, el art. 17 del Decreto 213/2007, de 31 de octubre, establece que el Director o Directora de la APLU será nombrado por el Consejo de la Junta de Galicia a propuesta del consejero competente en materia de urbanismo y ordenación del territorio, oído previamente el consejo ejecutivo de la APLU, y, en consecuencia, puede ser cesado de igual modo, con el único requisito de que informe preceptivamente el consejo ejecutivo de la Agencia (inicialmente, su mandato estaba limitado a cuatro años, límite que fue suprimido en la reforma de 2009 en los estatutos de la APLU). De acuerdo con el art. 17 de los estatutos de la Agencia de Protección de la Legalidad Urbanística y Territorial de Mallorca, el Presidente de la Agencia será el consejero ejecutivo competente en materia de urbanismo del Consejo de Mallorca.

escasa. En España, tan solo se ha constituido uno, para el ámbito territorial de Cataluña: la Oficina Antifraude de Cataluña. Este ente, como ya se comentó previamente, fue creado por la Ley catalana 14/2008, de 5 de noviembre, de la Oficina Antifraude de Cataluña. Está constituido como un organismo administrativo independiente, adscrito al Parlamento de Cataluña, al que rinde cuentas, y tiene encomendada, como función principal, el control del sector público en materia de prevención e investigación de los casos de corrupción, pues, tal y como afirma el art. 1.2 Ley catalana 14/2008, la finalidad de esta entidad de derecho público es «prevenir e investigar posibles casos concretos de uso o destinación ilegales de fondos públicos o cualquier otro aprovechamiento irregular derivado de conductas que comporten conflicto de intereses o el uso en beneficio privado de informaciones derivadas de las funciones propias del personal al servicio del sector público». Adicionalmente se contempla, en el mismo art. 1.2, que otras finalidades de la Oficina Antifraude son el prestar asesoramiento y recomendaciones para adoptar medidas contra la corrupción, así como así como el impulso de las medidas que resulten pertinentes para la transparencia en la gestión del sector público⁴⁵³. Aunque este órgano puede realizar una gran labor, acaso más gracias a su vertiente formativa, reforzando la actuación ética en el sector público, no hay que olvidar que se trata de un instrumento de reciente creación y que, por tanto, no ejerció control alguno durante los años de mayor actividad (y corrupción) ligada al urbanismo.

D) *El Tribunal de Cuentas*

En el ámbito de los controles externos, destaca el ejercido por el Tribunal de Cuentas y las instituciones autonómicas equivalentes. Se trata de un control *a posteriori*, en el que se analizan las actuaciones económico-financieras ya realizadas por los entes del sector público mediante informes de fiscalización (art. 136 CE y arts. 2.a, 9-14 y 21.3.a Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas). Además, el Tribunal de Cuentas tiene atribuida una función jurisdiccional, y puede enjuiciar la responsabilidad contable en que incurren quienes tengan a su cargo el manejo de bienes, caudales o efectos públicos (arts. 2.b, 15-18 Ley Orgánica 2/1982); tiene atribuido el control de la actividad económico-financiera de los partidos políticos (art. 16 Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos⁴⁵⁴); y cuenta con una función consultiva en los anteproyectos de ley y los proyectos de disposiciones reglamentarias que versen sobre su régimen jurídico o sobre el ejercicio de sus funciones fiscalizadora

⁴⁵³ Para más detalles sobre la naturaleza jurídica, así como las funciones y estructura de este organismo anticorrupción, resultan de interés tanto las propias memorias de la Oficina Antifraude como el certero análisis de Agustí CERRILLO (CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí, *El principio de integridad en la contratación pública. Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*, Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 312 y ss.).

⁴⁵⁴ En su redacción tras la aprobación de la Ley Orgánica 5/2012, de 22 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos.

o jurisdiccional (DA 11^a de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas⁴⁵⁵).

Sobre la tradicional ineficacia e ineficiencia del Tribunal de Cuentas en ambas funciones, fiscalizadora y jurisdiccional, se ha pronunciado la doctrina, llegando a afirmarse que «su función ha sido exclusivamente “formal”, por no decir testimonial o simbólica»⁴⁵⁶. Centrándonos en la función fiscalizadora, debe señalarse que los informes del Tribunal de Cuentas y de los órganos homólogos se emiten con un considerable retraso y suelen ignorarse completamente por las Administraciones⁴⁵⁷, con lo que su incidencia en el control es prácticamente insignificante. Aunque, sin lugar a dudas, este órgano podría jugar un papel importante en la lucha contra la corrupción⁴⁵⁸, por el momento han quedado evidenciadas algunas deficiencias específicas de este órgano fiscalizador⁴⁵⁹: aunque jurídico-formalmente es un órgano que goza de independencia, la influencia de los partidos políticos en la institución supone potencialmente un debilitamiento de su capacidad para prevenir la corrupción⁴⁶⁰, la ausencia de hechos registrados y documentados limita también en gran medida su capacidad para detectar indicios de corrupción que no consten reflejados en las cuentas⁴⁶¹ y, en general, se encuentra limitado por la fiabilidad, calidad y exhaustividad de la información entregada por los entes fiscalizados⁴⁶²; dispone de una limitada capacidad de intervención en áreas fuertemente relacionadas con la corrupción, como el urbanismo, en la medida en que son pocos los actos que impliquen una actividad económico-financiera, aun cuando recientemente la fiscalización externa del Tribunal

⁴⁵⁵ Disposición añadida por el art. 22 de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa.

⁴⁵⁶ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “La corrupción y los problemas del control de las administraciones públicas”, cit., p. 194.

⁴⁵⁷ Respecto del órgano de fiscalización autonómico de Cataluña (la Sindicatura de Comptes de Catalunya), resulta evidente en uno de los casos de corrupción más trascendentes de los últimos años: el caso Palau. El 23 de julio de 2002, la Sindicatura de Comptes aprobó el informe de fiscalización 20/2002-SM, relativo al Consorcio del Palau de la Música Catalana en el ejercicio del año 2000. En dicho informe ya se advertían irregularidades en la contabilidad por valor de más de 30 millones de pesetas. Sin embargo, la gestión delictiva del presidente del patronato de la fundación gestora del Palau de la Música continuó hasta 2009, desviando fondos a sus cuentas y patrimonio personales así como a un importante partido político autonómico, a través de cuya intermediación se habrían realizado pagos de comisiones ilegales a cambio de la adjudicación de contratos de obra pública a una empresa constructora (vid. Auto del Juzgado de Instrucción núm. 30 de Barcelona, de 18 de julio de 2012, diligencias previas núm. 3360/2009, ponente D. Josep Maria Pijuan Canadell).

⁴⁵⁸ FERNÁNDEZ AJENJO, José Antonio, *El control de las Administraciones públicas y la lucha contra la corrupción*, cit., pp. 409-410.

⁴⁵⁹ Vid. FERNÁNDEZ AJENJO, José Antonio, “El control interno y externo en la lucha contra la corrupción: su nuevo papel en el entorno de la gobernanza y la *accountability*”, *Cuenta con IGAE*, núm. 27, diciembre 2011, pp. 8-19.

⁴⁶⁰ En el mismo sentido, TRANSPARENCIA INTERNACIONAL ESPAÑA; VILLORIA, Manuel (Dir.) y BEKE, Mike, B. (Coord.), *El marco de integridad institucional en España. Situación actual y recomendaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 247-248 y 338.

⁴⁶¹ En el mismo sentido, ARNEDO ORBAÑANOS, Miguel Ángel, “El control de la corrupción por el Tribunal de Cuentas: posibilidades y limitaciones”, *Revista Española de Control Externo*, núm. 3, septiembre 1999, pp. 61-90, en especial, pp. 82-86.

⁴⁶² GARCÍA QUESADA, Mónica; JIMÉNEZ-SÁNCHEZ, Fernando y VILLORIA, Manuel, “Building local integrity systems in Southern Europe: the case of urban local corruption in Spain”, cit., p. 631.

está empezando a extenderse a algunas actuaciones urbanísticas, como por ejemplo los convenios urbanísticos, pues se considera que el suelo, integrado en el patrimonio municipal, es también un recurso público que debe ser protegido y fiscalizado⁴⁶³.

Algunas de esas deficiencias, como la lentitud de la fiscalización del Tribunal de Cuentas y la poca fiabilidad e insuficiencia de los datos aportados por los entes locales fiscalizados se hacen evidentes en uno de los pocos informes de este órgano que versa, exclusivamente, sobre cuestiones de índole urbanística: el *Informe de fiscalización de la planificación y el desarrollo urbanístico de los municipios costeros de la Comunidad Autónoma de Cantabria, ejercicio 2006*, núm. 858, de 29 de abril de 2010. Ese informe se llevó a cabo con la finalidad de analizar si la gestión urbanística de los ayuntamientos de aquella zona costera se estaba llevando a cabo de conformidad con la legislación aplicable en un momento en que todos los municipios deberían haber modificado sus planes generales de ordenación urbana o sus normas subsidiarias para adaptarlos a la Ley cántabra 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria⁴⁶⁴. El Tribunal de Cuentas, tras dejar constancia de que sus «trabajos de fiscalización han estado condicionados por la insuficiente y escasamente fiable información estadística y agregada sobre cambios en los usos del suelo y desarrollo urbanístico por municipios», observa que en 2006 únicamente un municipio costero disponía de un plan general de ordenación urbanística adaptado, mientras el resto se encontraba, con patentes dificultades, en distintas fases de tramitación de la revisión del planeamiento urbanístico, revisión que, por cierto, todos los municipios habían contratado a equipos redactores externos con relevantes deficiencias en el procedimiento de contratación⁴⁶⁵. Además, observa que el reflejo del patrimonio público de suelo en la contabilidad era parcial⁴⁶⁶ y no actualizado. Asumiendo el contenido de este informe de abril de 2010, el día 11 de marzo de 2014 (esto es, casi 8 años después del ejercicio fiscalizado), la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas instó a la Comunidad Autónoma de Cantabria y a los ayuntamientos de dicha Comunidad a seguir las recomendaciones del Tribunal de Cuentas formuladas en 2010⁴⁶⁷, que incluían, entre otras cuestiones, que los

⁴⁶³ En el mismo sentido, SÁNCHEZ LERMA, Gemma Angélica y CABEZA DEL SALVADOR, Ignacio, “Fiscalización externa de los convenios urbanísticos de las Administraciones Públicas con particulares”, *Revista Española de Control Externo*, núm. 27, 2007, pp. 89-140.

⁴⁶⁴ En octubre de 2009, y tras ocho años de vigencia de la ley, tan solo 3 de los 37 municipios costeros tenía planes generales adaptados a sus prescripciones, aunque el plazo contemplado por la ley era de 4 años (DT 1ª.3 Ley cántabra 2/2001).

⁴⁶⁵ Definiciones del objeto del contrato demasiado amplias que no concretaban el trabajo exacto a desarrollar por los adjudicatarios, duración de los contratos superior al tiempo máximo permitido por la legislación de contratación pública, una cuantificación del precio de licitación de los contratos difícil de estimar, la utilización de criterios de selección de los adjudicatarios valorando preferentemente las condiciones del equipo redactor respecto de las del trabajo a desarrollar, y modificaciones posteriores a los contratos con elevación del coste inicialmente previsto.

⁴⁶⁶ Al parecer, de acuerdo con el Tribunal de Cuentas, ningún ayuntamiento registraba en la contabilidad general las operaciones a título lucrativo con patrimonio público de suelo sin repercusión presupuestaria, como los aprovechamientos materializados en cesiones obligatorias de suelo o las permutas.

⁴⁶⁷ Resolución de 11 de marzo de 2014, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el

ayuntamientos determinaran de forma más específica el objeto de los contratos de redacción del planeamiento y utilizaran criterios de selección más objetivos y basados en las condiciones y circunstancias del trabajo a realizar y no en las características del licitador; que los ayuntamientos mayores de 5000 habitantes controlaran su patrimonio público de suelo y, especialmente, los recursos financieros obtenidos por sustitución de aprovechamientos o por enajenación de terrenos; que contabilizaran adecuadamente todos los recursos obtenidos por su intervención en el urbanismo, especialmente las cesiones de terrenos a título lucrativo.

E) El Defensor del Pueblo

Otro órgano relevante en el ejercicio de funciones de control de las Administraciones públicas es el Defensor del Pueblo (art. 54 CE y Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo) y demás instituciones equivalentes de las comunidades autónomas y de los entes locales. Su función es la investigación y supervisión de la actividad administrativa para corregir su mal funcionamiento en beneficio de los ciudadanos⁴⁶⁸. Aunque este órgano no tiene atribuida potestad sancionadora ni puede anular o modificar actos o resoluciones de la Administración (art. 28.1 Ley Orgánica 3/1981), sí puede interponer recursos de inconstitucionalidad y de amparo (art. 162.1 CE y art. 29 Ley Orgánica 3/1981) y, en el marco de sus investigaciones, formular advertencias, recomendaciones, recordatorios de sus deberes legales y sugerencias para la adopción de nuevas medidas a las autoridades y funcionarios de las Administraciones públicas (art. 30 Ley Orgánica 3/1981). Esas investigaciones, conducentes al esclarecimiento de los actos y resoluciones de la Administración pública y sus agentes, se podrán llevar a cabo mediante la presentación de quejas o bien de oficio (art. 9 Ley Orgánica 3/1981).

En materia urbanística, precisamente, las quejas presentadas por los ciudadanos han sido abundantes y los informes, año tras año, han advertido que el urbanismo español, en no pocas ocasiones, parece haberse utilizado como una herramienta para la satisfacción de intereses particulares. Lo ejemplifica a la perfección la actividad del Síndic de Greuges de la Comunidad Valenciana, que desde 2001 lleva destacando «el número de quejas promovidas por ciudadanos y colectivos referidos a la potestad de gestión urbanística [... en su mayoría] frente a las actuaciones de los Ayuntamientos implicados y de los agentes urbanizadores»⁴⁶⁹, a lo que hay que añadir que, incluso en

Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de la Planificación y el Desarrollo Urbanístico de los Municipios Costeros de la Comunidad Autónoma de Cantabria, ejercicio 2006, publicado en el BOE núm. 115, de 12 de mayo de 2014, pp. 36431-36486.

⁴⁶⁸ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo. Parte general*, 10ª ed., cit., pp. 835-836.

⁴⁶⁹ SÍNDIC DE GREUGES DE LA COMUNIDAD VALENCIANA, Informe a las Cortes Valencianas 2001, p. 20. Respecto de los años sucesivos en época de *boom* inmobiliario, vid. los informes a las Cortes Valencianas de los años 2002 (p. 5), 2003 (p. 203), 2004 (p. 16), 2005 (p. 216), 2006 (p. 231) y 2007 (p. 409).

2004, dedicó a la materia urbanística un informe especial⁴⁷⁰; o del Síndic de Greuges de Cataluña, quien, en su informe al parlamento autonómico de 2007, constata que «[a] veces hay circunstancias que hacen pensar que en un determinado planeamiento municipal se ha valorado más el interés particular de algún propietario que no el general», tras lo que detalla la investigación que justificaría tal sospecha⁴⁷¹.

El encomiable, aunque en buena medida ignorado papel de los defensores del pueblo españoles en materia urbanística ha sido puesto de relieve incluso en ámbito comunitario. Así, en el ya citado informe Auken, se afirma que «los Defensores del Pueblo regionales han intervenido frecuentemente, en circunstancias muy difíciles, para defender los intereses de los ciudadanos de la UE en casos relacionados con abusos urbanísticos, aunque en general, las autoridades regionales han desoído sus esfuerzos»⁴⁷²; y es que, como apuntó Manuel VILLORIA, de acuerdo con las declaraciones de algunos Defensores y de sus Adjuntos, «el principal problema con el que se enfrenta la institución es el de la falta de acogida a sus quejas por parte de la Administración y su reducida capacidad de presión y sanción, en su caso»⁴⁷³.

F) La huida del Derecho administrativo

A la insuficiente efectividad del conjunto de controles enumerado hay que añadir una circunstancia que se ha dado en la evolución del Derecho Público y que ha limitado todavía más el alcance de estos controles. Se trata del fenómeno conocido como «huida del Derecho administrativo», que ha consistido en el recurso a entidades instrumentales sometidas a Derecho privado para la gestión de los intereses públicos. Estas entidades son creadas por otros entes públicos bajo formas asociativas, fundacionales o de sociedades mercantiles públicas o mixtas, que implican el cambio de un régimen jurídico organizativo público a uno privado, mientras el diseño de los controles sigue anclado en funciones interventoras pensadas para regímenes públicos, y no privados, de gestión económica financiera⁴⁷⁴.

La Fiscalía General del Estado ha puesto de relieve que este fenómeno ha relajado, cuando no suprimido, las formas de control interno, y ha considerado esta falta de controles internos como una de las principales causas de las prácticas corruptas⁴⁷⁵.

Al menos en su planteamiento teórico, el recurso a entidades instrumentales se justifica

⁴⁷⁰ SÍNDIC DE GREUGES DE LA COMUNIDAD VALENCIANA, *La actividad urbanística en la Comunidad Valenciana. Principales preocupaciones y quejas de los ciudadanos*, 2004.

⁴⁷¹ SÍNDIC DE GREUGES DE CATALUÑA, *Informe al Parlamento 2007*, pp. 385-386.

⁴⁷² PARLAMENTO EUROPEO, *Informe sobre el impacto de la urbanización extensiva en España*, cit., p. 7.

⁴⁷³ VILLORIA MENDIETA, Manuel, *Ética pública y corrupción*, cit., p. 169.

⁴⁷⁴ TRIBUNAL DE CUENTAS, *Informe de fiscalización del sector público local, ejercicios 2006, 2007 y 2008*, p.18.

⁴⁷⁵ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2013*, cit., p. 658.

en la búsqueda de una mayor eficacia en la gestión, en la agilización de procedimientos y en la participación ciudadana en la gestión de los intereses públicos⁴⁷⁶, fines que supuestamente impediría la aplicación estricta del Derecho administrativo, pretendidamente cargado de trámites y garantías en todo punto innecesarias que conducen casi irremediabilmente a la ineficacia y a la inoperatividad⁴⁷⁷. De hecho, tal y como ha constatado el Tribunal de Cuentas, la única razón que apuntan los ayuntamientos para justificar la creación de sociedades municipales es «la presunta ineficacia e inoperatividad de las unidades administrativas que gestionaban la prestación de los servicios municipales»⁴⁷⁸.

Con independencia del acierto y buenas intenciones que puedan yacer en el planteamiento teórico, lo cierto es que en la práctica el recurso a los entes instrumentales sujetos a Derecho privado no se ha producido siempre para gestionar de un modo más flexible y racional los intereses públicos sino para huir deliberadamente de los controles internos en la adopción de decisiones, lo cual ha sido denunciado por la doctrina⁴⁷⁹, el Tribunal de Cuentas⁴⁸⁰ e incluso la misma Fiscalía⁴⁸¹.

El urbanismo ha sido un sector proclive a esta huida, según ha destacado el mismo Tribunal de Cuentas⁴⁸². Entre las peculiaridades de este fenómeno en el urbanismo, se puede destacar la proliferación de sociedades urbanísticas de capital público que han asumido la entera gestión del urbanismo y del patrimonio municipal, dejando en manos del Pleno municipal la competencia, meramente formal, de la aprobación inicial de los diferentes instrumentos de planeamiento y gestión urbanística, previamente elaborados en el seno de la sociedad. Esta elaboración en sede societaria prescinde totalmente de los trámites de participación pública y publicidad, e incluso en ocasiones la gestión o gerencia de la sociedad corresponde a particulares seleccionados por procedimientos absolutamente al margen de la normativa de contratación del sector público⁴⁸³.

⁴⁷⁶ TRIBUNAL DE CUENTAS, *Informe de fiscalización del sector público local*, cit., p. 18.

⁴⁷⁷ Vid. MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián, “Reflexiones sobre la «huida» del Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 140, mayo-agosto 1996, pp. 25-67, en particular pp. 37-38.

⁴⁷⁸ TRIBUNAL DE CUENTAS, *Informe de fiscalización del sector público local*, cit., p. 14.

⁴⁷⁹ De un modo tan certero como expresivo, Sebastián MARTÍN-RETORTILLO se refirió al «mito de la eficacia como pretexto» y a la «exoneración de controles como objetivo» en el recurso a ese tipo de fórmulas jurídico-privadas en el actuar de los poderes públicos (MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián, “Reflexiones sobre la «huida» del Derecho administrativo”, cit., pp. 36-39); en el mismo sentido, también vid. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “La corrupción y los problemas del control de las administraciones públicas”, cit., p. 201. No hay que olvidar, sin embargo, que no en todos los casos ni en todos los países se emplea la huida del Derecho administrativo con ese fin; sobre la relación entre niveles de corrupción de los estados e implementación de la Nueva Gestión Pública, vid. LAPUENTE GINÉ, Víctor, “Problemas institucionales y corrupción”, en ESTEFANÍA MOREIRA, Joaquín (dir.), *Informe Sobre la Democracia en España 2009. Hacia un New Deal global*, Fundación Alternativas, 2009, pp. 191-224, pp. 199-201.

⁴⁸⁰ TRIBUNAL DE CUENTAS, *Informe de fiscalización del sector público local*, cit., p. 18.

⁴⁸¹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2013*, cit., p. 658.

⁴⁸² TRIBUNAL DE CUENTAS, *Informe de fiscalización del sector público local*, cit., p. 18.

⁴⁸³ TEJEDOR BIELSA, Julio César, “Reflexiones sobre el estado de lo urbanístico. Entre la anomalía y la excepción”, *Revista de Administración Pública*, núm. 181, enero-abril 2010, pp. 83-133, p. 108. En general, sobre las sociedades municipales de gestión urbanística, resulta de gran interés la consulta de

No podemos dejar de mencionar que la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, ha intentado reducir al mínimo la huida del derecho administrativo en el ámbito local, a través de la modificación de la ley 7/1985, reguladora de las bases de régimen local. La novedad ha buscado que la gestión de los servicios públicos a través del ámbito jurídico-privado sea excepcional, tratando de reconducir al Derecho administrativo la prestación de servicios públicos: de acuerdo con la novedad, el ente local ya no puede escoger libremente entre las distintas fórmulas que prevé el ordenamiento para la prestación de los servicios públicos de su competencia. Si el ente decide encomendar la gestión directa del servicio a una entidad pública empresarial local o a una sociedad mercantil local de capital público, el ente local deberá elaborar una memoria justificativa en donde deberá acreditar que esa modalidad de prestación del servicio es más sostenible y eficiente que la gestión directa por la propia entidad local o a través de un organismo autónomo local. En esa memoria constará un informe del interventor local, valorando la sostenibilidad financiera de las propuestas.

G) *La inactividad administrativa*

Otra práctica que ha servido para ignorar el sistema de controles y garantías de objetividad y buena administración establecido por el ordenamiento ha sido la inactividad administrativa con la finalidad de que se termine aplicando el silencio administrativo positivo. Esta práctica, que ha sido vista como una vía formal de escapar al control o lucha contra la corrupción⁴⁸⁴, en nuestro ámbito ha afectado especialmente a las licencias urbanísticas, y se ha asociado con casos de corrupción en que se ha permitido que los particulares obtuviesen licencias ilegales⁴⁸⁵. Si bien la legislación urbanística siempre ha prohibido la obtención, por silencio, de facultades o derechos contrarios a la ordenación territorial o urbanística⁴⁸⁶, tras la reforma de la LRJPAC operada en 1999, algunos tribunales superiores de justicia entendieron que prevalecía el derecho de los particulares a obtener la licencia por silencio positivo con independencia

ARANA GARCÍA, Estanislao, *Las sociedades municipales de gestión urbanística*, cit.

⁴⁸⁴ NETTEL BARRERA, Alina del Carmen, *Obligación de resolver, silencio administrativo y responsabilidad patrimonial por inactividad*, Atelier, Barcelona, 2012, p. 198.

⁴⁸⁵ ESNAOLA, José Ángel, “Control de legalidad de las licencias municipales y usos del suelo”, en VVAA, *Corrupción y urbanismo*, Universidad de Deusto Publicaciones, Bilbao, 2008, pp. 189-202, p. 197.

⁴⁸⁶ De acuerdo con la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 5ª), de 28 de enero de 2009, rec. núm. 45/2007, ponente D. Jesús Ernesto Peces Morate, «el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, y el artículo 8.1 b), último párrafo, del Texto Refundido de la Ley de Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, son normas con rango de leyes básicas estatales, en cuya virtud y conforme a lo dispuesto en el precepto estatal, también básico, contenido en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificado por Ley 4/1999, de 13 de enero, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística».

de lo dispuesto en el planeamiento⁴⁸⁷. Tal y como fue zanjada la posible duda por el TS en 2009⁴⁸⁸ en ningún caso cupo entender adquirida por silencio administrativo una licencia en contra de lo previsto por los instrumentos de planificación urbanística y territorial, pero seguía siendo posible aplicar ese silencio administrativo estimatorio en todos aquellos casos en que las mismas no fueran *contra legem*. Sin embargo, esa posibilidad también ha sido ya erradicada, en la medida en que, directamente, en virtud del art. 23 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa⁴⁸⁹, se estableció el silencio administrativo negativo o desestimatorio de las solicitudes para la obtención del título habilitante para llevar a cabo, entre otras actividades, las obras de edificación, construcción e implantación de instalaciones de nueva planta, así como la ubicación de casas prefabricadas e instalaciones similares, ya sean provisionales o permanentes, disposición hoy recogida en el art. 9 TRLS tras la adopción de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, ley que, además, derogó expresamente el art. 23 del Real Decreto-ley 8/2011, según lo establece el apartado 6 de la Disposición derogatoria Única. Por tanto, en el ordenamiento jurídico en vigor tras dicha reforma, el silencio administrativo positivo cuenta ya con un espacio muy reducido y, si bien pudo ser un límite al control y una forma de amparar y facilitar ciertas prácticas de corrupción, hoy ha sido en buena medida superado. Cabe, sin embargo, plantearse los márgenes de abuso que puede abrir, en forma opuesta, el silencio administrativo negativo.

Por último, hay que hacer mención del principal control externo: el ejercido por los tribunales de justicia contencioso-administrativos. Este control también es un control ejercido *ex post* sobre la actuación de las administraciones, y también ha sido tachado de ineficaz por la doctrina y por la jurisprudencia del orden penal. Aun así, está

⁴⁸⁷ Vid. FONSECA FERRANDIS, Fernando, “El silencio administrativo y las licencias de obras y actividades; incidencia de la legislación sobre libre acceso a las actividades y servicios”, en PAREJO ALFONSO, Luciano (dir.), *El silencio en la actividad de la Administración pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 325-390, pp. 361-362.

⁴⁸⁸ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 5ª), de 28 de enero de 2009, cit.

⁴⁸⁹ El TC, mediante su sentencia 29/2015, de 19 de febrero, declaró la inconstitucionalidad y nulidad de este artículo del Real Decreto-ley 8/2011 por vulnerar el art. 86.1 CE, al no haberse justificado de forma suficiente la extraordinaria y urgente necesidad para el uso de la legislación de urgencia respecto de la necesidad de impedir que puedan adquirirse por silencio facultades urbanísticas en determinados supuestos de especial significación e impacto en el territorio. En opinión del TC, (FJ 5º) «[p]or lo pronto y, de un lado, por cuanto en la justificación del artículo 23 no consta ninguna explicación que apunte, siquiera liminarmente, a la presencia en el supuesto a juicio de circunstancias, bienes o intereses de ese tipo. Y, de otro, porque, aun supuesta su existencia, la necesidad de impedir que puedan adquirirse por silencio facultades urbanísticas en determinados supuestos de especial significación e impacto en el territorio, como advierte la exposición del Real Decreto-ley 8/2011, difícilmente puede ser calificada en cualquier caso de extraordinaria y, sobre todo, de urgente. Sencillamente porque esa finalidad, y a salvo una vez más de la oportuna y suficiente explicación, que conviene insistir no consta por ningún lado en la justificación del Gobierno, estaba ya sustancialmente cubierta al tiempo del dictado del Real Decreto-ley 8/2011 por la regulación entonces existente».

configurado como el mecanismo ordinario del control interadministrativo y, dentro de sus limitaciones, ha conseguido dar algunos pasos en la buena dirección, como veremos.

1.2.2.2.- *El principal control externo sobre la Administración: el control judicial*

En primer lugar, nos ocuparemos del control ejercido por los tribunales contencioso administrativos, control que, avanzamos, pese a considerarse el medio por excelencia de control de la legalidad de las decisiones de la Administración urbanística⁴⁹⁰, ha sido tachado por la doctrina, en general, como inoperante⁴⁹¹, y, específicamente para el ámbito urbanístico, también ha merecido esa descalificación por parte de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que ha llegado a afirmar que en urbanismo han fallado todos los controles propios del Derecho administrativo, tanto los controles de las mismas Administraciones públicas como los de los jueces de lo contencioso administrativo, lo que ha conducido a una «desastrosa situación» respecto de la ordenación del territorio en España, lo que justificaría la intervención del Derecho penal como *ultima ratio*⁴⁹², y es que, como enseguida veremos, este tipo de control ha sido lento e ineficaz, favoreciendo hasta cierto punto la impunidad ante las prácticas corruptas.

Gran parte de las resoluciones judiciales contencioso-administrativas en materia urbanística no han surtido efecto alguno porque, de plano, no se han ejecutado⁴⁹³; y cuando efectivamente se ha llevado a cabo la ejecución, ésta por lo general ha terminado perjudicando económicamente a la Administración⁴⁹⁴, salvaguardando la indemnidad patrimonial de los corruptos de los sectores público y privado que se han enriquecido personalmente abusando de la actividad urbanística; problema éste que se

⁴⁹⁰ TRAYTER, Joan Manuel, *Derecho urbanístico de Cataluña*, cit., p. 337.

⁴⁹¹ En opinión de Ramón PARADA, «podemos conjeturar que el control judicial de la Administración local se ha ejercido muy débilmente y que ha servido para bien poco» (PARADA, Ramón, “La segunda descentralización: del Estado autonómico al municipal”, cit., p. 72).

⁴⁹² «Mas la desastrosa situación a que, a pesar de la normativa legal y administrativa, se ha llegado en España respecto a la ordenación del territorio, incluida la destrucción paisajista, justifica que, ante la inoperancia de la disciplina administrativa, se acude al Derecho Penal, como Última Ratio» (STS (Sala de lo Penal) de 27 de noviembre de 2009, rec. núm. 1539/2009, ponente D. Siro Francisco García Pérez, FD 2º). De acuerdo con José Eugenio SORIANO, en esa «disciplina administrativa» fracasada se incluye, sin lugar a dudas, la ejecución de los jueces contenciosos de sus propias sentencias (SORIANO GARCÍA, José Eugenio, “Urbanismo y corrupción: medidas cautelares, única solución”, en RUIZ OJEDA, Alberto Luis (coord.), *El gobierno local: estudios en homenaje al profesor Luis Morell Ocaña*, Iustel, 2010, pp. 677-694, p. 682).

⁴⁹³ Ha sido clara y rotunda al respecto Gemma GEIS, quien ha afirmado que «[e]n el ámbito de las sentencias urbanísticas la mayoría de las sentencias no se ejecutan, se retardan o existen dificultades que hacen casi imposible el cumplimiento del fallo» (GEIS I CARRERAS, Gemma, *La ejecución de las sentencias urbanísticas*, Atelier, Barcelona, 2009, p. 132).

⁴⁹⁴ Sobre responsabilidad patrimonial de la Administración por anulación de licencias ilegales, vid. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia, “La responsabilidad patrimonial de la Administración por anulación de licencias urbanísticas ilegales, demora injustificada en su otorgamiento y denegación improcedente (el artículo 44.2 de la LRSV a la luz de la jurisprudencia)”, *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, núm. 229, 2006, pp. 55-110, en particular, pp. 81-84.

ha dado, en buena medida, en materia de licencias ilegales.

A) El control judicial y las licencias urbanísticas ilegales: inejecución de sentencias, impunidad y corrupción

El problema de la inejecución de sentencias se ha dado en gran medida en materia de licencias ilegales, que amparan la ejecución de obras de construcción en contra de lo dispuesto por las leyes y el planeamiento urbanístico. Estas licencias, como todo acto administrativo, se presumen válidas y producen efectos desde la fecha en que se dicten (art. 57.1 LRJPAC), presunción *iuris tantum* que solo decae con su anulación, si bien pueden dejar de desplegar su eficacia cuando sean suspendidas provisionalmente por la Administración competente (arts. 72, 104 y 111 LRJPAC⁴⁹⁵) o cautelarmente por los jueces y tribunales (arts. 129 a 136 LJCA)⁴⁹⁶.

Las medidas cautelares a disposición de la jurisdicción contencioso-administrativa se pueden aplicar tanto al procedimiento abreviado y al ordinario como al de protección de derechos fundamentales (arts. 78 y 114 y ss. LJCA), y se pueden adoptar tanto respecto de actos administrativos (como las licencias urbanísticas y los acuerdos de adopción de instrumentos de planeamiento) como de disposiciones generales (como los mismos instrumentos de planeamiento), si bien respecto de éstas solamente es posible la medida de suspensión⁴⁹⁷ y cuentan con ciertas especialidades procesales (arts. 129.2 y 134.2 LJCA). Estas medidas se fundamentan en el presupuesto del *periculum in mora* (lo que implica que, de ejecutarse el acto o aplicarse la disposición, se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando el cumplimiento en sus propios términos) pero también precisan de la valoración o ponderación de los intereses generales o de terceros ya que, de suponer una perturbación grave a esos intereses, podría denegarse la medida (art. 130 LJCA), lo que lleva a que sea necesario un juicio comparativo de todos los intereses en juego atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso. De acuerdo con la jurisprudencia, esta conjugación de los dos criterios legales (el *periculum in mora* y la ponderación de intereses) debe llevarse a cabo sin prejuzgar el fondo del litigio, si bien sigue siendo relevante la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*)⁴⁹⁸, de tal modo que dentro del marco de provisionalidad y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva,

⁴⁹⁵ Respecto a la normativa propiamente urbanística, p. ej. arts. 203 i 208 TRLUC.

⁴⁹⁶ No hay que olvidar, al respecto, la vinculación que se ha hecho entre las mismas y el derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el art. 24 CE. Por todas, vid. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 5 de julio de 2012, rec. núm. 2704/2011, ponente D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, FD 4º.

⁴⁹⁷ Se ha entendido que el sistema de medidas cautelares es de *numerus apertus*, ya que el art. 129.1 LJCA se remite a «cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia» (por todas, y con cita de la jurisprudencia del TS, vid. STSJ de Andalucía (Sala de lo contencioso-administrativo, secc. 2ª) de 5 de febrero de 2008, rec. núm. 2822/2007, ponente Dª. María del Rosario Cardenal Gómez).

⁴⁹⁸ Respecto de este principio podemos encontrar una rica y no siempre uniforme jurisprudencia. Sobre la identificación y sistematización de los distintos criterios adoptados por la jurisprudencia, vid. JIMÉNEZ PLAZA, Carmen, *El fumus boni iuris: Un análisis jurisprudencial*, Iustel, Madrid, 2005.

procede valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión⁴⁹⁹.

A pesar de que este tipo de medidas tienen gran capacidad para asegurar la eficacia del control ejercido por los tribunales, ya que justamente «el instituto de las medidas cautelares tiene su razón de ser, prioritaria, aunque no única, en la necesidad de preservar ese efecto útil de la futura sentencia, ante la posibilidad de que el transcurso del tiempo en que ha de desenvolverse el proceso lo ponga en riesgo, por poder surgir, en ese espacio temporal, situaciones irreversibles o de difícil o costosa reversibilidad»⁵⁰⁰, lo cierto es que, en la práctica, el empleo de las medidas cautelares consistentes en la suspensión de la licencia o la aprobación de instrumentos de planeamiento a efectos de detener las obras de construcción ha sido escaso entre los tribunales⁵⁰¹, con lo que las obras no han acostumbrado a paralizarse pese a que la licencia que las amparaba hubiera sido impugnada jurisdiccionalmente⁵⁰².

No obstante, sí hemos podido apreciar en la jurisprudencia una tendencia mayor a conceder este tipo de medidas cuando en un lugar determinado se constata una situación generalizada de corrupción urbanística, acaso como una reacción jurisprudencial para combatir el fenómeno. En particular, nos referimos al caso de Marbella, localidad en que, tras la disolución de la propia Corporación mediante Real Decreto 421/2006, de 7 de abril, varias sentencias tuvieron en cuenta la situación de corrupción en el municipio, y de hecho así lo mencionan expresamente, en el momento de valorar el *periculum in mora*, los intereses en juego y el *fumus boni iuris* de la pretensión de la parte solicitante de la medida⁵⁰³.

No obstante, la dinámica habitual es, como hemos dicho, que no se adopten las medidas cautelares⁵⁰⁴. En ese caso, si tenemos en cuenta que la resolución de los conflictos en

⁴⁹⁹ Sobre la interpretación y aplicación de las medidas cautelares, se puede encontrar una completa recopilación de los principales pronunciamientos del TS en el ATS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 3ª), de 13 de octubre de 2014, medidas cautelares núm. 484/2014, ponente D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, RJ 2º.

⁵⁰⁰ STS (Sala de lo contencioso-administrativo, Secc. 5ª) de 18 de noviembre de 2003, rec. de casación núm. 5735/2001, ponente D. Segundo Menéndez Pérez, FD 4º.

⁵⁰¹ TRAYTER, Joan Manuel, *Derecho urbanístico de Cataluña*, cit., p. 340.

⁵⁰² Con lo que, por lo demás, se ha cometido de forma reiterada una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos reconocido en el art. 24 CE. Sobre la relación entre las medidas cautelares y el art. 24 CE, vid., por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 291 y ss.

⁵⁰³ Vid. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 10 de abril de 2008, rec. núm. 11506/2004, ponente D. Rafael Fernández Valverde y STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 13 de junio de 2007, rec. núm. 1337/2005, ponente D. Rafael Fernández Valverde.

⁵⁰⁴ A nuestro juicio ejemplifica bien la reticencia generalizada a adoptar este tipo de medidas la ya citada STSJ de Andalucía (Sala de lo contencioso-administrativo, secc. 2ª) de 5 de febrero de 2008. En ella, la Administración autonómica, ejerciendo sus posibilidades de control de los entes locales ante la jurisdicción contenciosa, recurrió en apelación la previa denegación de adopción de la medida cautelar de suspensión respecto de un acto administrativo (el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento por el que se aprobó un proyecto de actuación para la construcción de un club de campo en suelo clasificado como no urbanizable-regadío, adoptado por el Ayuntamiento de Ronda). El TSJ, tal y como ya había hecho el

sede judicial en España no es demasiado veloz (particularmente, en sede contencioso administrativa las resoluciones definitivas se demoran por lo general de cinco a ocho años⁵⁰⁵, y otros diez-quince años para ser ejecutadas, al menos en materia urbanística⁵⁰⁶), el resultado es obvio: se impugnan licencias que amparan obras presuntamente ilegales pero estas siguen siendo válidas durante varios años hasta que recae sentencia judicial firme, por lo que, al ser declarada la invalidez del acto, ya han finalizado unas obras de construcción que pueden haber alterado el suelo de forma irreversible⁵⁰⁷, e incluso los bienes construidos pueden haber sido adquiridos por terceros adquirentes de buena fe que ni tan solo tenían conocimiento de la existencia del proceso⁵⁰⁸.

La demolición de lo ilegalmente construido es la consecuencia habitual que prevé la legislación urbanística⁵⁰⁹ y la que ha aplicado tradicionalmente la jurisprudencia española al anular las licencias ilegales⁵¹⁰. Ahora bien, esas resoluciones judiciales que

Juzgado de lo contencioso administrativo núm. 1 de Málaga, no estimó la adopción de la medida, si bien deja constancia del peligro que, en nuestra materia, puede suponer la no adopción de este tipo de medidas: «[e]s verdad que esta Sala ha mantenido que la realidad y la práctica profesional evidencia que la transformación de los terrenos que toda obra urbanística comporta es difícilmente reversible pero también mantenemos que la suspensión cautelar ha de quedar reservada a aquellos supuestos extremos en que se evidencie, por la argumentación y prueba aportada, una posible actuación errónea e ilegal de la Administración Pública [...] y sin perjuicio de lo que pueda resultar de la prueba que se practique en los autos principales, no parece disconforme con la normativa urbanística y así queda en principio acreditado por informe de 16 de febrero de 2006 del Arquitecto Técnico Municipal» (FD 3º).

⁵⁰⁵ De acuerdo con Ferran TORRES, cinco años es el tiempo mínimo, como promedio, para agotar la doble instancia y obtener una sentencia firme (TORRES COBAS, Ferran, “La cruz de la ejecución de sentencias en materia urbanística: ponderación o ejecución de las sentencias en sus propios términos”, en *Anuario del Gobierno Local 2007*, Fundación Democracia y Gobierno Local-IDP, pp. 165-205, p. 180); por su parte, Fernando JIMÉNEZ afirma que la sentencia que definitivamente anula una licencia urbanística ilegal llega siete u ocho años después de su otorgamiento (JIMÉNEZ, Fernando, “Boom urbanístico y corrupción política en España”, cit., p. 271).

⁵⁰⁶ GEIS I CARRERAS, Gemma, *La ejecución de las sentencias urbanísticas*, cit., p. 235.

⁵⁰⁷ En efecto, más allá de los costes derivados de la eventual demolición (y las responsabilidades generadas), en algunos casos la restauración de la realidad física alterada sería en la práctica materialmente imposible. Por ejemplo, la STSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 2ª) de 7 de mayo de 2007, rec. núm. 534/2006, ponente D. José Antonio Montero Fernández, declara la medida cautelar de suspensión de un proyecto de urbanización ante la constatación de que las obras de urbanización incidirán directamente sobre un suelo de gran densidad arbórea que sería «poco menos que imposible» reponer a su estado originario.

⁵⁰⁸ TORRES COBAS, Ferran, “La cruz de la ejecución de sentencias en materia urbanística”, cit., pp. 177, 178 y 180.

⁵⁰⁹ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia, “La responsabilidad patrimonial de la Administración por anulación de licencias urbanísticas ilegales, demora injustificada en su otorgamiento y denegación improcedente”, cit., p. 78.

⁵¹⁰ Ha sido especialmente claro al respecto el TS en su sentencia de 28 de marzo de 2006: «[e]sta Sala del Tribunal Supremo, en contra de la referida tesis, ha declarado repetidamente que en los casos de actuaciones contrarias al planeamiento urbanístico es imprescindible restaurar la realidad física alterada o transformada por la acción ilegal, de manera que no existe la posibilidad de optar entre dos o más medios distintos y no es, por tanto, aplicable el principio de proporcionalidad [...]. [...] [H]emos expresado también que la demolición de lo construido, al amparo de una licencia declarada ilegal, es una consecuencia natural de la nulidad de dicha licencia como medida precisa y adecuada para la restauración del orden jurídico infringido y de la realidad física alterada, y [...] declaramos que toda anulación de licencia comporta el derribo de la edificación a la que sirve de cobertura» (STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 5ª) de 28 marzo 2006, rec. núm. 2222/2002, ponente D. Jesús Ernesto Peces

anulan la licencia y ordenan la demolición⁵¹¹ difícilmente se ejecutan en sus propios términos⁵¹².

Las sentencias son de obligado cumplimiento (art. 118 CE), y la regla general es que las sentencias deben ser ejecutadas en sus propios términos (art. 18.2 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en adelante, LOPJ), pero la propia LJCA prevé que se pueda recurrir a una ejecución sustitutoria en forma de indemnización (art. 105.2 LJCA)⁵¹³. Esta modificación de los términos de la sentencia en la ejecución es excepcional, y solo puede darse cuando «concurran circunstancias de imposibilidad legal o material, debidamente justificadas»⁵¹⁴.

La imposibilidad legal de llevar a cabo la ejecución se da cuando sobreviene al fallo la legalidad de la actuación anulada, de tal modo que en el momento de la ejecución, tras haberse modificado el régimen jurídico urbanístico aplicable al objeto de la sentencia, la licencia anulada sí es conforme al planeamiento⁵¹⁵. En nuestro ámbito esta situación se deberá principalmente a un cambio en el planeamiento urbanístico⁵¹⁶, si bien, en algunos casos, también se ha buscado la legalización sobrevenida al fallo a través de la aprobación o modificación de una norma con rango de ley, o convalidación legislativa⁵¹⁷.

Morate, FD 3º). A esa jurisprudencia hay que añadir que el mismo TS también ha afirmado que la consecuencia jurídica de la construcción amparada en una licencia ilegal es la misma incluso cuando existan terceros adquirentes del edificio objeto de derribo: «la condición de terceros adquirentes de buena fe carece de trascendencia a los efectos de impedir la ejecución de una sentencia que impone la demolición del inmueble de su propiedad por no ajustarse a la legalidad urbanística» (STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 5ª) de 26 de septiembre de 2006, rec. núm. 8712/2003, ponente D. Jesús Ernesto Peces Morate, FD 2º).

⁵¹¹ El fallo de estas resoluciones, tras la reforma operada en el art. 107 de la LJCA mediante la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, debe ser inscrito en el registro público a que hubiere tenido acceso el acto anulado y se les debe dar publicidad en los diarios oficiales y privados «si concurriera causa bastante para ello».

⁵¹² Entre otros, vid. GEIS I CARRERAS, Gemma, *La ejecución de las sentencias urbanísticas*, cit., p. 132, SORIANO GARCÍA, José Eugenio, “Urbanismo y corrupción: medidas cautelares, única solución”, cit., p. 680, TRAYTER, Joan Manuel, *Derecho urbanístico de Cataluña*, cit., p. 341 y TORRES COBAS, Ferran, “La cruz de la ejecución de sentencias en materia urbanística”, cit., p. 168.

⁵¹³ Recuérdese que, aunque el TC ha vinculado el derecho a la tutela judicial efectiva con la ejecución de las sentencias en sus propios términos, ha validado igualmente la constitucionalidad de la sustitución por su equivalente pecuniario («tan constitucional es una ejecución de sentencia que cumple el principio de identidad entre lo ejecutado y lo establecido en el fallo como una ejecución en la cual, por razones atendibles, la condena sea sustituida por su equivalente pecuniario», ATC 528/1986, FJ 2º).

⁵¹⁴ STC 22/2009, de 26 de enero de 2009, FJ 3º.

⁵¹⁵ GEIS I CARRERAS, Gemma, *La ejecución de las sentencias urbanísticas*, cit., p. 234.

⁵¹⁶ ESCUDERO HERRERA, María Concepción, *Los obstáculos a la efectividad de las sentencias en el contencioso-administrativo, y sus soluciones*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 108.

⁵¹⁷ Algunas sentencias del mismo Tribunal Constitucional dan cuenta de esta situación y analizan la adecuación de estas normas validadoras a los parámetros constitucionales (ej. SSTC 73/2000, de 14 de marzo de 2000 y 203/2013, de 5 de diciembre de 2013). En general, se permite este tipo de normas siempre y cuando la ley tenga carácter general y no *ad casum*, y no suponga un sacrificio desproporcionado del pronunciamiento judicial (STC 73/2000). En cuanto al análisis doctrinal del fenómeno, vid., por todos, BOIX PALOP, Andrés, *Las convalidaciones legislativas*, Iustel Madrid, 2004.

No se puede apreciar esta imposibilidad legal cuando la modificación del planeamiento haya sido adoptada con la única finalidad de eludir el cumplimiento de la sentencia (sería nulo de pleno Derecho *ex art. 103.4 LJCA*)⁵¹⁸; ni tampoco cuando la modificación que ampararía la construcción no esté definitivamente adoptada, aun cuando se hayan iniciado los trámites para su adopción ya que «la decisión judicial de suspender la demolición acordada en Sentencia firme, en expectativa de una futura modificación de la normativa urbanística que, eventualmente, la legalizara, supone una vulneración del art. 24.1 CE, en su vertiente de derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes en sus propios términos»⁵¹⁹.

Aunque la excepción de imposibilidad material no está del todo precisada, debería aplicarse para aquellos supuestos en que el impedimento de la ejecución no responde a impedimentos jurídicos sino materiales, que impidan llevar a cabo físicamente la ejecución de la sentencia. Esta excepción puede reconocerse en aquellos casos en que resulta imposible ejecutar la demolición sin afectar a partes legalmente construidas, aunque su apreciación dependerá de cada caso⁵²⁰.

A pesar de tratarse, al menos *a priori*, de un supuesto excepcional, ya hemos dicho que la doctrina ha reiterado que en la práctica la inejecución de sentencias en el ámbito urbanístico ha sido, y sigue siendo, un fenómeno muy extendido⁵²¹, entre otras razones para evitar los altos costes que se derivarían de las demoliciones y de las respectivas indemnizaciones⁵²², en caso de que el origen de las obras contrarias a la ordenación urbanística fuera una licencia ilegal concedida por un ayuntamiento.

Sin embargo, contra esa tendencia parece que ha querido actuar el Tribunal Supremo

⁵¹⁸ Un ejemplo en que se aprecia esta finalidad en una modificación del planeamiento se puede encontrar en la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 5ª) de 5 de abril de 2001, rec. núm. 3655/1996, ponente D. Pedro José Yagüe Gil, donde se estima que, en efecto, la única finalidad de la revisión del Plan de Ordenación de Tarragona era impedir la ejecución de la sentencia que anulaba una licencia de obras concedida para la restauración de un edificio con destino a restaurante.

⁵¹⁹ STC 22/2009, FJ 3º. Recuérdese que mediante esta sentencia el TC puso fin a una interpretación judicial hasta cierto punto extendida en virtud de la cual el inicio de los trámites de legalización era suficiente para suspender la ejecución de la sentencia, aunque contra esa práctica ya se había pronunciado el TS (STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 5ª) de 4 de mayo de 2004, rec. núm. 1949/2002, ponente D. Segundo Menéndez Pérez, FD 6º). Por tanto, durante los años del boom (al menos hasta 2004, o, de forma ya consolidada, hasta 2009), el control judicial era mucho menos efectivo si se recurría a esa interpretación.

⁵²⁰ GEIS I CARRERAS, Gemma, *La ejecución de las sentencias urbanísticas*, cit, p. 211 y ss.

⁵²¹ El magistrado Manuel TÁBOAS señala, en reciente trabajo, que el número de incidentes de imposible ejecución de sentencias firmes en materia urbanística no ha hecho más que aumentar «exponencialmente» en los últimos años (TÁBOAS BENTANACHS, Manuel, “La imposibilidad de ejecución material y jurídica de las sentencias firmes contencioso-administrativas en materia de urbanismo. Una visión desde la conflictividad contencioso-administrativa en Cataluña”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 35, junio de 2014, pp. 183-236, p. 185).

⁵²² TORRES COBAS, Ferran, “La cruz de la ejecución de sentencias en materia urbanística”, cit., p. 181. También en este sentido el TS advirtió en 1992 de esta tendencia: «[l]as demoliciones es sabido que son costosas, litigiosas y gravosas, a la larga suelen conducir a la tolerancia como mal menor» (STS (Sala de lo Penal) de 27 de noviembre de 1992, cit., FD 2º).

recientemente: ha clarificado que la propia Administración debe realizar expresamente todas las actuaciones necesarias para entenderse operada la legalización (no sólo aprobar una modificación del plan sino también conceder, con posterioridad, la licencia correspondiente) y ha reconocido la acción pública urbanística en fase de ejecución de sentencias.

Tal y como viene indicando el TS desde 2007⁵²³, el juez no debe declarar jurisdiccionalmente si la obra es legalizable, sino que esa tarea recae en la Administración competente⁵²⁴, ya que además de la modificación del planeamiento es necesario que se hayan otorgado las licencias que, esta vez sí conforme al planeamiento, amparen las obras realizadas. En efecto, el incidente previsto en el art. 105.2 LJCA solo tiene por finalidad comprobar si en el caso concreto concurre alguna causa de imposibilidad legal o material para ejecutar la sentencia, para lo que «es imprescindible que la Administración competente haya resuelto acerca de la legalización de la obra y de la actividad, de manera que, una vez tramitados los oportunos expedientes a tal fin y dictada la resolución otorgando las oportunas licencias por ser conforme a derecho su concesión, podrá el órgano obligado al cumplimiento de la sentencia promover eficazmente el incidente de imposibilidad material o legal de ejecutarla»⁵²⁵.

Por su parte, la pretensión del cumplimiento de las sentencias (en sus propios términos) en el ámbito material del urbanismo no se limita a las partes procesales en el recurso contencioso administrativo. El TS ha entendido que en fase de ejecución de sentencias también opera la acción pública urbanística, por lo que se permite que otras personas que no han sido parte en el recurso contencioso administrativo en el que se anuló el acto o disposición correspondiente puedan ejercitar las acciones tendentes al cumplimiento de la sentencia⁵²⁶.

Esta extendida inexecución de sentencias debilita extraordinariamente la efectividad del control del poder judicial respecto de las infracciones de la legalidad urbanística y, al

⁵²³ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 5ª) de 6 febrero 2007, rec. núm. 692/2004), ponente D. Jesús Ernesto Peces Morate.

⁵²⁴ En su sentencia de 5 de abril de 2013, el TS entiende que ha sido «incorrecto el tratamiento y solución otorgados por la Sala de instancia a las cuestiones suscitadas en la ejecución, pues no debió pronunciarse sobre la legalización de las viviendas, lo que correspondía en su caso a la Administración», en un caso en el que el TSJ de Cataluña en auto dictado en el incidente de ejecución de sentencia, declara la legalización de unas viviendas construidas al amparo de las licencias anuladas por considerarlas conformes a las disposiciones del nuevo planeamiento (modificado tras el fallo que anulaba las licencias), ante lo que estima el recurso interpuesto. La postura adoptada por el TS «conlleva la reposición de las actuaciones para que, una vez que el Ayuntamiento [...] resuelva, en su caso, sobre la eventual legalización de las viviendas, la Sala de instancia, a petición del propio Ayuntamiento y con audiencia de todos los interesados, se pronuncie sobre la imposibilidad de ejecución por el cambio de la legalidad urbanística aplicable, adoptando las medidas que aseguren la mayor efectividad de la ejecución y fijando, en su caso, la indemnización que proceda» (STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 5ª) de 5 de abril de 2013, rec. núm. 5785/2009, ponente D. Ernesto Peces Morate, FD 9º y 11º).

⁵²⁵ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 5ª) de 6 febrero 2007, cit., FD 3º.

⁵²⁶ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 5ª) de 23 de abril de 2010, rec. núm. 3648/2008, ponente Dª. Pilar Teso Gamella.

mismo tiempo, al permitir la subsistencia de las actuaciones ilegales, fomenta la impunidad de quienes han obtenido beneficios de las mismas mediante cauces propios de la corrupción. Esta vinculación existente entre inexecución de sentencias, impunidad y corrupción no ha pasado inadvertida para nuestra doctrina, pues ya la puso de relieve José Eugenio SORIANO de forma explícita:

«Ésta es la nueva inmunidad del poder: la inexecución de las Sentencias urbanísticas. Y esta inmunidad lo es también del Agente Urbanizador, que utiliza a la Administración como máscara con la que conseguir sus beneficios inconmensurables. Y es aquí donde anida la corrupción: en la inmunidad sobre la Ley lamentablemente consentida por las Sentencias Judiciales que declaran la imposibilidad de ejecución, porque quien incumple, sabe que luego, no pasará nada. No es que con esto lleguemos a la conclusión, ni mucho menos, de que detrás de toda inexecución hay un caso de corrupción. No. Puede suceder asimismo el error, por ejemplo, como caso que provoca la construcción ilegal. U otras causas pueden llevar a una edificación errónea.

Pero a no dudar, si no hay Ley aplicable —y no la hay precisamente si la Sentencia no se ejecuta— la corrupción hace metástasis y no hay cura posible. [...] Porque con Jueces que no ejecuten sus sentencias [...] simplemente no hay justicia. Y por tanto, no se puede combatir la corrupción, sino que los corruptos, animados por la dejación de funciones de algunos Jueces, han logrado abatir los resortes jurídicos de nuestra sociedad»⁵²⁷.

No hay que olvidar, pues, que la inexecución de sentencias favorece el debilitamiento de los controles y la expansión de la impunidad, generando así un terreno propicio para que surjan prácticas de corrupción, y que además supone una quiebra del sistema de Derecho urbanístico y del mismo Estado de Derecho, motivo por el que, siguiendo a Joan Manuel TRAYTER, no podemos hacer más que recordar que urge poner freno a esa inmunidad ante la ley, a esa impunidad consentida por parte de la jurisprudencia ante los desmanes urbanísticos⁵²⁸ (que en ocasiones traen causa de tramas más o menos complejas de corrupción).

Sin embargo, y a pesar de lo anterior, resulta paradójico observar que a menudo el resultado es incluso peor cuando estas sentencias se ejecutan, ya que su ejecución suele llevar aparejada la responsabilidad patrimonial de la Administración. La demolición de lo construido supone un daño para su propietario, que ha realizado una inversión suponiendo que actuaba amparado en un acto administrativo válido, y por tanto, el daño sufrido por la demolición puede ser atribuido a la Administración concedente de la licencia ilegal. La anulación de actos o disposiciones administrativas en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo no presupone el derecho a la indemnización (art. 142.4 LRJPAC), sino que para que nazca el derecho a

⁵²⁷ SORIANO GARCÍA, José Eugenio, “Urbanismo y corrupción: medidas cautelares, única solución”, cit., pp. 683 y 687.

⁵²⁸ «La inexecución de sentencias es una lacra a la que debemos poner freno si no queremos que todo el sistema de Derecho urbanístico, es más, el conjunto de reglas que presiden el Estado de Derecho sean pisoteadas» (TRAYTER, Joan Manuel, *Derecho urbanístico de Cataluña*, cit., p. 341).

la indemnización es necesario que concurren los requisitos legales establecidos en la regulación general de la responsabilidad administrativa («daño efectivo individualizado y evaluable económicamente, nexo causal entre el actuar de la administración y el resultado dañoso y lesión antijurídica en el sentido de ausencia de deber jurídico del administrado de soportar el resultado lesivo»⁵²⁹, arts. 139 y ss. LRJPAC) y, según viene interpretando la jurisprudencia, es preciso que el acto anulado sea claramente contrario a la normativa vigente, entendida como una desatención normativa flagrante⁵³⁰ y no meras discrepancias interpretativas en supuestos de gran complejidad. De acuerdo con el vigente texto refundido de la Ley de Suelo, en su art. 35.d, efectivamente darán lugar a indemnización las lesiones en los bienes y derechos que resulten de la anulación de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades (así como la demora injustificada en su otorgamiento y su denegación improcedente), si bien precisa de forma adicional que esta responsabilidad de la Administración será reconocida siempre y cuando no exista dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado⁵³¹.

Por tanto, el particular que era titular de la licencia anulada podrá exigir la responsabilidad, y le será reconocida la indemnización, siempre y cuando se cumplan los requisitos generales, la desatención normativa haya sido flagrante por parte de la Administración y no se pruebe que éste actuó con dolo, culpa o negligencia grave, siendo conocedor de la ilegalidad o habiendo estado en condiciones de conocerla en caso de haber actuado con la diligencia exigible⁵³².

En los casos de corrupción siempre hay un conocimiento de la ilegalidad por parte del solicitante de la licencia y del funcionario encargado de informar o de la autoridad competente para concederla, ya que justamente una nota definitiva de la corrupción, que la diferenciaría de cualquier otra forma de mala administración en la gestión de los intereses públicos, es el elemento intencional⁵³³, por lo que difícilmente podríamos entender que no concurre una intervención determinante del perjudicado, dolosa, que excluiría la responsabilidad.

⁵²⁹ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 6ª) de 31 de mayo de 2004, rec. núm. 1136/2000, ponente D. Francisco González Navarro, FD 3º.

⁵³⁰ «Por otra parte, la jurisprudencia siempre ha sido muy restrictiva en materia de responsabilidad patrimonial por anulación de actos administrativos, puesto que si bien toda denegación injustificada causa algún perjuicio al interesado, no es posible declarar la responsabilidad cuando esta no incurre en una desatención normativa flagrante», STSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 4ª) de 10 de octubre de 2008, rec. núm. 936/2004, ponente Dª. María Luisa Pérez Borrat, FD 3º.

⁵³¹ Sobre este artículo, así como su precedente introducido en la Ley de suelo en 1975, vid. PAREJO ALFONSO, Luciano, *La disciplina urbanística*, Iustel, 2ª ed., Madrid, 2013, pp. 148 y ss.

⁵³² Un criterio a tener en cuenta para conocer si hubo o no negligencia grave del perjudicado por la anulación, puede ser su conocimiento de la materia urbanística, por dedicarse el sujeto profesionalmente a operar en el sector urbanístico, arquitectónico o inmobiliario. Al respecto, resulta de interés la siguiente doctrina legal, donde se incluye referencia a la jurisprudencia: COMISSIÓ JURÍDICA ASSESSORA, *Dictamen 69/10*, de 4 de marzo, ponente Enric Argullol i Murgades.

⁵³³ «La corrupción es una mala administración o un mal gobierno consistente en una ilegalidad dolosa», PONCE SOLÉ, Juli, «La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración», cit., p. 103.

Sin embargo, la realidad es que probar la participación de los sujetos en tramas de corrupción es realmente difícil, sobre todo cuando estamos ante casos en que hay un acuerdo entre autoridades públicas y particulares para conceder, soborno mediante, una licencia urbanística generalmente contraria a las normas urbanísticas en vigor. Esta relación, que constituye un delito de cohecho, es francamente difícil de descubrir y probar ante los tribunales. Esta dificultad ha sido puesta de relieve por los mismos jueces, que han dicho sobre el delito de cohecho que en raras ocasiones se persigue de oficio porque, al ser un delito oculto, no deja signos externos notorios que evidencien su comisión más allá de meras decisiones administrativas que acaso puedan parecer extrañas e injustificadas, pero en todo caso insuficientes para fundamentar una acusación y posterior condena; y tampoco los mismos autores, que son los únicos que conocen la práctica corrupta gestada de forma oculta, suelen tener interés en denunciar ya que también el denunciante respondería penalmente⁵³⁴.

En casos de conflicto de interés, tampoco es fácil la prueba, pues a menudo la identidad de los cargos y empleados públicos se oculta tras las sociedades en las que éstos participan o bien se sirven de testaferros⁵³⁵. Con esto en mente, Vicente CORRAL insiste en que la investigación patrimonial en casos de corrupción «debe incluir necesariamente no sólo al investigado sino a su círculo familiar y personal más cercano, así como las respectivas sociedades en que tenga participación cada uno de ellos, pues con frecuencia es a su nombre o por su mediación como se ocultan los bienes de procedencia inconfesable», si bien es consciente de la gran complejidad que entraña este tipo de investigaciones⁵³⁶.

⁵³⁴ «Resulta difícil probar la comisión de los delitos de cohecho debido a que: se trata de buscar el acuerdo sobre la dádiva y el hecho a realizar, lo que, lógicamente, se gesta de manera oculta, evitando la redacción de cualquier escrito que luego pudiera utilizarse como prueba, lo que sumado al hecho de que la responsabilidad penal alcanza a ambos participantes en el acuerdo provoca el que los mismos estén mucho menos dispuestos a denunciar que las víctimas de cualquier otro delito. Y, por otra parte, es el cohecho un delito que rara vez es perseguido de oficio, dado el desconocimiento que de su comisión se tiene por parte de las autoridades encargadas de su persecución penal. Pueden aparecer decisiones administrativas extrañas pero fuera de la fase de sospechas difícilmente se puede pasar, a menos que haya una denuncia con datos concretos y creíbles acerca del hecho» (SAP de Málaga (Secc. 8)^a de 18 de enero de 2012, rec. núm. 1011/2010, ponente D. Pedro Molero Gómez, FD 2^o).

⁵³⁵ En este sentido, en la sentencia del Juzgado de lo Penal de Palma de Mallorca, de 22 de mayo de 2013, cit., un alcalde trata de ocultar su participación en la adquisición de unos terrenos y posterior concesión de licencias urbanísticas a través de varias sociedades, para cuya constitución se sirve además de un arquitecto privado con la intención de que el nombre del primero no aparezca en las escrituras públicas de constitución.

⁵³⁶ CORRAL ESCARIZ, Vicente, *La lucha contra la corrupción urbanística en España*, cit., p. 237. Recordemos que, según viene entendiendo la jurisprudencia en base a la doctrina sentada por el TC (SSTC 41/1998, de 24 de febrero, y 87/2001, de 2 de abril) basada a su vez en la doctrina del TEDH recogida en la sentencia de 27 de junio de 1968 (caso Wemhoff), este tipo de investigaciones no suponen una inquisición general incompatible con los principios que inspiran el proceso penal en un Estado de Derecho siempre y cuando sean llevadas a cabo en el marco de un proceso en que se imputan delitos contra la Administración como el cohecho, el tráfico de influencias y las negociaciones prohibidas (todos ellos claros casos de corrupción) por hechos de gran complejidad e indiscutible trascendencia económica (ocultado con multitud de operaciones económicas) (AAP de Castellón (Secc. 1^a) de 3 de mayo de 2011, rec. núm. 15/2011, ponente D. María Luisa Cuerda Arnau).

De esta dificultad probatoria es significativo el hecho de que, salvo error por mi parte, hasta la fecha tan solo se haya dictado una sentencia por parte de los tribunales de lo contencioso-administrativo en que se haya explicitado que la participación del titular de la licencia anulada en una trama de corrupción excluye la responsabilidad de la Administración concedente (en este caso, porque su intervención rompe el nexo causal respecto la actuación de la Administración). Se trata de la STSJ de Navarra (sala de lo contencioso-administrativo, secc. 1ª) de 12 de noviembre de 2012⁵³⁷. De acuerdo con el tribunal, la sociedad titular de la licencia había participado en una trama corrupta conformada por el Alcalde del municipio y varias sociedades cuya única finalidad era enriquecerse con la construcción y explotación de un apartotel en una parcela destinada a uso escolar. La sociedad titular de la licencia conocía de la ilegalidad del uso que pretendía para la parcela, e intervino decisivamente en la producción del daño como partícipe en la trama de corrupción que la sentencia describe, motivo por el que el tribunal estima que su participación en el nexo causal fue determinante, lo que conduce al tribunal a concluir que no habría lugar a indemnización alguna por el daño causado a consecuencia de la anulación de las licencias ilegales.

El tribunal no deja pasar la ocasión para poner de relieve la impunidad e indemnidad que suele alcanzar a los particulares en caso de licencias ilegales anuladas, aun cuando éstos han participado en una trama corrupta para obtenerlas: «[p]ese a las apariencias que se pretendieron dar en esta cuestión, [...] la posición que proclama Apartamentos Gorraiz [sociedad titular de las dos licencias anuladas] es siempre de ganador, pase lo que pase: si la licencia era concedida, a pesar de su ilegalidad, podía construir y explotar, o en su caso especular el apartahotel, y si la licencia no es concedida, o es anulada, se puede efectuar una reclamación de responsabilidad patrimonial como la en este procedimiento deducida, de más de 20.000.000 €. Nunca pierdo, la ganancia está asegurada».

Hemos visto que al menos en vía administrativa y contencioso-administrativa no es fácil conseguir que sean anulados los actos administrativos que reconocen derechos a sus destinatarios y que son fruto de corrupción pública, y en caso de que éstos sean anulados, lo habitual es que ese restablecimiento de la legalidad no repercuta en el patrimonio de los corruptos, sino que frecuentemente será soportado por la Administración, que deberá indemnizar por los daños correspondientes derivados de haber dictado un acto ilegal.

Cuando eso sucede, al menos formalmente parece que hay mecanismos legales para

⁵³⁷ STSJ de Navarra (Sala de lo contencioso-administrativo, Secc. 1ª) de 12 de noviembre de 2012, rec. núm. 208/2011, ponente D. Joaquín Galve Sauras, sentencia en la que, por cierto, se recurre en apelación la sentencia del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº1 de Pamplona de 25 de febrero, rec. núm. 119/2005, ponente Dª. María Jesús Azcona Labiano, en que sí se reconocía la responsabilidad patrimonial de la Administración.

repercutir la indemnización pagada por la Administración al servidor público corrupto que, para enriquecerse personalmente o para enriquecer a terceros, dictó a sabiendas un acto contrario a Derecho o informó favorablemente su adopción, a sabiendas de la ilegalidad. Se trata de la acción de regreso, por la cual la Administración exige a las autoridades o empleados públicos el reembolso de la cuantía pagada en concepto de indemnización a terceros, que se regula en el art. 145 LRJPAC⁵³⁸. Ahora bien, como ha puesto de relieve de modo reiterado la doctrina, ha sido un mecanismo inaplicado en la práctica, salvo en muy escasas ocasiones⁵³⁹.

Por tanto, tal y como afirmó el magistrado D. Joaquín Galve en el fragmento arriba citado, la posición de los corruptos es siempre de ganadores, salvo, claro está, que se pruebe su participación delictiva y el acuerdo de voluntades, y el tribunal contencioso administrativo lo quiera tener en cuenta a efectos de excluir la responsabilidad de la Administración, pero eso, como hemos visto, es difícil de probar en los delitos de corrupción, que en raras ocasiones llegan a ser conocidos o pasan de ser meras sospechas a convertirse en pruebas concretas y determinantes.

Finalmente, no podemos olvidar otro ámbito donde la corrupción ha sido muy relevante y donde el control judicial también ha encontrado ciertas dificultades: la planificación urbanística.

B) El control judicial de la planificación urbanística: la discrecionalidad administrativa como medio para encubrir intereses corruptos

En la planificación urbanística los riesgos de corrupción, que ya son de por sí muy elevados por el mero incremento de valor que las modificaciones en la clasificación y calificación del suelo pueden producir en los propietarios, se ven incrementados por la circunstancia que estos planes son difícilmente controlables por los tribunales debido al elevado contenido discrecional de los mismos; circunstancia ésta, la de la discrecionalidad de la decisión administrativa, que no concurre en el control de las licencias que acabamos de ver, y que supone, para el control eficaz, una dificultad añadida⁵⁴⁰.

En efecto, la planificación urbanística implica el ejercicio de una potestad ampliamente discrecional, en la que la Administración dispone de un margen de decisión en el que puede optar por una pluralidad de opciones, todas igualmente válidas siempre y cuando

⁵³⁸ En particular, sobre el ámbito material que aquí interesa, vid. DESDENTADO DAROCA, Eva, “El control de la legalidad urbanística. ¿Qué legalidad?”, cit., p. 97.

⁵³⁹ Por todos, DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, “¿Deberían las autoridades y los empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?”, *Revista de Administración Pública*, núm. 180, septiembre-diciembre 2009, pp. 103-159, en especial, pp. 112-121.

⁵⁴⁰ DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, “Geología constitucional del Derecho urbanístico”, cit., p. 368.

no rebasen los límites de ese margen de discrecionalidad fijados normativamente⁵⁴¹. Esa discrecionalidad, en la práctica, significa que será la administración local la encargada de determinar qué propietarios de suelo podrán urbanizar y edificar (o incrementar la edificabilidad previamente reconocida), repartiéndose la mayor parte de las plusvalías y beneficios generados por el crecimiento urbano, y qué propietarios seguirán con suelo no urbanizable, ajeno a cualquier proceso de transformación que proporcione mayor rentabilidad.

Esta discrecionalidad ha sido vista con cierto recelo por parte de la doctrina, que no ha podido evitar ver en ella un elevado riesgo de corrupción debido al gran incentivo de los propietarios de suelo en presionar a las autoridades públicas competentes y a la disposición de alguna de esas autoridades a aprovecharse de esa voluntad de presionar de los propietarios, o a aprovechar sus funciones en beneficio propio, alterando el régimen jurídico de los terrenos de su propiedad. En ese sentido, se ha alertado de que esa «lotería» que es el plan puede ser con facilidad influida por intereses corruptos, de tal modo que si bien se puede beneficiar a algún propietario por mero azar, otros tantos se verán beneficiados «por sus relaciones con los planificadores o por haber pagado previamente los beneficios del plan con dinero que va a las arcas de los partidos políticos y/o a las cuentas corrientes de los gestores»⁵⁴². En consecuencia, la doctrina administrativista que ha abordado la cuestión de la corrupción en el urbanismo no ha dudado en señalar la discrecionalidad en la planificación entre las principales causas que explicarían ese fenómeno⁵⁴³.

Ahora bien, discrecionalidad no significa ausencia de control ni ausencia de límites. El hecho de que el planificador disponga de una amplia discrecionalidad en el ejercicio de su actuación no excluye la actuación del control judicial⁵⁴⁴, pues en todo caso la

⁵⁴¹ Al respecto, vid. ESTEVE PARDO, José, *Lecciones de Derecho administrativo*, Marcial Pons, 2ª ed., Madrid, 2012, pp. 103-107.

⁵⁴² GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (dir.), *Comentarios a la Ley de suelo. Texto refundido aprobado por Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio*, Aranzadi, 2ª ed., vol. 1, Pamplona, 2008, p. 160.

⁵⁴³ Así, Eva DESDENTADO ha afirmado que «no es posible desconocer que el alto grado de discrecionalidad del planeamiento urbanístico ha estado claramente vinculado a los fenómenos de corrupción, especulación y urbanismo deleznable a los que hemos asistido en los últimos años en nuestro país» (DESDENTADO DAROCA, Eva, “El control de la legalidad urbanística. ¿Qué legalidad?”, en VVAA, *El control de la legalidad urbanística. El estatuto básico del empleado público*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2009, pp. 73-123, p. 75); Juan Cruz ALLI sostiene que «[c]uando 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 para la corrupción (ALLI ARANGUREN, Juan Cruz, “Del indicio a la prueba de la corrupción urbanística”, cit., p. 89); y, en opinión de Blanca LOZANO, «Una de las deficiencias del ordenamiento administrativo que más ha propiciado, e incluso alentado, el fenómeno del urbanismo desenfrenado y corrupto ha sido, a mi juicio, la inmediatez de los agentes encargados de la planificación a la realidad, percolada de intereses económicos, sobre la que dicha planificación opera, unida a un excesivo margen de discrecionalidad» (LOZANO CUTANDA, Blanca, “Urbanismo y corrupción: algunas reflexiones desde el Derecho Administrativo”, cit., pp. 341-342)

⁵⁴⁴ La STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 5ª) de 11 de mayo de 2011, rec. núm., ponente D. Jesús Ernesto Peces Morate resolvió que contra los planes urbanísticos no cabe recurso administrativo, sino directamente recurso contencioso administrativo, contrariamente a como había sido entendido por

actividad planificadora deberá ajustarse al ordenamiento jurídico en sentido amplio, y del mismo se extraen una serie de elementos que limitan esa discrecionalidad administrativa y operan como herramientas a disposición del juez contencioso administrativo para valorar la adecuación a Derecho de la actuación administrativa cuando la misma contiene cierto margen de discrecionalidad. Los límites de la discrecionalidad del planificador y su control han sido objeto de múltiples y muy solventes estudios doctrinales⁵⁴⁵, que ponen de manifiesto que, en efecto, la discrecionalidad no significa carta blanca para gestionar de cualquier modo los usos del suelo.

En primer lugar, hay una serie de elementos reglados que en todo caso se deben observar, como son las reglas de atribución de competencias y las reglas del procedimiento que sean de aplicación. Otro elemento a tener en cuenta es la correcta apreciación de la realidad fáctica, los hechos determinantes, que deben estar correctamente apreciados por la Administración y reciban, en consecuencia, la correspondiente calificación jurídica⁵⁴⁶. En tercer lugar, en el ordenamiento se encuentran límites concretos en distintas normas que condicionan el ejercicio de la potestad planificadora, que se pueden encontrar en los planes de rango superior (en virtud del principio de jerarquía normativa), en planes o directrices de ordenación territorial autonómicos, en los estándares urbanísticos de la legislación urbanística o en normas de aplicación directa⁵⁴⁷. En cuarto lugar, también se puede ejercer un control sobre el fin, a efectos de dilucidar si ha habido desviación de poder. La desviación de poder, definida positivamente como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento (art. 70.2 LJCA), implicaría, en este ámbito, utilizar la planificación urbanística no para lograr los fines de interés general que le son propios a esa función pública sino para la satisfacción de intereses personales (ej. usar el planeamiento para pretender el enriquecimiento injusto de los titulares de los terrenos

algún TSJ (vid. TRAYTER, Joan Manuel, *Derecho urbanístico de Cataluña*, cit., pp. 334 y 335).

⁵⁴⁵ Entre otros, TRAYTER JIMÉNEZ, Joan Manuel, *El control del planeamiento urbanístico*, Civitas, Madrid, 1996; PONCE SOLÉ, Juli, *Discrecionalidad urbanística y autonomía municipal*, cit.; DESDENTADO DAROCA, Eva, *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial*, Aranzadi, 2ª ed., Pamplona, 1999; DESDENTADO DAROCA, Eva, "Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico", en MARTÍN REBOLLO, Luis y BUSTILLO BOLADO, Roberto O. (coords.), *Fundamentos de Derecho urbanístico*, cit., vol. 1, pp. 295-318.

⁵⁴⁶ Por todas, STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 5ª) de 11 marzo 1997, ponente D. Juan Manuel Sanz Bayón, FD 3º: «es plenamente aplicable a los aspectos y elementos discrecionales de la potestad de planeamiento y el control jurisdiccional de la actividad administrativa se extenderá, desde luego, a la verificación de la realidad de los hechos para valorar si la decisión planificadora discrecional guarda coherencia lógica con aquéllos, de suerte que cuando se aprecie una incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad, tal decisión resultará viciada por infringir el ordenamiento jurídico y concretamente el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos -artículo 9.3 de nuestra Constitución-, que en definitiva aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en fuente de decisiones que no resultan justificadas».

⁵⁴⁷ Por ejemplo, el art. 50.1 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, establece como regla general que en los terrenos forestales incendiados queda prohibido el cambio de uso forestal al menos durante 30 años, o el art. 9.2 TRLUC determina que está prohibido urbanizar y construir en zonas inundables y en otras zonas de riesgo para la seguridad y el bienestar de las personas.

afectados por las determinaciones contenidas en el plan⁵⁴⁸, circunstancia ésta muy habitual en casos de corrupción urbanística) o para satisfacer otros intereses que, siendo también generales, no corresponden con los que esa potestad debe cumplir (en esta materia, sería el ejemplo más claro el recurso a la actuación urbanística con la finalidad de obtener financiación para el municipio); e incluso por el uso de un procedimiento distinto del legalmente establecido. En quinto lugar, la potestad planificadora está sometida en todo caso a los principios generales del Derecho, y, entre ellos, los más empleados por la jurisprudencia tal vez sean los de racionalidad (para el control de la coherencia interna de la decisión y el proceso de la toma de decisión), de interdicción de la arbitrariedad (para el control de la motivación suficiente de las determinaciones del plan) y de proporcionalidad (para el control de la adecuada ponderación de los valores, bienes y derechos en conflicto)⁵⁴⁹.

La potestad discrecional, incluso tras la anulación de la actuación recurrida en sede judicial, no puede ser ejercida por el juez ya que, tal y como se establece en el art. 71.2 LJCA, «[l]os órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados». Sin embargo, el control judicial ejercido en materia de planificación ha sido tan intenso que incluso se ha llegado a reconocer por la jurisprudencia que, en garantía de la tutela judicial efectiva reconocida en el art. 24.1 CE, el juez o tribunal podrá sustituir a la Administración en la determinación del contenido del plan cuando de la anulación se derive una única solución justa y, por tanto, la discrecionalidad se haya reducido a cero en ese ámbito concreto, sin existir alternativa válida alguna conforme a Derecho⁵⁵⁰.

A pesar de este elenco de técnicas disponibles para reducir o limitar la discrecionalidad administrativa y evitar que los planes sirvan, incurriendo en desviación de poder, para enriquecer a quienes accedieron a pagar un soborno a los miembros de la corporación local con competencias en materia de planificación (o para que esos mismos sujetos los

⁵⁴⁸ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 5ª) de 28 octubre 2009, rec. núm. 3279/2005, ponente D. Rafael Fernández Valverde, FD 5º.

⁵⁴⁹ En general, sobre el control de la planificación, con recopilación de jurisprudencia, vid. TRAYTER, Joan Manuel, *Derecho urbanístico de Cataluña*, cit., pp. 343 y ss., y DESDENTADO DAROCA, Eva, “El control de la legalidad urbanística. ¿Qué legalidad?”, cit., pp. 75-90.

⁵⁵⁰ En este sentido, a nivel doctrinal, por todos vid. TRAYTER JIMÉNEZ, Joan Manuel, *El control del planeamiento urbanístico*, cit., pp. 450-455; en cuanto a la jurisprudencia, con cita de resoluciones de la década anterior, vid. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 5ª) de 15 de marzo de 1993, rec. núm. 9397/1990, ponente D. Francisco Javier Delgado Barrio. Más recientemente, vid. STS Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 5ª) de 29 de abril de 2011, rec. núm. 1755/2007, ponente D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, en la que, contrariamente a lo estimado por el tribunal *a quo*, el Tribunal Supremo niega que respecto del plan urbanístico examinado existiera una única solución válida, señalando que el TSJ de Cataluña ha incurrido en un abuso de jurisdicción al determinar el contenido del acto anulado. Un interesante comentario de esta sentencia se encuentra en FONT I LLOVET, Tomàs y MIR PUIGPELAT, Oriol, “Discrecionalidad administrativa y alcance del control judicial”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y ALONSO GARCÍA, Ricardo, *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Civitas, Navarra, 2012, vol. I, pp. 1147-1156.

utilicen para enriquecerse alterando la clasificación o calificación de sus propios terrenos o los de sus familiares), el control judicial de la planificación es, tal y como hemos dicho respecto del control de las licencias, un control lento que se demora muchos años, en el que, además, como también sucedía respecto de las licencias, el recurso a las medidas cautelares para suspender la eficacia de los planes es poco frecuente. Por muy ambicioso que sea el control judicial, la discrecionalidad siempre supondrá un resquicio para la corrupción⁵⁵¹, pues, a fin de cuentas, si el planificador conoce de antemano las cautelas que debe tomar para que el plan no se vea anulado por la jurisdicción contencioso-administrativa, puede simular la aparente validez del plan a efectos de superar ese control (por ejemplo, siguiendo todos los trámites del procedimiento correspondiente, detallando justificaciones de interés general en la memoria del plan, etc.). Por lo que, si hay discrecionalidad, siempre queda la posibilidad de que algún elemento escape a esos controles tan intensos.

Justificamos la anterior afirmación en base a un sencillo supuesto hipotético, pero a su vez plausible. Piénsese por ejemplo en un municipio cuyo núcleo urbano ha quedado pequeño para la población residente (por ejemplo, una cantidad significativa de vecinos se ven forzados a compartir la vivienda con otras personas o a alojarse en un municipio cercano, por la falta de viviendas disponibles), y la ciudad necesita expandirse y proveerse de algunos equipamientos de los que dispone insuficientemente. En ese caso, y tras los pertinentes estudios, se determina que ese crecimiento, que es necesario y fácilmente justificable en razones de interés general, puede desarrollarse de forma equivalente en dos direcciones desde el centro urbano: en dirección norte y en dirección oeste (en el resto de direcciones la urbanización sería más costosa por la morfología del terreno, que implicaría obras de urbanización adicionales y muy caras; salvo en dirección sureste, donde se extiende una marisma objeto de especial protección por razón de sus valores ambientales). En esta situación, los propietarios de los terrenos del norte y los del oeste tendrían incentivos para participar en un soborno de los cargos encargados de adoptar la decisión respecto de la planificación y, en caso de que, efectivamente, en secreto se realizara una transacción de esa naturaleza, en la memoria justificativa del plan se podría explicar de forma racional y coherente la decisión adoptada en base a criterios de interés general, aduciendo cualquier causa distinguible (y particular) en la zona donde los propietarios han pagado el soborno para explicar por qué expandir la ciudad en una dirección y no en otra, quedando el verdadero motivo decisivo oculto.

En el mismo sentido, la propia Fiscalía General del Estado, en su Memoria de 2013,

⁵⁵¹ «Corruption loves multiple and complex regulations with ample and uncheckable official discretion. [...] If someone has monopoly power over a good or service and has the discretion to decide whether someone gets that good or service or how much a person receives, and there is no accountability whereby others can see what that person is deciding, then we will tend to find corruption» (KLITGAARD, Robert; MACLEAN-ABAROA, Ronald y PARRIS, H. Lindsey, *Corrupt cities: a practical guide to cure and prevention*, cit., pp. 26 y 27).

señala como una causa de la corrupción en este ámbito la posibilidad de ocultación de las verdaderas motivaciones de la actuación urbanística de las Administraciones⁵⁵².

Incluso, por si el cargo público es poco hábil encubriendo los intereses espurios en la planificación y todo apunta previsiblemente a una resolución judicial anulatoria, en los últimos años parece haber surgido una nueva esclusa para escapar directamente del control judicial ejercido sobre el ejercicio de la discrecionalidad urbanística. Se trata de un fenómeno, criticado por la doctrina⁵⁵³, consistente en la utilización de la ley para llevar a cabo la ordenación urbanística (generalmente en condiciones equivalentes a los instrumentos de planificación ya anulados o pendientes de sentencia firme) y proceder a reclasificaciones de suelo que deberían haberse llevado a cabo mediante el plan correspondiente. Esta operación la llevó a cabo, entre otras⁵⁵⁴, la Ley de Castilla y León 6/2007, de 28 de marzo, de aprobación del proyecto regional “Ciudad del Medio Ambiente”, que contenía la ordenación urbanística para un determinado territorio en el que clasificaba como urbanizable suelo que antes era no urbanizable protegido por la existencia de valores naturales e incluidos dentro de la red Natura 2000; procediéndose así, como decimos, a una planificación urbanística que elude el control por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa⁵⁵⁵. Sin embargo esa práctica parece haber recibido, de nuevo, freno por parte del TC, que en su STC 203/2013 estableció la inconstitucionalidad de esta ley autonómica afirmando que:

«la utilización de la ley no es una medida razonable ni proporcionada a la situación excepcional que ha justificado su aprobación [...] como consecuencia directa de la desproporción en que ha incurrido el legislador, la Ley impugnada ha vulnerado el art. 24.1 CE, al impedir el acceso al control judicial de derechos e intereses legítimos afectados y eliminar la posibilidad de un control judicial de la misma intensidad que hubieran podido realizar los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, si el proyecto se hubiera aprobado por reglamento» (FJ 8º).

Por descontado, como hemos visto, discrecionalidad no significa imposibilidad de control ni libertad para adoptar decisiones en atención al lucro particular, ilícito, de propietarios y cargos públicos, pero sí dificulta el control a ejercer por los tribunales y, en ocasiones, podría facilitar que quedaran ocultos los intereses ilícitos tras ciertas

⁵⁵² «Desde su inicio, por su propia configuración, el proceso a través del cual se pactan las decisiones urbanísticas sobre un determinado suelo se presta a que permanezcan ocultas las verdaderas motivaciones de la resolución que se adopte, pudiendo albergar motivaciones espurias» (FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2013*, cit., p. 657).

⁵⁵³ DESDENTADO DAROCA, Eva, “El control de la legalidad urbanística. ¿Qué legalidad?”, cit.

⁵⁵⁴ Como la Ley de Castilla y León 5/2010, de 28 de mayo, de modificación de la Ley 4/2000, de 27 de junio, de declaración del Parque Natural de Fuentes Carrionas y Fuente Cobre-Montaña Palentina (Palencia).

⁵⁵⁵ Ha sido claro al respecto el TC: «La aprobación por ley de este planeamiento urbanístico ha impedido que los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, puedan controlar la legalidad de la nueva clasificación del suelo, la adecuación del proyecto a la evaluación de impacto ambiental y la legalidad misma de la evaluación ambiental, control jurisdiccional al que se hubiera tenido acceso si la norma hubiera sido aprobada por el Consejo de Gobierno» (STC 203/2013, FJ 7º).

disposiciones del plan

C) *El control penal*

Siguiendo con los controles judiciales, conviene ahora hacer una breve mención al control de los cargos y empleados públicos llevado a cabo por la jurisdicción penal, si bien, más que funciones de control, podríamos entender que son funciones sancionadoras o represivas; pero no exclusivamente. Tal y como tiene estudiado extensamente el Derecho penal, la efectividad del sistema sancionatorio también tiene efectos preventivos⁵⁵⁶, en la medida en que la imposición y el efectivo cumplimiento de las sanciones intimida al resto de ciudadanos que pudieran verse tentados a cometer esas mismas infracciones, reafirma la confianza ciudadana en el respeto de las normas sancionadoras y, concretamente en los casos de corrupción política, se ha afirmado que contribuyen a que todos aquellos que decidan dedicarse al servicio público interioricen la necesidad de ajustar su actuación a la ética política y a la estricta legalidad⁵⁵⁷.

Por tanto, un sistema sancionatorio efectivo tiene efectos preventivos; ahora bien, ¿cuál es la efectividad de las sanciones de la corrupción en España y, particularmente, cuál es la efectividad de la sanción penal⁵⁵⁸?

Cuando la sanción tiene que ser impuesta por el orden penal, se encuentra con un proceso y unos medios personales y materiales poco adecuados para tratar casos de gran complejidad como suelen ser la mayoría de las manifestaciones de corrupción actuales⁵⁵⁹, que tiende operar mediante tramas complejas con ramificaciones en distintos países (particularmente, paraísos fiscales)⁵⁶⁰. El propio Presidente del Consejo

⁵⁵⁶ Sobre finalidades de la pena, entre las que figura la preventiva, vid. MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., Reppertor, Barcelona, 2011, pp. 73-100. Sobre la constitucionalidad de la función preventiva general de las penas, pese a no estar expresamente recogida en la CE, vid. STC 160/2012, de 20 de septiembre de 2012.

⁵⁵⁷ Auto AP de Barcelona de 1 de marzo de 2013, FJ 6º.

⁵⁵⁸ No hay que olvidar que el Derecho administrativo también dispone de un aparato sancionador, que conforma junto al Derecho penal el *ius puniendi* del Estado.

⁵⁵⁹ De acuerdo con lo vertido por los jueces decanos en su informe elaborado en el marco de la XXIV Reunión Nacional de Jueces Decanos de España que tuvo lugar en Valencia del 1 al 3 de diciembre de 2014, el sistema judicial es poco eficaz en la lucha contra la corrupción por la concurrencia de insuficiencia de jueces, insuficiencia de recursos y un sistema procesal penal obsoleto. En dicho informe, además del diagnóstico, se incluyen 58 medidas que a juicio de los jueces podrían mejorar la eficacia del sistema judicial en la lucha contra la corrupción (CGPJ, *Conclusiones de la XXIV Reunión Nacional de los Jueces Decanos de España*, diciembre de 2014, pp. 12 y ss. Consultable en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/Conclusiones-de-la-XXIV-Reunion-Nacional-de-Jueces-Decanos-de-Espana>).

⁵⁶⁰ La Organización Profesional de Inspectores de Hacienda del Estado puso de manifiesto en un informe de 2007 la habitual vinculación entre complejas tramas de corrupción y el recurso a los paraísos fiscales para la ocultación de los beneficios ilícitos: «[L]os casos de corrupción descubiertos hasta ahora han puesto de manifiesto la existencia simultánea de delitos fiscales, de blanqueo de capitales y de otras figuras delictivas, como el cohecho. En todos ellos existen circunstancias comunes, como el movimiento de grandes sumas de dinero, el enriquecimiento desproporcionado de algunas personas, la utilización de

General del Poder Judicial, en abril de 2013, informó de la escasez de personal en los tribunales españoles para hacer frente a procesos de especial complejidad. Según su comunicado, en ese momento se estaban instruyendo un total de 2.173 procedimientos considerados de especial complejidad, de los cuales 1.661 correspondían a causas entre las que figuraban en su mayoría tipos delictivos que castigan la corrupción pública⁵⁶¹, para cuya tramitación solicitaba jueces de refuerzo y más funcionarios para agilizar su tramitación procesal. Esta falta de medios hace que las sanciones penales tiendan a llegar muchos años después de la comisión de los hechos⁵⁶².

La falta de medios, junto con la lentitud en las sanciones⁵⁶³, se acompañan de la que tal vez sea la mayor deficiencia del sistema de sanciones: la impunidad.

Tal y como concluyen Fernando JIMÉNEZ y Vicente CARBONA tras el estudio de numerosas grabaciones de conversaciones contenidas en sumarios judiciales sobre delitos de corrupción, la idea de impunidad es un elemento poderoso en el imaginario de la corrupción⁵⁶⁴. Esta idea que tienen los corruptos de que «no les va a pasar nada»⁵⁶⁵ está también extendida entre el conjunto de la ciudadanía: según el documento del perfil estadístico nacional del Informe anticorrupción de la UE de 2014, el 90% de los encuestados cree que en España no hay suficientes condenas como para disuadir a la gente de seguir prácticas de corrupción⁵⁶⁶.

Adicionalmente, esas insuficientes condenas pueden ser objeto de indulto total o parcial. Este derecho de gracia ejercido por el gobierno del Estado no es en absoluto algo excepcional sino que entre 1996 y 2013 se concedieron 10.350 indultos (un promedio

redes de sociedades interpuestas, y la utilización de testaferros, sociedades pantalla y de paraísos fiscales. Hay que destacar que en estas operaciones el dinero entregado suele ser “dinero negro”, es decir, sin declarar» (ORGANIZACIÓN PROFESIONAL DE INSPECTORES DE HACIENDA DEL ESTADO, *Fraude, corrupción y blanqueo de capitales en España*, 2007, p.4; consultable en <http://www.inspectoresdehacienda.org/>).

⁵⁶¹ CGPJ, *El CGPJ informa*, 25 de abril de 2013. Accesible en <http://www.poderjudicial.es>.

⁵⁶² En ocasiones, incluso se superan los diez años entre el inicio de la instrucción y la primera sentencia sobre el caso: en el denominado «caso Pallerols», la instrucción se inició el 24 de marzo de 1999 y no se dictó sentencia hasta el 21 de enero de 2013 (vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (secc. 2ª) de 21 de enero de 2013, recurso núm. 74/2011).

⁵⁶³ Íñigo ORTIZ DE URBINA, refiriéndose a los delitos económicos y a la delincuencia de cuello blanco, afirma que «también la rapidez en la imposición de la sanción se relaciona de forma positiva con la disuasión. La baja o bajísima probabilidad de sanción que caracteriza a estos delitos, así como su tortugueante “velocidad” de tránsito por juzgados y tribunales, hacen extremadamente negativo el pronóstico relativo al éxito de la disuasión» (ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, “El Derecho penal económico desde el análisis económico del Derecho penal: ¿es posible la disuasión?”, en DEMETRIO CRESPO, Eduardo (dir.) y MAROTO CALATAYUD, Manuel (coord.), *Crisis financiera y Derecho penal económico*, Edisofer, Madrid-Buenos Aires, 2014, pp. 113-148, p. 140).

⁵⁶⁴ JIMÉNEZ, Fernando y CARBONA, Vicente, “‘‘Esto funciona así’’. Anatomía de la corrupción en España”, cit., p. 13.

⁵⁶⁵ JIMÉNEZ, Fernando y CARBONA, Vicente, “‘‘Esto funciona así’’. Anatomía de la corrupción en España”, cit., p. 17.

⁵⁶⁶ COMISIÓN EUROPEA, *Spain statistical factsheet*, p. 1, disponible en http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/index_en.htm.

de 575 al año). Además, algunos delitos de corrupción figuran entre los delitos que, proporcionalmente, más se indultan. Entre 2007 y 2010, el 4,35% de los condenados por delitos de prevaricación fueron indultados, así como el 2,2% de los condenados por malversación de caudales públicos. En cuanto al total de indultos, llama la atención el elevado número de condenados por malversación de caudales públicos indultados entre 1996 y 2013: 148⁵⁶⁷.

Esta impunidad no solo opera en el ámbito penal, en que los criminales no responden por sus actos de corrupción, sino también en el plano administrativo, donde se suele mantener la validez de los actos jurídicos formalizados que los han enriquecido ilícitamente, o bien, de anularse, se les indemniza con una cuantiosa suma a cargo de los fondos de la misma Administración pública de la que se aprovecharon para lograr sus fines, manteniendo en todo caso la indemnidad patrimonial de los corruptos.

D) Control judicial e impunidad: algunos avances relevantes

Tanto el Derecho penal como el administrativo, y sus respectivas jurisdicciones, ejercen un papel fundamental en la prevención de la corrupción, ya sea configurando controles efectivos y eficaces o tratando de impedir que la corrupción goce de impunidad. Este último aspecto está, sobre todo, en manos de jueces y tribunales, que mediante su interpretación de las leyes pueden seguir perpetuando la impunidad ante los casos de corrupción o bien pueden combatirla incrementando los costes de la corrupción (a través de la imposición de efectivas sanciones) y, por tanto, los desincentivos.

En otra parte⁵⁶⁸ analicé algunas sentencias dictadas durante el año 2013 que, a mi juicio, constituían un ejemplo de buenas prácticas judiciales en la lucha contra la corrupción en la medida en que rompían con líneas jurisprudenciales precedentes que lastraban la sanción de la corrupción. Me parece de interés traer aquí esas sentencias, que muestran cómo la práctica habitual ha favorecido la corrupción, y no ha sido hasta recientes pronunciamientos cuando ha empezado a cambiarse la actitud de jueces y tribunales ante la corrupción, acaso como respuesta al creciente número de casos de corrupción descubiertos durante los últimos años, que se han acompañado de una sensación generalizada de impunidad de los corruptos y una escasa actividad creíble del resto de poderes públicos.

En ese artículo expusimos dos medidas adoptadas por jueces penales y una por el juez contencioso-administrativo que han supuesto cambios en las interpretaciones a las que

⁵⁶⁷ Todos los datos de ese párrafo se han obtenido de la página web <http://www.elindultometro.es>, elaborados directamente con los indultos publicados en el BOE.

⁵⁶⁸ CAPDEFERRO VILLAGRASA, Oscar, “Nuevas respuestas judiciales a la corrupción pública. Análisis desde el Derecho administrativo y el Derecho penal”, *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 112, 2013 (nº4), pp. 891-918.

solía recurrir la jurisprudencia y que, en cierto modo, tendían a perpetuar la impunidad de los corruptos. Sin perjuicio de la remisión que hacemos a ese artículo para mayores detalles, listaremos aquí las sentencias referidas así como el resumen de su principal novedad:

- Pronunciamientos novedosos sobre Derecho penal:
 - a) En la sentencia de la AP de Madrid (secc. 17^a) de 29 de mayo de 2013, el tribunal consideró que los arquitectos que ejercían las funciones de arquitecto municipal sin que mediara relación estatutaria o contractual remunerada alguna (cargo honorífico) debían ser considerados también como funcionarios públicos a efectos penales, interpretación en virtud de la cual los consideró autores de un delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios, al haber informado como técnicos municipales sobre proyectos presentados por ellos mismos como arquitectos privados a través de la empresa de la que eran socios y que coadministraban. La jurisprudencia anterior no consideraba a tales cargos como funcionarios y no se sancionaba penalmente al arquitecto que, ejerciendo funciones administrativas no remuneradas, informaba favorablemente de sus propios proyectos privados.
 - b) En el auto de la AP de Barcelona (secc. 2^a) de 1 de marzo de 2013, el tribunal considera que los casos de corrupción política son tan graves, frecuentes e insuficientemente castigados (generándose la impresión social de impunidad de los políticos que comenten este tipo de delitos), que, en aras a cumplir con la finalidad preventiva de la sanción penal, no procede suspender la ejecución de la pena impuesta, ni estimar su conmutación, aun cuando ésta sea de corta duración, no haya antecedentes penales y se hayan satisfecho las responsabilidades civiles⁵⁶⁹. Esta nueva interpretación ha sido seguida por otros tribunales solo en casos de corrupción pública (Auto de la AP de Palma de Mallorca de 10 de diciembre de 2013) y supone una clara novedad respecto la jurisprudencia previa, que tenía por práctica habitual la concesión de todas las suspensiones de penas siempre que estas fueran inferiores a los dos años de prisión, no hubiera antecedentes y se hubieran satisfecho las responsabilidades civiles pertinentes.
- Pronunciamiento novedoso sobre Derecho administrativo:
 - a) En la STS (sala de lo contencioso-administrativo, secc. 7^a) de 18 de febrero de 2013, el TS anula la adjudicación de un contrato público que había sido concedido a una sociedad mercantil cuyo socio propietario formaba parte del consejo de administración del ente adjudicador y en virtud de tal condición había participado en la redacción de las bases del concurso y había emitido su voto para la adjudicación del contrato. En el presente caso, la cuestión

⁵⁶⁹ Para que un tribunal pueda acordar la suspensión de la ejecución de una pena es necesario que la pena impuesta no sea superior a los dos años de prisión, que el delincuente no tenga antecedentes penales y que haya satisfecho las responsabilidades civiles correspondientes (art. 81 CP), y además de eso, el tribunal deberá ejercer su legítimo arbitrio dentro del margen de discrecionalidad que le otorga la ley (art. 80.1 CP) y valorar la conveniencia de acordar esa suspensión.

controvertida era qué efectos cabía atribuir a la falta de abstención del miembro de un órgano colegiado, que tenía un claro interés personal privado en una cuestión en la que debía intervenir por razón de su cargo público, y se discutió si el acto administrativo de adjudicación debería ser anulado o confirmado. La línea jurisprudencial mayoritaria, basada en el principio de conservación de los actos administrativos⁵⁷⁰, había sido la de aplicar el criterio aritmético, según el cual solo se anularán aquellos actos para cuya aprobación hubiera sido necesario el voto de quien debió abstenerse, calculando si, aritméticamente, se habría conseguido o no la mayoría necesaria sin haber tenido en cuenta su voto. No obstante, y a pesar de que en este caso el voto de quien debió abstenerse no era en absoluto determinante para alcanzar la mayoría necesaria, el TS estimó que una conducta como la descrita era tan grave (intervenir en la deliberación de las bases y la adjudicación del contrato en un concurso en el que su empresa privada participó como licitador) que el acto debía considerarse inválido y ser anulado.

En materia de licencias de edificación podemos recuperar una sentencia ya comentada anteriormente en este apartado y que supone también una buena práctica (judicial) que se podría añadir como otro pronunciamiento novedoso sobre Derecho administrativo. Se trata de la STSJ de Navarra (sala de lo contencioso-administrativo, secc. 1ª) de 12 de noviembre de 2012, ponente D. Joaquín Galve Sauras, y su relevancia radicaría en que excluye la responsabilidad patrimonial de la Administración concedente derivada de la anulación de licencias ilegales cuando el reclamante es un particular que ha sido partícipe en la trama de corrupción⁵⁷¹, extremo que, como ya hemos dicho, no se tuvo en consideración en la sentencia recurrida.

1.2.3.- La falta de ética pública o integridad

La teoría dominante explica la corrupción en base a especulaciones económicas basadas en el modelo del sujeto como un decisor racional que busca maximizar su beneficio personal, y entiende que la corrupción se verá incentivada cuando mayores sean las

⁵⁷⁰ De acuerdo con el art. 28.3 LRJPAC, la actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas en las que concurren motivos de abstención no implicará necesariamente la invalidez de los actos en que hayan intervenido, pero no especifica en qué casos correspondería apreciar dicha invalidez, motivo por el que se ha recurrido al art. 66 LRJPAC, según el cual «el órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción».

⁵⁷¹ La anulación de actos administrativos, incluidos los derivados de la corrupción, puede generar responsabilidad patrimonial de la Administración pública que los dictó, en función de lo que determine la legislación. En el ámbito concreto de las licencias de edificación, que es tal vez el acto ilegal más extendido en casos de corrupción urbanística, el art. 35.d del Texto refundido de la Ley de Suelo establece que darán lugar a indemnización las lesiones en los bienes y derechos que resulten de la anulación de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades (así como la demora injustificada en su otorgamiento y su denegación improcedente) siempre y cuando no exista dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado.

ganancias generadas por las prácticas corruptas y menores los costes de incurrir en las mismas⁵⁷². No obstante, dicha teoría no sirve para explicar por qué ante unos mismos incentivos unos sujetos terminan sucumbiendo a la corrupción y otros no⁵⁷³.

Los principales autores de esta corriente mayoritaria atribuyen esa disparidad reactiva ante idénticos incentivos a una cuestión de índole moral, interna de los sujetos, pero en general no la consideran como una causa controlable de la corrupción, puesto que centran sus esfuerzos en controlar la corrupción desde la óptica de la elección racional y el crimen de cálculo antes expuesto⁵⁷⁴.

No obstante, podemos encontrar algunos autores que han puesto de manifiesto que la corrupción es ante todo un problema de valores⁵⁷⁵ que alcanzaría también a la toma de decisiones públicas, campo en el que la falta de probidad y honestidad conduciría a la falta de ética pública en el ejercicio profesional y a la corrupción⁵⁷⁶. A fin de cuentas, poca influencia pueden tener los beneficios que uno racionalmente crea a su alcance por medio de prácticas corruptas si tiene clara conciencia de cómo debe ejercer sus funciones públicas, diferenciando los intereses personales, que legítimamente puede perseguir en sus actividades privadas, de los generales que debe satisfacer en el ejercicio de sus funciones públicas⁵⁷⁷.

⁵⁷² En la elección racional aplicada a la corrupción, el individuo «is portrayed as a rationally calculating person who decides to become corrupt when its expected advantages outweigh its expected disadvantages (a combination of possible penalty and the chance of being caught)» (DE GRAAF, Gjal, “Causes of corruption: towards a contextual theory of corruption”, cit., pp. 46-47).

⁵⁷³ ROSE-ACKERMAN, Susan, “The institutional economics of corruption”, cit., p. 52.

⁵⁷⁴ Así, para Robert KLITGAARD et al., «[c]orruption is a crime of calculation, not passion. True, there are saints who resist all temptation, and honest officials who resist most. But when the size of the bribe is large, the chance of being caught small, and the penalty if caught meager, many officials will succumb» (KLITGAARD, Robert; MACLEAN-ABAROA, Ronald y PARRIS, H. Lindsey, *Corrupt cities: a practical guide to cure and prevention*, cit., p. 96).

⁵⁷⁵ «Somos muchos [...] los que creemos que la corrupción de hoy no es sino una de las manifestaciones de la degradación de los valores morales» (GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Corrupción, ética y moral en las Administraciones públicas*, Civitas, 2ª ed., Navarra, 2014, p. 42). En opinión de Juan Cruz ALLI, «[e]n 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» (ALLI ARANGUREN, Juan Cruz, “Del indicio a la prueba de la corrupción urbanística”, *Auditoría pública*, núm. 46, 2008, pp. 85-96, p. 87); y, para Adela CORTINA, «el vacío legal no es nunca la causa de los desaguados. Lo peor es el déficit moral, porque si los ciudadanos no nos convencemos de que hay determinados modos de conducta que valen la pena por sí mismos, [...] no hay leyes, controles y sanciones en el mundo capaces de resolver el problema» (CORTINA ORTS, Adela, “La regeneración moral de la sociedad y de la vida política”, en VVAA, *Corrupción y Ética*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1996, pp. 29-37, p. 35).

⁵⁷⁶ JIMÉNEZ FRANCO, Emmanuel A., “Administración Pública y corrupción: iniciativas legislativas de *lege ferenda* para una nueva cultura de integridad”, *Actualidad administrativa*, núm. 5, 2012, pp. 538-569, p. 541 y URQUIZA MORALES, José Manuel, *Corrupción municipal*, cit., p. 55.

⁵⁷⁷ Tal y como han expresado Frank ANECHARICO y James B. JACOBS, «the majority of government employees are honest, not because of rules, monitoring or threats but because of value and personal morality» (ANECHARICO, Frank y JACOBS, James B., *The Pursuit of Absolute Integrity. How Corruption Control Makes Government Ineffective*, The University of Chicago Press, Chicago, 1996, p. 202). Para Antonio LEAL, la lucha contra la corrupción es esencialmente una «batalla cultural, valórica, por hacer primar, en la vida de todas las instituciones y en la vida cotidiana del ciudadano común, principios éticos que invoquen la responsabilidad hacia los intereses de la comunidad», LEAL, Antonio, *El crepúsculo de la*

Es la propia Constitución Española (CE), que ha sido calificada como de «marco ético-jurídico de la actividad de los poderes públicos»⁵⁷⁸, la que establece en su art. 103 que las administraciones públicas deben servir con objetividad los intereses generales. Por tanto, la actuación individual de todo servidor público deberá estar orientada en ese sentido, y no a perseguir intereses personales, preservando la imagen de la función pública, que debe guiarse por valores tales como la imparcialidad, la neutralidad, la honradez, la probidad, la eficacia y la transparencia⁵⁷⁹. Tal y como tiene dicho la jurisprudencia, es «la probidad del funcionario público que le permite a la Administración asegurar una prestación adecuada, objetiva y no discriminatoria de los servicios públicos»⁵⁸⁰.

José Manuel URQUIZA, al listar las causas de la corrupción pública en el ámbito municipal, sitúa en primera posición la falta de ética pública, y afirma que «[e]s a partir de la ausencia de moral, o de dignidad en el desempeño del cargo, cuando el Alcalde (o concejal delegado de turno, o el funcionario revestido de capacidad decisoria o meramente asesora), experimenta un total desprecio por el interés general de la ciudadanía y utiliza sus potestades en beneficio particular (propio o de sus allegados o de su partido), orillando los principios constitucionales de eficacia, objetividad, independencia e igualdad y demás preceptos legales y reglamentarios. Se corrompe, en definitiva»⁵⁸¹.

En efecto, debemos adherirnos a estas opiniones ya que entendemos, siguiendo los estudios en la materia, que el ser humano no siempre es un decisor racional que busca maximizar su beneficio⁵⁸². Además, esta afirmación prácticamente podemos decir que quedaría confirmada por las mismas constataciones previamente realizadas en este trabajo: si partimos de la premisa confirmada por los únicos datos disponibles sobre la corrupción en España⁵⁸³ según la cual la corrupción solo afecta a un porcentaje relativamente bajo de cargos y empleados públicos, y aceptamos, como antes hemos tratado de explicar, que los incentivos económicos para verse envuelto en prácticas de corrupción urbanística han sido muy elevados y los desincentivos derivados de la posibilidad efectiva de control y sanción han sido casi insignificantes, necesariamente tenemos que concluir que la mayoría de las personas en España, en su toma de

política, Lom ediciones, Santiago de Chile, 1996, p. 141.

⁵⁷⁸ CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis, “Ética pública y normativa administrativa”, cit., p. 15.

⁵⁷⁹ URQUIZA MORALES, José Manuel, *Corrupción municipal*, cit., p. 55.

⁵⁸⁰ STS (sala de lo penal, secc. 1ª), de 30 de diciembre de 2013, rec. de casación núm. 434/2012, ponente D. Luciano Varela Castro, FD 16º.

⁵⁸¹ URQUIZA MORALES, José Manuel, *Corrupción municipal*, cit., pp. 57 y 58.

⁵⁸² Por todos, vid. JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R. y THALER, Richard, “A behavioral approach to Law and Economics”, *Stanford law review*, vol. 50, 1998, pp. 1471-1550; y CAMERER, Colin y THALER, Richard H., “Anomalies: ultimatums, dictators and manners”, *Journal of Economic Perspectives*, vol. 9, núm. 2, 1995, pp. 209-219.

⁵⁸³ Vid. apartado 2.1 de este Capítulo.

decisiones, se deja llevar por otros criterios más allá de la maximización de su beneficio en base al cálculo racional.

Si analizamos específicamente el urbanismo español podemos encontrar un número significativo de alcaldes, concejales y arquitectos que se han visto envueltos en prácticas de corrupción, pero de igual modo se han conocido casos en que personas en alguno de esos cargos o puestos de trabajo no solo no han participado en intercambios corruptos sino que además los han denunciado, aun cuando ello implicaba renunciar a grandes beneficios⁵⁸⁴, y sabiendo que, como en la mayoría de casos de corrupción, salvo denuncia por parte de alguno de los partícipes en la trama, difícilmente podrían descubrirse y sancionarse esas conductas, lo que sin duda nos lleva a pensar que la integridad de cada sujeto tiene un papel determinante en el momento de acceder a prácticas corruptas⁵⁸⁵.

De acuerdo con la completa exposición que hace Manuel VILLORIA del proceso de toma de decisiones, en el mismo influyen una gran cantidad de variables, tanto individuales como referidas al entorno, que terminarán por determinar si una conducta se ajustará a los postulados de la ética pública o si, por el contrario, incurrirá en alguna de las variadas formas de corrupción⁵⁸⁶. De entre esos factores que influyen en la toma de decisiones, creemos conveniente destacar, a nuestros efectos, el nivel de desarrollo moral de cada individuo⁵⁸⁷, factor, sin duda, de los más determinantes. En función del nivel de desarrollo moral se dará prioridad a unos valores⁵⁸⁸ u otros; así, en la toma de decisiones, algunos sujetos que ejerzan funciones públicas darán prioridad a los valores asociados al utilitarismo individualista (y, en consecuencia, será más fácil que incurra en prácticas corruptas cuando éstas sean ventajosas para ese sujeto), mientras otros se guiarán por los valores propios que deben guiar su actuación profesional, y su conducta seguirá un camino ético⁵⁸⁹.

Esta influencia de los valores ha sido contrastada por algunos experimentos que,

⁵⁸⁴ Por ejemplo, una concejala del municipio de Comas denunció a la policía haber recibido, por parte de un empresario, el ofrecimiento de 6.000.000 € y tres viviendas a cambio de votar a favor de la recalificación de unos terrenos (y haber recibido ya en efectivo 12.000 € con anterioridad a la celebración del pleno en que debía llevarse a cabo tal votación). El empresario, el alcalde y dos concejales fueron condenados: vid. los antecedentes de hecho en la STSJ de Andalucía (Sala de lo Civil y Penal), de 21 de marzo de 2013, recurso núm. 9/2013, ponente D. M. Pasquau Liaño.

⁵⁸⁵ Parte de los expertos entrevistados en el desarrollo de este trabajo destacó el relevante papel de la ética al referirse a las causas de la corrupción, ante lo que proponían promover la integridad en el ejercicio de funciones públicas.

⁵⁸⁶ VILLORIA MENDIETA, Manuel, *Ética pública y corrupción*, cit., pp. 38-49. De modo similar, tal y como ya citamos, vid. HUBERTS, Leo, "A multi approach in corruption research", cit., p. 163.

⁵⁸⁷ KOHLBERG, Lawrence, *Essays on moral development, II. The psychology of moral development: the nature and validity of moral stages*, Harper & Row, Nueva York, 1984.

⁵⁸⁸ Según Clyde KLUCKHOHN (recogido en VILLORIA MENDIETA, Manuel, *Ética pública y corrupción*, cit., p. 40), los valores son aquellas «concepciones, explícitas o implícitas, distintivas de un individuo o características de un grupo, de lo deseable, las cuales influyen la selección, de entre lo disponible, de los modos, fines y medios de la acción».

⁵⁸⁹ VILLORIA MENDIETA, Manuel, *Ética pública y corrupción*, cit., p. 40.

empíricamente, ponen de relieve la importancia casi determinante de esta variable en el momento de incurrir en prácticas de corrupción. Según varios estudios que recoge Susan ROSE-ACKERMAN, se ha comprobado que los valores y estándares personales son la principal guía de las personas al enfrentarse a dilemas éticos, y que aquellos sujetos con valores más guiados por criterios éticos que económicos actúan de modo ético en situaciones moralmente ambiguas, si bien factores o variables del entorno o de la situación específica pueden influir en el comportamiento⁵⁹⁰.

La propia integridad personal o profesional y los demás valores son, por tanto, elementos de gran relevancia en la determinación de las decisiones a adoptar, y explicaría por qué algunos sujetos (de hecho, la mayoría de los mismos) acatan las normas de ética pública en el ejercicio de sus funciones aun cuando la opción más beneficiosa en términos económicos es incumplirlas. Esta variable, a pesar de ser suficientemente significativa, no es la única relevante sino que se complementa con otras variables de índole individual (influyen algunos factores psicológicos, como la sensación de control sobre las propias acciones), además de otros factores o variables de entorno que pueden influir en la toma de decisiones (como la eficacia de los sistemas de controles sobre la conducta)⁵⁹¹.

La doctrina ha encontrado pruebas suficientes como para pensar que los valores no son una cuestión estrictamente personal sino también contextual; o, al menos, podemos decir que existen indicios suficientes como para pensar que la actuación conforme a ciertos valores sí depende en parte de la actuación del resto de sujetos con los que se colabora o convive.

La influencia de la actitud del resto de compañeros de trabajo dentro de la misma organización no es en absoluto irrelevante. Múltiples estudios han puesto de relieve la importancia del contexto organizativo en el comportamiento ético, y han señalado que uno de los factores que influye sobre la conducta de los individuos es la conducta de los demás miembros de la organización en que se trabaja, además de otros tales como el liderazgo ético o la efectividad del sistema establecido en la organización para premiar las conductas éticas o sancionar los comportamientos inadecuados⁵⁹².

El impacto del comportamiento de los demás sujetos en la determinación de la conducta de los individuos ha sido un fenómeno que ha merecido atención en los estudios sobre el fenómeno de la corrupción, sobre todo desde la década de 1990⁵⁹³, y está

⁵⁹⁰ ROSE-ACKERMAN, Susan, “‘Grand’ corruption and the ethics of global business”, *Journal of Banking & Finance*, núm. 26, 2002, pp. 1889–1918, p. 1903.

⁵⁹¹ VILLORIA MENDIETA, Manuel, *Ética pública y corrupción*, cit., p. 39.

⁵⁹² TREVIÑO, Linda K.; WEAVER, Gary R. y REYNOLDS, Scott J. “Behavioral ethics in organizations: a review”, *Journal of Management*, vol. 32, núm. 6, 2006, pp. 951-990, en especial, respecto a los extremos mencionados, vid. pp. 957, 966 y 969.

⁵⁹³ P. ej., ANDVIG, Jens C. y MOENE, Karl O., “How corruption may corrupt”, *Journal of Economic*

ampliamente aceptado que la corrupción de los demás puede llevar a normalizar hasta cierto punto la corrupción, favoreciendo que otros sujetos acepten participar en este tipo de prácticas⁵⁹⁴.

Existen, además, varios experimentos que podrían probar que, en efecto, un significativo porcentaje de la población adapta su actitud respecto a las normas, acatándolas o incumpléndolas, en función de lo que se desprenda del contexto de tal modo que, si se observa que cierta norma se está incumpliendo, aumentan las probabilidades de violar esa u otras normas⁵⁹⁵.

Además del clima ético que pueda haberse instaurado en un concreto lugar de trabajo, parece que la actitud, más o menos acorde a la ética, del conjunto de la ciudadanía también influye en el comportamiento.

Qué duda cabe que, a fin de cuentas, hay corrupción (pública) porque algunos sujetos (que ejercen funciones públicas) no son honrados y no se comportan con honradez. Ahora bien, tal y como nos recuerda Alejandro NIETO, estas prácticas de corrupción en la vida pública no son otra cosa que el reflejo de «la temperatura ética del cuerpo social conjunto», donde se observan carencias éticas significativas⁵⁹⁶; y es que, como han dicho tanto Alejandro NIETO como Miguel SÁNCHEZ MORÓN, a fin de cuentas los gobernantes y empleados públicos emanan de la sociedad que los rodea, y reflejan sus vicios y virtudes⁵⁹⁷.

Una demostración empírica de cuanto ha sostenido nuestra doctrina se puede encontrar en un estudio de Abigail BARR y Danila SERRA, donde las autoras observaron que la propensión a participar en prácticas corruptas estaba en cierta medida asociada con el país de origen: quienes provenían de los países percibidos como más corruptos se mostraron más favorables a actuar de forma corrupta en el experimento propuesto⁵⁹⁸.

Behavior & Organization, vol. 13, núm. 1, 1990, pp. 63-76.

⁵⁹⁴ Incluso desde distintas concepciones doctrinales parece haber cierto consenso en este aspecto, vid. ROSE-ACKERMAN, Susan, “The institutional economics of corruption”, cit., pp. 48-49.

⁵⁹⁵ Así lo prueban los experimentos de Kees KEIZER, Siegwart LINDENBERG y Linda STEG (en su artículo “The spreading of disorder”, *Science*, vol. 322, pp. 1681-1685), quienes observaron que un grupo mayoritario de personas (aproximadamente el 40%) actuaba cumpliendo las normas en función del clima de cumplimiento o incumplimiento normativo generalizado que se desprendía del contexto. Cuando ese incumplimiento implicaba apropiarse de dinero ajeno, se observó el mismo fenómeno pero esta vez el total de sujetos incumplidores era mucho menor (el 13% robó el dinero en un contexto de cumplimiento mientras que el 25-26% lo hizo cuando del contexto se desprendía que otros sujetos incumplían normas).

⁵⁹⁶ Alejandro NIETO señala aspectos como la significativa defraudación fiscal en España, si bien, en su opinión, la manifestación más grave de las carencias éticas de la sociedad se verían plasmadas en la práctica indiferencia del electorado ante la corrupción (NIETO, Alejandro, “¿Es inevitable la corrupción?”, cit., p. 108).

⁵⁹⁷ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la función pública*, cit., p. 21 y NIETO, Alejandro, “¿Es inevitable la corrupción?”, cit., pp. 107 y 108.

⁵⁹⁸ BARR, Abigail y SERRA, Danila, “Corruption and culture: an experimental analysis”, *Journal of Public Economics*, vol. 94, núms. 11-12, 2010, pp. 862-869.

Por tanto, tal y como acertadamente ya apuntó la doctrina, la corrupción no solo está causada por los elevados beneficios y escasos costes que derivan de implicarse en la misma, sino que es consecuencia, también, de un «déficit ético» individual⁵⁹⁹, déficit que, al mismo tiempo, puede venir propiciado por la actitud de los demás compañeros que también participan en el desempeño de funciones públicas, y que refleja hasta cierto punto los valores de la sociedad.

1.3.- Algunas causas contingentes de la corrupción urbanística

Las causas anteriormente expuestas concurren en mayor o menor medida en todos los supuestos de corrupción. Sin embargo, en algunos supuestos, esas causas no son las únicas que concurren. Se pueden añadir a las causas anteriores otros motivos o condicionantes que contribuyen a explicar el porqué de la realización de una práctica de corrupción concreta. A esas causas, que únicamente aparecen en algunos casos, nos referimos como «causas contingentes» de la corrupción.

La doctrina, al tratar de establecer las causas de la corrupción urbanística, suele listar muchas circunstancias que entiendo son contingentes⁶⁰⁰. En nuestra opinión, la causa contingente más relevante, y que se da en el sector del urbanismo más que en ningún otro, es la complejidad normativa. La normativa urbanística es de una complejidad técnica muy elevada (y suele implicar infinidad de cálculos y planos) y además se compone de un nada desdeñable entramado de normas de diversa índole: una ley estatal básica regula el suelo, las comunidades autónomas dictan las leyes que regulan propiamente la materia urbanística y aprueban instrumentos de planificación territorial regionales, y cada municipio elabora sus instrumentos de planificación municipales y adopta las correspondientes ordenanzas municipales, que pueden incidir en el urbanismo. Además, particularmente los instrumentos de planificación urbanística locales, suelen someterse a múltiples reformas y modificaciones no previstas inicialmente y no siempre recogidas y consolidadas en un solo documento. Por descontado, la complejidad normativa no es corrupción, pero sí que hemos visto casos, juzgados por nuestros tribunales, en que esta complejidad ha servido para facilitar la corrupción. Un ejemplo, que ya ha sido mencionado, se encuentra en los hechos que dieron lugar a la sentencia de la AP de Málaga (secc. 8ª) de 18 de enero de 2012: el alcalde de un municipio andaluz y su concejal de urbanismo, de mutuo acuerdo, solicitaban el pago de sobornos a cambio de otorgar licencias conformes al

⁵⁹⁹ NIETO, Alejandro, “¿Es inevitable la corrupción?”, cit., p. 112.

⁶⁰⁰ Como la financiación ilícita de partidos políticos, el blanqueo de capitales, los déficits financieros de los municipios, etc. Por todos, vid. ALLI ARANGUREN, Juan Cruz, “La corrupción mal endémico del urbanismo español”, *Revista de Derecho urbanístico y medio ambiente*, núm. 257, abril-mayo 2010, pp. 89-116, pp. 101-104. También sería una causa contingente la amplia discrecionalidad administrativa, que sí se da en sede planificadora pero no en la concesión de licencias, donde lo que hay es un abuso de poder (y prevaricación) en el ejercicio de potestades regladas.

ordenamiento urbanístico y, por tanto, a las que tenían derecho los promotores y empresarios solicitantes. Tal y como constata el tribunal, su plan consistía en aprovecharse de la confusión sobre la legislación urbanística aplicable en el municipio, suscitando el error en el particular para que creyera que no tenía derecho a la obtención de la licencia en caso de que se siguieran los cauces legalmente establecidos⁶⁰¹.

Otro elemento constantemente señalado por la doctrina como factor decisivo en la producción de corrupción urbanística es la discrecionalidad administrativa⁶⁰², sobre todo por cuanto respecta al ejercicio de la potestad de planificación. En nuestra opinión, que ya hemos expuesto y argumentado anteriormente, la discrecionalidad es un elemento más de los incluidos entre aquellos que contribuyen a que el control revista mayor complejidad y, por tanto, no consideramos que sea una causa independiente, sino que se suma a otros elementos, dificultando el control de la actividad urbanística. Además, esta circunstancia no se da en todos los ámbitos de riesgo de corrupción urbanística que hemos visto, pues hay que entender que tan solo hay considerables márgenes legales de discrecionalidad, en sentido estricto, en la planificación, y no en la concesión de los títulos habilitantes para la edificación, así como tampoco en la disciplina urbanística (salvo, en su caso, el margen de discrecionalidad que pueda haber para graduar la sanción). En todo caso esa discrecionalidad no permite actuar contra las leyes (ej. no absteniéndose un concejal en el que concurre un conflicto de intereses o la admisión de dinero a cambio de modificar los usos permitidos en determinados terrenos). Además, el margen de discrecionalidad, que es necesario en algunas cuestiones⁶⁰³, no está intrínsecamente ligado a la corrupción, ni es necesariamente una causa de la misma, pues incluso en los ámbitos reglados como la concesión de licencias la corrupción se extiende en la misma o incluso en mayor medida. En consecuencia, si la discrecionalidad no es un elemento esencial en la caracterización del fenómeno corruptivo en el urbanismo, entendemos que en su prevención poco contribuye el hecho de reducir los márgenes de discrecionalidad. Aunque la reducción de los márgenes de discrecionalidad no se presenta, por cuanto hemos dicho, como una medida relevante

⁶⁰¹ Se servían para ello de la colaboración del arquitecto municipal, que emitía informes desfavorables a la concesión, informes que el tribunal califica de «carentes de toda motivación y ambiguos» y «muy farragosos e inteligibles».

⁶⁰² Por todos, vid. LOZANO CUTANDA, Blanca, “Urbanismo y corrupción”, cit., pp. 341 y ss., y ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz, “La corrupción mal endémico del urbanismo español”, cit., p. 111. Ambos autores se refieren a la discrecionalidad (en la planificación) como causa de la corrupción (urbanística) adoptando los postulados de Robert KLITGAARD, que citan expresamente y para quien la corrupción en general tiende a ser mayor cuanto mayor sea, entre otros aspectos, el grado de discrecionalidad del que dispone la autoridad o funcionario. En el mismo sentido y también en un plano general, sin referirse específicamente al urbanismo, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA señaló que en las potestades discrecionales puede anidar con facilidad la corrupción (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Aranzadi, 6ª ed., Navarra, 2009, p. 134).

⁶⁰³ Tal y como afirma, creemos que con acierto, Luis MARTÍN, planificar, sobre todo en sus aspectos discrecionales, es «una cuestión política», en que se debe optar «entre una ciudad de usos integrados o segregados, elegir la expansión o la conservación; decidir entre el Norte o el Sur para las nuevas localizaciones» (MARTÍN REBOLLO, Luis, “Presente y futuro del derecho urbanístico: una reflexión crítica”, cit., p. 52).

para combatir la corrupción, no podemos ignorar que esta ha sido, justamente, una de las tendencias del Derecho en múltiples países y sectores de actividad cuando se ha querido luchar contra prácticas de corrupción⁶⁰⁴.

Se ha pretendido también señalar a la progresiva ampliación de la autonomía local como causa de la corrupción⁶⁰⁵. No obstante, a la luz del análisis realizado previamente, no podemos considerar que la autonomía local sea en sí misma una causa de corrupción sino, del mismo modo que la discrecionalidad, un elemento más de los que, eventualmente, en determinados casos, podría dificultar el control, cuyo ejercicio deficiente (que se ha debido a muchas más causas que la mera autonomía local) sí ha contribuido a producir casos de corrupción urbanística. Igualmente, queremos señalar que no en todos los casos de posible corrupción urbanística la autonomía local dificulta el control de los entes locales. Como ya hemos señalado, el control ejercido por la administración autonómica respecto de la aprobación de los instrumentos de planeamiento, aun siendo un control esencialmente de legalidad compatible con la autonomía local, podría ser efectivo y suficiente para evitar que se llevaran a cabo actuaciones motivadas por tramas de corrupción en todos aquellos casos en que la ilegalidad del acto fuera evidente (por concurrir alguna causa de incompatibilidad en quienes participaran en la elaboración o aprobación inicial del plan; o sencillamente porque se pretendieran actuaciones contrarias al ordenamiento urbanístico); y a este tipo de control únicamente escaparían aquellos casos en que una transacción ilícita y oculta fuera el origen y la causa de un instrumento de planificación elaborado y dictado, en apariencia, de conformidad con el ordenamiento jurídico⁶⁰⁶. Sin embargo es, a nuestro juicio, en un ámbito bien distinto al de la planificación aquel en el que la autonomía local ha mostrado una clara capacidad para facilitar la materialización de la corrupción urbanística. Se trata del ejercicio de la disciplina urbanística. En ese ámbito hemos podido analizar cómo la jurisprudencia del TC ha limitado la intervención de la administración autonómica, de tal forma la sustitución de la corporación local está restringida a los casos de inactividad del ente local tras el correspondiente

⁶⁰⁴ Sobre esta tendencia, por todos, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, cit., pp. 134-135. En algunos ámbitos la doctrina ha constatado, también, la tendencia a introducir, junto con el reconocimiento formal de márgenes de discrecionalidad, la obligación para la Administración de identificar previamente qué criterios guiarán el ejercicio de esa potestad discrecional; tendencia mediante la cual se opera una «conversión de la discrecionalidad administrativa en criterios objetivos reglados que faciliten el control judicial» (FONT I LLOVET, Tomàs y MIR PUIGPELAT, Oriol, “Discrecionalidad administrativa y alcance del control judicial”, cit., p. 1155).

⁶⁰⁵ No solo lo ha creído así la doctrina (por todos, vid. LOZANO CUTANDA, Blanca, “Urbanismo y corrupción: algunas reflexiones desde el Derecho Administrativo”, cit., p. 342) sino también la propia Fiscalía (vid. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2013*, cit., p. 656).

⁶⁰⁶ En efecto, el control de oportunidad no tendría cabida alguna como instrumento para controlar la corrupción pues, al ser la corrupción una opción ilegal que vicia al acto correspondiente, adoptar decisiones motivadas o no por la corrupción no es una cuestión de oportunidad. Por descontado, si existiera un poder de control de oportunidad y no solo de legalidad, en el nivel autonómico también podrían paralizarse los planes que, aun cuando mantienen una aparente legalidad, existen sospechas de haber emanado de una trama de corrupción, pero lo cierto es que, en ese caso, no procede tanto un control administrativo de oportunidad como una comunicación a la fiscalía correspondiente a efectos de que realice las diligencias oportunas.

requerimiento, lo que implica que no puede intervenir aquélla si el ente local ha actuado ya iniciando los trámites pertinentes. Ese limitado control ha dado lugar a casos en que el ente local ha ejercido esa disciplina con la única finalidad de evitar la intervención de la administración autonómica y poder mantener, así, la impunidad de los corruptos, tal y como hemos podido ver en algunos casos que atestiguan este uso (o abuso) pernicioso de la autonomía local. Por ejemplo, en los últimos años de la trama de corrupción en Marbella (2004 y 2005), la Junta de Andalucía dirigió al ayuntamiento de ese municipio más de 250 requerimientos relativos a cuestiones urbanísticas de competencia municipal tales como la paralización de obras ilegales, la incoación de expedientes sancionadores y de restablecimiento del orden jurídico perturbado, pero los requerimientos cumplidos se materializaron en procedimientos que se dejaron caducar por el Ayuntamiento de Marbella⁶⁰⁷. Otro ejemplo, también comentado anteriormente, lo encontramos en el Ayuntamiento de Andratx, donde un concejal incoó un expediente sancionador contra su hermano, que había llevado a cabo unas obras ilegales, con la finalidad de impedir la actuación inspectora del Consell Insular y su subrogación en las competencias sancionadoras del Ayuntamiento, e impedir, al mismo tiempo, que la administración autonómica pudiera conocer que la licencia que amparaba tales obras había sido concedida pese a su manifiesta y patente ilegalidad; y posteriormente, le impuso una sanción por un importe económico poco significativo, evitando, así, una sanción mucho más elevada que podría haberle sido impuesta por la administración autonómica⁶⁰⁸.

En último lugar, la otra gran causa que explica algunos casos de corrupción es la financiación ilegal de los partidos políticos. Según hemos expuesto, hay corrupción cuando el beneficio perseguido por quien ejerce funciones públicas es personal, pero también cuando se aprovecha de las mismas para obtener un beneficio ilegítimo para un grupo al que pertenece, como podría ser un partido político. Muchos, y relevantes, han sido los juristas que han vinculado la corrupción pública en general con la financiación de partidos políticos⁶⁰⁹, y, más específicamente, algunos también se han referido a la vinculación de la corrupción urbanística con la financiación ilegal de partidos políticos⁶¹⁰. Desde las ciencias políticas, en un interesante estudio, Fernando JIMÉNEZ y

⁶⁰⁷ Vid. PÉREZ FRANCESCH, Joan L.; COCCILO, Endrius E. y EYRE DE LORENZO, José A., “Disolución de los ayuntamientos en España y corrupción sistémica”, cit., pp. 315-316.

⁶⁰⁸ SAP de Islas Baleares (Sección 2ª) de 14 de noviembre de 2008, cit.

⁶⁰⁹ Así, en opinión de Alejandro NIETO, «las autoridades –al estilo de los bandoleros románticos– roban y extorsionan no para lucrarse ellos personalmente, sino para repartir los beneficios, ya que no con los pobres, con un partido político del que actúan como agentes o cobradores. Porque en nuestro régimen actual los más grandes extorsionadores de los ciudadanos son los partidos políticos. [...] Antes había que pagar a un funcionario para que tramitase la licencia; ahora hay que pagar, además, al partido» (NIETO, Alejandro, *El desgobierno de lo público*, Ariel, 1º ed., Barcelona, 2008, p. 161); para Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «la financiación de los partidos políticos y de sus campañas electorales, está, frecuentemente, en los orígenes del surgimiento de prácticas corruptas» (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, cit., p. 97); y, también para Jesús GONZÁLEZ, «la financiación de los partidos políticos constituye hoy una de las causas de la corrupción que ocupan un primerísimo lugar» (GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Corrupción, ética y moral en las Administraciones públicas*, cit., p. 47).

⁶¹⁰ Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Corrupción, ética y moral en las Administraciones públicas*, cit., p. 48, donde el autor expone un ejemplo de la corrupción urbanística (exigencia de pagos para la concesión de

Manuel VILLORIA afirman que durante el *boom* inmobiliario parte de los escándalos de corrupción guardaron relación con la financiación de partidos políticos, y en ocasiones incluso dicha financiación ilegal era directamente una forma de contribuir a pagar la campaña electoral del candidato local correspondiente⁶¹¹. Si bien es cierto que hemos encontrado alguna sentencia en que parece apuntarse a la vinculación entre financiación ilícita de partidos políticos y actuación pública urbanística⁶¹², lo cierto es que lo que hemos encontrado con mayor facilidad han sido casos de corrupción, de los relacionados con la financiación de partidos políticos, en el ámbito de la contratación pública y en el de las subvenciones, en que los adjudicatarios o los beneficiarios han realizado donaciones con carácter previo a la resolución del respectivo procedimiento administrativo, o bien se han comprometido a desviar a tales organizaciones parte de los fondos públicos a recibir⁶¹³. A pesar de esa constatación, fruto de las entrevistas realizadas con motivo de la elaboración de este trabajo podemos afirmar que tanto algunos de los abogados y profesores especializados en materia urbanística como algunos de los especialistas anticorrupción entrevistados, han manifestado, desde su experiencia, que esta práctica no es tan infrecuente como se desprendería de este análisis de, por así decirlo, la corrupción urbanística conocida o descubierta⁶¹⁴.

No quisiéramos finalizar este apartado sin advertir que, con frecuencia, la doctrina tiende a incluir entre las causas de la corrupción urbanística una circunstancia que, a nuestro juicio, no guarda relación alguna con este fenómeno: la insuficiente financiación

licencias y para la aprobación de planes urbanísticos) ligada a la financiación de partidos políticos (en ese caso, el comunista); sobre esta vinculación, también vid. POZUELO PÉREZ, Laura, “La respuesta penal a la delincuencia urbanística”, en MENÉNDEZ REXACH, Ángel (ed.), *Urbanismo y corrupción. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 12 (2008)*, cit., pp. 71-98, en particular, pp. 72-73; y también, Díez RIPOLLÉS, José Luis; GÓMEZ-CÉSPEDES, Alejandra; PRIETO DEL PINO, Ana María; STANGELAND, Per y VERA JURADO, Diego J., *Prácticas ilícitas en la actividad urbanística. Un estudio de la Costa del Sol*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 38 y 41.

⁶¹¹ De acuerdo con estos autores, «many of the corruption scandals related to the building boom involved property developers, who rewarded lucrative town planning decisions by illegal commissions paid not only to individuals in positions of authority but also to their political parties»; además, apuntan que «[m]any local candidates and their political parties bolstered their campaigns funds by monies illegally provided by urban developers» (JIMÉNEZ, Fernando y VILLORIA, Manuel, “Political finance, urban development and political corruption in Spain”, en MENDILOW, Jonathan (ed.), *Money, Corruption and Competition in Established and Emerging Democracies*, Lexington Books, Lanham, 2012, pp. 115-136, en especial, pp. 126 y 129-130).

⁶¹² Por ejemplo, la ya citada SAP de Las Palmas (Secc. 1ª) de 14 de noviembre de 2001.

⁶¹³ Veamos un ejemplo de cada una de estas materias: 1) El adjudicatario de unas obras entregó 50 millones de pesetas al Presidente del gobierno balear y secretario general de su partido, dinero que fue utilizado por el gerente del partido para sufragar gastos del partido (STS (Sala de lo Penal) de 16 de diciembre de 1998, rec. núm. 2885/1997, ponente D. José Antonio Martín Pallín); y 2) Un empresario, un relevante cargo de un partido político y el director general de un departamento de la Generalitat habían urdido una trama de corrupción mediante la cual se concedían subvenciones al empresario para que parte de las mismas fueran desviadas ilegalmente para sufragar los gastos del partido e incluso para beneficiar personalmente a alguno de sus militantes (SAP de Barcelona (Sección Segunda) de 21 de enero de 2013 rec. núm. 74/2011, ponente D. Javier Arzúa Arrugaeta).

⁶¹⁴ También, en el mismo sentido, se pronunciaron algunos de los expertos entrevistados en la elaboración del informe *Urbanismo y democracia* de la Fundación Alternativas. Vid. FERRÁNDIZ MAGAÑA, José Pablo y LÓPEZ VALDÉS, Fernando, “Visiones de profesionales y expertos”, en IGLESIAS, Felipe (Dir.), *Urbanismo y democracia. Alternativas para evitar la corrupción*, cit., p. 32.

municipal⁶¹⁵. No discutimos que los ayuntamientos hayan recurrido en exceso a un expansivo desarrollo urbano con la única finalidad de obtener ingresos, pero eso no supone una práctica de corrupción en sentido estricto. Al respecto ha sido bien clara la jurisprudencia cuando ha abordado algunos casos de cohecho: así, en la STS (Sala de lo Penal) de 5 de febrero de 1996, el Tribunal Supremo absolvió del delito de cohecho a una alcaldesa que había sido condenada «por haber solicitado a los constructores Rojas-Vesga una cantidad de dinero “destinada a sufragar los gastos de creación de una banda de música para la localidad de la que era Alcaldesa, a cambio de olvidar otras anomalías o irregularidades urbanísticas menores”, y también por haber consentido diversas irregularidades urbanísticas en contraprestación a que don Fernando E. V. “procediese a reparar la casa del Conserje de las Escuelas Municipales propiedad del Ayuntamiento de Belorado”» (FD 3º). Tal y como se encarga de subrayar el Tribunal Supremo en este caso, el hecho de que con la actuación del funcionario o autoridad se persiga beneficiar exclusivamente al Ayuntamiento (beneficio público), y no a sí mismo o a gente de su entorno o grupos a los que pertenece (beneficio particular), excluye el delito de cohecho⁶¹⁶ y, también, añadimos, la corrupción porque, tal y como la habíamos definido, ésta únicamente es apreciable en casos en que el beneficio sea particular.

Bien distinto es que esa insuficiente financiación, sumada a la enorme fuente de ingresos públicos que hace no mucho tiempo se obtenían del urbanismo, supusiera un incentivo para llevar a cabo una política desarrollista de insostenible crecimiento urbano, con clara desviación de poder, pues era la financiación, y no los intereses que debe tutelar el urbanismo y para cuya consecución se apodera a las administraciones competentes, aquello que guiaba e inspiraba la toma de decisiones en esta materia. Pero eso, insistimos, no es tanto una cuestión de corrupción como una simple mala administración urbanística, y, si bien desde el punto de vista de la protección ambiental y de la ordenada y racional gestión del suelo se podrían sostener propuestas para modificar el sistema de financiación, nada, desde el punto de vista de la política anticorrupción, llevaría a aconsejar una financiación alternativa de los entes locales, pues su escasez de recursos no ha dado pie a enriquecimiento particular ilícito alguno, sino a un beneficio público (aunque también ilícito).

⁶¹⁵ Por todos, vid. Pablo GARCÍA, quien pone de relieve, también, que es frecuente referir el problema de la insuficiente financiación de los municipios entre las causas de la corrupción urbanística (GARCÍA MEXÍA, Pablo, *Ética y gobernanza. Estado y sociedad ante el abuso de poder*, cit., p. 127).

⁶¹⁶ En palabras del mismo TS: («[l]a hoy recurrente, en ningún momento persiguió ningún beneficio personal, para sí ni para persona de su entorno o con las que mantuviese determinada relación de tipo particular, sino que -con independencia del juicio que pudieran merecer su conducta en el plano ético, en el político e incluso en el jurídico-penal, al margen de la figura típica aquí examinada, sobre lo que nada procede decir en este momento- lo único que se desprende del relato de «hechos probados» de la sentencia recurrida es que la acusada solamente persiguió beneficios para la cosa pública, concretamente para el Ayuntamiento; pues no cabe la menor duda de que tanto la formación de una banda de música municipal como la reparación de la vivienda del conserje de un colegio público, igualmente municipal, representaban potenciales beneficios para las arcas municipales» (STS (Sala de lo Penal) de 5 de febrero de 1996, rec. núm. 1366/1995, ponente D. Luis Román Puerta Luis, FD 3º).

1.4.- Conclusión y síntesis: la fórmula de la corrupción

Desde que Robert KLITGAARD sintetizara su tesis sobre qué factores contribuyen a causar corrupción en una fórmula matemática (aunque utilizada en forma metafórica, según reveló el mismo autor, pues cada variable es multidimensional, y no proporciona cálculos fiables), esta forma heurística de sintetizar las causas de la corrupción se ha extendido en buena medida entre la doctrina⁶¹⁷, y es relativamente frecuente encontrar «fórmulas de la corrupción» en los trabajos académicos sobre esta materia.

Para Robert KLITGAARD⁶¹⁸, la fórmula de la corrupción es la siguiente:

$$C = M + D - A$$

Según esa formulación, habrá más corrupción cuanto más monopolio (M) y discrecionalidad (D) haya en el ejercicio del poder, y menor sea la rendición de cuentas y el control (en la fórmula original, *accountability*) (A)⁶¹⁹.

Algunos autores han adoptado esa misma fórmula, otros la han aceptado solo parcialmente y le han añadido los elementos a su juicio necesarios y que la fórmula de Robert KLITGAARD omitía, o de llano, han adoptado fórmulas alternativas. Así, en la bibliografía encontramos, por ejemplo, esa fórmula modificada por la aportación de Jay MOOR⁶²⁰, quien, al entender que la ética juega un papel fundamental en la producción de casos de corrupción, añadió a la ecuación el elemento del ambiente o clima ético (E), conduciendo a una reformulación en los siguientes términos:

$$C = (M + D - A) / E$$

Alternativamente, en la doctrina también encontramos fórmulas que, aceptando la premisa planteada por Robert KLITGAARD y adoptando su método para representar las ideas, han presentado fórmulas que no sustituyen ni modifican esa aportación sino que la complementan, tal y como ha hecho, por ejemplo, Juli PONCE, quien, en lugar de

⁶¹⁷ Esta tendencia es frecuente entre los economistas que abordan el problema de la corrupción. La economía es una ciencia que, en efecto, parece apropiada para producir grandes aportaciones en la materia, pues los de corrupción son «crímenes de cálculo» donde el principal motivo para infringir el ordenamiento jurídico es la ganancia esperada. Puesto que el análisis economicista está en buena medida marcado por procedimientos matemáticos, no es sorprendente la buena acogida del recurso a fórmulas matemáticas en el análisis del fenómeno.

⁶¹⁸ KLITGAARD, Robert, *Controlling corruption*, cit., p. 75.

⁶¹⁹ En ocasiones, *accountability* se ha traducido, a falta de mejores expresiones en castellano, como «transparencia», vid. KLITGAARD, Robert; MACLEAN-ABAROA, Ronald y PARRIS, H. Lindsey, *Corrupt cities: a practical guide to cure and prevention*, cit., p. 32; si bien podemos afirmar que no resulta extraño referirse hoy a «rendición de cuentas» como equivalente.

⁶²⁰ Vid. TAYLOR, Paul (dir.), *Tools to support transparency in local governance*, Transparency International-United Nations Human Settlements Programme, Nairobi, 2004, p. 14.

poner en una ecuación los elementos que favorecen la corrupción, ha elaborado una fórmula sobre la reducción de la misma, planteada en estos términos:

Menor C (corrupción) = D ([discrecionalidad] reduciéndola donde sea posible pero aceptando su papel) + B (buena administración) + T (transparencia) + P (participación)

Pues bien, siguiendo esta línea, si realizáramos un ejercicio académico de esta índole, resumiendo de un modo esquemático y visual nuestras propias conclusiones sobre los elementos que han conducido a la corrupción urbanística, podríamos partir de la siguiente conclusión: la corrupción urbanística española se puede explicar por los elevados beneficios que han podido obtenerse (especialmente en época del *boom* inmobiliario) y por los deficientes controles (que dificultan la detección de las conductas corruptas y logran perpetuar una extendida impunidad de las mismas), en un clima en que la ética pública ha quedado en segundo plano, en beneficio del interés particular. Esta conclusión, convertida en ecuación, quedaría del siguiente modo:

$$C = B - (D + S + E)$$

Convirtiendo sus iniciales en la palabra que representan, esta fórmula equivaldría a:

Corrupción = beneficio esperado – (probabilidad de detección + severidad de la sanción aplicable + ética)

En esa fórmula, el grado de extensión de la corrupción (C) sería un valor que estaría en función de una serie de elementos o variables⁶²¹, como el beneficio económico que puede obtenerse de la realización de la actuación corrupta (B), que incentiva la corrupción, y tres elementos que la desincentivan: la probabilidad de detección (D) y la efectividad y severidad de la sanción (S), ambas en el marco de unos controles efectivos y eficientes, y, en último lugar, el grado de acatamiento personal de las reglas de ética pública por parte de los sujetos que ejercen funciones públicas (E).

Cada uno de los elementos de la ecuación está compuesto, a su vez, por una importante cantidad de variables, que pueden darse en mayor o menor medida en cada caso. Esas variables son las ya vistas en cada uno de los apartados precedentes, y así, por ejemplo, en lo relativo a la eficacia de los controles y la oportuna sanción de la corrupción, hemos visto cómo algunos elementos tales como la discrecionalidad administrativa o la autonomía local pueden tener un papel más o menos relevante facilitando la realización de prácticas corruptas, o cómo la dotación de medios suficientes al poder judicial y una

⁶²¹ En efecto, en la medida en que la función establece la relación de un valor con una serie de variables, pudo expresarse la fórmula explícitamente como una función matemática, indicándolo con los caracteres $f\{\dots\}$, tal y como hacen algunos autores (por todos, vid. JAIN, Arvind K., “Corruption: a review”, cit., p. 81).

mayor celeridad en la resolución de casos podría reducir en buena medida la frecuente impunidad.

Por último, debemos añadir que la fórmula presentada responde al patrón: Corrupción = incentivos – desincentivos, y ha sido conformada a partir de las que, a nuestro juicio, constituyen las causas generales de la corrupción urbanística. En consecuencia, esa fórmula no explica todos los casos, pues, como ya hemos visto, en algunos deberíamos añadir aspectos contingentes como la complejidad técnica de la normativa urbanística.

2.- CONSECUENCIAS DE LA CORRUPCIÓN

En primer lugar haremos mención de algunas de las consecuencias de la corrupción a nivel mundial, según han sido identificadas por la doctrina. A continuación, dedicaremos un análisis específico a las consecuencias de la corrupción urbanística en España.

2.1.- Consecuencias generales

La OCDE, con la intención de conseguir que la lucha contra la corrupción fuera un objetivo prioritario entre gobiernos y empresas, elaboró en 2014 un breve y accesible documento denominado *The rationale for fighting corruption*⁶²², en el que expone las principales consecuencias (o costes) de la corrupción según han sido identificados por la doctrina y por instituciones que han estudiado el fenómeno, como el Banco Mundial.

De acuerdo con ese documento, la corrupción tiene un coste económico de más del 5% del PIB global, y supone uno de los principales obstáculos para el desarrollo económico⁶²³, político y social sostenible para economías desarrolladas, emergentes o en desarrollo. La corrupción incrementa el coste de las transacciones en los mercados, desincentiva la inversión nacional y extranjera en el país⁶²⁴ y tiene efectos perniciosos

⁶²² El documento se integra en la iniciativa CleanGovBiz de la OCDE, y se encuentra accesible en www.cleangovbiz.com.

⁶²³ A pesar de que algunos estudios inicialmente teorizaron los beneficios de la corrupción para el desarrollo económico entendiéndolo que la misma podía agilizar sistemas ineficientes (LEFF, Nathaniel H., “Economic development through bureaucratic corruption”, *American Behavioral Scientist*, vol. 8, 1964, pp. 8-14; o HUNTINGTON, Samuel P., *Political order in changing societies*, Yale University Press, New Haven-Londres, 1968); con posterioridad se han comprobado que sus efectos sobre el mismo son, en términos generales, perjudiciales (por todos, vid. MAURO, Paolo, “Corruption and Growth”, *The Quarterly Journal of Economics*, núm. 110, vol. 3, 1995, pp. 681-712).

⁶²⁴ La Corte dei Conti italiana ha estimado que el descenso de cada punto en el Índice de Percepción de la Corrupción de Transparencia Internacional provoca un descenso del 16% de la inversión extranjera. COMMISSIONE PER LO STUDIO E L'ELABORAZIONE DI PROPOSTE IN TEMA DI TRASPARENZA E PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE, *La corruzione*, cit., p. 19.

en su productividad. La presencia de corrupción lleva a que la inversión de recursos no se haga en aquellos sectores o programas más beneficiosos para la colectividad sino que tiendan a desviarse hacia los que ofrecen mayores perspectivas de enriquecimiento personal de los políticos que adoptan las decisiones, como los proyectos de construcción de grandes infraestructuras o programas militares, en detrimento de sectores como la educación o la sanidad. Además, la calidad de las prestaciones de servicios públicos o la realización de obras públicas tiende a empeorar en términos cualitativos, ya que los mismos son asignados no al mejor cualificado para llevarlos a cabo sino a quien ofreció el mayor soborno. Los fondos públicos, por su parte, son malversados o desviados de su destinación legítima para el enriquecimiento particular. Y finalmente, entre otras consecuencias, también se menciona que la corrupción perpetúa la pobreza, ya que se ha constatado un efecto negativo en el crecimiento de las rentas del 20% de las personas más pobres de un país⁶²⁵.

En opinión de Víctor LAPUENTE⁶²⁶, los efectos nocivos de la corrupción a medio-largo plazo se hacen patentes sobre una gran cantidad de indicadores de calidad de vida y, sintetizando los resultados de múltiples estudios sobre las consecuencias de la corrupción, presenta la siguiente tabla, que reproducimos por la amplitud de variables que considera:

Indicadores de calidad de vida - Correlación con corrupción (o con ausencia de “buen gobierno”)

Crecimiento económico	-20%
Nivel de renta per cápita	-87%
Desigualdad económica	+46%
Desempleo	+48%
Nivel de confianza social	-50%
Estado de Bienestar (protección social)	-51%
Esperanza de vida	-53%
Percepción subjetiva salud	-37%
Índice de Desarrollo Humano (ONU)	-70%
Sostenibilidad medioambiental	-54%
Satisfacción con la vida	-66%
Percepción de felicidad	-45%

Como muchos otros autores que tratan variables similares, Víctor LAPUENTE apunta que la causalidad es difícil de determinar, y que en ocasiones puede actuar en ambas direcciones: aunque la corrupción puede conducir a un escaso desarrollo económico, ese mismo nivel de desarrollo también puede conducir a prácticas corruptas⁶²⁷.

⁶²⁵ OCDE, “*The rationale for fighting corruption*”, 2014, pp. 2-4, accessible en www.cleangovbiz.com.

⁶²⁶ LAPUENTE GINÉ, Víctor, “Por qué la corrupción no se castiga”, *Política comparada*, núm. 2, 2011, pp. 1-16, pp.4 y 5.

⁶²⁷ LAPUENTE GINÉ, Víctor, “Por qué la corrupción no se castiga”, cit., p. 6. No obstante, es oportuno traer a colación que algunos estudios respaldan la tesis de que la tendencia dominante es que sea una débil

2.2.- En particular, las consecuencias de la corrupción urbanística en España

Las consecuencias que produce la corrupción urbanística en cada uno de los casos son, con mayor o menor dificultad en función de la complejidad de los hechos, relativamente fáciles de identificar. Más complicado es, a nuestro juicio, referirse con ánimo omnicomprendivo a las consecuencias que, en abstracto, genera la corrupción urbanística.

Para abordar esa labor hemos partido de dos constataciones, en función de las cuales hemos delimitado las consecuencias a tratar: por un lado, puesto que la corrupción urbanística ha sido durante los últimos años el principal tipo de corrupción pública en España, consideramos que es pertinente referirse a las consecuencias que produce la corrupción pública en general en el Estado español, ya que gran parte de las mismas han sido causadas por la urbanística; por otro lado, también estimamos apropiado incluir entre las consecuencias de la corrupción urbanística aquellas de índole propiamente urbanística, en la medida en que, en ocasiones, algunas malas prácticas urbanísticas (como el deficiente ejercicio de la disciplina urbanística o el desarrollo urbano excesivo) han venido motivadas por casos de corrupción.

Veamos, en primer lugar, algunas consecuencias de relevancia jurídica generales de la corrupción pública en España, las cuales son, evidentemente, compartidas por los casos de corrupción surgida en el ámbito urbanístico; para, en segundo lugar, hacer breve mención a las principales consecuencias de naturaleza económica y social. Finalmente, en el último apartado, nos centraremos en las consecuencias específicamente urbanísticas producidas por la corrupción que ha tenido, y tiene, lugar en ese sector.

2.2.1.- Consecuencias jurídicas: la vulneración de derechos y principios contenidos en la Constitución y en las leyes, con especial consideración del principio de incorruptibilidad

A efectos jurídicos, la corrupción supone una frontal oposición a la configuración constitucional de la Administración pública. Constitucionalmente, la Administración se constituye para la consecución de los intereses generales, que debe servir con objetividad, y que actúa bajo la dirección política del gobierno y a través de un personal cuya actuación debe estar regida por el principio de imparcialidad (arts. 97 y 103 CE);

gobernanza (con alta corrupción) la que lleve a un bajo crecimiento o desarrollo económico, vid. ROSE-ACKERMAN, Susan, "The institutional economics of corruption", en DE GRAAF, Gjalte; VON MARAVIĆ, Patrick y WAGENAAR, Pieter (eds.), *The good cause: Theoretical perspectives on corruption*, Barbara Budrich, Leverkusen, pp. 47-63, p. 57.

no obstante, las conductas corruptas en el seno de las Administraciones implican obviar los intereses generales en favor de la consecución, directa o indirecta, de los intereses particulares de quienes ostentan cargos de gobierno o desempeñan funciones administrativas, objetivo que esos sujetos, al incurrir en prácticas corruptas, logran al desarrollar sus actividades (públicas) de un modo descaradamente parcial⁶²⁸.

En efecto, la misma jurisprudencia ha observado que en los delitos de corrupción pública esos sujetos se sirven de la Administración para satisfacer directa o indirectamente sus propios intereses, vulnerando así la finalidad del actuar de la Administración, constitucionalmente reconocida, de perseguir los intereses generales. En particular, respecto del delito de tráfico de influencias (aunque a nuestro parecer se trata de un juicio extensible a todo delito de corrupción pública), se ha afirmado que «lo que el legislador ha pretendido con la regulación de dicha conducta es el reproche de la utilización de la Administración Pública para la satisfacción de intereses particulares de los funcionarios o autoridades en lugar de para el interés general, suponiendo ello una grave inversión de los valores y principios que legitiman el actuar de la Administración»⁶²⁹. Respecto de otro delito de corrupción pública (negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos), el TS ha dicho que el bien jurídico protegido es «la pureza de la Administración», y que con la tipificación de ese delito se «pretende defender la imparcialidad de la Administración en los negocios privados, evitando así que los funcionarios se sirvan de ella para fines particulares de lucro»⁶³⁰.

Adicionalmente, hemos podido observar cómo, recientemente, la jurisprudencia ha aceptado que de la propia Constitución (específicamente, de los arts. 9.1 y 103) derivaría, incluso, un principio específicamente relacionado con la necesaria ausencia de corrupción en el seno de la Administración, principio al que los tribunales se refieren como «principio de incorruptibilidad», sobre el que enseguida volveremos.

Además de vulnerar reglas de naturaleza constitucional, la corrupción también implica, en cualquier caso, una vulneración del derecho a una buena administración y de los principios de buen gobierno.

Uno de los múltiples contenidos que integran la buena administración, tanto en la vertiente de principio como en la de derecho allá donde se ha regulado, es la objetividad

⁶²⁸ Sobre la infracción constitucional que a estos efectos supone la corrupción, particularmente respecto del art. 103.1 CE, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, cit., pp. 135-138. Más ampliamente, Carlos JIMÉNEZ VILLAREJO sustenta la incompatibilidad de la corrupción con el modelo constitucional también en base a los preceptos que configuran el orden socioeconómico, vid. JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos, “Democracia contra corrupción”, *Jueces para la democracia*, núm. 27, 1996, pp. 10-15, pp. 10-11.

⁶²⁹ Auto AP de Sevilla (secc. 1ª) de 30 de junio de 2008, cit., FD 7º.

⁶³⁰ STS (Sala de lo Penal) de 8 de octubre de 1992, rec. núm. 1712/1991, ponente D. Luis Román Puerta Luis, FD 5º.

e imparcialidad con que los poderes públicos deben tratar los asuntos⁶³¹, elementos que, como venimos insistiendo, se ven siempre vulnerados por la corrupción.

En cuanto a la configuración del buen gobierno, el ordenamiento jurídico español ha entendido que, entre los principios que lo integran, figura el principio de imparcialidad, «de modo que [los miembros del Gobierno de la Administración General del Estado y sus altos cargos] mantengan un criterio independiente y ajeno a todo interés particular»⁶³².

Conviene ahora detenerse en el principio de incorruptibilidad, a través del que se puede apreciar cómo la jurisprudencia ha entendido que los principios y garantías de la Constitución Española requieren de la ausencia de corrupción para su cumplimiento.

Este principio, inexistente en el Derecho positivo de nuestro ordenamiento, no aparece mencionado en la Constitución ni tampoco en las leyes y reglamentos. Tampoco hemos podido encontrar referencia alguna a dicho principio en la doctrina científica⁶³³, si bien la jurisprudencia del orden penal lo ha reconocido en algunas resoluciones.

La más temprana referencia jurisprudencial a la “incorruptibilidad” data de 1980 y no se refiere a ella como principio, ni la aplica a los órganos del poder ejecutivo, sino que la trata como un bien jurídico más de los que pretenden salvaguardar las instituciones de la abstención y la recusación judiciales:

«los institutos de la abstención y de la recusación procesales tienen por objeto el que los Jueces, Magistrados, o Auxiliares de unos u otros, se aparten o sean apartados del conocimiento, tramitación o decisión de determinados y concretos procesos cuando sus relaciones personales con los justiciables u otras circunstancias proclives a la parcialidad, les pongan en peligro o permitan recelar o sospechar que pueden perder la imagen o el nimbo o aureola de austeridad, respetabilidad, incorruptibilidad, rectitud, imparcialidad y ecuanimidad que deben presidir siempre las actuaciones judiciales y rodear o circundar a

⁶³¹ Por ejemplo, art. 41.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, art. 30.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña según su redacción tras la aprobación de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña y art. 5.1.b de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía. A nivel doctrinal, dos obras de referencia son PONCE SOLÉ, Juli, “El derecho a una buena administración: Derecho administrativo y lucha en pos de una buena gestión pública”, en TORNOS MAS, Joaquín (coord.), *Comentarios a la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 225-266; PONCE SOLÉ, Juli, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento debido. Las bases constitucionales del ejercicio de la discrecionalidad y del procedimiento administrativo*, Lex Nova, Valladolid, 2001 y RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo, “El Derecho a una buena administración. Dimensiones constitucional y estatutaria”, en ÁVILA RODRÍGUEZ, Carmen María y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Francisco J. (coords.), *El derecho a una buena administración y la ética pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 55-76.

⁶³² Art. 26.2.3º Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

⁶³³ No sucede lo mismo, por ejemplo, en Estados Unidos, donde la doctrina ha sostenido que la Constitución de dicho Estado contiene el principio anticorrupción. Vid. TEACHOUT, Zephyr, “The anti-corruption principle”, *Cornell Law Review*, vol. 94, 2009, pp. 341-413.

la Administración de Justicia»⁶³⁴.

Referido a funcionarios de la Administración pública, específicamente a un funcionario de la Jefatura Provincial de Tráfico de Málaga, por la compra de las respuestas correctas de un examen teórico de conducción de vehículos a motor, la primera referencia constituye un elemento subjetivo más del tipo penal del cohecho, según se lee en la STS (Sala Penal) de 8 de febrero de 1982⁶³⁵:

«en cuanto al procesado Luis Pablo, procede absolverle de dicho delito por el que viene siendo acusado por el Ministerio Fiscal, pues los preceptos sancionadores del cohecho supeditan la punibilidad del mismo a la circunstancia básica de atentar al decoro profesional y a la incorruptibilidad de los miembros de los Organismos oficiales, teniendo conocimiento de ello el sujeto activo que con sus dádivas o presentes atenían a la confianza que la sociedad tiene depositada en los funcionarios en cuanto al cometido de sus funciones».

Tras estos tempranos pronunciamientos, el término no vuelve a aparecer en la jurisprudencia hasta dos décadas más tarde, ya con naturaleza reconocida de principio jurídico. La primera sentencia que hace referencia, propiamente, al principio de incorruptibilidad es la STS (Sala de lo Penal) de 11 de julio de 2008⁶³⁶, que resuelve el recurso de casación interpuesto en un caso en cuyo *factum* queda probado que un funcionario del Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social había realizado «actividades de asesoramiento a una entidad privada en relación con unos expedientes de inspección tramitados por la Inspección de Trabajo de Barcelona -a la que pertenecía el acusado- los cuales habían sido asignados a otros Inspectores» con la finalidad «de que la misma [entidad privada] pudiera hacer frente a la inspección de que estaba siendo objeto» (FD 2º)⁶³⁷.

En la sentencia mencionada se trae a colación el principio de incorruptibilidad al referirse el bien jurídico protegido por el delito de negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos (art. 441 CP). Según se lee en su FD 2º, dicho bien jurídico protegido «lo constituye el correcto funcionamiento de la función pública, conforme a las exigencias constitucionales (v. arts. 9.1 y 103 C.E), con respeto de los

⁶³⁴ STS (Sala de lo Penal) de 9 de junio de 1980, ponente D. Luis Vivas Marzal. El párrafo reproducido también puede leerse con posterioridad, aunque sin mención expresa de esta primera sentencia, en el AAP de Jaén (Secc. 3ª) de 31 de marzo de 2008, rec. núm. 373/2007, ponente D. José Cáliz Covaleda.

⁶³⁵ STS (Sala Penal) de 8 de febrero de 1982, ponente D. Francisco Cotta Márquez de Prado.

⁶³⁶ STS (Sala de lo Penal) de 11 de julio de 2008, rec. núm. 2017/2007, ponente D. Luis Román Puerta Luis.

⁶³⁷ Sobre la inadmisibilidad legal o reglamentaria de tal asesoramiento, la misma sentencia, en el citado FD 2º, añade que: «[I]legados a este punto, debemos resaltar el acierto con que el Ministerio Fiscal subraya que la "función de asesoramiento" la llevarán a cabo los Inspectores de Trabajo "con ocasión del ejercicio de su actuación inspectora", según establece el art. 3.2º LOITSS por lo que -continúa el Ministerio Fiscal- "no puede interpretarse que bajo tal precisión pueda ampararse quien, como recoge la sentencia recurrida, asesora para "contrarrestar lo que les pedía la inspección", es decir, se asesora, según el recurrente, al amparo de la Ley para hacer ineficaz la labor que la Ley encomienda precisamente a la Inspección de Trabajo"».

principios de objetividad, imparcialidad, igualdad e incorruptibilidad».

Si bien se trata de lo que podríamos denominar una línea jurisprudencial minoritaria⁶³⁸, lo cierto es que este reconocimiento judicial del principio de incorruptibilidad ha contado recientemente con cierta acogida, y ya son varias las resoluciones judiciales que al abordar el bien jurídico protegido en el delito de negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos reproducen, literal o cuasi literalmente, ese pionero pronunciamiento de 2008, haciéndose eco del mentado principio⁶³⁹. Incluso hay indicios de consolidación por parte del TS, pues, tras repetir la mención a ese principio en 2012, lo hizo de nuevo en la STS de 4 de noviembre de 2014⁶⁴⁰ al referirse una vez más al bien jurídico protegido por el art. 441 CP, mencionando los mismos cuatro principios de objetividad, imparcialidad, igualdad e incorruptibilidad en un caso en que se condenó a dos arquitectos honoríficos del ayuntamiento de Guadalix de la Sierra en aplicación del citado art. 441 CP por haber emitido informes en su condición de arquitectos municipales en la tramitación administrativa relativa a la aprobación y ejecución de proyectos realizados por ellos mismos a través de la empresa privada de la que eran socios y administradores.

Si bien el principio de incorruptibilidad ya ha sido enunciado jurisprudencialmente, toda la aportación judicial se ha quedado en eso, en la mera enunciación. No se ha dotado a dicho principio de un fundamento claro en el ordenamiento jurídico positivo, ni se ha intentado dotarlo de significado, por lo que los siguientes párrafos, que tratan, respectivamente, del fundamento de dicho principio y de su contenido, no dejan de ser en buena medida tentativos, una mera propuesta exigida por el silencio judicial en desarrollo de este principio.

Por cuanto respecta a su fundamento o anclaje normativo, la jurisprudencia citada establece que el correcto funcionamiento de la función pública viene exigido constitucionalmente por los arts. 9.1 y 103 CE, y de todos los principios allí contenidos, explícita o implícitamente, los cuatro mencionados (objetividad, imparcialidad, igualdad

⁶³⁸De entre todas las que hacen referencia al bien jurídico protegido en el delito de negociaciones y actuaciones prohibidas a funcionarios públicos, solo 12 han incluido el principio objeto de este apartado.

⁶³⁹Han citado este principio las siguientes resoluciones: STS (Sala de lo Penal) de 11 de julio de 2008, rec. núm. 2017/2007, ponente D. Luis Román Puerta Luis; STS (Sala de lo Penal) de 4 de diciembre de 2012, rec. núm. 32/2012, ponente D. Francisco Monterde Ferrer; STS (Sala de lo Penal, secc. 1ª) de 4 de noviembre de 2014, rec. núm. 611/2014, ponente D. Julián Sánchez Melgar; SAP de Murcia (secc. 3ª), de 27 de noviembre de 2014, rec. núm. 1/2012, ponente D. Juan del Olmo Gálvez; AAP de Sevilla de 2 de noviembre de 2010, rec. núm. 6029/2010, ponente Dª. María Auxiliadora Echávarri García; SAP de Baleares de 15 de marzo de 2010, rec. núm. 61/2007, ponente D. Miguel Ángel Arbona Femenia; AAP de Zamora de 16 de febrero de 2010, rec. núm. 7/2010, ponente D. Andrés Manuel Encinas Bernardo; SAP de Barcelona de 23 de mayo de 2011, rec. núm. 4/2010, ponente: D. Gerard Thomas Andreu; SAP de Logroño de 7 de junio de 2010, rec. núm. 509/2009, ponente D. Losé Luis Díaz Roldán; AAP de Madrid de 22 de junio de 2009, rec. núm. 218/2009, ponente Dª. Paz Redondo Gil; S Juzgado de lo Penal núm. 4 de Pamplona, de 4 de junio de 2009, cit.; SAP Barcelona de 27 de julio de 2011, rec. núm. 73/2008, ponente D. José María Torras Coll.

⁶⁴⁰STS (Sala de lo Penal, secc. 1ª) de 4 de noviembre de 2014, cit.

e incorruptibilidad) son los que no se respetan cuando concurre una situación de incompatibilidad, que es, a fin de cuentas, la que, en su modalidad más reprochable, sanciona el art. 441 CP como delito de negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos.

El art. 9.1 CE es el que establece que la Administración Pública, como poder público que es, está sometida a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, y el art. 103.1, que actuará con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. Esta mención al ordenamiento jurídico y, sobre todo, la mención al Derecho, justifican el sometimiento de la Administración a los principios del ordenamiento jurídico⁶⁴¹.

Por su parte, el art. 103.3 CE hace referencia expresa a la función pública, fijando, explícita o implícitamente, algunos principios que deben vertebrar la regulación legal del régimen jurídico de los funcionarios públicos, donde conviene destacar la mención que se hace al «sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones». De esta voluntad constitucional de regular en todo caso un sistema de incompatibilidades y garantías para la imparcialidad derivan tanto los principios de objetividad e imparcialidad como, a mi entender, el de incorruptibilidad, ya que, como hemos visto, los casos en que hay parcialidad e incompatibilidad entre el ejercicio de funciones públicas e intereses o actividades privados, hay corrupción.

Dicho de otro modo, en consecución del principio de incorruptibilidad del empleado público, la CE exigiría el establecimiento de un sistema de incompatibilidades y unas garantías de imparcialidad. Esta misma idea, de que el reforzamiento de los sistemas de incompatibilidades y los mecanismos de garantía de la imparcialidad contribuyen a la reducción de la corrupción, ha sido expuesta ya por la doctrina⁶⁴², y de hecho, hay un amplio consenso, no solo en la doctrina científica, de que la prevención de la corrupción depende en gran parte de una buena regulación de los conflictos de intereses aplicada con efectividad⁶⁴³.

Otro argumento más que refuerza el anclaje del principio de incorruptibilidad en el art. 103.3 CE es la propia contextualización de su enunciación jurisprudencial. El principio de incorruptibilidad siempre se ha citado al mencionar el bien jurídico protegido por el delito de negociaciones y actividades prohibidas a funcionarios públicos, que es, en esencia, el delito que castiga el conflicto de intereses resuelto en favor del beneficio

⁶⁴¹ Vid. PONCE SOLÉ, Juli, *Discrecionalidad urbanística y autonomía municipal*, cit., pp. 171-173.

⁶⁴² PONCE SOLÉ, Juli, “La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración”, cit., p. 122.

⁶⁴³ CONFERENCIA DE LOS ESTADOS PARTE EN LA CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCION, *Los conflictos de intereses, la denuncia de los actos de corrupción y las declaraciones de activos, en particular en el contexto de los artículos 7 a 9 de la Convención*, CAC/COSP/WG.4/2012/1, de 22 de junio de 2012.

privado⁶⁴⁴. Por tanto, el principio de incorruptibilidad está estrechamente ligado a las incompatibilidades y a las garantías de imparcialidad contenidas en el art. 103.3 CE.

En cuanto a su posible contenido, sabemos que el principio de incorruptibilidad al que se refiere la jurisprudencia está muy estrechamente ligado a los conflictos de intereses. Ahora bien, como ninguna sentencia ha aportado una conceptualización del mismo, nos encontramos ante el problema de saber cuál puede ser su contenido y, lo que es más importante, qué añadiría más allá de lo que ya suponen los principios de objetividad e imparcialidad, principios que han contado con mayor acogida y, por descontado, más amplio desarrollo que el de incorruptibilidad⁶⁴⁵.

A pesar de las dudas y falta de concreción que puedan apreciarse en un principio como éste, que sin duda se encuentra en un estadio evolutivo bastante temprano pese a haber sido ya reconocido por el TS, creemos que existen indicios suficientes para entender que el objeto de este principio es promover que los empleados y cargos públicos actúen sin que haya sospechas de un posible comportamiento corrupto, al tiempo que impone a los poderes públicos la obligación de establecer una regulación legal de todos aquellos mecanismos y garantías que impidan la corrupción en el ejercicio de funciones públicas (art. 103.3 CE)⁶⁴⁶.

2.2.2.- Consecuencias de distinta naturaleza: los costes económicos y sociales de la corrupción

Más allá de los principios y derechos que vulnera la actuación corrupta, también supone un gasto para el erario público muy considerable. Es relevante traer a colación las

⁶⁴⁴Por poner dos ejemplos de supuestos de hecho de las resoluciones ya citadas que mencionan el principio de incorruptibilidad, el AAP Sevilla de 2 de noviembre de 2010 se refiere a una arquitecta municipal con despacho profesional en la misma localidad en que ejerce dicha función pública; y la SAP Logroño de 7 de junio de 2010, a un alcalde que opera como constructor en la misma localidad en la que es alcalde, y participa activamente y vota en el procedimiento de modificación puntual del plan general municipal presentado por la sociedad de la que era administrador solidario y cuya finalidad era modificar la calificación de un terreno de uso dotacional privado, recientemente adquirido por dicha sociedad, para permitir la construcción de viviendas.

⁶⁴⁵ Por ejemplo, respecto del principio de objetividad puede consultarse la revista *Documentación Administrativa*, núm. 289, enero-abril 2011, ejemplar especialmente dedicado a ese principio.

⁶⁴⁶ Tras el análisis de los mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y, en general, la lucha contra la corrupción, la doctrina no ha identificado propiamente la existencia de un principio general de incorruptibilidad, pero sí ha identificado la existencia de uno equivalente: el de integridad, pues «[l]a integridad y la corrupción son las dos caras de la misma moneda». Para Agustí CERRILLO, «el principio de integridad no es únicamente un término que recoge de forma sintética y conjunta todos los mecanismos que prevé nuestro ordenamiento jurídico para garantizar el respeto del marco de referencia existente en el ejercicio del cargo público que permita garantizar la inexistencia de conflictos de intereses y, por ende, de influencias indebidas de intereses privados en el interés público para obtener beneficios propios, sino que, a nuestro entender, el principio de integridad es un auténtico principio jurídico que debe inspirar la interpretación de todo el ordenamiento jurídico, integrando las lagunas existentes en defecto de otra norma al respecto» (CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí, *El principio de integridad en la contratación pública*, cit., p. 59 y 339).

estimaciones económicas del coste de la corrupción, pues nos proporcionan, además, datos complementarios para cuantificar la dimensión del fenómeno.

Según se ha informado en prensa⁶⁴⁷, el profesor de economía austríaco Friedrich SCHNEIDER estimó que la corrupción en España era del 1% del PIB, lo que equivaldría aproximadamente a cerca de 10.500 millones de euros anuales, que se estarían perdiendo en forma de malversaciones o ingresos dejados de percibir. Esta estimación entraría dentro de lo previsto por el Banco Mundial, que estimó que el coste de la corrupción oscila entre el 0.5% y el 2% en los países de la OCDE, España entre ellos. Otras estimaciones han sido algo más arriesgadas y han calculado el coste social de la corrupción en España, entendido como la pérdida de bienestar presente y futuro de la colectividad, que se ha cuantificado en 40.000 millones de euros anuales⁶⁴⁸.

Estas estimaciones económicas indican en todo caso un gran coste para las arcas públicas, especialmente grave en una coyuntura económica como la actual, en que se vive la austeridad en el gasto público, que redundará en limitaciones y restricciones en los derechos sociales de la ciudadanía. En este sentido la Audiencia Provincial de Barcelona, en su Auto de 1 de marzo de 2013, ha lamentado especialmente la conducta de aquellos políticos que, «sucumbiendo a las facilidades y ventajas que proporciona el ejercicio del poder, hacen un ejercicio torticero del mismo, incurriendo en conductas que comportan un uso delictivo de fondos públicos», «en una época de incuestionable crisis económica, con personas que a diario engrosan los dramáticos índices de desempleo que sufre nuestro país, con continuos recortes por sus gobernantes en servicios sociales, así como con la demanda de sacrificios al conjunto de la sociedad muy particularmente padecidos por los sectores más débiles». Estas conductas, sigue el tribunal, comportan «un uso indebido, por ilegítimo, de fondos o caudales que por su naturaleza pública forman parte integrante del patrimonio del Estado estando en definitiva destinados a fines que deben redundar en beneficio del global de una sociedad a la que desde las instituciones se le viene pidiendo e imponiendo importantes sacrificios»⁶⁴⁹.

En efecto, una de las consecuencias de la corrupción es una menor disponibilidad de fondos públicos, situación que, en el contexto actual de crisis económica, se traduce en buena medida en mayores restricciones (o recortes) en los derechos sociales. Esta agravación coyuntural de los casos de corrupción pública propiciada por la crisis

⁶⁴⁷ GARCÍA VEGA, Miguel Ángel, “El alto coste del lado oscuro”, *El País*, 11 de agosto de 2013.

⁶⁴⁸ LEÓN, Carmelo J., DE LEÓN, Javier, y ARAÑA, Jorge E., “Relación entre corrupción y satisfacción”, *Revista de economía aplicada*, núm. 64, vol. XXII, 2014, pp. 31-58.

⁶⁴⁹ AAP de Barcelona (secc. 2ª) de 1 de marzo de 2013, rec. núm. 14/2013, ponente D. Javier Arzúa Arrugaeta, RJ 6º. Otras sentencias, en otros estados, hacen vinculaciones similares entre servicios o derechos sociales y corrupción, como por ejemplo la sentencia del Tribunal Constitucional de Perú de 5 de octubre de 2004 (exp. N° 2016-2004-AA/TC), que afirma que «[l]a realidad política de los últimos años ha revelado cómo la corrupción en el uso de los recursos públicos afectó la atención de derechos como la educación, salud y vivienda» (F 35º).

económica explicaría por qué tanta gente (el 63%) respondió en las últimas encuestas sentirse personalmente afectada por la corrupción en sus vidas cotidianas a pesar de no haber recibido solicitud de soborno alguna (solo el 2% aseguró haber sido víctima de solicitudes de soborno)⁶⁵⁰, pues, aun sin haber sido víctimas de exigencias de soborno, sí pueden haber visto reducida su esfera de derechos sociales al mismo tiempo que tenían noticia de numerosos casos de servidores públicos que se habrían servido de sus funciones o cargo público para apropiarse de grandes cantidades de dinero público, o para desviarlo a personas o agrupaciones de su entorno.

Adicionalmente, Manuel VILLORIA *et al.* también han puesto de relieve algunas consecuencias negativas de la corrupción en España a nivel social, en base a un estudio empírico realizado en 2009. Estos autores sostienen, a la luz de las encuestas realizadas al efecto, que el aumento en el nivel de corrupción pública percibida (tanto política como administrativa) produce entre la ciudadanía un menor nivel de satisfacción con la democracia y el gobierno, una disminución del nivel de confianza en las instituciones y en las personas, y una mayor aceptación de comportamientos antijurídicos⁶⁵¹.

2.2.3.- Especialmente, las consecuencias urbanísticas de la corrupción en el urbanismo en un contexto de boom inmobiliario

Por cuanto respecta a las consecuencias urbanísticas de este ámbito de corrupción, nuestra opinión es que, en sentido estricto, solo podría observarse *a priori* una única consecuencia: haber contribuido a que, en ocasiones, la administración actúe de forma manifiestamente ilegal en el ejercicio de la función urbanística. Como ya dijimos, no toda ilegalidad urbanística tiene su origen en una trama de corrupción, pero algunas ilegalidades no se habrían cometido jamás de no haber mediado cualquier forma de beneficio particular ilícito de las personas encargadas de informar o adoptar la actuación urbanística correspondiente (o de personas o grupos de su entorno). En efecto, la corrupción en el urbanismo ha propiciado que, en algunos casos, la Administración actúe adoptando actos o disposiciones ilegales, como planes urbanísticos o licencias para llevar a cabo edificaciones contrarios al ordenamiento urbanístico, o bien, ha sido la causa de que, asimismo en algunas ocasiones, la Administración presente una total inactividad ante infracciones urbanísticas de los particulares, o ejerza la disciplina de un modo inapropiado. De todas estas conductas hemos podido ver ejemplos en apartados anteriores, y, del mismo modo, ya dijimos, y nos parece oportuno repetir, que no toda

⁶⁵⁰ Vid COMISIÓN EUROPEA, *Special eurobarometer 397. Corruption*, 2014, p. 6. España y Grecia comparten el mismo resultado, 63%, que es el más elevado de la Unión Europea, donde el promedio de encuestados que se sienten personalmente afectados por la corrupción en su vida cotidiana es del 26%. Sin embargo, en cuanto a la victimización en materia de sobornos, España está por debajo de la media de la Unión Europea, que es del 4%.

⁶⁵¹ VILLORIA, Manuel, VAN RYZIN, Gregg G., y LAVENA, Cecilia F., “Social and political consequences of administrative corruption: a study of public perception in Spain”, cit.

actuación ilícita en materia urbanística es corrupta porque no siempre son intereses particulares ilícitos los que guían esas actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico. Como también dijimos, la planificación urbanística no ajustada a Derecho, las licencias de edificación ilegales o la indisciplina urbanística han sido relativamente frecuentes en el Estado español, pero no así la corrupción urbanística que, aun estando más extendida de lo que sería deseable en esas tres parcelas de la materia urbanística, no deja de ser un fenómeno circunscrito a una minoría de municipios y de cargos y empleados públicos.

En la mayoría de casos parece que son otros intereses los que guían ese tipo de actuaciones, tales como la necesidad de obtener recursos económicos por parte de los ayuntamientos para así poder prestar mejores servicios a sus vecinos, o para evitar tener que adoptar las medidas impopulares (y acaso más costosas económicamente) que derivarían de un ejercicio estricto y perfectamente conforme a Derecho de las potestades públicas urbanísticas.

Sin embargo, como no podemos olvidar que una parte de esas ilegalidades se han llevado a cabo porque ha mediado la corrupción, nos parece oportuno hacer una breve referencia, a continuación, a las consecuencias derivadas de las ilegalidades urbanísticas, recordando y teniendo presente, como decimos, que solamente una parte de las mismas podrían entenderse consecuencia de la corrupción.

En los últimos años han aparecido una serie de relevantes informes⁶⁵² que, desde distintos foros, se han hecho eco de ciertas prácticas irregulares o, en todo caso, desaconsejables, que se habían extendido en el urbanismo español, causando graves perjuicios, y en ninguno de esos informes se olvida mencionar el papel de la corrupción pública, fenómeno que, advierten, ha estado detrás de algunos casos⁶⁵³. Se pone de relieve en esos informes que con frecuencia se ha clasificado como urbanizable suelo que, por sus características naturales, debería haber sido clasificado como no urbanizable (o, en su caso, debería haber mantenido esa clasificación)⁶⁵⁴, además de

⁶⁵² Desde 2001, Greenpeace publica anualmente el informe titulado *Destrucción a toda costa*; en 2007 se publicó el informe *Urbanismo y democracia*, de la Fundación Alternativas (IGLESIAS, Felipe (Dir.), *Urbanismo y democracia. Alternativas para evitar la corrupción*, Fundación Alternativas, Madrid, 2007); también hace relación al urbanismo español y la corrupción el informe elaborado para Naciones Unidas por Miloon Kothari en 2008 (ONU (CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS), *Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada*, cit.); y por último, de 2009 es el conocido como informe Auken, presentado por la Comisión de Peticiones al Parlamento Europeo (PARLAMENTO EUROPEO, *Informe sobre el impacto de la urbanización extensiva en España en los derechos individuales de los ciudadanos europeos, el medio ambiente y la aplicación del Derecho comunitario, con fundamento en determinadas peticiones recibidas (2008/2248(INI))*), de 20 de febrero de 2009).

⁶⁵³ «No debe olvidarse además que, en determinados casos, la batuta que ha dirigido el desarrollo urbanístico en la costa española ha sido la corrupción asociada a ayuntamientos y administraciones públicas» (GREENPEACE, *Destrucción a toda costa 2013. Análisis del litoral a escala municipal*, Greenpeace, 2013, p. 54).

⁶⁵⁴ IGLESIAS, Felipe y AGUDO, Jorge, “Los mecanismos de la corrupción: tipología de irregularidades”, en IGLESIAS, Felipe (Dir.), *Urbanismo y democracia. Alternativas para evitar la corrupción*, cit., pp. 43-92, p. 44.

observarse en general una urbanización excesiva del territorio, de tal modo que se ha instaurado un «modelo de desarrollo insostenible» que ha terminado por dañar muy seriamente espacios de gran valor medioambiental, sobre todo en los municipios del litoral⁶⁵⁵. En cuanto a irregularidades en la calificación, se advierten tendencias a incrementar la edificabilidad para favorecer usos rentables, al tiempo que se observa, en ocasiones, el incumplimiento de los estándares urbanísticos, situación que puede afectar a las provisiones de vivienda en régimen de protección pública y, por extensión, al derecho a la vivienda⁶⁵⁶ de los grupos sociales con menos recursos puesto que, por efecto de la especulación habida sobre el suelo y la vivienda especialmente durante los años del *boom* inmobiliario, tuvieron serias dificultades para acceder a una vivienda a precios de mercado⁶⁵⁷. En materia de licencias, la profusión de ilegalidades ha sido igualmente grave, pues en no pocas ocasiones se han concedido licencias ilegales que han amparado construcciones que, una vez adquiridas por terceros de buena fe, son anuladas jurisprudencialmente y se acuerda su demolición. Esta situación ha afectado a muchos terceros adquirentes, presuntamente de buena fe, no solo nacionales sino también de otros estados⁶⁵⁸, que adquirirían esos inmuebles sin tener constancia de la situación litigiosa del inmueble, y cuyo posterior derribo afectaría a su derecho de propiedad. Esa situación queda constatada no solo en alguno de los informes mencionados sino también en el mismo Derecho interno; así, el propio Gobierno estatal quiso reaccionar ante este problema introduciendo medidas de protección registral, y en la exposición de motivos del Real Decreto-ley que las introdujo quiso dejar constancia de que una de las situaciones que justificaba su necesidad era justamente el creciente número de resoluciones judiciales ordenando demoliciones de viviendas construidas en base a un título habilitante ilegal anulado, títulos que, señala, en ocasiones son el producto de la corrupción urbanística⁶⁵⁹. Por último, en cuanto al otro ámbito de riesgo de corrupción, la disciplina urbanística, también los informes se encargan de señalar la incapacidad reactiva de las autoridades públicas para restablecer la legalidad urbanística

⁶⁵⁵ Vid. PARLAMENTO EUROPEO, *Informe sobre el impacto de la urbanización extensiva en España*, cit., pp. 6 y 9, y GREENPEACE, *Destrucción a toda costa 2013. Análisis del litoral a escala municipal*, cit., p. 54.

⁶⁵⁶ IGLESIAS, Felipe y AGUDO, Jorge, “Los mecanismos de la corrupción: tipología de irregularidades”, cit., p. 62.

⁶⁵⁷ ONU (CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS), *Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, Sr. Miloon Kothari. Adición Misión a España*, cit., p. 27.

⁶⁵⁸ Sobre la situación (y quejas) de ciudadanos europeos originarios de otros estados distintos al español, vid. EUROPEO, *Informe sobre el impacto de la urbanización extensiva en España*, cit.

⁶⁵⁹ «[...] se hace especial hincapié en las medidas de protección registral cuyo objetivo consiste en la protección preventiva y en la depuración a futuro de situaciones que se producen en la actualidad y que están afectando de manera muy negativa a la inversión en el sector inmobiliario, tanto a nivel interno, como internacional. Entre ellas, la anulación de licencias previamente concedidas, con la consecuencia última de la demolición, que terminan afectando a terceros adquirentes de buena fe que se ven desprotegidos a causa de actuaciones en las que no han sido parte, y que no siempre han estado exentas en su origen de supuestos de corrupción» (Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa).

vulnerada, y se pone de relieve cómo en ocasiones tales infracciones de los particulares tienden a saldarse con sanciones de escasa entidad⁶⁶⁰.

Este cúmulo de irregularidades en la actuación urbanística podría añadir una consecuencia más a aquellas consecuencias de trascendencia jurídica que vimos en el apartado anterior, en la medida en que parte de esas irregularidades se han llevado a cabo por la mediación de incentivos derivados de actos de corrupción. Nos referimos a la vulneración del art. 45.2 CE, artículo que solo vulnera la corrupción urbanística y no la corrupción perteneciente a otros sectores de actividad⁶⁶¹. En efecto, ese artículo impone a los poderes públicos el deber de velar por la utilización racional de los recursos naturales «con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente», finalidad que en absoluto se ha cumplido en aquellos lugares en que ha habido una expansión urbana insostenible motivada por la corrupción.

⁶⁶⁰ IGLESIAS, Felipe y AGUDO, Jorge, “Los mecanismos de la corrupción: tipología de irregularidades”, cit., p. 49.

⁶⁶¹ Respecto del caso de corrupción sistémica en el Ayuntamiento de Marbella, el Gobierno considera que la actuación irregular del ayuntamiento no solo vulnera ese artículo sino también el 47: «[a] todo lo anterior, se añade que las irregularidades continuadas en la actuación urbanística desarrollada por el Ayuntamiento de Marbella vulneran lo dispuesto por los artículos 45.2 y 47 de la Constitución Española, que imponen a los poderes públicos el deber de velar por la utilización racional de los recursos naturales, preservando de esta forma el derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado, así como la obligación de promover las medidas adecuadas para que la utilización del suelo se haga de acuerdo al interés general» (Real Decreto 421/2006, de 7 de abril, por el que se dispone la disolución del Ayuntamiento de Marbella). En efecto, tal y como ya vimos, en las tramas de corrupción urbanística el suelo siempre se utiliza en interés de los sujetos privados, previo beneficio (ilícito) de quienes participan en la adopción de las decisiones en materia urbanística, o de sus partidos políticos.

CAPÍTULO III. EL DERECHO EN LA LUCHA CONTRA LA
CORRUPCIÓN

Como hemos visto en el capítulo anterior, el Derecho no es, en sí mismo, un elemento causal de la corrupción. Sin embargo, un ordenamiento jurídico con significativas carencias facilita la comisión de prácticas corruptas y asegura su impunidad. El objetivo de este Capítulo II es analizar las respuestas del Derecho ante la corrupción, identificando los instrumentos y normas más relevantes en su combate, apuntando eventuales carencias y, en su caso, buscando posibles buenas prácticas para su mejora.

En un primer momento abordaremos el análisis del Derecho internacional, dando cuenta de cómo las fuentes de Derecho internacional no solo han facilitado la introducción del problema de la corrupción como una cuestión de relevancia también jurídica, sino que además han sido en muchas ocasiones el origen de múltiples reformas de los ordenamientos nacionales. Adicionalmente, este Derecho internacional no solo se limita a ofrecer unas reglas a las que adaptar la legislación nacional, sino que además ha proporcionado sistemas de evaluación constante sobre la efectividad práctica de los sistemas nacionales, motivo por el que ampliamos nuestro análisis del Derecho internacional anticorrupción a los mecanismos internacionales de evaluación y examen de los ordenamientos nacionales, y sus pronunciamientos respecto del ordenamiento español.

Dedicamos un segundo apartado al Derecho interno español, con el fin de identificar, en términos generales, si nuestro ordenamiento jurídico es adecuado, y hasta qué punto, para combatir la corrupción. En ese apartado no ofreceremos un compendio exhaustivo de todas las reglas vigentes en las materias frecuentemente asociadas a la lucha contra la corrupción sino que nos limitaremos a destacar algunas de las principales reglas, a apuntar deficiencias significativas y, en su caso, a subrayar algunas buenas prácticas, ofreciendo así una aproximación suficiente al estado de la lucha contra la corrupción desde el Derecho. La finalidad de este capítulo es identificar si, a pesar de la evolución del Derecho, en buena medida espoleada desde foros internacionales, persisten carencias, sean formales, sean de eficacia en la práctica, de los mecanismos jurídicos existentes para combatir la corrupción; así como identificar ejemplares líneas de mejora, que sin duda deberán considerarse lecciones a tener en cuenta en el momento de afrontar la formulación de propuestas para prevenir la corrupción en el próximo Capítulo.

1.- EL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL ANTICORRUPCIÓN: LOS TRATADOS

INTERNACIONALES Y REGIONALES EN MATERIA DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

En el plano internacional ha sido elaborado un significativo número de tratados en materia de lucha contra la corrupción, tanto por parte de organizaciones internacionales universales (como la Organización de las Naciones Unidas y su convención contra la corrupción de 2003) como regionales (como la Organización de los Estados Americanos, que adoptó la Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita en Caracas el 29 de marzo de 1996⁶⁶²), e incluso se han adoptado también múltiples iniciativas internacionales desde foros no gubernamentales⁶⁶³. De entre todos estos instrumentos internacionales, dedicaremos atención únicamente a aquellos que tienen un impacto directo en el ordenamiento jurídico español. En consecuencia, dejaremos de lado cualquier análisis relativo a instrumentos internacionales no aplicables en España, así como las iniciativas de organizaciones no gubernamentales, para centrarnos en los instrumentos en materia de lucha contra la corrupción de Naciones Unidas, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), el Consejo de Europa y la Unión Europea.

1.1.- La Organización de las Naciones Unidas (ONU)

Aunque la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, primer y hasta la fecha único tratado elaborado por la ONU específicamente sobre esta materia, sea del año 2003, lo cierto es que esta organización internacional ha venido mostrando una constante preocupación respecto de los delitos relacionados con la corrupción desde la década de 1970.

En el marco del Cuarto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Kyoto en 1970, se constató con preocupación el aumento de nuevas formas de delincuencia a nivel mundial, como el soborno y otras prácticas de corrupción, que fueron consideradas como obstáculos para el progreso y el desarrollo económico. Esa constatación quedó plasmada en la declaración que adoptó el Congreso por unanimidad, en la que se manifiesta que, además de los delitos tradicionales, también han proliferado peligrosamente «formas más sutiles y complejas del delito y la corrupción organizados»⁶⁶⁴. Aunque tras esa fecha los debates y estudios

⁶⁶² Sobre el análisis de este instrumento, resultan de interés BENITO SÁNCHEZ, Demelsa, *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 63-72 y GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Corrupción, ética y moral en las Administraciones públicas*, cit., pp. 65 y ss.

⁶⁶³ Merecen especial atención Transparencia Internacional y su proyecto sobre sistemas nacionales de integridad. Los resultados de este análisis aplicado a las instituciones españolas se puede consultar en TRANSPARENCIA INTERNACIONAL ESPAÑA; VILLORIA, Manuel (Dir.) y BEKE, Mike, B. (Coord.), *El marco de integridad institucional en España. Situación actual y recomendaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

⁶⁶⁴ ONU (DEPARTAMENTO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y SOCIALES), *Cuarto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Kyoto (Japón), 17 a 26 de agosto de*

sobre los delitos de corrupción fueron una constante en los Congresos de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente⁶⁶⁵, no fue hasta la segunda mitad de la década de 1990 cuando, de forma decidida y clara, se apostó por elaborar un instrumento internacional específico contra la corrupción.

La Reunión del Grupo de Expertos sobre Corrupción, celebrada en Buenos Aires del 17 al 21 de marzo de 1997, alentada por iniciativas regionales exitosas como la Convención Interamericana contra la Corrupción de 29 de marzo de 1996 adoptada por la Organización de los Estados Americanos⁶⁶⁶, propuso que la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal de Naciones Unidas elaborara una convención internacional contra la corrupción y el soborno en las transacciones comerciales internacionales, lo que a su juicio constituiría el instrumento más apropiado para abordar ese problemático fenómeno. Posteriormente, el Consejo Económico y Social, en su resolución 1998/16, decidió convocar una reunión de expertos de los gobiernos para estudiar una estrategia internacional adecuada contra la corrupción, incluido el producto dimanante de ese delito, en cuyo cumplimiento se convocó la Reunión de Expertos sobre la Corrupción y sus Circuitos Financieros en París del 30 de marzo al 1 de abril de 1999. Esos expertos recomendaron a los Estados miembros de Naciones Unidas estudiar la elaboración de un instrumento universal sobre la materia.

Esas propuestas de los expertos, que recomendaban la elaboración de un instrumento específico contra la corrupción, fueron aceptadas y ya en el año 2000 se iniciaron los debates sobre un nuevo instrumento internacional contra la corrupción⁶⁶⁷, que culminaron, tras la pertinente negociación, en la adopción de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, de 31 de octubre de 2003 (en adelante, CNUCC).

1.1.1.- La Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción (CNUCC): estructura y contenido

Este tratado internacional (CNUCC) contiene medidas preventivas y represivas para combatir la corrupción, entendida por tal tanto la corrupción pública como la privada.

1970: informe preparado por la Secretaría, A/CONF.43/5, ONU, Nueva York, 1972, pág. iii.

⁶⁶⁵ UNODC, *Travaux préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, cit., pp. xii-xxiv.

⁶⁶⁶ ONU (CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL - COMISIÓN DE PREVENCIÓN DEL DELITO Y JUSTICIA PENAL), *Promoción y mantenimiento del imperio de la ley y la buena gestión de los asuntos públicos. Medidas contra la corrupción y el soborno*, E/CN.15/1997/3/Add.1, ONU, 8 de abril de 1997, párrs. 25 y 55.

⁶⁶⁷ Si bien antes, en 1999, ya se había acordado introducir una disposición relativa a la corrupción en el sector público en la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en la medida en que la corrupción de funcionarios públicos había sido ya constatada como una práctica recurrente de los grupos criminales organizados; vid. Art. 8 Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000.

Como ya dijimos en el apartado 1.1 del Capítulo I de este trabajo, la CNUCC no contiene una definición objetiva de la corrupción pues, en lugar de optar por la definición, opta por la descripción, listando una serie de conductas que hay que considerar en todo caso como manifestaciones de la corrupción.

En cuanto a su fuerza vinculante, conviene señalar que el tratamiento de sus disposiciones no es uniforme. En general, podemos decir que existen tres tipos distintos de disposiciones en la CNUCC: las que imponen la obligación de legislar un aspecto concreto con un contenido mínimo, las que imponen la obligación de estudiar la posibilidad de legislar en una determinada materia pero sin la obligación de terminar necesariamente legislando sobre la misma, y las que no imponen obligación de ningún tipo y podrían considerarse meras recomendaciones⁶⁶⁸.

Formalmente se estructura en 8 capítulos, que se refieren, respectivamente, a: disposiciones generales, medidas preventivas, penalización y aplicación de la ley, cooperación internacional, recuperación de activos, asistencia técnica e intercambio de información, mecanismos de aplicación y disposiciones finales.

Las disposiciones generales contenidas en el capítulo I (arts. 1-4) contienen la finalidad de la convención (principalmente, promover y reforzar las medidas para prevenir y castigar la corrupción de forma eficaz, art. 1); define los términos relevantes utilizados en la convención, excepto el propio término “corrupción”, que a pesar de emplearse repetidas veces no aparece definido (art. 2); delimita el ámbito de aplicación de la CNUCC (art. 3) y garantiza la integridad territorial de los Estados, de tal modo que cada Estado parte cumplirá con las obligaciones derivadas de la CNUCC sin intervenir en los asuntos internos de otros Estados, ni ejercer en territorio de otros Estados «jurisdicción o funciones que el derecho interno de ese Estado reserve exclusivamente a sus autoridades» (art. 4).

El capítulo II, que contiene los arts. 5-14, se dedica a las medidas preventivas. Algunas de sus cláusulas son imperativas⁶⁶⁹ mientras otras, que son la mayoría, no imponen

⁶⁶⁸ Para identificar a qué grupo corresponde cada disposición es necesario atender a su literalidad. Así señala la distinción la guía legislativa de la propia CNUCC: «[s]iempre que se emplee la expresión “cada Estado parte adoptará” se hace referencia a una disposición obligatoria. De lo contrario, las expresiones que se utilizan en la Guía son “considerarán la posibilidad de adoptar” o “procurarán”, lo que significa que se insta a los Estados a que estudien con detenimiento la posibilidad de adoptar una medida específica y a que hagan un esfuerzo real para determinar si tal medida sería compatible con su propio ordenamiento jurídico. Para las disposiciones que son totalmente facultativas se emplea la expresión “podrán adoptar”» (UNODC, *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción*, cit., p. 4). Dicha guía ordena las disposiciones de cada sección en función de su naturaleza, obligatoria o facultativa, y, en este último caso, las separa también entre facultativas con “obligación de considerar su cumplimiento” y facultativas “que los Estados parte tal vez deseen aplicar”.

⁶⁶⁹ P. ej. el art. 6 CNUCC prescribe que cada Estado parte «garantizará» la existencia de un órgano encargado de prevenir la corrupción, al que le «otorgará» la independencia necesaria para llevar a cabo sus funciones eficazmente y sin influencias indebidas. Respecto de esta obligación, vid. UNODC, *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción*, cit., pp. 20-21.

ninguna obligación directamente exigible para los Estados⁶⁷⁰. En primer lugar, la CNUCC exige que los Estados formulen y apliquen (o mantengan) políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción (art. 5.1), y recomienda establecer y fomentar medidas eficaces sometidas a evaluación periódica (art. 5, aps. 2 y 3). A continuación regula el órgano u órganos anticorrupción, que deben existir en todo caso, y que deben gozar de la independencia necesaria para desempeñar sus funciones sin influencias indebidas, así como contar con los recursos personales y materiales necesarios para llevar a cabo sus funciones (art. 6). También regula aspectos para prevenir la corrupción en el sector público mediante la mejora de los sistemas de convocatoria, contratación, promoción y jubilación de empleados públicos y prescribe considerar la posibilidad de adoptar medidas destinadas a establecer criterios para la candidatura y elección de los cargos públicos electos, así como respecto de la financiación de sus candidaturas y de los partidos políticos (art. 7). El siguiente artículo encabezado con la rúbrica «Códigos de conducta para funcionarios públicos» establece que los Estados parte deberían procurar la aplicación de códigos o normas de conducta que garanticen el correcto ejercicio de las funciones públicas, establecer medidas para facilitar que los funcionarios públicos denuncien actos de corrupción de los que tengan conocimiento, establecer medidas para exigir que los funcionarios hagan declaraciones de actividades, bienes y derechos y regalos u otros beneficios que pudieran dar lugar a una situación de conflicto de intereses, y establecer medidas disciplinarias ante la transgresión de los códigos o normas de conducta que en su caso se establezcan (art. 8). El art. 9 establece los aspectos que deben desarrollarse para conseguir sistemas de contratación pública apropiados para prevenir la corrupción, así como para promover la transparencia y la obligación de rendir cuentas en la gestión de la hacienda pública. Por su parte, el art. 10 regula la transparencia en la Administración pública, cuestión siempre relevante en materia de prevención de la corrupción, y establece que cada Estado Parte adoptará las medidas necesarias para aumentarla. Otras cuestiones son abordadas por los restantes artículos, como las medidas para reforzar la integridad y evitar la corrupción entre los jueces y fiscales mediante normas o códigos de conducta para el poder judicial (art. 11), la adopción de medidas eficaces para prevenir la corrupción en el sector privado (art. 12), la adopción de medidas para el fomento de la participación activa de la sociedad civil en la prevención y lucha contra la corrupción (art. 13) y la adopción de medidas destinadas a la prevención del blanqueo de capitales (art. 14).

El capítulo III (arts. 15-42) se refiere a la represión de la corrupción. En primer lugar, dedica varios artículos a la tipificación como delito, por parte de los Estados, de una serie de conductas que se consideran manifestaciones y prácticas de corrupción. En unos casos, esa tipificación es obligatoria para los Estados parte (arts. 15, 16.1, 17, 23 y

⁶⁷⁰ P. ej., de acuerdo con el art. 5.3 CNUCC, cada Estado parte «procurará evaluar periódicamente los instrumentos jurídicos y las medidas administrativas pertinentes a fin de determinar si son adecuados para combatir la corrupción».

25), mientras otras conductas están establecidas en la convención como delitos de tipificación facultativa (arts. 16.2, 18, 19, 20, 21, 22 y 24)⁶⁷¹. Esas conductas son, respecto del sector público, el soborno de funcionarios públicos nacionales (art. 15), extranjeros y de organizaciones internacionales públicas (art. 16); la malversación, la apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por parte de un funcionario (art. 17); el tráfico de influencias (art. 18); el abuso de funciones o del cargo⁶⁷² (art. 19); el enriquecimiento ilícito (art. 20); y respecto del sector privado, el soborno (art. 20) y la malversación de bienes (art. 21). Otros delitos asociados a la corrupción regulados son el blanqueo del producto de los delitos de corrupción (art. 23), el encubrimiento o la retención continua de bienes producto de los delitos de corrupción (art. 24) y la obstrucción de la justicia en relación con los delitos de corrupción (art. 25). Asimismo regula otros aspectos del ámbito represivo, como la responsabilidad de las personas jurídicas por su participación en delitos de corrupción (art. 26), la responsabilidad por cualquier forma de participación en la comisión de delitos de corrupción (sea también como cómplice, colaborador o instigador) o en su tentativa (art. 27), criterios de juicio para inferir la intencionalidad de los autores (art. 28), la prescripción (art. 29), la proporcionalidad de las sanciones y las garantías del proceso (art. 30), el embargo preventivo, incautación y decomiso del producto de los delitos de corrupción o de los bienes utilizados en los delitos de corrupción (art. 31), la protección de testigos, peritos y víctimas contra eventuales actos de represalia o intimidación por prestar testimonio sobre delitos de corrupción (art. 32), o la protección de los denunciantes de hechos relacionados con delitos de corrupción (art. 33), garantizar que los sujetos perjudicados puedan obtener una indemnización (art. 35), garantizar que existan órganos y personas especializadas para la aplicación coercitiva de la ley (art. 36) y que se adopten medidas para alentar la cooperación ciudadana con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley (art. 37), la cooperación entre organismos nacionales (art. 38), la cooperación entre los organismos nacionales y el sector privado en cuestiones relativas a la comisión de delitos de corrupción (art. 39), y mecanismos para garantizar que el secreto bancario no obstaculice las investigaciones penales en la materia (art. 40).

Adicionalmente, en este mismo capítulo se establece la obligación para los Estados parte de eliminar las consecuencias de los actos de corrupción, como por ejemplo la revocación de una concesión que haya sido resultado de un acto de corrupción (art. 34), y también regula cuestiones referidas a antecedentes penales y de jurisdicción respecto de delitos de corrupción (arts. 41 y 42).

El capítulo IV se refiere a cuestiones de cooperación internacional, y regula aspectos de cooperación entre Estados parte respecto de la prestación de asistencia en las

⁶⁷¹ Vid. UNODC, *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción*, cit., pp. 61-92.

⁶⁷² Entendido, de acuerdo con el mismo art. 19 CNUCC, como la «realización u omisión de un acto, en violación de la ley, por parte de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener un beneficio indebido».

investigaciones y procedimientos relacionados con la corrupción (art. 43), la extradición (art. 44), el traslado de personas condenadas a cumplir una pena (art. 45), la asistencia judicial recíproca (art. 46), la remisión de actuaciones penales para el enjuiciamiento por un delito de corrupción (art. 47), la cooperación en materia de cumplimiento de la ley (art. 48), los acuerdos para la realización de investigaciones conjuntas en uno o más Estados parte (art. 49) y las técnicas especiales de investigación, como por ejemplo la vigilancia electrónica o las operaciones encubiertas (art. 50).

Por su parte, el capítulo V está dedicado a la recuperación de activos, tanto mediante actuaciones internas como mediante técnicas de cooperación internacional (arts. 51-59).

El capítulo VI comprende tres preceptos referidos a cuestiones de asistencia técnica en materia anticorrupción, y al intercambio de información sobre las mejores prácticas para prevenir y combatir la corrupción (arts. 60-62).

Con la finalidad de mejorar la capacidad de los Estados parte (y la cooperación entre ellos) para alcanzar los objetivos contemplados en la CNUCC y promover y examinar su aplicación, en el capítulo VII se regulan la Conferencia de los Estados parte en la Convención (art. 63), y la Secretaría que asistirá a dicha Conferencia de los Estados Parte (art. 64).

En último lugar, el Capítulo VIII incluye las disposiciones finales de la CNUCC, que incluyen: la obligatoriedad para los Estados parte de adoptar las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en la CNUCC (art. 65), el mecanismo de solución de controversias respecto de la interpretación o aplicación de la CNUCC (art. 66), el proceso de firma, ratificación, aceptación, aprobación y adhesión (art. 67), la entrada en vigor (art. 68), el procedimiento de enmienda de la CNUCC (art. 69), la denuncia de la CNUCC (art. 70), su depositario y las lenguas en que está disponible el texto original y las traducciones auténticas (art. 71).

España firmó la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción el 16 de septiembre de 2005 y la ratificó mediante instrumento de ratificación el 9 de junio de 2006, publicado en el Boletín Oficial del Estado el día 19 de junio de 2006. De acuerdo con el art. 96.1 de la Constitución Española, los tratados ratificados por España forman parte de la legislación interna⁶⁷³ y, por lo tanto, pueden aplicarse de manera directa.

Además de los Estados, de acuerdo con el art. 67.3 CNUCC, la convención está abierta a las organizaciones regionales de integración económica, que podrán depositar su

⁶⁷³ De acuerdo con el art. 96.1 CE, «[l]os tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional».

instrumento de ratificación, aceptación o aprobación si por lo menos uno de sus Estados miembros ha depositado previamente uno de esos instrumentos. En virtud de esta cláusula, la Unión Europea (UE) aprobó la CNUCC y autorizó para depositar el instrumento comunitario de confirmación formal mediante la Decisión del Consejo 2008/801/CE, de 25 de septiembre de 2008, sobre la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

La CNUCC supuso el primer instrumento vinculante de carácter global y elevó al plano internacional la lucha anticorrupción; y aunque, en términos generales, ha impulsado y reforzado la lucha contra la corrupción, la doctrina ha observado deficiencias y debilidades que podrían conducir a que su impacto sea más bien limitado, como el hecho de la tipificación de las prácticas de corrupción en el sector privado no figure como obligatoria para los Estado parte, así como la falta de compromiso en el establecimiento de un riguroso sistema de examen de cumplimiento y, en su caso, sanción a los Estados parte⁶⁷⁴.

1.1.2.- El mecanismo de examen de la aplicación de la CNUCC

El art. 63 CNUCC establece la creación de un órgano denominado Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, cuya finalidad es «mejorar la capacidad de los Estados Parte y la cooperación entre ellos para alcanzar los objetivos enunciados en la presente Convención y promover y examinar su aplicación» (art. 63.1 CNUCC). Con tal fin, una de las facultades de las que dispone este órgano es la de crear «un mecanismo u órgano apropiado para apoyar la aplicación efectiva de la presente Convención» (art. 63.7 CNUCC).

De conformidad con el art. 63.7 CNUCC, la Conferencia de los Estados Parte estableció en su tercer período de sesiones, celebrado en Doha del 9 al 13 de noviembre de 2009, mediante su Resolución 3/1, un mecanismo de examen de la aplicación de la CNUCC⁶⁷⁵.

Este mecanismo se aplica a todos los Estados parte, y se compone de distintos ciclos de evaluación. Cada uno de esos ciclos se extiende a lo largo de cinco años y se dedica a un grupo distinto de artículos de la CNUCC. El primer ciclo, que abarca los años 2010-2015, tiene por objeto analizar la aplicación de los capítulos III (“Penalización y aplicación de la ley”) y IV (“Cooperación internacional”) de la CNUCC.

⁶⁷⁴ WEBB, Philippa, “The United Nations Convention against Corruption. Global achievement or missed opportunity?”, *Journal of International Economic Law*, núm. 8, vol. 1, 2005, pp. 191-229, y BOEHM, Frédéric y GRAF LAMBSDORFF, Johann, “Corrupción y anticorrupción: una perspectiva neo-institucional”, *Revista de Economía Institucional*, vol. II, núm. 21, 2009, pp. 45-72, p. 69.

⁶⁷⁵ Resolución 3/1 de la Conferencia de los Estados parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2009.

De acuerdo con las reglas que rigen el procedimiento de este mecanismo⁶⁷⁶ (en adelante, Términos de referencia), la evaluación de un Estado será llevada a cabo por otros dos Estados parte, a través de los expertos que designe cada uno. Uno de los dos Estados examinadores deberá pertenecer a la misma región geográfica que el Estado examinado, y, en lo posible, deberá tener un ordenamiento jurídico análogo al de aquél (aps. 18 y 19 de los Términos de referencia).

El examen del país que corresponda se inicia con la elaboración, por parte del mismo país examinado, de respuestas al formulario denominado “lista amplia de verificación para la autoevaluación”, en el que, en esencia, se pide al Estado que exponga la información requerida acerca de la aplicación de la CNUCC y el cumplimiento de sus disposiciones. Esas respuestas deben enviarse a la Secretaría en un plazo de dos meses tras haberse informado oficialmente del inicio de la realización del examen. Estas respuestas se traducirán y entregarán a los expertos evaluadores en el plazo de un mes (ap. 15 de los Términos de referencia). Desde la recepción de las respuestas, los expertos evaluadores disponen del plazo de un mes para elaborar un examen documental de las respuestas, en el que podrán formular solicitudes de aclaración o información adicional o preguntas complementarias (aps. 15-22 de los Términos de referencia). El examen documental debe acompañarse de un diálogo constructivo (a través de conferencias, videoconferencias, correos electrónicos...) entre los expertos examinadores y el país examinado, y debería, en principio, contar también con alguna forma de diálogo directo, sea mediante una visita al país examinado o bien mediante una reunión conjunta en la Oficina de las Naciones Unidas en Viena (aps. 24 y ss. de los Términos de referencia). Finalizada la visita al país o las reuniones en la Oficina de las Naciones Unidas, los expertos evaluadores deben compartir sus conclusiones preliminares entre sí y con la Secretaría en el plazo de dos semanas (ap. 29 de los Términos de referencia), tras lo cual prepararán conjuntamente un proyecto de informe en el que «incluirán observaciones con respecto a la incorporación en la legislación nacional de los artículos de la Convención examinados, así como respecto de su aplicación en la práctica», y «se indicarán los éxitos, las buenas prácticas y las dificultades y se formularán observaciones para la aplicación de la Convención [y, en su caso,] se especificarán en el informe las necesidades de asistencia técnica para mejorar la aplicación de la Convención» (aps. 30 y 31 de los Términos de referencia). El Estado parte objeto del examen recibirá ese proyecto de informe a efectos de poder formular observaciones, que serán incluidas en el informe definitivo, informe que, en cualquier caso, precisará de la conformidad del Estado evaluado (ap. 34 de los Términos de referencia). Estas evaluaciones están sometidas a un procedimiento de seguimiento en

⁶⁷⁶ Denominado “Términos de referencia del Mecanismo de examen de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”. Puede consultarse en UNODC, *Mecanismo de Examen de la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción — Documentos Base*, ONU, Nueva York, 2011.

el que los Estados parte deben informar respecto de sus propios progresos realizados respecto de las observaciones contenidas en los informes de evaluación.

El Estado español fue sometido a evaluación en la primera ronda en el año 2011. El informe de evaluación sobre España, elaborado por expertos de Bélgica y Lituania, señala la adaptación de la legislación penal a los acuerdos internacionales en materia de lucha contra la corrupción, especialmente a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y añade que todos los delitos contemplados en la CNUCC están tipificados en el Código Penal. Las escasas recomendaciones se limitan a sugerir una mayor claridad en la regulación de algunos aspectos del delito de cohecho, a evaluar o, en su caso, establecer una política de protección de testigos y a establecer regulaciones específicas para la protección de denunciantes (de casos de corrupción) en el derecho laboral y administrativo⁶⁷⁷.

1.2- La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos

La labor de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en materia de lucha contra la corrupción se inició en la década de 1970, gracias al impulso y preocupación de los Estados Unidos de América⁶⁷⁸. En 1976 se adoptaron las primeras líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales⁶⁷⁹, en las que ya figuraba un apartado dedicado a la lucha contra la corrupción, recomendando a las empresas no realizar pagos o entregar ventajas indebidos para obtener o mantener un contrato en el ámbito internacional. Con la finalidad de lograr un mayor compromiso de los estados y un mejor equilibrio entre las distintas potencias en el comercio internacional, Estados Unidos impulsó la adopción de mayores compromisos internacionales que impusieran al resto de empresas multinacionales una regulación equivalente a la aplicable en materia de soborno internacional a las empresas norteamericanas de acuerdo con su Derecho interno⁶⁸⁰. Así, se creó en 1989 un grupo

⁶⁷⁷ UNODC, *Informe sobre el examen del país del Reino de España. Examen por Bélgica y Lituania sobre la aplicación de parte de España del Capítulo III. "Penalización y aplicación de la ley" y del Capítulo IV. "Cooperación internacional" de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Ciclo de examen 2010 – 2015*, UNODC, 2013.

⁶⁷⁸ En 1974, la *Securities and Exchange Commission* de Estados Unidos estimó que unas 360 empresas norteamericanas habrían pagado sobornos en transacciones comerciales internacionales. El descubrimiento de algunos de esos escándalos impulsó la adopción de una norma sancionadora (la *Foreign Corrupt Practices Act*, de 1977) aplicable a los nacionales norteamericanos, fueran personas físicas o jurídicas, que pagaran sobornos a cargos o empleados públicos en el marco de las relaciones comerciales internacionales. Al respecto, vid. BENITO SÁNCHEZ, Demelsa, *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, cit., pp. 54 y ss., y p. 72.

⁶⁷⁹ Posteriormente han aparecido múltiples revisiones. La última es de 2011, publicada como OCDE, *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, OECD Publishing, 2013, consultable en: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf>

⁶⁸⁰ Por todos, vid. HUBER, Barbara, "La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional", *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 19, diciembre de 2002, pp. 95-115, en especial, p. 96; y NIETO

de trabajo en materia de lucha contra la corrupción en el comercio internacional, cuyos resultados se materializaron en la Recomendación para combatir el cohecho en las transacciones comerciales internacionales⁶⁸¹, adoptada por el Consejo de la OCDE el 27 de mayo de 1994. Sin embargo, este instrumento no era un convenio internacional vinculante, sino una mera recomendación.

El salto del *soft law* al *hard law* vino unos pocos años más tarde, cuando la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos auspició la celebración de un convenio internacional, esta vez vinculante, en materia de lucha contra la corrupción, aunque limitando su alcance a la lucha contra el soborno en el ámbito de las transacciones comerciales internacionales. Ese instrumento fue el Convenio de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, hecho en París el 17 de diciembre de 1997. Dicho convenio fue ratificado por España el 3 de enero de 2000⁶⁸², y entró en vigor el 4 de marzo del mismo año. El mismo no está limitado a los Estados miembros de la OCDE ya que en la actualidad lo han ratificado 41 Estados: los 34 Estados miembros de la OCDE y, además, Argentina, Brasil, Bulgaria, Colombia, Letonia, Rusia y Sudáfrica.

Este Convenio, de índole eminentemente penal, establece distintas obligaciones para los Estados parte, entre las que destacan: el deber de tipificar, en su Derecho interno, el delito de corrupción (en este caso, cohecho) de agentes públicos extranjeros⁶⁸³ (art. 1), el establecimiento de responsabilidad de las personas jurídicas por corrupción de agentes públicos extranjeros (art. 2), el establecimiento de sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias en caso de corrupción de agentes públicos extranjeros (art. 3), la jurisdicción de los Estados respecto de la comisión de este delito (art. 4), la adopción de medidas en materia de contabilidad a efectos de evitar la contabilidad no registrada en los libros (art. 8), o la inclusión de la corrupción de agentes públicos extranjeros como delito extraditabile (art. 10).

El 26 de noviembre de 2009, la OCDE adoptó un nuevo instrumento, vinculado al convenio arriba referido, para incrementar los esfuerzos y capacidad de los Estados

MARTÍN, Adán, “La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo)”, *Revista Penal*, núm. 12, 2003, pp. 3-26, en especial, pp. 3-4.

⁶⁸¹ OCDE, *Recommendation of the Council on Bribery in International Business Transactions*, C(94)75/FINAL.

⁶⁸² Sin embargo, el Instrumento de Ratificación del Convenio de lucha contra la corrupción de Agentes Públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, hecho en París el 17 de diciembre de 1997 tardó un tiempo en ser publicado, pues su publicación tuvo lugar en el BOE núm. 46, de 22 de febrero de 2002, pp. 7155-7159.

⁶⁸³ De acuerdo con el art. 1.1: «[c]ada Parte tomará las medidas necesarias para tipificar como delito según su derecho el hecho de que una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase, directamente o mediante intermediarios, a un agente público extranjero, para ese agente o para un tercero, con el fin de que el agente actúe o se abstenga de actuar en relación con el ejercicio de funciones oficiales con el fin de conseguir o de conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales».

parte para combatir el soborno de agentes públicos en el ámbito de las transacciones comerciales internacionales mediante una serie de recomendaciones, a las que se añadía, como anexo, una guía de buenas prácticas para la implementación de los artículos 1, 2 y 5 del convenio⁶⁸⁴. Este acuerdo de 2009 cuenta con otra guía de buenas prácticas adicional añadida en forma de anexo, que fue adoptada el 18 de febrero de 2010⁶⁸⁵.

Con la finalidad de controlar el cumplimiento del convenio y sus recomendaciones, se estableció el Grupo de Trabajo de la OCDE sobre Corrupción en las Transacciones Comerciales Internacionales, formado por representantes de todos los Estados Parte del convenio. El proceso de evaluación está dividido en tres fases. En la primera, se evalúa la adecuación de la legislación nacional de los Estados parte al Convenio; en la segunda, la aplicación eficaz de la legislación nacional; y, en la tercera, la aplicación del convenio, la recomendación de 2009 y de las recomendaciones de la segunda fase que aún no hayan sido implementadas.

El Estado español ha sido objeto de evaluación en las tres fases y, aunque se han constatado esfuerzos significativos en el plano formal para dar cumplimiento al convenio, en general parece ser que la aplicación práctica efectiva ha sido notoriamente insuficiente. En cumplimiento de las obligaciones contraídas por España, se aprobaron las Leyes Orgánicas 3/2000 y 15/2003, que incorporaron al Código Penal el delito de corrupción de funcionario público extranjero en las transacciones comerciales internacionales, delito posteriormente reformado mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (art. 445 CP), reforma que ha introducido, además, la responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 31 bis CP). Sin embargo, en la tercera fase evaluadora, los examinadores formularon múltiples propuestas con la finalidad de mejorar la adaptación del ordenamiento jurídico español al convenio⁶⁸⁶, y, a nivel general, pusieron de manifiesto su preocupación respecto de la efectividad del Estado español en la persecución del soborno de agentes extranjeros en transacciones comerciales, y subrayaron que en los casi trece años que llevaba en vigor el convenio en España (en diciembre de 2012), tan solo se habían llevado a cabo siete investigaciones, y ninguna había acabado en juicio o condena alguna⁶⁸⁷.

Este convenio ha sido objeto de críticas, siendo una de las principales el hecho de

⁶⁸⁴ OCDE, *Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, 2009.

⁶⁸⁵ OCDE, *Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics, and Compliance*, 2010.

⁶⁸⁶ OCDE, *Phase 3 report on implementing the OECD Anti-bribery Convention in Spain*, 2012, pp. 73 y ss.

⁶⁸⁷ Tal y como expone, literalmente, dicho informe: «[t]he lead examiners are seriously concerned that none of the very few foreign bribery investigations initiated since the foreign bribery offence entered into force in Spain, almost 13 years ago have resulted in prosecutions or convictions and that one of the reasons for this is a dire lack of communication between the relevant authorities. They are particularly alarmed at the low number of foreign bribery investigations given the size of the Spanish economy and its significant external commercial activities, including in high-risk sectors and countries», OCDE, *Phase 3 report on implementing the OECD Anti-bribery Convention in Spain*, cit., p. 11.

limitar de forma excesiva el concepto de soborno utilizado, que excluiría, entre otras formas, el cohecho a través de donaciones finalistas a los partidos políticos⁶⁸⁸.

1.3.- El Consejo de Europa

Los principales instrumentos del Consejo de Europa para luchar contra la corrupción son dos convenios internacionales regionales (el Convenio penal sobre la corrupción, número 173 del Consejo de Europa, hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999 y el Convenio Civil sobre la Corrupción, número 174 del Consejo de Europa, hecho en Estrasburgo el 4 de noviembre de 1999) y el Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO), que fue establecido por resolución (99) 5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, adoptada el día 1 de mayo de 1999.

Siguiendo las recomendaciones de la 19ª Conferencia de Ministros Europeos de Justicia, celebrada en La Valeta en 1994, el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó en noviembre de 1996 el Programa de Acción contra la Corrupción. En la 21ª Conferencia de Ministros Europeos de Justicia, celebrada en Praga en 1997, se adoptó una resolución en la cual se instaba a la aplicación del mencionado Programa de acción y, en particular, recomendaba «la elaboración de un convenio penal sobre la corrupción en que se establezca la tipificación penal coordinada de los delitos de corrupción, el fortalecimiento de la cooperación en la persecución de dichos delitos y un mecanismo de seguimiento eficaz que esté abierto a los Estados miembros y a los demás Estados no miembros en pie de igualdad»⁶⁸⁹; tras lo cual se iniciaron los trabajos pertinentes para darle cumplimiento.

Los trabajos de elaboración de instrumentos jurídicos internacionales llevados a cabo en el seno del Consejo de Europa conforme al Programa de Acción contra la Corrupción se concretaron en dos convenios, uno sobre la represión penal de la corrupción y otro sobre las acciones civiles de indemnización por los daños resultantes de actos de corrupción, aprobados en 1999.

1.3.1.- El Convenio penal sobre la corrupción (número 173 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999 y su protocolo adicional

El Plenipotenciario de España firmó en Estrasburgo el Convenio penal sobre la corrupción el 10 de mayo de 2005, si bien el instrumento de ratificación no fue

⁶⁸⁸ CORRAL ESCARIZ, Vicente, *La lucha contra la corrupción urbanística en España*, cit., p. 90.

⁶⁸⁹ Vid. preámbulo del Convenio penal sobre la corrupción (número 173 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999.

depositado hasta el 28 de abril de 2010⁶⁹⁰. Dicho convenio entró en vigor de forma general el 1 de julio de 2002, y para España lo hizo el 1 de agosto de 2010, de conformidad con lo establecido en el art. 32.4 del convenio.

Este convenio impone la tipificación como delito, en los Estados parte, de una serie de conductas que conforman las prácticas y manifestaciones habituales de la corrupción, revistan o no elementos de internacionalidad. En concreto, los Estados deberán tipificar como delito el soborno de agentes públicos⁶⁹¹ nacionales o extranjeros (arts. 2, 3 y 5), el soborno de miembros de la asamblea pública nacional o extranjera que ejerza poderes administrativos o legislativos (arts. 4 y 6), el soborno en el sector privado (arts. 7 y 8), el soborno de funcionarios internacionales (art. 9), el soborno de miembros de asambleas parlamentarias internacionales (art. 10), el soborno de jueces y de agentes de tribunales internacionales (art. 11), el tráfico de influencias (art. 12), el blanqueo del producto de delitos de corrupción (art. 13), y los delitos contables⁶⁹² cometidos con la finalidad de cometer, ocultar o disimular los delitos de corrupción (art. 14). También deberá castigarse cualquier forma de complicidad con esos delitos (art. 15), y deberá garantizarse que pueda hacerse responsables a las personas jurídicas de los delitos de corrupción (art. 18). Por estos delitos deberán establecerse sanciones y medidas (como la confiscación de los instrumentos y productos de los delitos) efectivas, proporcionadas y disuasorias (art. 19).

Adicionalmente, se regula el alcance de la competencia de los Estados parte en relación con los delitos de corrupción (art. 17), la necesidad de autoridades especializadas en la lucha contra la corrupción que gocen de independencia en el ejercicio de sus funciones (art. 20), la cooperación entre las autoridades públicas nacionales y cualquier agente público con las autoridades encargadas de la investigación y persecución de los delitos (art. 21), la protección de los denunciantes, colaboradores de la justicia y testigos en casos de corrupción (art. 22) y las medidas encaminadas a facilitar la recogida de pruebas y la confiscación de los productos de la corrupción (art. 23).

Por último, otros aspectos sustantivos regulados en este convenio⁶⁹³ son los mecanismos de cooperación internacional entre los Estados parte (arts. 25 y ss.).

⁶⁹⁰ Dicho instrumento de ratificación fue publicado en el BOE núm. 182, de 28 de julio de 2010 (pp. 65780 y ss.).

⁶⁹¹ De acuerdo con el art. 1.a del convenio, se entiende como tal al «funcionario», «oficial público», «alcalde», «ministro» o «juez», término, este último, que abarcaría tanto a fiscales como jueces y magistrados (vid. art. 1.b).

⁶⁹² Éstos se concretan en «extender o utilizar una factura o cualquier otro documento o asiento contable que contenga informaciones falsas o incompletas» y «omitir de manera ilícita la contabilización de un pago» (art. 14).

⁶⁹³ Con la expresión “aspecto sustantivo” me refiero a todo aspecto regulatorio más allá de las habituales cláusulas de firma y entrada en vigor, adhesión, proceso de enmienda o solución de controversias, que en este caso se encuentran en los arts. 32 y ss., contenidos en el Capítulo V, rubricado como «Disposiciones finales».

Este tratado cuenta con un protocolo adicional. Se trata del Protocolo Adicional al Convenio penal sobre la corrupción, hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 2003, que fue ratificado por España el 17 de enero de 2011⁶⁹⁴, y entró en vigor para España el 1 de mayo de ese mismo año. El principal cometido de este protocolo adicional es establecer la obligación para los Estados parte de castigar también la corrupción de árbitros⁶⁹⁵ y jurados⁶⁹⁶, tanto nacionales como extranjeros.

1.3.2.- El Convenio Civil sobre la Corrupción (número 174 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 4 de noviembre de 1999

Tal y como sucedió respecto del convenio penal, el convenio civil también fue firmado por el Plenipotenciario de España en Estrasburgo el 10 de mayo de 2005, si bien el instrumento de ratificación no fue depositado hasta varios años más tarde. En concreto, la ratificación se formalizó el 16 de diciembre de 2009, y dicho instrumento de ratificación fue publicado en el BOE núm. 78, de 31 de marzo de 2010 (pp. 29967 y ss.). El convenio entró en vigor de forma general el 1 de noviembre de 2003, y para España, entró en vigor el 1 de abril de 2010, de conformidad con lo establecido en su art. 15.

Este convenio regula una serie de medidas a adoptar a nivel nacional conducentes al establecimiento de procedimientos de indemnización en favor de las personas que hayan sufrido daños como consecuencia de actos de corrupción (arts. 1 a 7), la nulidad de los contratos que tengan por objeto un acto de corrupción (art. 8), la protección de los denunciantes de corrupción (art. 9), la regulación para garantizar la claridad y fiabilidad de las cuentas anuales de las empresas y su sometimiento a auditorías (art. 10) y la obtención de pruebas y la adopción de medidas cautelares en procedimientos civiles que tengan su origen en un acto de corrupción (arts. 11 y 12); así como aspectos de cooperación internacional (art. 13), además de las habituales cláusulas de seguimiento en la aplicación (art. 14) y las habituales disposiciones finales sobre aspectos como la entrada en vigor, la adhesión, la formulación de reservas o la propuesta de enmiendas (arts. 15 y ss.).

1.3.3.- El Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO)

⁶⁹⁴ El instrumento de ratificación fue publicado en el BOE núm. 56, de 7 de marzo de 2011, pp. 25504 y ss.

⁶⁹⁵ De acuerdo con el art. 1.1 del Protocolo adicional, el término “árbitro” «en cualquier caso deberá abarcar a una persona que, en virtud de un acuerdo de arbitraje, esté llamada a dictar una decisión jurídicamente obligatoria en un litigio que le haya sido sometido por las partes en dicho acuerdo».

⁶⁹⁶ De acuerdo con el art. 1.3 del Protocolo adicional, el término “jurado” «en cualquier caso deberá abarcar a una persona que, actuando como miembro no profesional de un órgano colegiado, se encarga de pronunciarse en el ámbito de un procedimiento penal acerca de la culpabilidad de un acusado».

En 1999, y como culminación a un proceso de creciente preocupación por la corrupción y su control en el seno del Consejo de Europa iniciado un lustro antes⁶⁹⁷, el Consejo de Europa creó un organismo, denominado Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO)⁶⁹⁸, para mejorar la lucha contra la corrupción por parte de los Estados miembros, mediante la supervisión de la adecuación de los ordenamientos de tales estados a los estándares anticorrupción de la organización⁶⁹⁹.

Este organismo opera regido por las reglas de funcionamiento aprobadas en el primer encuentro plenario de sus miembros en Estrasburgo del 4 al 6 de octubre de 1999, las cuales, hasta la fecha, han sido modificadas en siete ocasiones, en los años 2000, 2001, 2002, 2003 (marzo), 2003 (julio), 2005, 2010 y 2011; hoy recogidas en el documento Greco (2011) 20E, *Rules of Procedure*, de 5 de diciembre de 2011⁷⁰⁰ (en adelante, Reglas de Funcionamiento).

En la actualidad, cuenta con 49 Estados miembros (los Estados Unidos de América y 48 países europeos, entre ellos, España). Todos los Estados miembros están sujetos a procedimientos de evaluación organizados en múltiples rondas de evaluación (reglas 22 y siguientes de las Reglas de Funcionamiento), en cada una de las cuales se procede al análisis de diferentes aspectos de los marcos legislativos nacionales relacionados con la corrupción, contribuyendo a la identificación de las deficiencias de las políticas anticorrupción de los Estados parte. Como resultado de las evaluaciones, el GRECO publica con el consentimiento del Estado evaluado (vid. regla 34.2 Reglas de Funcionamiento) informes en que, tras exponer los resultados del análisis, se recomiendan reformas en la legislación nacional o modificaciones en las prácticas institucionales que, a pesar de no ser vinculantes, sí contribuyen a promover la adopción de medidas anticorrupción.

Tras ese informe evaluador, el Estado parte evaluado envía, en un plazo determinado, el denominado “Informe de situación”, en el que se debe dar cuenta al GRECO de las medidas adoptadas para cumplir con las recomendaciones señaladas en el primer informe (regla 30.2 Reglas de Funcionamiento).

Con posterioridad, el GRECO elabora otro informe, llamado “Informe de cumplimiento” (regla 31 Reglas de Funcionamiento), en el que este organismo evalúa si se ha cumplido con las recomendaciones contenidas en el informe de evaluación. La

⁶⁹⁷ Al respecto, vid. VILLORIA MENDIETA, Manuel, “Lucha contra la corrupción en la Unión Europea: el caso de España”, *GAPP*, núm. 21, mayo-agosto 2001, pp. 95-115, p. 106.

⁶⁹⁸ Mediante Resolución (99) 5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, adoptada el 1 de mayo, estableciendo el Grupo de Estados contra la Corrupción – GRECO.

⁶⁹⁹ El GRECO es el órgano encargado del seguimiento de la aplicación, por parte de los Estados, de los convenios sobre corrupción del Consejo de Europa, de acuerdo con el art. 24 del Convenio penal y el art. 14 del Convenio civil.

⁷⁰⁰ Un análisis detallado del funcionamiento del GRECO se puede encontrar en CORRAL ESCARIZ, Vicente, *La lucha contra la corrupción urbanística en España*, cit., pp. 81 y ss.

implementación de las recomendaciones puede juzgarse como completa (satisfactoria), parcial o nula, es decir, no implementada. Si no se han implementado medidas para cumplir de forma satisfactoria con lo recomendado por el GRECO, se solicita al Estado que, en un plazo determinado, adopte las medidas necesarias para cumplir con las recomendaciones y remita un nuevo “informe de situación” indicando las nuevas medidas. Ese informe es, a su vez, respondido con un nuevo “informe de cumplimiento” (conocido como “Addenda al informe de cumplimiento”), con el que generalmente se finalizará el proceso evaluador para el Estado evaluado en esa ronda.

A continuación, se expone el contenido de las distintas rondas evaluadoras efectuadas, y se señalan los principales resultados del Estado español.

- *Primera Ronda de Evaluación*

La primera ronda se centró en evaluar la independencia, nivel de especialización y medios disponibles de los organismos nacionales implicados en la prevención y lucha a la corrupción, y también en el alcance de las inmunidades que evitarían o dificultarían la persecución de la corrupción realizada por determinados cargos, como los diputados y senadores. El informe de evaluación de España en esta primera ronda fue aprobado en la 5ª sesión plenaria del GRECO, celebrada entre los días 11-15 de junio de 2001, donde, entre otras cuestiones, se recomendó la adopción de una estrategia multidisciplinar contra la corrupción, que incluyera el estudio de la extensión y tipología del fenómeno, incluyendo la compilación de datos sobre los casos detectados, así como la adopción de algunos tratados internacionales en la materia; la aprobación de un código de conducta para los empleados públicos; o una serie de reformas en el Ministerio Fiscal, tales como garantizar su independencia frente al Gobierno o el refuerzo (tanto en materia de personal como presupuestaria) de la Fiscalía Anticorrupción⁷⁰¹.

El informe de cumplimiento elaborado en 2003 por el GRECO y la posterior addenda de 2005 a dicho informe señalan que las recomendaciones fueron satisfactoriamente implementadas, salvo las referidas a la adopción de una estrategia multidisciplinar contra la corrupción, que incluyera el estudio de la extensión y tipología del fenómeno, y a la adopción de medidas para aumentar la concienciación de los empleados públicos respecto de la necesidad de denunciar prácticas de corrupción⁷⁰².

- *Segunda Ronda de Evaluación*

⁷⁰¹ GRECO, *First Evaluation Round: Evaluation Report on Spain*, aprobado en la 5ª reunión plenaria del GRECO, celebrada en Estrasburgo los días 11-15 de junio de 2001.

⁷⁰² GRECO, *First evaluation round: Compliance report on Spain*, aprobado en la 15ª reunión plenaria del GRECO, celebrada en Estrasburgo los días 13-17 de octubre de 2003, y GRECO, *First evaluation round: Addendum to the compliance report on Spain*, aprobado en la 24ª reunión plenaria del GRECO, celebrada en Estrasburgo los días 17-20 de mayo de 2005.

El informe de la segunda ronda de evaluación sobre España se aprobó en mayo de 2005⁷⁰³. Este informe incluye una descripción del marco jurídico nacional y su análisis, con las recomendaciones convenientes en las materias siguientes: el decomiso de los beneficios obtenidos mediante la corrupción, la Administración Pública y la corrupción (que incluye cuestiones como el acceso a la información pública, los conflictos de intereses, las incompatibilidades y los códigos de conducta) y las personas jurídicas y la corrupción. Puesto que nuestro trabajo se centra en los aspectos administrativos de la corrupción pública, prestaremos especial atención a este análisis, a efectos de saber qué deficiencias advirtió el GRECO en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo para la prevención de la corrupción y promoción de la integridad en las Administraciones Públicas.

El apartado dedicado a las Administraciones Públicas y la corrupción (párr. 26-53 del informe de evaluación) se inicia con la identificación de aspectos generales, como la estructura del Estado, las principales normas que regulan la actividad de la Administración pública (como la LRJPAC) y la política anticorrupción (en particular, las normas que sancionan prácticas corruptas y los órganos que realizan controles para asegurar que las funciones administrativas sean llevadas a cabo respetando los principios y objetivos básicos de la Administración, como por ejemplo el Tribunal de Cuentas o el Defensor del Pueblo).

Como primer elemento temático se aborda el acceso a la información pública, con mención de los principales preceptos normativos de carácter general entonces vigentes (arts. 105.b CE y 37 LRJPAC). Señala también el marco de la consulta pública respecto de la elaboración de reglamentos (art. 24 Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno) y actos administrativos (arts. 84-86 LRJPAC). El GRECO entiende que el régimen de acceso a la información contenido en la LRJPAC no es adecuado para que el público general pueda acceder satisfactoriamente a la información requerida que no forma parte de un procedimiento administrativo o a la información administrativa general. Considera que la transparencia es una herramienta fundamental en la lucha contra la corrupción y, sin embargo, sospecha que una interpretación restrictiva del régimen de acceso a la información pública de la LRJPAC puede limitarla mucho. En consecuencia, recomienda que se lleve a cabo una evaluación sobre la propia legislación de acceso, así como de su aplicación práctica, a efectos de determinar si se está limitando de forma inapropiada el derecho de la ciudadanía de acceder a la información pública.

A continuación describe brevemente el sistema de recursos de los actos administrativos (tales como, expone el informe, la denegación de acceso a los documentos públicos), así como el Defensor del Pueblo, del que identifica su marco normativo de referencia (art.

⁷⁰³ GRECO, *Second evaluation round: Evaluation report on Spain*, aprobado en la 23ª reunión plenaria del GRECO, celebrada en Estrasburgo los días 27 de junio-1 de julio de 2005.

54 CE y Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo) y deja constancia de sus funciones.

El empleo público es el siguiente elemento de relevancia para la lucha a la corrupción en el seno de la Administración Pública al que presta atención el GRECO. Empieza identificando los principios que jurídicamente rigen el acceso al empleo público en la Constitución (arts. 23.2 y 103.3 CE) y en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública (en especial, el art. 19.1, todavía vigente en fecha del análisis del GRECO): igualdad, mérito, capacidad y publicidad. A continuación enumera los regímenes generales para acceder al empleo público y, si bien los principios y el sistema en general parecen bastante adecuados, concluye destacando que no se establece ningún sistema de rotación para los funcionarios en posiciones particularmente vulnerables a la corrupción.

Seguidamente se analiza la formación de los empleados públicos. Se constata que, tanto al acceder al puesto de trabajo como durante la carrera profesional, tienen la posibilidad de participar en solventes programas de formación para empleados públicos en materia de ética, en que se incluye el tratamiento y actuación ante posibles casos de corrupción.

El informe dedica otro apartado a los conflictos de interés e incompatibilidades. El GRECO pasa revista al principal contenido de las normas sobre incompatibilidades generales para empleados públicos (Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas) y para los miembros del Gobierno y los altos cargos de la Administración General del Estado (Ley 12/1995, de 11 de mayo, de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado). En particular, detecta problemas en los registros de actividades y de bienes y derechos patrimoniales del Gobierno y los altos cargos, y apunta que debería rediseñarse el sistema de registros para permitir que a partir de las declaraciones de actividades y bienes y derechos se pudieran formular recomendaciones individualizadas para evitar potenciales conflictos de intereses e incompatibilidades.

A continuación se refiere a la prohibición de aceptar regalos e identifica como norma de referencia el art. 426 CP, que tipificaba como delito la aceptación, por parte de autoridades o funcionarios, de dádiva o regalo ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente⁷⁰⁴.

También presta atención a la obligación de perseguir y castigar la corrupción, para lo

⁷⁰⁴ Tras la modificación operada por el art. único.126 de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, este artículo contempla la exención de la pena por el delito de cohecho al particular que denuncie haber accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público dentro del plazo de dos meses desde la fecha de los hechos.

que encuentra dos preceptos que respaldan la existencia de semejante obligación en nuestro ordenamiento y sancionan su incumplimiento: el art. 408 CP, que sanciona la falta de persecución de hechos delictivos⁷⁰⁵ y, respecto de la responsabilidad disciplinaria, el art. 7.D del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, en virtud del cual se considera como una falta muy grave tolerar las faltas graves o muy graves de los subordinados.

Otro elemento analizado fueron los códigos de conducta. El GRECO señaló, en el año 2005, que el concepto de código de conducta no había arraigado todavía en España aunque observó que estaba empezando a ser introducido. De todos modos, la actuación de los empleados y cargos públicos no está regida por un código de conducta sino por varias normas de rango legal⁷⁰⁶, normas que prevén los deberes y obligaciones en el puesto o cargo, incluyendo las incompatibilidades y prohibiciones, y sancionan penal y disciplinariamente su incumplimiento, en garantía de la conducta ética de los empleados y cargos públicos. El GRECO subrayó que no existe un texto general y vinculante que pueda ser considerado como un código de conducta para empleados y cargos públicos, a pesar de que su elaboración fue recomendada en la primera ronda de evaluación. También observó que tanto empleados como cargos públicos precisan mayor orientación en aspectos problemáticos como la aceptación de regalos, problemas que, para ser solventados, requieren un desarrollo más allá de la mera descripción penal contenida en el tipo del delito correspondiente. Por otra parte, el GRECO critica esta dispersión normativa de las reglas que contienen las obligaciones y los derechos de los empleados y cargos públicos, por lo que recomienda compilar las reglas disciplinarias y penales en un solo texto y poner el mismo a disposición tanto de empleados y cargos públicos como del público en general. También recomienda realizar una evaluación completa de la efectividad del sistema sancionador instaurado por las citadas normas que sustituyen a un código de conducta vinculante para empleados y cargos públicos, evaluación cuyos resultados deberían hacerse públicos.

Respecto del resto de cuestiones analizadas por el GRECO en esta ronda (el producto de la corrupción y las personas jurídicas y la corrupción), las recomendaciones formuladas en 2005 fueron la incorporación de un decomiso cautelar de los productos de la corrupción, la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por actos de corrupción, así como un registro de las sociedades sancionadas por su participación en casos de corrupción, y una mayor implicación de la Cámara de Comercio en la promoción de la ética empresarial.

⁷⁰⁵ El tenor literal del art. 408 CP es el siguiente: «La autoridad o funcionario que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años».

⁷⁰⁶ A este respecto, menciona un conjunto de normas ya citadas anteriormente: el CP, la Ley 30/1986, el RD 33/1986 y la Ley 12/1995.

En el año 2007, las autoridades españolas presentaron al GRECO las medidas legales adoptadas para aplicar las recomendaciones formuladas en el informe de 2005, y un nuevo informe del GRECO (el Informe de Cumplimiento) fue adoptado en octubre, en el que se analizaban las nuevas medidas adoptadas por España. El GRECO llegó a la conclusión de que las recomendaciones se habían llevado a cabo parcialmente.

En cuanto a las tres recomendaciones formuladas en el ámbito de nuestro interés por el informe de 2005, en el año 2007 únicamente la relacionada con la elaboración de directrices para los funcionarios y empleados públicos abordando situaciones que puedan crear un conflicto de intereses fue considerada implementada por completo y de manera satisfactoria por efecto de la aprobación de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado y la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

Por otro lado, se consideraron pendientes de correcta implementación las recomendaciones sobre acceso a la información pública y la evaluación y publicación de la efectividad del sistema de sanciones penales y/o disciplinarias. En la primera cuestión, relativa al acceso a la información pública, el Estado español alegó la adopción de medidas de administración electrónica (en particular, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos), y aunque el GRECO valoró positivamente la adopción de medidas legislativas de esa índole, incidió en que las mismas no guardaban relación con la sustancia de la recomendación consistente en conocer cómo se aplican a la práctica las leyes de acceso a los documentos e información públicos, motivo por el que entendió que la recomendación no se había implementado satisfactoriamente. Respecto de la evaluación del sistema sancionador de empleados y cargos públicos, el Estado español informó de la adopción de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y señaló específicamente la regulación contenida en el Capítulo VI del Título III (arts. 52 y ss.), rubricado como “Deberes de los empleados públicos. Código de conducta”, y la contenida en el Título VII (“Régimen disciplinario”), destacando que ahí se señalan las infracciones que dan lugar a un proceso disciplinario; así como la adopción del Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y los altos cargos de la Administración General del Estado⁷⁰⁷. Aunque el GRECO estima conveniente y positiva la adopción de guías éticas, insiste en que su recomendación consistió en solicitar la compilación, unificada, de las reglas sancionadoras penales y disciplinarias y su difusión entre empleados y cargos públicos y los ciudadanos en general, así como una evaluación de la efectividad de los sistemas sancionadores aplicables a las conductas ilícitas de

⁷⁰⁷ Aprobado mediante la Orden APU/516/2005, de 3 de marzo, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005, por el se aprueba el Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado.

empelados y cargos públicos, y en ninguna de ambas cuestiones se indicó avance alguno⁷⁰⁸.

En cuanto a estas dos recomendaciones no implementadas satisfactoriamente, en el “informe de cumplimiento” se pidió a España que presentara información adicional en 2009.

En el año 2009, algunas nuevas medidas fueron implementadas por España sobre la base del informe de 2007, y las presentaron de nuevo al GRECO, que adoptó un nuevo informe en octubre (“Addenda al informe de cumplimiento”), en el que se volvió a evidenciar la falta de implementación de las recomendaciones. Se concluyó que se habían tomado algunas medidas en las áreas analizadas pero las recomendaciones no estaban todavía completamente implementadas. En concreto, el GRECO entendió que de 2007 a 2009 no se hizo nada para cumplir con la recomendación referida al acceso a la información pública, así como tampoco se hizo nada por evaluar la efectividad del sistema sancionador, ni se elaboró la compilación de normas sancionadoras recomendada. Además, el GRECO recomendó que las autoridades españolas tradujeran a la lengua oficial del Estado su informe de Addenda, lo que tampoco se ha realizado hasta la fecha.

- *Tercera Ronda de Evaluación*

La tercera ronda de evaluación se dividió en dos grandes temas, dando lugar a dos informes separados: en primer lugar, se evaluó la eficacia de las medidas adoptadas por las autoridades españolas con el fin de cumplir con las exigencias derivadas del Convenio Penal sobre la Corrupción y su protocolo adicional⁷⁰⁹ y, en segundo lugar, se analizó la transparencia en la financiación de los partidos políticos⁷¹⁰.

En la primera cuestión el GRECO destacó especialmente la condición de España como uno de los pocos Estados miembros del GRECO que no había ratificado el Convenio Penal sobre Corrupción, por lo que recomendó en primer lugar que ratificara el Convenio y su protocolo adicional, así como una serie de recomendaciones en torno a aspectos penales de la corrupción que requerían de una reforma, como, entre otras, criminalizar la corrupción en el sector privado o el aumento de las penas

⁷⁰⁸ Como podemos observar, más que reformas, el GRECO se limitó a recomendar la compilación informativa de varios preceptos diseminados en múltiples normas y el estudio de la efectividad del sistema vigente, dos cuestiones éstas, de la claridad y la efectividad, que no parecen estar en la línea de las medidas tradicionalmente adoptadas por el Estado español.

⁷⁰⁹ GRECO, *Informe de evaluación relativo a España: Incriminación (ETS 173 y 191, GPC 2) (Tema I)*, aprobado en la 42ª reunión plenaria del GRECO, celebrada en Estrasburgo los días 11-15 de mayo de 2009.

⁷¹⁰ GRECO, *Tercera ronda de evaluación: Informe de Evaluación sobre Transparencia en la Financiación de Partidos Políticos en España (Tema II)*, aprobado en la 42ª reunión plenaria del GRECO, celebrada en Estrasburgo los días 11-15 de mayo de 2009.

correspondientes a los delitos de cohecho y tráfico de influencias.

Respecto de la financiación de los partidos políticos, el GRECO también formuló múltiples propuestas; entre otras, que se tomaran las medidas oportunas para garantizar que los préstamos concedidos a los partidos políticos no se utilizaran para eludir las disposiciones sobre financiación política, que se aumentaran los recursos financieros y de personal destinados al Tribunal de Cuentas de forma que estuvieran en mejores condiciones para realizar de forma eficaz sus tareas de control y ejecución en relación con la financiación política, incluyendo una supervisión más a fondo de los informes financieros de los partidos políticos, y que se definieran claramente las normas sobre financiación política y que se introdujeran sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias para dichas infracciones.

El “Informe de cumplimiento” de 2011⁷¹¹, que es único para ambos temas, abordó las quince recomendaciones formuladas en total en los dos informes precedentes, de las que consideró solamente cinco como satisfactoriamente implementadas (incluida la ratificación del Convenio Penal sobre Corrupción y su Protocolo Adicional, ratificaciones que tuvieron lugar en 2010 y 2011 respectivamente). Sin embargo, el acatamiento de las recomendaciones es muy dispar en función de la materia, y mientras en materia de responsabilidad penal se operó un avance notable, no se puede afirmar lo mismo respecto de la financiación de los partidos políticos, materia en que ninguna de las recomendaciones fue implementada satisfactoriamente, aunque tres fueron parcialmente implementadas. La situación cambió ligeramente en 2013, tras la adopción del Segundo Informe de Cumplimiento⁷¹², en que una recomendación en materia de partidos políticos pasó a ser considerada como satisfactoriamente implementada y todas las demás pasaron a considerarse como parcialmente implementadas (no es ajena a este avance la adopción de la Ley Orgánica 5/2012, de 22 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos)⁷¹³.

- *Cuarta Ronda de Evaluación*

La cuarta ronda de evaluaciones se inició en 2012 y su foco de atención es la prevención de la corrupción respecto de parlamentarios, jueces y fiscales⁷¹⁴. En el informe relativo

⁷¹¹ GRECO, *Third Evaluation Round Compliance Report on Spain “Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2)” and “Transparency of Party Funding”*, adoptado en la 50ª reunión plenaria, celebrada los días 28 de marzo-1 de abril de 2011.

⁷¹² GRECO, *Third Evaluation Round: Second Compliance Report on Spain “Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2)” and “Transparency of Party Funding”*, adoptado en la 60ª reunión plenaria, celebrada los días 17-21 de junio de 2013.

⁷¹³ La addenda a este informe de evaluación fue adoptada en la 65ª reunión plenaria celebrada los días 6-10 de octubre de 2014, y en fecha de diciembre de 2014 todavía mantiene su carácter confidencial, por lo que no podemos conocer ni hacer mención de su contenido.

⁷¹⁴ GRECO, *Cuarta ronda de evaluación. Informe de evaluación: España*, aprobado por el GRECO en su 62ª Reunión Plenaria celebrada los días 2-6 de diciembre de 2013.

a España se señaló la excelencia de los jueces y fiscales en sus funciones, si bien se advirtieron dificultades en el funcionamiento de la Justicia a causa de la excesiva carga de trabajo que deben asumir los tribunales, y, en particular, preocupó la cuestión de la independencia estructural de los órganos rectores del Poder Judicial y del Ministerio Fiscal, por lo que podría llegar a pensarse que intereses partidistas podrían estar interviniendo en las decisiones judiciales; cuestiones que llevaron al GRECO a formular varias propuestas, como reconsiderar el método de selección y el mandato del Fiscal General, establecer por ley requisitos y procedimientos claros para incrementar la transparencia de comunicación entre el Fiscal General y el Gobierno, realizar una evaluación del marco legislativo que rige el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) y de sus efectos sobre la independencia de este órgano frente a cualquier influencia indebida, o que se estipulen por ley los criterios objetivos y los requisitos de evaluación para el nombramiento de altos cargos en la judicatura.

Respecto de los parlamentarios, el GRECO recomendó, entre otras cuestiones, tomar medidas adicionales para infundir, mantener y promover una sólida cultura ética entre los parlamentarios que incluya, mediante la adopción de un código de conducta y la introducción de medidas de concienciación concretas, cuestiones relativas a la integridad; e incrementar la transparencia sobre los contactos que mantienen los parlamentarios con terceros.

1.4.- La Unión Europea

En el marco instaurado tras la adopción del Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht en 1992⁷¹⁵, los Estados miembros consideraron que, para realizar los objetivos de la Unión, era necesario luchar contra la delincuencia que perjudicaba a los intereses financieros de las Comunidades Europeas, por lo que el Consejo de la Unión Europea, mediante su Acto de 26 de julio de 1995, estableció el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas⁷¹⁶, donde se abordaba la lucha contra el fraude en perjuicio de dichos intereses. Unos meses más tarde fue elaborado un protocolo a dicho convenio, mediante Acto del Consejo de 27 de septiembre de 1996⁷¹⁷, por el que se preveía que los Estados que lo adoptaran tipificaran como infracción penal la realización de actos de corrupción en que estuvieran implicados funcionarios comunitarios o de los Estados miembros y que causaran o pudieran causar un perjuicio a los intereses financieros de las Comunidades Europeas.

⁷¹⁵ Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992 (92 / C 191 / 01).

⁷¹⁶ Acto del Consejo, de 26 de julio de 1995, por el que se establece el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, publicado en el Diario Oficial C 316 de 27 de noviembre de 1995.

⁷¹⁷ Acto de Consejo de 27 de septiembre de 1996, por el que se establece un Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (96 / C 313 / 01).

El siguiente paso en la lucha contra la corrupción dado en el seno de la Unión Europea consistió en elaborar otro instrumento para promover la armonización en la sanción de la corrupción, pero esta vez con mayor alcance, pues este instrumento ya no se limitaba a los actos de corrupción en perjuicio de los intereses financieros de las Comunidades Europeas. En el año 1997, el Consejo de la Unión Europea elaboró un convenio con la finalidad de que los Estados de la Unión que lo adoptaran⁷¹⁸ tipificaran y sancionaran penalmente los actos de corrupción en los que estuvieran implicados funcionarios europeos y funcionarios nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea⁷¹⁹. En tanto que, en el marco de la elaboración de este convenio fue considerado de interés común para los Estados miembros el desarrollo de la cooperación judicial, también se regularon aspectos de cooperación en la investigación, en las diligencias judiciales y en la ejecución de las sanciones impuestas (arts. 8 y 9). La entrada en vigor de este convenio se produjo el 28 de septiembre de 2005 (art. 13.3), y permanece abierto a la adhesión de cualquier Estado que se incorpore como nuevo miembro de la UE (art. 14.1).

El Tratado de la Unión Europea, según su redacción tras la aprobación de la modificación aprobada en el Tratado de Ámsterdam del año 1997⁷²⁰, menciona específicamente, en su artículo K.1, la prevención y la lucha contra la corrupción como uno de los objetivos para lograr la creación y salvaguardia de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, que serán realizados a través de una mayor cooperación entre las fuerzas policiales y las autoridades judiciales de los Estados miembros, así como mediante la aproximación de las normas de dichos Estados en materia penal.

El siguiente gran hito en la configuración de la intervención de la Unión Europea en la lucha contra la corrupción tuvo lugar en el año 2003, mediante la adopción de la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo de 28 de mayo de 2003, denominada “Una política global de la UE contra la corrupción” (COM (2003) 317 final). En esta comunicación, el Consejo hizo balance de las actuaciones de la Unión Europea que habían sido llevadas a cabo hasta la fecha en la lucha contra la corrupción, señaló posibles mejoras y apuntó a

⁷¹⁸ En la medida en que fue adoptado sobre la base del art. K.3.2.C del Tratado de la Unión Europea de 1992, se trata de un convenio de adopción recomendada a los Estados miembros, según sus respectivas normas constitucionales. La entrada en vigor de los mismos está sujeta a la adopción por parte de todos los Estados miembros. Por ejemplo, vid. art. 11.3 del Acto del Consejo de 26 de julio de 1995, por el que se establece el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (95 / C 316 / 03).

⁷¹⁹ Acto del Consejo, de 26 de mayo de 1997, por el que se establece, sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea (97/C 195/01), publicado en el Diario Oficial núm. C 195 de 25 de junio de 1997. Este convenio fue publicado en el BOE núm. 74, de 28 de marzo de 2006, páginas 11804 a 11809.

⁷²⁰ Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, publicado, respectivamente, en el DOCE C núm. 340, de 10 de noviembre de 1997; y en el BOE núm. 109, de 7 de mayo de 1999.

una serie de iniciativas que sería conveniente adoptar en los próximos años.

Unos años más tarde, la Unión Europea amplió su intervención reguladora a la corrupción privada. De acuerdo con el Consejo de la Unión Europea, el progresivo aumento en el comercio transfronterizo de bienes y servicios terminó por convertir la corrupción privada en un asunto no solo interno sino también transnacional, ante el que convenía adoptar una actuación conjunta de la Unión Europea⁷²¹, motivo que condujo a la aprobación de la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. En virtud de esta decisión, los Estados parte deben tipificar como delito en su Derecho interno la corrupción en el sector privado y deben contemplar, para esos casos, la responsabilidad tanto de personas físicas como jurídicas (vid. arts. 5 y 6).

En desarrollo de la unión entre los Estados parte, se elaboró el Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007. De acuerdo con la modificación introducida por dicho tratado en el Tratado de la Unión Europea, el nuevo art. 69B.1 faculta al Parlamento Europeo y al Consejo para establecer, mediante directivas, «normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones» en una serie de ámbitos delictivos de especial gravedad y dimensión transfronteriza, entre los que se cuenta la corrupción⁷²².

Aproximadamente un año más tarde, el Consejo adoptó la Decisión 2008/852/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a una red de puntos de contacto en contra de la corrupción. Esa red de puntos de contacto está formada por las autoridades u organismos nacionales encargados de luchar contra la corrupción y por representantes de la Comisión Europea, el Europol y el Eurojust. La finalidad de esta red es la de operar como un foro de intercambio de información y buenas prácticas, y facilitar el contacto entre sus miembros.

En 2011, la Comisión adoptó una comunicación específica sobre la lucha contra la corrupción⁷²³, en la que se presentaron una serie de medidas orientadas a mejorar la lucha contra la corrupción en la Unión Europea. En dicha comunicación, el Consejo constató la gravedad del problema de la corrupción, y subrayó que, a pesar de existir mecanismos internacionales y de la Unión Europea para luchar contra el fenómeno, su

⁷²¹ Vid. considerando 1º de la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado.

⁷²² De acuerdo con el art. 69B.1, esos ámbitos delictivos son los siguientes: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada.

⁷²³ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo de 6 de junio de 2011, «La lucha contra la corrupción en la Unión Europea»* (COM (2011) 308 final).

aplicación por parte de los Estados miembros era desigual y, en ocasiones, insuficiente. Con la finalidad de reforzar la voluntad política de luchar contra la corrupción en los Estados miembros, se estableció la elaboración del informe anticorrupción de la Unión Europea, se solicitó a los Estados miembros que, si todavía no lo habían hecho, incorporaran integralmente a su Derecho interno la legislación europea contra la corrupción en el sector privado y que ratificaran los acuerdos internacionales contra la corrupción. Además, la Comisión propuso una mayor consideración de la corrupción en las políticas internas y externas de la Unión Europea.

Con posterioridad, mediante Decisión de la Comisión⁷²⁴, se creó el Grupo de expertos en corrupción. Este grupo de expertos fue creado con la finalidad de asesorar a la Comisión en todas las cuestiones relativas a la corrupción y, en particular, para prestarle asistencia en la elaboración del Informe anticorrupción anunciado en la comunicación anterior.

1.4.1.- El Informe de lucha contra la corrupción de la UE (EU Anti-corruption report)

En respuesta a la petición del Parlamento Europeo de que sean supervisados periódicamente los esfuerzos de los Estados miembros de la UE⁷²⁵ y a la vista de las limitaciones presentadas por otros mecanismos internacionales de vigilancia y evaluación⁷²⁶, la Comisión estableció el mecanismo conocido como “Informe Anticorrupción de la UE” mediante su comunicación de 2011 relativa a la lucha contra la corrupción en la Unión. Este instrumento está gestionado por la Comisión, con la ayuda del grupo de expertos contra la corrupción y una red de corresponsales locales de investigación conformada por representantes de la sociedad civil y del mundo académico, establecida por la misma Comisión.

El primer informe anticorrupción de la UE, finalmente traducido al español como “Informe sobre la Lucha contra la Corrupción en la UE”⁷²⁷, fue adoptado por el Consejo de la Unión Europea el 3 de febrero de 2014⁷²⁸, y deben ser elaborados nuevos informes anticorrupción cada 2 años.

⁷²⁴ COMISIÓN EUROPEA, *Decisión de la Comisión de 28 de septiembre de 2011 por la que se crea el Grupo de expertos en corrupción*, publicada en el DO C 286 de 30 de septiembre de 2011.

⁷²⁵ PARLAMENTO EUROPEO, *Declaración por escrito 0002/2010 sobre los esfuerzos de la Unión Europea en la lucha contra la corrupción*, adoptada por el Parlamento Europeo el 18 de mayo de 2010.

⁷²⁶ Vid. apartado 2.1 de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo de 6 de junio de 2011, «La lucha contra la corrupción en la Unión Europea» (COM (2011) 308 final).

⁷²⁷ COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: Informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE* (COM(2014) 38), de 3 de febrero de 2014.

⁷²⁸ Si bien, tal y como indicaba la Comunicación de la Comisión de 2011, la previsión inicial fue que el primer informe anticorrupción fuera publicado durante el año 2013, su aprobación se retrasó hasta inicios del año siguiente.

El informe anticorrupción es el mecanismo, específico de la Unión Europea, de control y evaluación de los esfuerzos de los Estados miembros en materia de lucha contra la corrupción, en el que se reflejan tanto las vulnerabilidades y deficiencias como los logros y las buenas prácticas llevadas a cabo, procurando «promover altos estándares de lucha contra la corrupción en toda la UE»⁷²⁹. En base a dicho informe puede apreciarse hasta qué punto existe en la UE y en cada uno de sus Estados miembros una lucha efectiva contra la corrupción⁷³⁰.

El contenido más relevante del informe es el siguiente: como elemento central figura un capítulo temático, referido a algún aspecto relativo a la lucha contra la corrupción en la UE, donde se incluyen al respecto estudios de casos, ejemplos de buenas prácticas y recomendaciones⁷³¹; en segundo lugar, se incluye un análisis por países en los capítulos nacionales, con análisis y recomendaciones específicas para cada uno de los 28 Estados miembros, y que finalmente se ha publicado en forma de anexos⁷³²; y por último, en este informe también se incluyen las tendencias de la UE respecto de experiencias sobre corrupción en el territorio de la Unión Europea⁷³³. Para la elaboración de estos contenidos, la Comisión se sirve de múltiples fuentes de información, como «los mecanismos de supervisión existentes (GRECO, OCDE, UNCAC [ó, de acuerdo con las siglas utilizadas en este trabajo, CNUCC]), expertos independientes, conclusiones de la investigación, los servicios de la Comisión y la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF), los Estados miembros, las agencias de la UE como Europol y Eurojust, la Red Europea contra la Corrupción, los estudios del Eurobarómetro y la sociedad civil»⁷³⁴,⁷³⁵.

Respecto del capítulo nacional del Estado español, las cuestiones que la Unión Europea

⁷²⁹ COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: Informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE* (COM(2014) 38), cit., p. 3.

⁷³⁰ Vid. introducción de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo de 6 de junio de 2011, «La lucha contra la corrupción en la Unión Europea» (COM (2011) 308 final).

⁷³¹ En el primer informe anticorrupción publicado en 2014, el tema escogido ha sido la contratación pública.

⁷³² En efecto, el informe cuenta con un anexo por cada Estado miembro. Respecto de España, el anexo es el ya citado COMISIÓN EUROPEA, *Anexo: España, al Informe de lucha contra la corrupción de la UE* (COM(2014) 38 final, Anexo 9), de 3 de febrero de 2014.

⁷³³ Entre otras fuentes, es de especial relevancia el Eurobarómetro sobre corrupción, que mide a percepción de los ciudadanos europeos respecto de la corrupción en distintos ámbitos.

⁷³⁴ En este último grupo destaca especialmente la contribución de Transparencia Internacional referente al análisis del sistema nacional de integridad de los Estados miembros de la Unión Europea, informe que también hemos citado aquí. La evaluación global, conjunta, de los Estados miembros de la Unión Europea se publicó en el informe TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, *Money, politics, power: Corruption risks in Europe*, cit.; y, específicamente para el caso español, el informe completo se publicó en TRANSPARENCIA INTERNACIONAL ESPAÑA; VILLORIA, Manuel (Dir.) y BEKE, Mike, B. (Coord.), *El marco de integridad institucional en España. Situación actual y recomendaciones*, cit.

⁷³⁵ Vid. apartado 2.2 de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo de 6 de junio de 2011, «La lucha contra la corrupción en la Unión Europea» (COM (2011) 308 final).

considera merecedoras de especial atención y señala en su informe como puntos vulnerables son la financiación de los partidos políticos, la corrupción a nivel regional y local, los conflictos de intereses y las declaraciones públicas de patrimonio, el desarrollo urbano, la contratación pública y el acceso a la información y la transparencia⁷³⁶.

A pesar de constatar la existencia de recientes reformas legislativas en los ámbitos considerados, recomienda prestar mayor atención a varias cuestiones para fortalecer la lucha contra la corrupción en España: en primer lugar, recomienda proseguir con las reformas en curso y garantizar la aplicación efectiva de las nuevas normas sobre la financiación de los partidos políticos; en segundo lugar, aconseja desarrollar estrategias «a la medida para las administraciones regionales y locales, precedidas por evaluaciones de riesgo de corrupción», así como «[r]eforzar los mecanismos de control, hacer más transparente el proceso de toma de decisiones y garantizar una supervisión coherente de la calidad de la gobernanza local y regional»; en tercer lugar, recomienda el desarrollo de códigos de conducta (y sus respectivos instrumentos sancionadores en caso de incumplimiento) para los cargos electos, el desarrollo de códigos éticos dentro de los partidos políticos, la mejora de la regulación en materia de publicidad patrimonial y conflictos de intereses para los cargos electos y de libre designación, el refuerzo de la independencia y capacidad sancionadora de la Oficina de Conflictos de Intereses y garantizar un adecuado marco de aplicación de la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (supervisión independiente de su aplicación e imposición de sanciones disuasorias); en cuarto y último lugar, se contienen una serie de recomendaciones referidas a los ámbitos sectoriales del urbanismo y la contratación pública: tener en cuenta las conclusiones del Tribunal de Cuentas e instituciones equivalentes autonómicas respecto de los procedimientos de contratación pública y aumentar su capacidad para realizar un control efectivo de los contratos públicos a nivel autonómico y local, identificar los factores de riesgo de corrupción en la contratación y en la planificación urbanística en base a una evaluación independiente de las principales decisiones llevadas a cabo en ambos sectores durante los últimos años y la difusión de buenas prácticas normalizadas en materia de contratación pública⁷³⁷.

1.4.2.- La participación de la UE en instrumentos e iniciativas internacionales contra la corrupción

Más allá de los instrumentos propios, la UE también ha jugado cierto papel en otros instrumentos internacionales, mediante la adopción de posiciones comunes de los Estados miembros en su participación en otros foros internacionales. En concreto, el Consejo de la UE adoptó en 1997 dos posiciones comunes de los Estados miembros

⁷³⁶ Vid. COMISIÓN EUROPEA, *Anexo: España, al Informe de lucha contra la corrupción de la UE*, cit., sección 2 (“Cuestiones en el punto de mira”), pp. 5 y ss.

⁷³⁷ COMISIÓN EUROPEA, *Anexo: España, al Informe de lucha contra la corrupción de la UE*, cit., p. 16.

relativas a las negociaciones en el seno del Consejo de Europa y de la OCDE en materia de lucha contra la corrupción⁷³⁸. Con la primera posición común se acordó que los Estados miembros apoyarían la elaboración de instrumentos internacionales adecuados en los que se contemplara la tipificación penal de la corrupción de los funcionarios extranjeros y de los funcionarios de organizaciones internacionales, que velarían por que las disposiciones de los instrumentos elaborados en el Consejo de Europa y en la OCDE fueran compatibles entre sí y con otros instrumentos establecidos entre los Estados miembros (particularmente, respecto de las materias siguientes: asistencia judicial, extradición, lucha contra la corrupción y protección de los intereses financieros de la Comunidad) y que, en lo posible, coordinarían sus posiciones y se esforzarían por encontrar puntos de acuerdo en aquellas cuestiones relevantes para los intereses de la Unión Europea. La segunda posición común se refería casi exclusivamente a la elaboración del proyecto de Convenio de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico, respecto del que los Estados miembros acordaron perseguir conjuntamente una específica definición de la infracción sancionada por el proyecto de convenio de la OCDE que fuera compatible con la infracción sancionada por el respectivo Convenio adoptado por la Unión Europea, alcanzar un determinado concepto de agente público extranjero, hacer constar en los trabajos de la OCDE que en el proyecto de convenio no se incluye el tráfico de influencias; y en general, abarcando tanto los convenios del Consejo de Europa como de la OCDE, se acordó recomendar el establecimiento de normas de competencia que garantizaran un grado de compromiso equivalente para todos los Estados que participaran en la represión de los actos de corrupción activa en los dos convenios, señalar la conveniencia de que se estableciera en los convenios un mecanismo de seguimiento eficaz y coordinado, buscar el mayor número de ratificaciones y que los convenios solo establecieran medidas de cooperación internacional en caso de necesidad manifiesta.

La UE no solo se limita a elaborar instrumentos propios para luchar contra la corrupción o a impulsar una posición común de los Estados miembros en las negociaciones llevadas a cabo en otras organizaciones internacionales sino que, además, en la medida de lo posible, procura participar directamente, por sí misma, en instrumentos pertenecientes a otros foros supranacionales.

Como vimos en el apartado dedicado a la CNUCC, el art. 67.3 de dicha convención permite la ratificación, aceptación o aprobación por parte de las organizaciones regionales de integración económica; y la Unión Europea (UE), aprovechando esa

⁷³⁸ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Posición común, de 6 de octubre de 1997, definida por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a las negociaciones en el Consejo de Europa y en la OCDE sobre la lucha contra la corrupción* (97/661/JAI), publicada en el Diario Oficial L 279 de 13 de octubre de 1997, y *Segunda posición común* (97/783/JAI), de 13 de noviembre de 1997, definida por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a las negociaciones en el seno del Consejo de Europa y de la OCDE en torno a la lucha contra la corrupción, publicada en el Diario Oficial L 320 de 21 de noviembre de 1997.

posibilidad, aprobó la CNUCC mediante la Decisión del Consejo 2008/801/CE, de 25 de septiembre de 2008, sobre la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

La UE también ha pretendido participar en el GRECO. En la Comunicación “Una política global contra la corrupción” de 2003, la Comisión ya consideró la posible participación de la UE en el GRECO como una de sus líneas de actuación en su política contra la corrupción, pero dadas las limitadas competencias de la Unión Europea fue imposible desarrollar esta participación hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. En ese nuevo marco de competencias de la UE, la Comisión elaboró un informe⁷³⁹ analizando todas y cada una de las distintas formas de participación en los trabajos que permite el GRECO (observador y participante, en este último caso con dos variantes: adhesión de pleno derecho y adhesión con un derecho de voto limitado), más una fórmula alternativa: el programa conjunto. De todas las opciones posibles, finalmente en 2012 se acordó adoptar una participación en dos fases diferenciadas: en primer lugar, como participante de pleno derecho, lo que implicaría, entre otros aspectos, que la UE podría acceder a la información recogida por el GRECO y a participar en el proceso de evaluación de los Estados miembros de la UE y, si prestan su consentimiento, de los países candidatos; y una segunda fase de plena adhesión, lo que podría incluir la evaluación de las instituciones de la UE por parte del GRECO⁷⁴⁰. Asimismo, el GRECO participará en la elaboración del Informe anticorrupción de la UE.

2.- LA TIPOLOGÍA DE MEDIDAS EMPLEADAS EN CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN JURÍDICA DE LUCHAR CONTRA LA CORRUPCIÓN

Además de las consecuencias de la corrupción vistas en el Capítulo I, que incluían graves perjuicios económicos para los estados corruptos así como flagrantes violaciones de algunos principios constitucionales y legales, en este segundo capítulo acabamos de ver que existen múltiples normas, de origen tanto internacional como interno, de carácter tanto general como especial, que regulan aspectos de la lucha contra la corrupción, por lo que a día de hoy la cuestión del combate a este fenómeno, al menos para un jurista, adquiere una nueva dimensión: la necesidad de combatir la corrupción no parte únicamente de la voluntad política de reducir, hasta donde los gobiernos estimen oportuno, ciertos perjuicios de índole esencialmente económica producidos por

⁷³⁹ COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión al Consejo de 6 de junio de 2011 sobre las modalidades de participación de la Unión Europea en el Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa (GRECO)* (COM (2011) 307 final), de 6 de junio de 2011.

⁷⁴⁰ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, «Participación de la Unión Europea en el Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa (GRECO)»*, (COM(2012) 604 final), de 19 de octubre de 2012.

unas concretas conductas criminales, sino que existe, derivada del ordenamiento jurídico, una obligación para el Estado de prevenir en lo posible y sancionar en lo conocido las prácticas de corrupción pública. Y cada una de esas labores se realiza con mecanismos diferentes.

En el presente apartado expondremos, en primer lugar, y con apoyo en las tesis de algunos autores, fundamentos que permiten extraer del ordenamiento jurídico la obligación de luchar contra la corrupción. Después, se analizarán los dos tipos de técnicas existentes para cumplir con dicha obligación, para, a continuación, ver qué rama del Derecho público puede instrumentar mejor cada una de ellas. En último lugar, determinaremos cuál de las dos técnicas supone, a nuestro juicio, la mejor forma de instrumentar mejoras jurídicas para combatir el problema que nos ocupa en esta tesis.

2.1.- El ordenamiento jurídico y la obligación para los estados de actuar ante la corrupción: en particular, el Estado español

Las múltiples políticas anticorrupción adoptadas, que se han concretado en instrumentos jurídicos como los expuestos anteriormente en este capítulo, han terminado por generar, cada vez de forma más precisa e ineludible, un marco en el que se incluyen auténticas obligaciones para los Estados de prevenir y castigar la corrupción⁷⁴¹.

A nivel internacional, más allá de las posibles violaciones de múltiples derechos humanos que podrían originarse en prácticas corruptas⁷⁴², el principal argumento para justificar la obligatoriedad de la lucha anticorrupción radica en el hecho de haberse aprobado una serie de tratados que, a pesar de la distinta naturaleza de sus cláusulas, contienen obligaciones relativas a la lucha contra la corrupción que han sido asumidas por los Estados que los han ratificado⁷⁴³. En particular, destaca la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, ratificada por España y, en consecuencia, integrada en el Derecho interno *ex art. 96.1 CE*, mediante la cual se ha adquirido la obligación de establecer medidas tanto para prevenir como para castigar la corrupción. Por ejemplo, el art. 6 CNUCC impone a los Estados parte la obligación de garantizar la existencia de uno o más órganos independientes encargados de prevenir la corrupción, y el art. 8 prescribe la obligación de los Estados de promover la integridad, la honestidad y la responsabilidad entre sus funcionarios públicos con objeto de combatir la

⁷⁴¹ DE BENEDETTO, Maria, “Corruption and controls”, cit.

⁷⁴² Al respecto, vid. KUMAR, C. Raj, “Corruption, Human Rights, and Development: Sovereignty and State Capacity to Promote Good Governance”, *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, vol. 99, 2005, pp. 416-419; BACIO TERRACINO, Julio, “Linking corruption and human rights”, *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, vol. 104, 2010, pp. 243-246, y KAUFMANN, Daniel, *Human rights and development: Towards mutual reinforcement*, 2004, conferencia consultable en:

<http://siteresources.worldbank.org/INTWBIGOVANTCOR/Resources/humanrights.pdf>.

⁷⁴³ Por todos, vid. BACIO TERRACINO, Julio, *The International Legal Framework against Corruption. States' obligations to prevent and repress corruption*, Intersentia, Cambridge, 2012.

corrupción; por su parte, en materia de sanción, el art. 36 establece la obligación de los Estados parte de disponer de uno o más órganos especializados en la lucha contra la corrupción mediante la aplicación coercitiva de la ley, y, por ejemplo, en virtud del art. 15 CNUCC, los Estados parte deben adoptar las medidas oportunas para tipificar como delito el soborno de funcionarios nacionales. En consecuencia, en base al ordenamiento internacional, aplicable al Estado español, el Estado ha asumido la obligación de reducir los riesgos de corrupción mediante apropiadas medidas preventivas así como la obligación de castigar efectivamente a los sujetos que incurran finalmente en prácticas de corrupción.

En base, exclusivamente, al ordenamiento nacional, Carlos JIMÉNEZ VILLAREJO ha afirmado que «la lucha contra la corrupción es una exigencia fundamental del Estado social y democrático de Derecho». En su opinión, el fundamento constitucional que exige esa lucha se encontraría en aspectos esenciales del Estado de Derecho como la sujeción de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento, la interdicción de la arbitrariedad y el deber de cuantos integran la Administración de servir con objetividad los intereses generales y actuar con imparcialidad en el ejercicio de sus funciones; así como en la misma definición del Estado como social, en la medida en que «la caracterización del Estado como “social” obliga a plantearse como un objetivo fundamental la lucha contra la corrupción –pública o privada– ya que [...] aquélla constituye un ataque a la concepción constitucional del orden socioeconómico y favorece el desarrollo de los elementos más negativos, por antisociales, de la economía de mercado»⁷⁴⁴.

A nivel legal, como también se dijo, se reconoce el derecho y el deber de buena administración. En su reconocimiento la doctrina ha encontrado, también, un punto de anclaje para inferir la obligación jurídica de luchar contra la corrupción mediante políticas de buena administración. En opinión de Joan PRATS, el deber de buena administración no se limita exclusivamente a los agentes públicos sino que se extiende asimismo a los gobiernos, por lo que éstos deben desarrollar políticas de buena administración, y, en su desarrollo, no se debe olvidar que «la prevención y lucha contra la corrupción forman parte natural de cualquier política de buena administración», y que, además de las medidas de ética pública que sean necesarias, el diseño del marco legal, organizativo, procedimental y de gestión de recursos debe «tener en cuenta como objetivo irrenunciable el prevenir y desincentivar la corrupción»⁷⁴⁵.

Finalmente, en referencia específica a la corrupción urbanística, el uso del suelo favorecido por tales prácticas implica una vulneración constitucional de los arts. 45.2 y

⁷⁴⁴ JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos, “Democracia contra corrupción”, cit., pp. 10-11.

⁷⁴⁵ PRATS CATALÀ, Joan, “La lucha contra la corrupción como parte integrante del Derecho, el deber y las políticas de buena administración”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 31, mayo-agosto 2007, pp. 13-29, pp. 17 y 22.

47, en la medida en que supone desatender la imposición a los poderes públicos de velar por el uso racional de los recursos naturales (incluido el suelo), así como de promover las medidas adecuadas para que la utilización del suelo se realice de acuerdo al interés general⁷⁴⁶. Adicionalmente, la legislación básica en la materia reconoce el principio de desarrollo territorial y urbano sostenible, en virtud del cual «[l]as políticas públicas relativas a la regulación, ordenación, ocupación, transformación y uso del suelo tienen como fin común la utilización de este recurso conforme al interés general y según el principio de desarrollo sostenible, [...] y deben propiciar el uso racional de los recursos naturales armonizando los requerimientos de la economía, el empleo, la cohesión social, la igualdad de trato y de oportunidades, la salud y la seguridad de las personas y la protección del medio ambiente» (art. 2 TRLS). Así, una política que tenga por finalidad cumplir con las exigencias constitucionales y legales referidas al uso racional y sostenible del suelo, debe tener en cuenta la lucha anticorrupción, pues ésta, como se dijo, en no pocos casos es la causa por la que se adoptan decisiones administrativas contrarias a esos principios y mandatos.

2.2.- Los tipos de medidas contra la corrupción: medidas preventivas para reducir los riesgos de corrupción y medidas represivas para sancionar las conductas corruptas

En nuestra opinión, las medidas anticorrupción se pueden clasificar en dos tipos: medidas preventivas y medidas represivas⁷⁴⁷.

También según nuestro criterio, la mejor forma de diferenciar qué medidas atañen a cuál de los dos grupos consiste en identificar si la medida está pensada para operar con independencia de la existencia efectiva de casos de corrupción o si, por el contrario, ésta permanece en estado de latencia hasta que se constata un posible supuesto de corrupción, en cuyo caso resulta de aplicación inmediata, reaccionando a esa práctica. La finalidad de la medida, de prevenir o castigar el fenómeno, aun siendo importante, quedaría en un segundo plano a efectos de su clasificación ya que, como enseguida se verá, la finalidad de una misma medida puede, en ocasiones, abarcar tanto la prevención como la sanción. Sin embargo, en términos generales, podemos afirmar que cada medida tiene una finalidad principal, aunque no exclusiva: la prioridad de las medidas preventivas es reducir la posibilidad o tentación de que determinados sujetos incurran en prácticas de corrupción, mientras que la prioridad de las medidas represivas es sancionar de forma efectiva a las personas que ya incurrieron en prácticas de ese tipo.

⁷⁴⁶ Al respecto, vid. CARRILLO MORENTE, José A., “Corrupción frente a ordenación urbanística”, cit., p. 99; y JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos, “Corrupción, su prevención y persecución en España”, cit., p. 13.

⁷⁴⁷ Entre otros, se mantiene esta distinción en DE SOUSA, Luís, “Anti-corruption agencies: between empowerment and irrelevance”, *Crime, Law and Social Change*, vol. 53, núm. 1, 2010, pp 5-22. Vid., asimismo, PALAZZO, Francesco (cur.), *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, cit.

Entendemos que resulta problemático tratar de clasificar las medidas anticorrupción en base, exclusivamente, a un criterio finalista. Si se piensa en las medidas preventivas como aquellas orientadas a prevenir la corrupción y en las medidas represivas o reactivas como aquellas orientadas al castigo de las prácticas corruptas, nos encontramos enseguida con dos problemas que, a nuestro juicio, complican y desdibujan excesivamente la distinción entre estos tipos de medidas.

En primer lugar, tanto las medidas preventivas como las represivas comparten, aunque sea en distinto grado, ambas finalidades: preventiva y sancionadora. En efecto, podemos entender que algunas medidas preventivas, como por ejemplo podrían serlo aquellas medidas que buscan garantizar la transparencia en la actuación de las Administraciones públicas en ámbitos de riesgo de corrupción, buscan, esencialmente, la prevención mediante la amenaza de un mejor control y una mayor probabilidad de sanción. Podría entenderse, pues, que justamente algunas medidas de transparencia, esencialmente preventivas, en última instancia encontrarían su fuerza preventiva al actuar como garantía de un mejor control y, a la postre, una mayor amenaza de sanción efectiva, sea penal, social o política. En el extremo opuesto, las medidas esencialmente sancionadoras de la corrupción, como aquellas disposiciones del Código Penal que contemplan penas para los corruptos, cuentan también con un carácter preventivo generalmente aceptado⁷⁴⁸, sea en su vertiente de prevención especial o prevención general⁷⁴⁹. Además, como vimos al estudiar las causas de la corrupción, uno de los incentivos para incurrir en este tipo de prácticas es la baja probabilidad y escasa severidad de la sanción, por lo que un sistema sancionador eficaz sin duda tiene un efecto disuasorio y, por tanto, preventivo.

En segundo lugar, no queda clara la naturaleza de las medidas de control. Si bien el término mismo de control no es uniforme en todos los ordenamientos jurídicos⁷⁵⁰, en nuestro ordenamiento los controles no están necesariamente vinculados a la sanción⁷⁵¹

⁷⁴⁸ De hecho, la jurisprudencia española ha identificado como prioritaria la finalidad preventiva de la pena en casos de corrupción pública. En particular, el Auto AP de Barcelona de 1 de marzo de 2013, en su FJ 6º, afirma que la pena «cumple esencialmente la función de servir de instrumento para prevenir futuros delitos [...] de cualquier otra persona integrante de la colectividad (prevención general), tendiendo en este último caso a evitar que surjan nuevos delincuentes de la sociedad [...] tanto en su vertiente de prevención general negativa dirigida a intimidar a todos aquellos ciudadanos/políticos que pudieran sentirse tentados a realizar conductas como las que han sido objeto de enjuiciamiento y condena como en su vertiente de prevención general positiva dirigida a que todos aquellos que decidan dedicarse al servicio público interioricen la necesidad de ajustar su actuación a criterios de ética política y, desde luego, a la estricta legalidad».

⁷⁴⁹ Al respecto, vid. ANDENAES, Johannes, “The general preventive effects of punishment”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 114, núm. 7, 1966, pp. 949-983; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 73-100; MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1982, pp. 29-48; y QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., “Reflexiones marginales sobre la corrupción”, cit., p. 20. También, vid. STC 160/2012, de 20 de septiembre de 2012.

⁷⁵⁰ DE BENEDETTO, Maria, “Corruption and controls”, cit.

⁷⁵¹ Por descontado, sí hay órganos de control con capacidad para sancionar al controlado, como vimos respecto de la jurisdicción contable del Tribunal de Cuentas sobre quienes recauden, intervengan,

sino que, al contrario, en su mayoría, se trataría de medios, instrumentos e instituciones destinados a garantizar el buen funcionamiento de la Administración reduciendo el riesgo de que se produzcan ineficiencias, ilegalidades, abusos y corruptelas en el ejercicio de funciones públicas o en el desempeño de cargos públicos⁷⁵². Pero esta finalidad no es siempre clara ni exclusiva. La doctrina ha llegado a entender que las medidas anticorrupción de control serían un tercer tipo de medidas anticorrupción que estarían a caballo entre las de represión y las de prevención, en la medida en que «permiten identificar la existencia de prácticas corruptas, abriendo paso así a posteriores medidas de castigo y desestimulando también, por supuesto, a eventuales corruptores ante el temor de ser sorprendidos»⁷⁵³, por lo que podríamos concluir, en un primer momento, que estas medidas no tendrían *a priori* ninguna función claramente dominante, sea represiva o preventiva.

Sin embargo, si atendemos al funcionamiento de este tipo de medidas, parece primar el carácter preventivo: las Administraciones someterán su actuación a los controles (principalmente administrativos internos, aunque también a algunos externos) pertinentes en todo caso, con independencia de que se haya producido irregularidad alguna, pues es justamente al órgano de control a quien el ordenamiento encomienda la labor de detectar la irregularidad. El hecho de que el control no sea una medida reactiva, sino una medida que interviene antes de que se haya constatado un posible caso de corrupción, revela un carácter preventivo: quienes participan en el ejercicio de las funciones públicas sometidas a un determinado control regular saben que cualquier actuación llevada a cabo será analizada y, por tanto, existe un riesgo cierto de que sean descubiertas las eventuales irregularidades; por lo que, sin duda, ante la amenaza de un efectivo control, aumentan los desincentivos y disminuyen los incentivos para participar en prácticas de corrupción generándose así un significativo efecto preventivo. Por su parte, la efectividad sancionadora dependerá de cada control, como ya analizamos, y habrá algunos que inmediatamente derivarán en una sanción, mientras otros se limitarán a dejar constancia de la irregularidad, sin efecto alguno.

De acuerdo con el criterio apuntado, entendemos que son medidas preventivas todas aquellas medidas instrumentadas para funcionar de forma recurrente o continua, y cuya finalidad principal es la de reducir los riesgos de corrupción. Estas medidas son distintas de las represivas, que son todas aquellas cuya aplicación es puntual y reactiva, resultando aplicables únicamente una vez ha sido identificado un caso de posible corrupción, y cuya finalidad principal es la de sancionar esa conducta, de tal forma que no pueda resultar beneficioso para el infractor haber participado en cualquier forma de corrupción.

administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos, o bien el control ejercido ordinariamente por los juzgados y tribunales de justicia, muy especialmente los pertenecientes a la jurisdicción penal.

⁷⁵² SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo. Parte general*, 10ª ed., cit., pp. 831-832.

⁷⁵³ NIETO, Alejandro, *La corrupción en la España democrática*, cit., p. 225.

Esta distinción, cuya relevancia no trasciende más allá del plano teórico, pues en la práctica de la lucha anticorrupción poco importa saber si una medida es más preventiva o represiva, sí resulta necesaria a efectos de delimitar el contenido y alcance del último capítulo de este trabajo, pues el mismo se limita a la propuesta de medidas preventivas para reducir los riesgos de corrupción. En consecuencia, y siempre en base a cuanto se acaba de exponer, en dicho capítulo se tendrán en cuenta también las medidas de control, mientras que no serán objeto del mismo las medidas sancionadoras, aun cuando una aplicación efectiva del Derecho administrativo sancionador sin duda pueda redundar, en parte, en la prevención de la corrupción.

2.3.- El papel predominante del Derecho penal en la sanción de la corrupción

En el sistema jurídico español, la facultad de imponer sanciones ante los incumplimientos del ordenamiento se atribuye tanto a los órganos judiciales penales como a la Administración (STC 77/2010, de 19 de octubre, FJ 4º), y del mismo modo, se ha entendido que tanto el Derecho penal como el Derecho administrativo sancionador son manifestaciones del mismo *ius puniendi* (u ordenamiento punitivo) del Estado (STC 18/1981, de 8 de junio, FJ 2º).

La distribución de materias castigadas mediante uno u otro sistema sancionador atiende, en materia de corrupción, a la gravedad de la conducta; así, sería propia del Derecho administrativo la sanción ordinaria de las ilegalidades que pudieran constituir casos de corrupción, mientras que correspondería al Derecho penal la sanción de forma excepcional, tan solo en aquellos supuestos de corrupción más graves, en atención al principio de intervención mínima⁷⁵⁴ y carácter de *ultima ratio* de esta rama del Derecho⁷⁵⁵; aunque en este punto no podemos ignorar, como ya se vio, que particularmente en materia de lucha contra la corrupción el Derecho penal ha experimentado una notable expansión y no resulta tan claro el criterio empleado por el

⁷⁵⁴ En palabras de Emilio AMEZCUA, «[l]a coordinación de las medidas administrativas y penales para la protección de los diversos bienes jurídicos descansa en una relación de complementariedad para su mejor tutela, ocupando cada una de ellas un lugar específico. Así, al Derecho Administrativo le corresponde desempeñar un papel preventivo e, incluso, sancionador de primer grado, aplicable a aquellas conductas del sujeto activo que consistan en una desobediencia de la norma reguladora del ámbito de actividad contemplado, y el Derecho Penal, conforme al principio de intervención mínima, queda reservado al supuesto de las infracciones más graves desde el punto de vista de la afectación al bien jurídico» (AMEZCUA ORMEÑO, Emilio, “Génesis y evolución de la corrupción urbanística en España en el bienio 2006-2007. Aproximaciones a la nueva Ley de suelo en el contexto de la corrupción”, *Práctica urbanística*, núm. 68, febrero 2008, pp. 32-53, p. 46).

⁷⁵⁵ Por ejemplo, vid. STS (sala de lo penal, secc. 1ª) de 25 de abril de 2008, rec. núm. 2054/2007, ponente D. Julián Sánchez Melgar, FD 2º, en que, a pesar de constatarse la irregularidad, no se considera reprochable penalmente la falta de abstención de un alcalde que ejercía simultáneamente como arquitecto privado en el mismo municipio en el que ejercía su cargo público en la concesión de una licencia municipal de la que había sido firmante como arquitecto privado.

legislador para optar por una vía sancionadora u otra⁷⁵⁶.

A menudo, identificar qué régimen sancionador resulta aplicable puede ser conflictivo, pues una misma conducta, en nuestro caso, de corrupción, puede estar sancionada tanto por alguna de las normas administrativas, generales o sectoriales, como por alguna de las previsiones sancionadoras contenidas en el Tít. XIX del Libro II del Código Penal. En ese caso, no será posible la doble sanción administrativa y penal cuando concorra identidad de sujetos, hechos y fundamento, pues así lo prescribe el principio de no duplicidad de sanciones o *non bis in idem* que la jurisprudencia del TC ha considerado implícitamente integrado en el derecho fundamental al principio de legalidad en materia penal y sancionadora recogido en el art. 25.1 CE (STC 2/1981, de 30 de enero, FJ 4º; así como, entre otras, STC 2/2003, de 16 de enero de 2003 FFJJ 3º y ss.). Es justamente en los mecanismos que tratan de asegurar la garantía de la no duplicidad de sanciones donde más claro y patente se hace el carácter preferente del Derecho penal en la sanción, pues, siendo posible la eventual duplicidad, el ordenamiento jurídico-administrativo busca que prevalezca la sanción penal: si existiera ya una condena penal, no será posible imponer una sanción administrativa (art. 133 LRJPAC), y, en caso de haberse incoado ya el procedimiento sancionador, deberá archivarse el expediente administrativo (art. 5.1 Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora); además, en caso de que, iniciado el procedimiento administrativo sancionador, el órgano instructor aprecie en los hechos objeto de instrucción indicios de delito, deberá comunicar tales hechos a los órganos de la jurisdicción penal o al Ministerio Fiscal y suspender, por lo general, la tramitación del procedimiento sancionador (p. ej. vid. art. 7 Real Decreto 1398/1993 y art. 94.3 Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público)⁷⁵⁷.

Un segundo argumento para entender preferente el papel del Derecho penal en la sanción de las prácticas de corrupción es su posibilidad para introducir sanciones más severas. Como vimos, una sanción insuficientemente severa no disuade a los posibles infractores; y es justamente el Derecho penal y los órganos jurisdiccionales que se encargan de su aplicación a quienes corresponde establecer e imponer, respectivamente, las penas más graves, pues tal y como establece la Constitución Española en su art. 25.3, «[l]a Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad».

Por último, aunque en este trabajo no nos ocupemos de la sanción ni del Derecho penal, queremos dejar constancia de que la lucha penal contra la corrupción presenta todavía un amplio margen de mejora, pues se han identificado deficiencias en la tipificación de

⁷⁵⁶ TORNOS MAS, Joaquín, “¿Quién debe ejercer el «ius puniendi» del Estado?”, cit., pp. 12-14.

⁷⁵⁷ Sobre la prevalencia del Derecho penal sobre el Derecho administrativo sancionador, vid., por todos, SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo. Parte general*, 10ª ed., cit., pp. 709-710.

delitos de corrupción e inadecuación e ineffectividad de las penas previstas, así como deficiencias en su ejecución⁷⁵⁸.

2.4.- La preferencia por la prevención y el papel predominante del Derecho administrativo en la función preventiva

El castigo, particularmente el penal, parece ser una estrategia necesaria, sin duda, para luchar contra la corrupción, pues la impunidad ante la comisión de prácticas de corrupción sería, en la gran mayoría de casos, una de las causas que explicarían su proliferación⁷⁵⁹.

Sin embargo, basar la política anticorrupción exclusivamente en la represión penal supone adoptar una lucha sin lugar a dudas parcial y solo eficaz en forma muy limitada: la conducta, y en consecuencia la lesión del bien jurídico protegido, ya se habrá producido⁷⁶⁰; la corrupción no será atajada sino que se seguirá dejando abierta la posibilidad de que nuevos casos similares surjan en el futuro; las medidas, al ser reactivas, alcanzarán solo a aquellos casos conocidos y que, además, puedan ser probados y en los mismos no concurra ninguna causa que impida la sanción⁷⁶¹; y, aun cuando prospere la investigación y pueda probarse y sancionarse la corrupción, muy difícilmente podrá restablecerse la situación anterior⁷⁶².

Como hemos avanzado, no es fácil que se llegue a tener noticia de un caso de corrupción. Todas las personas que participan secretamente en su comisión son responsables penalmente, por lo que no se verán movidas a denunciarlo, y, por su naturaleza oculta, las autoridades competentes para iniciar su persecución de oficio difícilmente tienen conocimiento de las mismas, pues aunque objetivamente pueda apreciarse la existencia de decisiones administrativas extrañas o poco beneficiosas para

⁷⁵⁸ QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., “Reflexiones marginales sobre la corrupción”, cit., pp. 22-26.

⁷⁵⁹ ROSE-ACKERMAN, Susan, *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*, cit., p. 72; KLITGAARD, Robert; MACLEAN-ABAROA, Ronald y PARRIS, H. Lindsey, *Corrupt cities: a practical guide to cure and prevention*, cit., p. 35; y ABBINK, Klaus; IRLENBUSCH, Bernd y RENNER, Elke, “An experimental bribery game”, cit.

⁷⁶⁰ Nos sumamos a Blanca LOZANO cuando afirma que «[e]s preciso introducir medidas [...] dirigidas a reducir la discrecionalidad y ampliar los controles previos en la actuación urbanística municipal de tal forma que se eviten las soluciones extremas *a posteriori*, como la incriminación penal, que de poco sirve frente a un desastre urbanístico ya consumado» (LOZANO CUTANDA, Blanca, “Urbanismo y corrupción”, cit., p. 352). En forma similar, para Joan J. QUERALT, «es erróneo que parezca que todo el peso de respuesta ante la corrupción sea la pena impuesta por el Código Penal, pues el Derecho penal por definición siempre llega tarde» (QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., “Reflexiones marginales sobre la corrupción”, cit., p. 31).

⁷⁶¹ NIETO, Alejandro, *La corrupción en la España democrática*, cit., p. 233.

⁷⁶² Al respecto, es especialmente ilustrativa la transformación irreversible del suelo que habitualmente acarrea muchos casos de corrupción urbanística. Al respecto, vid. CARRILLO MORENTE, José A., “Corrupción frente a ordenación urbanística”, en NIETO MARTÍN, Adán y MAROTO CALATAYUD, Manuel (dirs.), *Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2014, p. 95.

los intereses generales que puedan generar estupor y suspicacias, será necesaria la denuncia con datos concretos y creíbles⁷⁶³. Incluso, aunque efectivamente se llegue a tener conocimiento de un caso de corrupción, los cuerpos policiales, el Ministerio Fiscal y la jurisdicción penal tampoco tienen ante sí un panorama excesivamente esperanzador. La investigación de los casos de corrupción urbanística entraña una gran complejidad. Mientras la investigación de los eventuales delitos urbanísticos que pueden concurrir en el caso de corrupción urbanística son relativamente fáciles de descubrir, pues en su mayoría resultarían acreditables mediante la comparación, por ejemplo, entre lo construido y lo previsto en los planes urbanísticos, probar la corrupción (en el urbanismo) requerirá de una compleja investigación económica específica. Será necesario iniciar un seguimiento de los movimientos de dinero producidos en el marco de la operación urbanística, tratando de identificar su destino, los beneficiarios y la posible causa de tales movimientos; movimientos que, por otra parte, habrán tratado de ocultarse más o menos cuidadosamente, del mismo modo en que se habrá mantenido oculto, en su caso, el acuerdo de voluntades con fines ilícitos⁷⁶⁴, o bien, si ello es posible, contar con declaraciones de los coacusados o pruebas testificales⁷⁶⁵. Por ello, es dable pensar que una parte, acaso significativa, de los casos no son descubiertos y, por tanto, no son sancionados, al menos en su dimensión relacionada con la corrupción.

Ante estas limitaciones en el efecto anticorrupción de las medidas de represión, cabe preguntarse qué tipo de medidas sería más conveniente adoptar para orientar la lucha anticorrupción, y qué rama del Derecho debería ocuparse preferentemente.

Dando respuesta a esas preguntas, administrativistas como Alejandro NIETO, Juli PONCE, Ricardo RIVERO o Endrius E. COCCIOLO, a los que nos sumamos, han abogado por la prevención como mecanismo necesario y preferente para encauzar la lucha contra la corrupción⁷⁶⁶, y en ese campo, en el de la prevención, se ha identificado justamente al

⁷⁶³ Esta dificultad para conocer, en particular, la comisión de delitos de cohecho, ha sido manifestada por los jueces y tribunales. Vid. SAP de Málaga (secc. 8ª) de 18 de enero de 2012, cit., FD 2º.

⁷⁶⁴ GIMÉNEZ GARCÍA, Joaquín, "El urbanismo como escenario delictivo", en VVAA, *Corrupción y urbanismo*, Universidad de Deusto Publicaciones, Bilbao, 2008, pp. 163-188, pp. 170-176; y CORRAL ESCARIZ, Vicente, *La lucha contra la corrupción urbanística en España*, cit., pp. 233-240.

⁷⁶⁵ De hecho, en un recuento de los mecanismos de prueba frecuentemente utilizados en casos de cohecho en el marco de un caso de corrupción urbanística en materia de concesión de licencias, la SAP de Málaga de 18 de enero de 2012 afirma que «[l]a prueba en la mayoría de los procesos por cohecho se basa en declaraciones de coacusados, testifical de los funcionarios o particulares que no accedieron a la solicitud de cohecho, grabaciones telefónicas o de video, o seguimientos personales de los que se deja constancia por medios fotográficos. Cualquier precaución es poca para asegurar la prueba en estos procesos cuya investigación es siempre lenta, y compleja. Un dato de especial relevancia para determinar o no la existencia del cohecho es el análisis de los incrementos patrimoniales que hayan experimentado el imputado y sus familiares más próximos en el período sospechoso, que es dónde pueden estar ocultas las ganancias del cohecho. Además, será un indicio añadido el que el imputado no dé explicaciones razonables acerca de dichos incrementos patrimoniales» (SAP de Málaga (secc. 8ª) de 18 de enero de 2012, cit., FD 2º).

⁷⁶⁶ «A cualquiera se le alcanza que lo primero que hay que hacer para combatir la corrupción es reducir las ocasiones de que se produzca. No se puede dejar abierta la caja y luego amenazar con penas gravísimas a los rateros. Más eficaz que el castigo es evitar las tentaciones. [...] Ni que decir tiene, en

Derecho administrativo como la rama del Derecho que debe desarrollar un papel fundamental⁷⁶⁷, para el que está especialmente preparado⁷⁶⁸.

En efecto, entendemos que mediante el Derecho administrativo es posible adoptar medidas, principalmente de carácter procedimental y organizativo, con la finalidad de reducir la corrupción, y que ésta es, a su vez, la mejor forma de combatir ese fenómeno⁷⁶⁹, en la medida en que la prevención evita la aparición de casos de corrupción, ahorrándose así todas las inconveniencias ya señaladas que implica una política anticorrupción principalmente orientada a la sanción, a la reacción. Trasladado al ámbito sectorial de nuestro interés, podríamos afirmar que la adopción de medidas que tengan por finalidad la corrección del ordenamiento urbanístico en aquellos elementos que propician la aparición de casos de corrupción debería, en principio, reducir la aparición de los mismos⁷⁷⁰.

Ahora bien, a pesar de la idoneidad del Derecho administrativo, las derivas de la política anticorrupción parecen apuntar en otro sentido.

3.- EL MARCO JURÍDICO ANTICORRUPCIÓN EN ESPAÑA

cualquier caso, que la mejor política anticorruptiva es la de prevención» (NIETO, Alejandro, *La corrupción en la España democrática*, cit., pp. 211-212).

⁷⁶⁷ AMEZCUA ORMEÑO, Emilio, “Génesis y evolución de la corrupción urbanística en España en el bienio 2006-2007. Aproximaciones a la nueva Ley de suelo en el contexto de la corrupción”, cit., p. 46.

⁷⁶⁸ De acuerdo con Juli PONCE, el Derecho administrativo «ha sido desarrollado durante siglos, precisamente, para proteger los derechos de los ciudadanos y la buena gestión pública, mediante el diseño de estructuras organizativas y procedimientos que conduzcan a ese resultado. La promoción de la buena administración y la transparencia mediante el derecho administrativo conducirá a una menor corrupción» (PONCE SOLÉ, Juli, “La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración”, cit., p. 104). Por su parte, Ricardo RIVERO afirmó que «el Derecho administrativo incluye buena parte de los incentivos y desincentivos para garantizar el comportamiento adecuado de las autoridades y agentes públicos, de manera que la prevención de la corrupción va a ser, en gran medida, una cuestión de Derecho administrativo, una cuestión de instituciones jurídico-administrativas» (RIVERO ORTEGA, Ricardo, *Instituciones administrativas, desarrollo y control de la corrupción. El caso colombiano*, Unión Iberoamericana de Municipalistas, Granada, 2006, pp. 24-25). En el mismo sentido, vid. COCCIOLO, Endrius E., «Las mutaciones del concepto de corrupción», cit., pp. 37-39.

⁷⁶⁹ En opinión de Joaquín TORNOS, que compartimos, la prevaricación agravada del art. 320 CP surgió como respuesta del legislador ante los casos de corrupción urbanística descubiertos y con la finalidad de luchar contra ese fenómeno; sin embargo, esta respuesta sancionadora no sería la mejor forma de luchar contra la prevaricación urbanística (y la, probablemente asociada, corrupción) sino que para ello debería haberse optado por los medios ofrecidos por el Derecho administrativo, preventivos, que dificultarían la posibilidad de actuar ilegalmente en el ejercicio de potestades urbanísticas (TORNOS MAS, Joaquín, “¿Quién debe ejercer el «ius puniendi» del Estado?”, cit., pp. 12-14).

⁷⁷⁰ Sobre la conveniencia de una mejor regulación de los sectores de actividad administrativa más sometidos a riesgos de corrupción como forma de combatirla, vid. BOIX PALOP, Andrés, “Modelos de financiación de partidos políticos y corrupción”, cit., p. 166.

Tal y como vimos en el primer apartado de este Capítulo, múltiples instancias supranacionales han llevado a cabo amplias evaluaciones sobre el estado del Derecho, y su aplicación, en materia de lucha contra la corrupción. En general podemos afirmar que desde el plano meramente formal, se considera que el Derecho español es apropiado y, aunque perfectible, puede ser suficiente para combatir con éxito la corrupción⁷⁷¹.

Ahora bien, contrariamente al plano meramente formal, en el plano de la aplicación o puesta en práctica de esas normas, se han detectado carencias relevantes. Según un reciente informe de Transparencia Internacional, «[e]n su conjunto, una característica general del sistema es que [...] el marco formal de normas está suficientemente desarrollado, pero la aplicación de las mismas dista de ser la adecuada», a lo que contribuye la influencia (cuando no control) de los partidos políticos sobre las instituciones públicas. Subraya especialmente la debilidad de los mecanismos de rendición de cuentas en la práctica, y señala que las prácticas de despilfarro y las corruptelas no están suficientemente controladas ni sancionadas⁷⁷².

A una conclusión similar llega el informe de la UE, que también, tras señalar la adecuación del ordenamiento jurídico en materia anticorrupción en términos estrictamente formales, a continuación señala que persiste un deficiente sistema de controles y una escasa rendición de cuentas, por lo que recomienda al Estado español prestar mayor atención al reforzamiento de los controles a nivel autonómico y local⁷⁷³.

La inoperancia de los controles sobre la actividad de la Administración, que persiste todavía hoy, no es en absoluto una cuestión recientemente descubierta sino que es algo que ya viene de lejos, y que ya fue advertido y constatado por la doctrina administrativista por partida doble en 1997, con sendos estudios de Miguel SÁNCHEZ MORÓN y Alejandro NIETO.

Miguel SÁNCHEZ MORÓN⁷⁷⁴ observa que en época democrática los gobiernos y Administraciones han visto muy expandidas sus facultades de intervención en diferentes sectores de la economía y se ha descentralizado el poder entre numerosas Administraciones, que en muchas materias gozan de amplios márgenes de discrecionalidad en la adopción de sus decisiones. Paralelamente a esta

⁷⁷¹ Por todos, vid. COMISIÓN EUROPEA, *Anexo: España al Informe de lucha contra la corrupción de la UE*, cit., p. 15 y TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, *Marco de integridad institucional en España: situación actual y recomendaciones*, cit., p. 8.

⁷⁷² TRANSPARENCIA INTERNACIONAL ESPAÑA; VILLORIA, Manuel (Dir.) y BEKE, Mike, B. (Coord.), *Marco de integridad institucional en España: situación actual y recomendaciones*, cit., pp. 6-8.

⁷⁷³ «Desarrollar estrategias a la medida para las administraciones regionales y locales, precedidas por evaluaciones del riesgo de corrupción. Reforzar los mecanismos de control, hacer más transparente el proceso de toma de decisiones y garantizar una supervisión coherente de la calidad de la gobernanza local y regional», COMISIÓN EUROPEA, *Anexo: España al Informe de lucha contra la corrupción de la UE*, cit., p. 16.

⁷⁷⁴ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “La corrupción y los problemas del control de las administraciones públicas”, cit.

descentralización y ampliación del poder, se ha ido desmantelando y relajando el sistema de controles heredado del régimen autoritario sin haberse instaurado un nuevo sistema operativo de controles adaptado a las exigencias del nuevo modelo de estado descentralizado, especialmente en el ámbito local. A ello hay que añadir que los pocos e ineficientes controles pueden ser obviados si la Administración correspondiente decide instrumentar el ejercicio de sus competencias en un determinado ámbito a través de una sociedad mercantil de capital público, sometida a Derecho privado⁷⁷⁵. El origen de esta deriva estaría en el progresivo apoderamiento del sistema administrativo que han llevado a cabo los partidos políticos desde la década de 1980, que, desconfiando de una clase de funcionarios profesionalizada heredada del régimen autoritario a la que se le pretendían unas tendencias antidemocráticas, dotaron a los dirigentes políticos de algunas de las principales funciones de mera ejecución administrativa (en ocasiones de alto contenido discrecional y con reconocimiento de derechos a los particulares), y se atribuyeron grandes facultades para controlar el acceso al empleo y a los cargos públicos, incluso pudiendo designar y cesar libremente a los encargados del control legal y financiero, especialmente en los entes locales.

Alejandro NIETO⁷⁷⁶, algo más desconfiado en cuanto a la honradez de la clase política, achacó la inoperatividad de los mecanismos preventivos y de control administrativos a la voluntad del Gobierno por perpetuar las prácticas corruptas. En su opinión, mientras formalmente se establecen medidas organizativas para luchar contra la corrupción, éstas se bloquean y se impide que funcionen correctamente en la práctica, controlando por ejemplo la asignación de medios personales o materiales a esa tarea de control de la corrupción para garantizar que siempre serán insuficientes (lo que él denomina medidas de “contraorganización”). Por ello, no es de extrañar que el autor sugiera que: «[p]ara prevenir la corrupción lo primero que hay que hacer es permitir que funcionen los mecanismos que ya existen con tal objetivo. Mecanismos que pueden perfeccionarse, pero que para empezar tienen que ponerse en funcionamiento y es el caso que hasta ahora el propio Estado que los ha creado no los deja funcionar»⁷⁷⁷.

Detrás del propio Gobierno están los partidos, como dijo Alejandro NIETO, y no se puede obviar que en la España democrática la corrupción practicada por las autoridades ya no siempre atiende al clásico paradigma del beneficio personal del funcionario o autoridad, sino que la autoridad que practica la corrupción también busca que el

⁷⁷⁵ Ciertamente, este fenómeno, conocido como «huida del Derecho administrativo», no puede ser obviado, dada la considerable cantidad de sociedades mercantiles públicas que hay en el Estado español. Según Transparencia Internacional, su número asciende hasta las 2446. Información consultable en: [http://www.transparencia.org.es/ENTES_PUBLICAS_EN_ESPAÑA/TIPOS_DE_ENTES_PUBLICOS.p](http://www.transparencia.org.es/ENTES_PUBLICAS_EN_ESPAÑA/TIPOS_DE_ENTES_PUBLICOS.pdf)
[df](http://www.transparencia.org.es/ENTES_PUBLICAS_EN_ESPAÑA/TIPOS_DE_ENTES_PUBLICOS.p).

⁷⁷⁶ NIETO, Alejandro, *La corrupción en la España democrática*, cit., en especial pp. 203 y ss. Posteriormente, ha mantenido y ampliado alguna de sus principales observaciones en otras obras, como en NIETO, Alejandro, *El desgobierno de lo público*, cit., pp. 153-180.

⁷⁷⁷ NIETO, Alejandro, *La corrupción en la España democrática*, cit., p. 209.

beneficio lo obtenga su partido, siendo aquélla un mecanismo para su financiación⁷⁷⁸.

No podemos suscribir, con Alejandro NIETO, que la ineficacia de los controles haya sido deliberadamente buscada para mantener *de facto* las redes de corrupción que se condenan formalmente, si bien tampoco creemos que se haya puesto, hasta la fecha, gran empeño en la política anticorrupción. Al respecto, consideramos innecesario y por lo demás imprudente pronunciarnos sobre el grado de ficción en la lucha anticorrupción, y de hecho basta, a efectos de este estudio, con limitarnos a constatar la situación de patente insuficiencia controladora.

Ante esa insuficiencia, ¿cómo ha reaccionado el Derecho?, ¿cuáles han sido sus derivas? En nuestra opinión, el Derecho anticorrupción español contemporáneo presenta dos derivas muy claras y ambas, además, muy discutibles: la penalización del control de la corrupción y la reforma normativa como reacción a los escándalos descubiertos⁷⁷⁹. A continuación exponemos, someramente, cada una de esas tendencias.

3.1.- La lucha anticorrupción, el descrédito del Derecho administrativo y la expansión del Derecho penal

El Derecho anticorrupción, compuesto en su casi totalidad por Derecho penal (orientado a la represión) y Derecho administrativo (orientado a la prevención), ha evolucionado de modo diverso en España. Los avances en materia penal han venido impulsados por la progresiva ratificación de tratados internacionales en la materia⁷⁸⁰, mientras que las reformas en el ordenamiento jurídico-administrativo han tenido lugar, en esencia, como reacción a sonados escándalos de corrupción⁷⁸¹, y solo ocasionalmente las normas jurídico-administrativas han sido permeables a las demandas vertidas desde foros internacionales⁷⁸².

⁷⁷⁸ Incluso el informe anticorrupción de la UE se hace eco de los recientes casos de corrupción a gran escala relacionados con la financiación de partidos políticos. Vid. COMISIÓN EUROPEA, *Anexo: España, al Informe de lucha contra la corrupción de la UE*, cit., p. 6.

⁷⁷⁹ Sin embargo, no se trata de características exclusivas del ordenamiento español. Sobre la relación entre escándalos de corrupción y la respuesta jurídica en distintos ordenamientos, vid. MATTARELLA, Bernardo Giorgio, *Le regole dell'onestà*, cit., pp. 45-49.

⁷⁸⁰ Es significativa al respecto la reforma introducida en el Código Penal español mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. La exposición de motivos de dicha ley afirma que: «[e]n los delitos de cohecho se han producido importantes cambios dirigidos a adecuar nuestra legislación a los compromisos internacionales asumidos, en concreto, al Convenio Penal sobre la corrupción del Consejo de Europa de 27 de enero de 1999 y al Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo k.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea».

⁷⁸¹ La relación directa entre casos de corrupción descubiertos y reformas legislativas en la etapa constitucional iniciada en 1978 será tratada más adelante.

⁷⁸² Exceptuando la transposición de directivas comunitarias que incidan en la materia, como podrían ser las relativas a la contratación pública, seguramente el hito más destacable sea la adopción de una ley estatal sobre transparencia y buen gobierno el pasado 9 de diciembre de 2013 pues, como vimos en la

La respuesta que en términos de efectividad ha sido capaz de ofrecer cada una de esas ramas del Derecho ante el problema de la corrupción ha sido también dispar. En cuanto a la prevención administrativa compartimos la opinión, hasta cierto punto extendida entre nuestra doctrina, de que éste es justamente uno de los ámbitos donde ha aflorado la ineficacia del sistema administrativo, que ha sido por completo incapaz de controlar la corrupción en el ejercicio de los cargos públicos en el seno de la Administración⁷⁸³. Las múltiples reformas normativas en la materia no han tenido el efecto pretendido y han acabado jugando un papel poco más que testimonial, incapaces de atajar la corrupción en su ámbito sectorial de aplicación⁷⁸⁴ mientras el descubrimiento de nuevos casos no ha dejado de sucederse⁷⁸⁵.

Por lo que respecta a la represión penal, se ha desenvuelto con lentitud para castigar a los corruptos⁷⁸⁶, pero aun así se puede decir que ha jugado su papel con mucho mayor éxito que el Derecho administrativo, y las reformas normativas que se han operado han resuelto problemas específicos que dificultaban la punición de ciertas conductas⁷⁸⁷.

sección dedicada a los instrumentos internacionales contra la corrupción, algunas evaluaciones realizadas al Estado español pusieron de manifiesto la excesiva limitación al derecho de acceso a la información pública en nuestro ordenamiento. Además, organizaciones no gubernamentales habían coincidido en señalar ese déficit en materia de transparencia; vid. PIÑAR MAÑAS, José Luis, “Transparencia y derecho de acceso a la información pública. Algunas reflexiones en torno al derecho de acceso en la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 49, diciembre 2014, pp. 1-19, p. 5.

⁷⁸³ PAREJO ALFONSO, Luciano, “La deriva de las relaciones entre los derechos administrativo y penal. Algunas reflexiones sobre la necesaria recuperación de su lógica sistemática”, *Documentación Administrativa*, nº 284-285, mayo-diciembre 2009, pp. 273-304, p. 282, y SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, 2ª ed., Madrid, 2001, pp. 64-65.

⁷⁸⁴ Juan Alfonso SANTAMARÍA identifica la lucha contra la corrupción en las adjudicaciones de los contratos como uno de los principales objetivos que han inspirado los múltiples cambios y reformas operados en la regulación de la contratación pública. No obstante tratarse de uno de sus principales objetivos, el autor es tajante respecto a la efectividad de dichas reformas en el momento de evitar la corrupción: «[e]n este orden de cosas, los magros resultados conseguidos están también a la vista. Todas las sofisticadas estructuras normativas ideadas para dificultar los incentivos a la corrupción no han servido de nada», SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, “La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública”, en CANO CAMPOS, Tomás y BILBAO ALEXIADES, Elena (coords.), *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2013, pp. 19-40, p. 34.

⁷⁸⁵ Uno de los últimos casos de presunta corrupción descubierto en el momento de redacción de estas líneas es el conocido como caso Patos, en el que se investigan delitos de prevaricación, cohecho y tráfico de influencias en la adjudicación de cuantiosos contratos públicos entre los años 2009-2013. Se hace eco, entre otros medios, *El País* el 19 de febrero de 2014:

http://ccaa.elpais.com/ccaa/2014/02/19/galicia/1392814465_267510.html (fecha de consulta: 19 de febrero de 2014).

⁷⁸⁶ Uno de los casos más significativos al respecto es el denominado caso Pallerols, en el que los autores, tanto del sector público como del privado, habían urdido una trama que entre los años 1994-1999 desvió caudales públicos (388.484 euros) destinados al fomento de programas de formación ocupacional, caudales que revertían en las arcas de un partido político. La instrucción judicial del caso se inició el 24 de marzo de 1999, y no se dictó sentencia hasta el 21 de enero de 2013 (vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (secc. 2ª) de 21 de enero de 2013, recurso núm. 74/2011).

⁷⁸⁷ Puede ser ilustrativa la modificación del art. 439 del Código Penal, integrado en el capítulo referido a los delitos rubricados como delitos «De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios

Ante esta situación de desigual efectividad la consecuencia ha sido la previsible: mientras el Derecho administrativo ha caído en el descrédito como instrumento de protección de los intereses que le son propios, el Derecho penal ha experimentado una notable expansión⁷⁸⁸. En efecto, la política legislativa ha tendido a ampliar tipos penales y a agravar sanciones respecto cuestiones que, de ordinario, deberían ser controladas y disciplinadas por la Administración, tales como, en el tema que nos ocupa, el comportamiento ético de las autoridades y funcionarios, lo que ha propiciado el recurso, en ocasiones excesivo, al juez penal⁷⁸⁹.

Si realmente el recurso al control penal de la actuación administrativa se ha debido a la ineficacia de los instrumentos administrativos preventivos y de control de la corrupción, cuanto menos llama la atención que se haya optado por recurrir a la punición penal en lugar de haber concentrado los esfuerzos en convertir esos ineficaces controles, y el resto de normas administrativas que apenas tienen fuerza alguna para prevenir la comisión de delitos, en mecanismos realmente eficaces para luchar contra la corrupción⁷⁹⁰, sea mejorándolos formalmente o bien incentivando su aplicación efectiva.

No se le ha escapado a la doctrina que el recurso a la reforma penal, eminentemente represiva, como principal forma de respuesta de los poderes públicos ante el fenómeno

públicos y de los abusos en el ejercicio de su función». Este delito castiga la conducta de los funcionarios que, debiendo intervenir en algún asunto por razón de su cargo, aprovechan dicha intervención para forzar o facilitarse cualquier forma de participación en tales asuntos. Dicho artículo, desde la aprobación del Código Penal en 1995, exigía que para aplicar este delito la participación del funcionario fuera exclusivamente la de informar, emitir un informe, por lo que quedaban absueltos todos aquellos cargos y empleados públicos que no informaban pero sí adoptaban decisiones en asuntos en los que tenían un interés personal. Por ejemplo, la Audiencia Provincial de Sevilla (secc. 1ª) en su auto de 30 de junio de 2008, rec. núm. 1884/2008, confirma que en el caso enjuiciado no cometen este delito un alcalde y unos concejales que habían comprado unos suelos rústicos que pasaron a tener la clasificación de suelo urbanizable tras las modificaciones de planeamiento urbanístico en cuya adopción habían participado votando pero sin haber tenido que emitir informe alguno. Afortunadamente, tras la reforma operada por LO 5/2010 se eliminó de la conducta típica el requisito de tener que informar, y basta con que el funcionario intervenga de cualquier forma en un asunto en el que tenga un interés propio; esto es, cuando incumpla la obligación legal de abstenerse en aquellos asuntos en que tenga un interés particular.

⁷⁸⁸ MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general, I. La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al Derecho*, Iustel, 2006, pp. 70 y ss., y SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal*, cit., p. 64,.

⁷⁸⁹ Esta intensa penalización de la actuación pública ha sido vista con recelo por nuestra doctrina: «En efecto, “abierta la veda” de autoridades y funcionarios con el cambio constitucional, ha venido a producirse un fenómeno, preocupante por su intensidad, de judicialización de la vida política, esto es, de derivación hacia el orden jurisdiccional penal del enjuiciamiento de las conductas de autoridades y funcionarios en el ejercicio de sus cargos», GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho administrativo, I*. Civitas, 15ª ed., Madrid, 2011, p. 652.

⁷⁹⁰ Así lo han observado, creemos que con acierto, autores como Joaquín TORNOS o Concepción CARMONA (vid. TORNOS MAS, Joaquín, “¿Quién debe ejercer el «ius puniendi» del Estado?”, *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 161, enero-marzo 2014, pp. 11-16, p. 13; y CARMONA SALGADO, Concepción, “Tratamiento penal de la ordenación del territorio y el urbanismo tras la reforma de 2010. Fracaso del control preventivo administrativo y corrupción urbanística”, *La Ley Penal*, nº 103, julio, 2013).

de la corrupción corre el riesgo de ser, por sí sola, poco más que una «respuesta legal de escaparate»⁷⁹¹. Con este tipo de medidas, el gobierno buscaría dar la impresión de actuar con la mayor contundencia contra el problema, con la expectativa de que ello le reporte beneficios en términos electorales, mientras que, al no preocuparse lo más mínimo por la eficaz aplicación de esas medidas, lograría mantener el *statu quo*⁷⁹².

En efecto, mientras se agravan las penas por delitos relacionados con la corrupción pública y se incorporan nuevos tipos, se mantiene la escasez de medios para su investigación y posterior castigo⁷⁹³, se nombra al Fiscal General del Estado, con todas las dudas que ello genera sobre la verdadera imparcialidad de la actuación de la fiscalía⁷⁹⁴, y, en caso de que todo ello sea insuficiente para evitar condenas por delitos relacionados con la corrupción, sigue a disposición del Gobierno la nada excepcional (por la recurrencia con que es utilizada) medida del indulto, sobre la que, a pesar de los recientes avances jurisprudenciales, el control judicial es bastante limitado⁷⁹⁵.

3.2.- Los escándalos de corrupción y su vinculación con reformas del ordenamiento jurídico-administrativo

Aunque sin duda la represión penal debe ser adecuada para el tipo de delitos relacionados con la corrupción a efectos de evitar la impunidad de aquellas personas que contravienen, en beneficio particular, las reglas esenciales que rigen el ejercicio de funciones o cargos públicos, a nuestro juicio la mejor forma de luchar contra la corrupción pasa por reforzar las medidas preventivas, contribuyendo así a la reducción del número de ilícitos relacionados con la corrupción pública. Entendemos asimismo que el modo deseable de incorporar las medidas preventivas es a través del Derecho

⁷⁹¹ TORNOS MAS, Joaquín, “¿Quién debe ejercer el «ius puniendi» del Estado?”, cit., p. 14.

⁷⁹² NIETO, Alejandro, *La corrupción en la España democrática*, cit., pp. 209-210.

⁷⁹³ Es representativo el hecho que durante la XXIII Reunión Nacional de Jueces Decanos de España, celebradas en Sevilla entre el 16 y el 18 de diciembre de 2013, los jueces propusieran, para una más eficaz lucha contra la corrupción, el «establecimiento de medidas de apoyo o refuerzo tanto en lo relativo al trabajo propio del juez, mediante la asignación de jueces de refuerzo, como de dotación de medios personales y materiales» (comunicación del Poder Judicial de 17 de enero de 2014, consultable en http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/En_Portada/Los_Jueces_Decanos_piden_mas_medios_para_luchar_contra_la_corrupcion -última consulta: 20 de junio de 2014).

⁷⁹⁴ El GRECO ya había advertido de este problema en 2001, pero, a la luz de los escasos avances al respecto, vuelve a incidir en la misma cuestión en 2014, vid. GRECO, *Fourth evaluation round. Corruption prevention in respect of members of parliament, judges and prosecutors. Evaluation report: Spain*, 15 de enero de 2014, p. 35.

⁷⁹⁵ CÓRDOBA RODA, Juan y TORNOS MAS, Joaquín, “El indulto y el control judicial de su concesión”, *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 113, núm. 1, 2014, pp. 39-78. En la evolución de la jurisprudencia de los tribunales contencioso-administrativos se aprecia un control cada vez mayor sobre la concesión de indultos, en particular tras la STS de 20 de noviembre de 2013 (brillantemente analizada en particular en las pp. 64 y ss), donde, más allá del control de los elementos reglados, se establece cierto control sobre la discrecionalidad, exigiendo, en base al principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), la necesidad de motivar el Real Decreto por el que se concede el indulto, a pesar de que, aparentemente, la exigencia de motivación desapareció de la regulación legal del indulto en 1988.

administrativo, tal y como ha indicado la doctrina⁷⁹⁶; y también entendemos que la correcta adopción de tales medidas implica una pausada reflexión sobre la forma en que mejor se adaptan a nuestro sistema las mejores técnicas recomendadas o exigidas por organismos o instrumentos jurídicos internacionales. Sin embargo, y a pesar de que ya hace años que el Estado español forma parte de las principales iniciativas anticorrupción a nivel supranacional, en la actualidad persiste el nada infrecuente recurso a las modificaciones normativas apresuradas ante escándalos de corrupción.

Esta reacción suele suponer, primero, la ya expuesta creciente penalización de la lucha contra la corrupción; y, en segundo lugar, supone también una reforma normativa del sector material afectado por el caso de corrupción como forma de responder al escándalo, más que una progresiva adaptación al Derecho y a las recomendaciones internacionales. Esas reformas apresuradas, reactivas, han servido poco al propósito de prevenir la corrupción, y la doctrina no ha dejado de verter sobre ellas sus dudas, cuando no sus críticas.

Sin ánimo de exhaustividad⁷⁹⁷, nos gustaría destacar la importancia de algunos pocos pero representativos casos de corrupción que provocaron significativos cambios legislativos. En la medida en que en este estudio interesa centrarnos en la influencia de la corrupción en el ordenamiento jurídico urbanístico, dedicaremos un apartado posterior a tratar con mayor detenimiento las reformas urbanísticas que aquí se anuncian⁷⁹⁸.

En primer lugar, por su trascendencia, merece ser destacado el denominado «caso Roldán»⁷⁹⁹, que supuso el más relevante de una multitud de casos relativos a corrupción en materia de contratación pública acaecidos entre finales de los años 80 e inicios de los

⁷⁹⁶ En opinión de Juli PONCE, «[v]istas algunas de las relaciones entre el derecho penal y el derecho administrativo, este último presenta una insustituible ventaja en la prevención de la corrupción, pues ha sido desarrollado durante siglos, precisamente, para proteger los derechos de los ciudadanos y la buena gestión pública, mediante el diseño de estructuras organizativas y procedimientos que conduzcan a ese resultado» (PONCE SOLÉ, Juli, “La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración”, cit., pp. 111-112).

⁷⁹⁷ Una exposición más exhaustiva puede consultarse en FERNÁNDEZ AJENJO, José Antonio, *El control de las Administraciones públicas y la lucha contra la corrupción*, cit., pp. 66 y ss.

⁷⁹⁸ Ap. 2.4 de este Capítulo.

⁷⁹⁹ En este caso, el Director General de la Guardia Civil desde 1986, cargo que ocupó hasta 1993, año en que presentó su dimisión a causa del descubrimiento de este caso de corrupción, fue condenado por múltiples delitos al quedar probado que «desarrolló una incesante actividad delictiva amparado en su cargo público con la finalidad de enriquecerse ilícitamente. Se apropió de fondos públicos destinados a fondos reservados; exigió y obtuvo de las empresas constructoras adjudicatarias de la Guardia Civil el pago de elevadas comisiones a cambio de tales adjudicaciones; consiguió de otras empresas, mediante engaño, el pago de determinadas sumas de dinero para la prestación de unos supuestos servicios de seguridad, que nunca se llegaron a efectuar; ocultó el considerable patrimonio que alcanzó a la Hacienda Pública; creó una sociedad, Europe Capital SL, para cobijar en ella parte de sus ganancias ilícitas y se valió a través de otros procesados de una mecánica de ocultación de las mismas, en España y en Suiza, para mantener su opacidad», STS (Sala de lo penal), de 21 de diciembre de 1999, núm. de recurso 1174/1998, ponente D. Cándido Conde-Pumpido Touron.

90⁸⁰⁰, y que dio lugar a la adopción posterior de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones públicas, con la pretendida finalidad de prevenir la corrupción y sanear la vida pública⁸⁰¹. Esta ley, y sus posteriores reformas, a pesar de partir de una mayor desconfianza hacia los gestores públicos, tratando de objetivar en lo posible los criterios de adjudicación y establecer mayores garantías de objetividad y transparencia en los procedimientos de contratación⁸⁰², no parecen haber cumplido satisfactoriamente con ese propósito, como demuestran los casos de corrupción en la contratación pública que han salido a la luz con posterioridad⁸⁰³.

Otro caso relevante ha sido el denominado «caso del lino», descubierto en el año 1999, en el que presuntamente altos cargos del Ministerio de Agricultura obtuvieron ayudas agrarias de origen comunitario de forma ilícita⁸⁰⁴, tras lo que nuevamente se trató de incorporar un mayor control de las Administraciones públicas en un sector de riesgo de corrupción como el de las subvenciones, mediante la promulgación de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones⁸⁰⁵. La nueva regulación estuvo orientada a reforzar el régimen del reintegro respecto de las ayudas obtenidas, empleadas o justificadas de forma irregular⁸⁰⁶ y a garantizar los principios de publicidad, objetividad y concurrencia en la concesión de subvenciones y, en general, la transparencia en la gestión de fondos públicos⁸⁰⁷.

El siguiente gran escándalo de corrupción hace referencia al ámbito urbanístico. La regulación urbanística debía reformarse, entre otras cuestiones⁸⁰⁸, con la finalidad de

⁸⁰⁰ Vid. NIETO, Alejandro, *La corrupción en la España democrática*, cit., pp. 56-62.

⁸⁰¹ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “Lo público y la acción administrativa: el fantasma de la corrupción”, cit., p. 83.

⁸⁰² En este sentido, la exposición de motivos de dicha ley afirma que «[u]na de las más importantes enseñanzas de esa experiencia [se refiere a los treinta años de vigencia de la anterior Ley de Contratos del Estado de 1965] es la de la necesidad de garantizar plenamente la transparencia de la contratación administrativa como medio para lograr la objetividad de la actividad administrativa y el respeto a los principios de igualdad, no discriminación y libre concurrencia».

⁸⁰³ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, “La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública”, cit., pp. 34-37.

⁸⁰⁴ Téngase en cuenta que la SAN (Sala de lo Penal, secc. 1ª) de 27 de abril de 2007, absolvió a todos los imputados.

⁸⁰⁵ En opinión de Miguel SÁNCHEZ MORÓN, el reciente desarrollo de la normativa sobre subvenciones está marcado, entre otras cuestiones, por la creciente «preocupación por el *control del gasto público*, la buena administración y la lucha contra el fraude y la corrupción» (SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo. Parte general*, cit., p. 809-810).

⁸⁰⁶ FERNÁNDEZ AJENJO, José Antonio, *El control de las Administraciones públicas y la lucha contra la corrupción*, cit., p. 77.

⁸⁰⁷ Como expresa la propia exposición de motivos de la Ley General de Subvenciones de 2003, «[u]no de los principios que va a regir la nueva Ley General de Subvenciones, que como ya se ha señalado están inspirados en los de la Ley de Estabilidad Presupuestaria, es el de la transparencia. Con este objeto, las Administraciones deberán hacer públicas las subvenciones que concedan, y, a la vez, la ley establece la obligación de formar una base de datos de ámbito nacional que contendrá información relevante sobre todas las subvenciones concedidas».

⁸⁰⁸ Sobre los objetivos de la Ley de Suelo de 2007, además de la propia exposición de motivos de la ley, vid. MENÉNDEZ REXACH, Ángel, “El fomento de las buenas prácticas administrativas en la nueva Ley de suelo y otras normas estatales recientes”, cit., pp. 142 y ss.

incorporar los principios ambientales que permitieran dejar atrás un modelo desarrollista en favor de un modelo de desarrollo urbano sostenible, y tal reforma fue acometida por la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo. Pese a no ser su objetivo principal, esta reforma no fue ajena al problema de la corrupción en el urbanismo, problema que se volvió definitivamente visible y preocupante para la opinión pública tras el descubrimiento del caso Malaya, cuya primera operación policial se saldó con decenas de detenidos entre marzo y noviembre de 2006⁸⁰⁹. Pocos meses más tarde, y acaso como respuesta a este escándalo, se presentó el proyecto de ley de Suelo en el Congreso de los Diputados (el 14 de julio de 2006), que finalmente se plasmaría en la Ley de Suelo de 2007. Dicha norma parece querer abarcar los problemas del urbanismo en su conjunto y, más allá de introducir criterios de racionalidad ambiental en el uso del suelo, mediante su Disposición adicional novena también introdujo una serie de modificaciones en la LRBRL que han sido claramente identificadas como medidas “anticorrupción”⁸¹⁰, pues se trata de medidas que, tal y como han señalado con acierto Tomás FONT y Alfredo GALÁN, van directamente dirigidas «a ofrecer una mejor garantía de la transparencia, objetividad y regularidad en la actuación de los diversos órganos municipales y de sus titulares»⁸¹¹. Esas medidas han consistido en atribuir al Pleno municipal la aprobación del planeamiento, de los convenios de planeamiento, de las enajenaciones patrimoniales y de las permutas de bienes inmuebles, la ampliación del régimen de declaración de incompatibilidades en el ámbito local y el establecimiento de mayores requisitos de transparencia respecto de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística vigentes, de los documentos de gestión y de los convenios urbanísticos.

Por último, el más reciente escándalo que ha terminado en reforma normativa guarda relación con la financiación irregular de los partidos políticos: se trata del «caso Gürtel» y, posteriormente, su ramificación en el conocido como «caso Bárcenas». A pesar de su actualidad, la relación entre la financiación de los partidos políticos y la corrupción es un fenómeno que ya era evidente hace más de una década⁸¹², y sucesivos escándalos en

⁸⁰⁹ Díez Ripollés, José Luis y Gómez Céspedes, Alejandra, “La corrupción urbanística: estrategias de análisis”, pp. 53-54.

⁸¹⁰ Argullol i Murgades, Enric, “La Ley 8/2007, una nueva ley urbanística”, cit., p. 43; Font i Llovet, Tomàs y Galán Galán, Alfredo, “Compás de espera para la reforma del gobierno local”, *Anuario del Gobierno Local 2007*, Fundación Democracia y Gobierno Local-Institut de Dret Públic, pp. 13-28, pp. 15-16; y Menéndez Rexach, Ángel, “El fomento de las buenas prácticas administrativas en la nueva Ley de suelo y otras normas estatales recientes”, cit., p. 159. Incluso, el mismo relator especial de Naciones Unidas, Miloon Kothari, así lo hizo constar en su relevante informe sobre la vivienda en España: «el Relator Especial acoge con satisfacción el nombramiento de fiscales especiales para investigar ese tipo de prácticas, y las disposiciones adicionales de la Ley de suelo, aprobada recientemente, encaminadas a luchar contra la corrupción [y añade, en nota al pie,] como la transparencia en los procedimientos y las disposiciones adicionales 9a y 11» (ONU (CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS), *Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada*, cit., p. 17).

⁸¹¹ Font i Llovet, Tomàs y Galán Galán, Alfredo, “Compás de espera para la reforma del gobierno local”, cit., p. 15.

⁸¹² Por todos, vid. Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo, “Lo público y la acción administrativa: el fantasma de la corrupción”, cit., pp. 83 y 86.

la materia han supuesto tímidas modificaciones en un régimen jurídico que no ha cambiado en lo sustantivo desde 1987⁸¹³, de tal modo que, a pesar de que cada escándalo desatara su correspondiente reforma normativa en la materia, cuanto menos se puede sospechar de la existencia de «cierto cínico actuar de cara a la galería para diluir escándalos y sospechas»⁸¹⁴. Las primeras investigaciones llevadas a cabo en el marco del caso *Gürtel*, que salió a la luz en febrero de 2009, indicaban la existencia de un tejido empresarial dirigido por un relevante empresario madrileño que, a cambio de adjudicaciones de contratos públicos, realizaba pagos en dinero o en especie a funcionarios y autoridades pertenecientes a un mismo partido político⁸¹⁵, pagos que, presuntamente, pudieron haber constituido una forma de financiación irregular del partido⁸¹⁶. En el marco de aquellas investigaciones, en 2013 se descubrieron, en poder del ex tesorero del partido político, una serie de documentos que acreditarían la contabilidad paralela opaca y la financiación irregular del partido mediante fondos procedentes de la red de empresas del caso *Gürtel* (caso Bárcenas)⁸¹⁷. La respuesta normativa a esta trama corrupta se ha plasmado en la Ley Orgánica 5/2012, de 22 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos; y posteriormente en la Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos⁸¹⁸. Estas reformas normativas buscan, principalmente, reforzar los mecanismos de control de la financiación de los partidos, aumentar su transparencia y limitar las donaciones (o condonaciones de deudas) válidas a los partidos y a las fundaciones y entidades vinculadas o dependientes de ellos.

Recopilando todo lo expuesto en esta introducción, se puede avanzar que el papel que

⁸¹³ JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos, “Corrupción, su prevención y persecución en España”, *Jueces para la democracia*, núm. 67, marzo 2010, pp. 3-19, p. 8.

⁸¹⁴ BOIX PALOP, Andrés, “Modelos de financiación de partidos políticos y corrupción”, en JAREÑO LEAL, Ángeles (Dir.), *Corrupción pública: cuestiones de política criminal (I)*, Iustel, Madrid, 2014, pp. 161-195, p. 162.

⁸¹⁵ Tal y como establece la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2010, en este caso «[l]as conductas irregulares en relación con las Administraciones Públicas se extienden a la Comunidad de Madrid y distintos municipios de ésta –Boadilla del Monte, Majadahonda, Pozuelo de Alarcón, Arganda del Rey– y a la Comunidad Valenciana» (FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2010*, Centro de estudios jurídicos-Ministerio de Justicia, Madrid, 2010, p. 665). Para más detalles sobre los presuntos delitos investigados en esta conocida trama de corrupción, vid. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2011*, cit., p. 733; *Memoria 2012*, Centro de estudios jurídicos-Ministerio de Justicia, Madrid, 2012, p. 622; *Memoria 2013*, cit., p. 233; y *Memoria 2014*, Centro de estudios jurídicos-Ministerio de Justicia, Madrid, 2014, pp. 280-281.

⁸¹⁶ Vid. VILLORIA, Manuel, “Corrupción, la amarga verdad”, en ESTEFANÍA, Joaquín (ed.), *Informe sobre la democracia en España 2010*, Fundación Alternativas, Madrid, 2010, pp. 81-105.

⁸¹⁷ Sobre este caso, vid. JIMÉNEZ, Fernando, “La corrupción en un país sin corrupción sistémica”, cit., pp. 167-174. A nivel jurisprudencial, vid. Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 (Audiencia Nacional), de 26 de noviembre de 2014, diligencias previas del procedimiento abreviado 275/08, ponente D. Pablo Rafael Ruz Gutiérrez.

⁸¹⁸ Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos, por la que se modifican la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los Partidos Políticos, la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos y la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, publicada en el BOE el día 31 de marzo de 2015.

juega el Derecho en la prevención de la corrupción es limitado, y las reformas del sistema legal, habitualmente meras reacciones formales ante escándalos concretos, quizás no solucionen el problema de fondo en la lucha anticorrupción en España. Ese problema de fondo radica en la deficiente puesta en práctica de los instrumentos jurídicos disponibles, y en unos diseños de control que, sobre todo en los ámbitos regional y local, presentan un amplio margen de mejora. Sin duda tales instrumentos nos parecen insuficientes, y a los mismos habría que añadir otras medidas que no serían de índole estrictamente jurídica y que serían importantes, como la formación ética de los empleados públicos y los cargos políticos, así como de los profesionales que entablan relaciones con los poderes públicos y, por descontado, de la ciudadanía en general⁸¹⁹.

Se deduce de lo anterior que unas leyes jurídico-formalmente excelentes no sirven para prevenir la corrupción si no hay una voluntad general de evitar la corrupción por parte de todos los sujetos a quienes les es de aplicación o tienen a su disposición hacer cumplir las normas. No obstante, en sentido opuesto, una voluntad seria de luchar contra la corrupción que carezca de un marco jurídico adecuado también puede encontrar igualmente dificultades. Veamos, en particular, las reacciones recientes del derecho urbanístico frente a los casos de corrupción, a efectos de determinar la adecuación de las medidas implementadas.

3.3.- En especial, las medidas adoptadas contra la corrupción urbanística: la Ley de suelo de 2007 y la legislación urbanística de las Comunidades Autónomas

Como ya dijimos anteriormente, la DA 9ª de la Ley 8/2007, de Suelo, introdujo una serie de modificaciones en la LRRL que han sido identificadas como medidas especialmente orientadas a luchar contra la corrupción en el ámbito urbanístico, y cuya inclusión en la Ley de Suelo parece ser una respuesta a los escándalos de corrupción urbanística que empezaban a conocerse⁸²⁰. Sin embargo, a lo largo del texto de la ley se pueden encontrar otros preceptos que, sin lugar a dudas, contribuyen a prevenir ese fenómeno, en la medida en que establecen mayores requisitos de transparencia, refuerzan la participación ciudadana en los procedimientos urbanísticos y restringen la discrecionalidad de los entes locales para incidir sobre el valor de mercado de los terrenos. A continuación vamos a exponer todas estas medidas introducidas en 2007, haciendo mención, en primer lugar, a las reformas específicamente identificadas como

⁸¹⁹ Alejandro NIETO plantea la posibilidad de adoptar remedios pedagógicos que propicien un cambio de mentalidad político-democrática, NIETO, Alejandro, *La corrupción en la España democrática*, cit., p. 237.

⁸²⁰ Al respecto, Juan-Cruz ALLI ha afirmado que «[a]nte el escándalo social producido por la corrupción urbanística, el legislador ha pretendido introducir elementos legales de “ética pública” por medio de técnicas de conocimiento y control» (ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz, “Instrumentos de la Ley 8/2007 para reaccionar contra la corrupción urbanística”, en VVAA, *Corrupción y urbanismo*, Universidad de Deusto Publicaciones, Bilbao, 2008, pp. 217-240, p. 233).

medidas anticorrupción que se contienen en la DA 9ª y, seguidamente, expondremos el resto de medidas que también contribuyen a luchar contra la corrupción y que se encuentran en otros artículos de la Ley de suelo.

Mediante la DA 9ª se realiza, en su primer apartado, una modificación del art. 22.2.c LRBRL con la finalidad de atribuir al Pleno municipal en los Ayuntamientos (o a la Asamblea vecinal en el régimen de Concejo Abierto) la competencia para la aprobación de los convenios que tengan por objeto la alteración de los planes y demás instrumentos de ordenación previstos en la legislación urbanística. Esta modificación, sin embargo, se limita a los municipios de régimen común⁸²¹, ya que no se cuenta con un equivalente en el régimen de los municipios de gran población (cfr. art. 123.1.i LRBRL).

Por su parte, el segundo apartado añade el art. 70 ter LRBRL, en el que se establecen medidas de transparencia en materia urbanística. En particular, se establecen las obligaciones para las Administraciones públicas con competencias de ordenación territorial y urbanística de: 1) tener a disposición de los ciudadanos que lo soliciten copias completas de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística vigentes en su ámbito territorial, así como de los documentos de gestión y convenios urbanísticos; 2) publicar por medios telemáticos «el contenido actualizado de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística en vigor, del anuncio de su sometimiento a información pública y de cualesquiera actos de tramitación que sean relevantes para su aprobación o alteración»⁸²²; y 3) en caso de alteraciones urbanísticas no efectuadas en el marco de un ejercicio pleno de la potestad de ordenación que incremente la edificabilidad o la densidad o modifique los usos del suelo, se deberá hacer constar en el expediente la identidad de todos los propietarios y titulares de otros derechos reales sobre las fincas afectadas durante los cinco años anteriores a su iniciación.

Mediante el apartado 3 de la DA 9ª se modifica el art. 75.7 LRBRL a efectos de introducir el mecanismo de las declaraciones y los registros de intereses en el ámbito local. De acuerdo con la modificación efectuada, los representantes locales y los miembros no electos de la Junta de Gobierno Local deben formular declaraciones sobre causas de posibles incompatibilidades y sobre cualquier actividad que pueda proporcionarles ingresos económicos, así como sobre sus bienes patrimoniales y sobre su participación en sociedades. Tales declaraciones, que serán inscritas en los registros de intereses de cada entidad local (el Registro de Actividades y el Registro de Bienes Patrimoniales), deben realizarse en todo caso «antes de la toma de posesión, con ocasión del cese y al final del mandato, así como cuando se modifiquen las circunstancias de hecho». En principio, la información contenida en las declaraciones

⁸²¹ MENÉNDEZ REXACH, Ángel, “El fomento de las buenas prácticas administrativas en la nueva Ley de suelo y otras normas estatales recientes”, cit., p. 159.

⁸²² De acuerdo con el art. 70 ter.2 LRBRL, los municipios cuya población sea inferior a los 5.000 habitantes pueden cumplir con dicho requisito de publicación a través de entes supramunicipales.

es pública, en la medida en que lo son los registros locales; sin embargo, está prevista la posibilidad de evitar esa publicidad mediante la realización reservada de las declaraciones ante la correspondiente diputación provincial o comunidad autónoma, que las inscribirán en el Registro Especial de Bienes Patrimoniales, siempre y cuando resulte amenazada la seguridad personal de los declarantes, o la de sus bienes y negocios, así como la seguridad de las personas con las que mantienen relación familiar, laboral, económica o profesional. El alcance de la novedad en este punto es limitado, pues el denominado Registro Especial de Bienes Patrimoniales viene a sustituir, sin apreciables novedades, al anterior Registro Especial de Intereses que ya estaba regulado en el mismo art. 75.7 LRBRL tras ser añadido por el art. 6 de la Ley Orgánica 1/2003, de 10 de marzo, para la garantía de la democracia en los Ayuntamientos y la seguridad de los Concejales. Este registro especial fue, además, creado como mecanismo de garantía de la seguridad de los concejales ante el posible uso que podría hacer cierto grupo terrorista de la información de los concejales⁸²³, pues éstos ya tenían obligación de declarar sus bienes e intereses desde que, mediante el art. 42 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, fuera creado el sistema de registros de intereses local y establecida la obligación de formular las respectivas declaraciones, que eran inscritas, con carácter público, en los registros de intereses, registros también sustituidos, tras la reforma de 2007, por los nuevos registros antes mencionados. Otra modificación se ha realizado, terminológicamente, en el ámbito subjetivo, pues la obligación de declarar, tras la reforma operada por la DA 9ª, pasó de «todos los miembros de las Corporaciones locales» a «los representantes locales y miembros no electos de la Junta de Gobierno Local». Finalmente, hay que destacar que la DA 9ª amplía el contenido material de las declaraciones, al incluir por primera vez en el ámbito local la obligatoriedad de declarar la participación en sociedades de todo tipo, con información de las sociedades por ellas participadas y de las liquidaciones de determinados impuestos⁸²⁴. Finalmente, también añade la obligación de formular las declaraciones, en todo caso, en el momento de la finalización del mandato.

El apartado 4 de la DA 9ª incluye un nuevo apartado 8 en el art. 75 LRBRL con la finalidad de extender el régimen de limitaciones al ejercicio de actividades privadas con posterioridad al cese de los miembros del Gobierno y los altos cargos de la Administración General del Estado (art. 8 Ley 5/2006) a los miembros de las

⁸²³ Así se extrae de la Exposición de Motivos, que afirma lo siguiente: «[h]acer efectiva la voluntad política expresada por quienes tienen plena confianza en que el sistema democrático garantiza la adecuada convivencia de nuestra sociedad, y con ello el derecho que la Constitución otorga a todos los ciudadanos, obliga a modificar determinadas normas de nuestro ordenamiento jurídico de manera que se permita hacer realidad la decisión de aislar a los terroristas, garantizando una mayor eficacia en el uso de los recursos de los que puede disponer nuestro sistema político».

⁸²⁴ Añadido, sin ninguna duda, relevante a efectos de luchar contra la corrupción urbanística porque, como se vio, no ha sido extraño que miembros de las corporaciones locales contaran con múltiples empresas para ocultar su participación a título particular en actividades inmobiliarias, vid. sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Pamplona, de 4 de junio de 2009, cit.

Corporaciones locales que hubieran ostentado responsabilidades ejecutivas en alguna área del gobierno local y ejercieran su cargo con dedicación exclusiva, durante los dos años siguientes a la finalización de su mandato en el gobierno local; por lo que se impediría, durante ese período (y con posibilidad de ser compensado económicamente), el ejercicio de actividades privadas relacionadas directamente con las competencias del cargo desempeñado. Esta limitación, así como su eventual compensación⁸²⁵, también se aplica al personal directivo local en virtud de la DA 15ª.1.II LRBRL, introducida por el apartado 5 de la DA 9ª.

Ese quinto y último apartado de la DA 9ª establece, además, que el personal directivo local⁸²⁶ está sometido al régimen de incompatibilidades que resulte de aplicación, incluido el régimen establecido en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas. Por último, el segundo apartado de esta nueva DA 15ª de la LRBRL extiende el régimen de declaraciones de actividades y bienes a todo el personal directivo local y a los funcionarios de las Corporaciones Locales con habilitación de carácter nacional que hubieran sido designados mediante el sistema de libre designación «en atención al carácter directivo de sus funciones o a la especial responsabilidad que asuman».

El denominado «estatuto de la integridad» que instaura la Ley de suelo entre miembros y directivos de las corporaciones locales, aun suponiendo un avance en la prevención de la corrupción si se pone en práctica con rigor⁸²⁷, cuenta con carencias relevantes, como las que pone de relieve Endrius E. COCCIOLO: no existe ninguna prohibición respecto del ejercicio de actividades privadas, tras el cargo, en empresas cuya actividad guarde relación directa con las responsabilidades ejecutivas del representante o directivo local, y no se tendrían en cuenta las decisiones adoptadas contra empresas competidoras; además, el régimen aplicable a los directivos sería algo confuso, en la medida en que les sería de aplicación, para las incompatibilidades, lo establecido en la Ley 53/1984 para el personal de las Administraciones públicas, mientras que las limitaciones al ejercicio de

⁸²⁵ Aunque no hay unanimidad sobre si la compensación económica está limitada a los representantes locales o si incluye también a los titulares de los órganos directivos locales, debemos sumarnos a la lectura de la LRBRL que hace Ángel MENÉNDEZ, quien entiende que la compensación contemplada en el art. 78.5 LRBRL se aplica también al personal directivo, pues la DA 15ª LRBRL establece que a los directivos locales se les aplicará la limitación al ejercicio de actividades privadas «en los términos en que establece el art. 78.5 de esta Ley», en el que se encuentra regulada, como dijimos, la posibilidad de fijar una compensación económica (vid. MENÉNDEZ REXACH, Ángel, “El fomento de las buenas prácticas administrativas en la nueva Ley de suelo y otras normas estatales recientes”, cit., p. 160).

⁸²⁶ A efectos de aplicar el régimen de incompatibilidades y limitaciones en el ejercicio de actividades privadas, se establece en la misma DA 15ª que «tendrán la consideración de personal directivo los titulares de órganos que ejerzan funciones de gestión o ejecución de carácter superior, ajustándose a las directrices generales fijadas por el órgano de gobierno de la Corporación, adoptando al efecto las decisiones oportunas y disponiendo para ello de un margen de autonomía, dentro de esas directrices generales».

⁸²⁷ Las investigaciones de la Oficina Antifraude de Cataluña recogen investigaciones que evidencian irregularidades en la realización de las declaraciones y en la actualización de los registros (vid. OFICINA ANTIFRAUDE DE CATALUÑA, *Memoria anual 2013*, cit., pp. 106-107).

actividades privadas sucesivas aplicables serían las contenidas en la regulación aplicable a los altos cargos y las obligaciones de declaración serían las mismas que las previstas para los miembros de las corporaciones locales; a lo que habría que añadir, en último lugar, la dudosa efectividad (desde la óptica del control y prevención de la corrupción) de que los secretarios de administración local nombrados por el sistema de libre designación sean en principio encargados de los registros locales y al mismo tiempo estén obligados a declarar en el mismo registro⁸²⁸.

Más allá de la DA 9ª, entendemos que otros preceptos de la Ley de suelo pueden contribuir a luchar contra la corrupción. Así, existen varios artículos que pretenden reforzar el control sobre la actividad urbanística, y muy particularmente el control social, mediante técnicas de participación ciudadana y transparencia.

En primer lugar, se reconoce el derecho de todos los ciudadanos a participar de forma efectiva en los procedimientos de elaboración y aprobación de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística (y en su evaluación ambiental) mediante la formulación de alegaciones, observaciones, propuestas, reclamaciones y quejas, a las que la Administración deberá responder de forma motivada (art. 4.e TRLS), lo que supone, en palabras de Luciano PAREJO, una novedad al reconocerse una mayor amplitud de la participación y la exigencia de su efectividad⁸²⁹.

Por su parte, en el apartado f del art. 4 se mantiene el derecho de todos los ciudadanos a la acción pública para la defensa de la legalidad urbanística, por lo que la legitimación de los ciudadanos en esta materia no está condicionada a la titularidad de un derecho subjetivo o un interés legítimo, tal y como se exige de forma general (vid. art. 19.1.a LJCA). Si bien el reconocimiento de la acción pública urbanística no supone una novedad, pues se viene reconociendo desde 1956⁸³⁰, el art. 4.f sí extiende el alcance de la misma, y, como novedad, también se reconoce respecto de las decisiones resultantes de los procedimientos de evaluación ambiental.

A la transparencia, comprendiendo tanto el derecho de acceso a la información como la publicación de la misma, encontramos dedicados una serie de artículos⁸³¹. En primer lugar, el art. 4, en los apartados d y e reconoce, respectivamente, el derecho de los ciudadanos a acceder a la información de que dispongan las Administraciones públicas sobre la ordenación urbanística y del territorio (y su evaluación ambiental) y obtener

⁸²⁸ COCCIOLO, Endrius Eliseo, “El règim jurídic administratiu dels conflictes i registres d’interessos dels membres i directius de les corporacions locals”, cit., pp. 25-26.

⁸²⁹ PAREJO ALFONSO, Luciano, “La contribución de la Ley 8/2007”, cit., p. 74.

⁸³⁰ Así lo establecía el art. 223 LS 1956: «[s]erá pública la acción para exigir ante los Tribunales Contencioso-Administrativos la observancia de la presente Ley y de los Planes de ordenación urbana».

⁸³¹ Para esta cuestión, tratada con mayor exhaustividad, con mención de legislación tanto estatal como autonómica, vid. LLORENS FERRER, Marta, “El principio de transparencia en el planeamiento urbanístico”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 97, septiembre-diciembre 2013, pp. 139-182.

copia o certificación de las disposiciones o actos administrativos adoptados; así como el derecho a ser informados del régimen y las condiciones urbanísticas aplicables a una finca determinada por parte de la Administración competente «por escrito y en plazo razonable».

Otros elementos de transparencia se introducen en el art. 11 TRLS. En virtud de este artículo, todos los instrumentos de ordenación territorial y de ordenación y ejecución urbanísticas, así como los convenios urbanísticos, deberán someterse al trámite de información pública por el plazo que determine la legislación autonómica en la materia y que, en todo caso, no podrá ser inferior al mínimo exigido en la legislación sobre procedimiento administrativo común. Además, todos los acuerdos de aprobación definitiva de todos los instrumentos de ordenación territorial y urbanística se publicarán en el boletín oficial correspondiente, y las Administraciones competentes «impulsarán la publicidad telemática del contenido de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística en vigor, así como del anuncio de su sometimiento a información pública».

Adicionalmente, en aras a facilitar la comprensión de la información publicada y garantizar así el efectivo control ejercido por la ciudadanía, se exige la elaboración de un resumen ejecutivo con un contenido mínimo garantizado, que deberá exponerse al público en los procedimientos de aprobación o de alteración de instrumentos de ordenación urbanística (art. 11.3 TRLS).

En último lugar, creemos conveniente poner de relieve una forma más de luchar contra la corrupción urbanística que se puede considerar incluida en el ordenamiento jurídico mediante la Ley 8/2007. Como se vio, entre las causas de la corrupción figura de forma muy destacada el beneficio económico generado por la intervención de las Administraciones en las determinaciones de los usos del suelo. Para atenuar ese problema, la Ley de suelo siguió en 2007 dos líneas en principio útiles: por un lado, limitar la capacidad de los municipios para poder modificar la clasificación del suelo no urbanizable, y, por el otro, suprimir en buena medida el reconocimiento legal de una plusvalía en los terrenos que veían modificada su clasificación. Para lo primero, la ley introdujo un límite a la transformación del suelo rural (art. 10 TRLS) y un sistema de evaluación y seguimiento de la sostenibilidad del desarrollo urbano (art.15 TRLS) y, para lo segundo, la ley suprimió las expectativas en la valoración del suelo, para atender, salvo excepciones, al valor objetivo según su situación básica (arts. 22.2 y 23 TRLS).

Todavía en ámbito estatal, podemos considerar que normativa posterior ha tratado de abordar algunos aspectos con efectos sobre la lucha contra la corrupción en el urbanismo, modificando la Ley de suelo. En particular, el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales,

de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa, modificó el art. 51 de la Ley de suelo para introducir, entre otras medidas, la condición de inscribibles en el Registro de la Propiedad de datos para que los potenciales adquirentes puedan conocer la posible situación litigiosa de los inmuebles⁸³², lo que podría dificultar la obtención del beneficio económico de quienes han conseguido edificar mediante prácticas corruptas con la intención de vender posteriormente el inmueble. Asimismo, también modifica el régimen del silencio administrativo en materia urbanística (en su art. 23, derogado desde 2013 al haberse incorporado su contenido al art. 9 TRLS), e impone el silencio desestimatorio de las solicitudes para la realización de determinados actos de transformación, construcción, edificación y uso del suelo y el subsuelo, como las obras de edificación, construcción e implantación de instalaciones de nueva planta, o la ubicación de casas prefabricadas e instalaciones similares, ya sean provisionales o permanentes, lo que sin duda contribuye a luchar contra la corrupción en la medida en que impide el recurso intencionado a la inactividad como forma de producir beneficios particulares en el contexto de prácticas de corrupción urbanística.

En ámbito autonómico tampoco ha sido raro encontrar legislación parcialmente orientada a prevenir la corrupción en el urbanismo, siguiendo la misma línea iniciada por el legislador estatal. Así, por ejemplo la Ley madrileña 3/2007, de 26 de julio, de medidas urgentes de modernización del gobierno y de la administración de la Comunidad de Madrid, opera una serie de modificaciones en muy diversos ámbitos, entre los que se cuentan, respecto del ámbito que aquí interesa, la elevación del rango del órgano encargado de la aprobación definitiva de los instrumentos de planificación urbanística⁸³³; la supresión de la figura del agente urbanizador⁸³⁴, figura que, no se olvide, ha acostumbrado a verse envuelta en tramas de corrupción y, en general, ha sido puesta en duda su idoneidad de cara a garantizar la sostenibilidad del desarrollo urbano⁸³⁵; y finalmente prohíbe los convenios urbanísticos de planeamiento⁸³⁶, sin duda

⁸³² De acuerdo con la modificación introducida mediante el art. 25 del Real Decreto-ley 8/2011, el art. 51.1 de la Ley de suelo prevé que serán inscribibles en el Registro de la Propiedad «[...] f) La interposición de recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de instrumentos de ordenación urbanística, de ejecución, o de actos administrativos de intervención. g) Los actos administrativos y las sentencias, en ambos casos firmes, en que se declare la anulación a que se refiere el número anterior, cuando se concreten en fincas determinadas y haya participado su titular en el procedimiento»

⁸³³ Art. 61 Ley madrileña 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, en la redacción introducida por el art. 15 Ley madrileña 3/2007.

⁸³⁴ Art. 17 Ley madrileña 3/2007.

⁸³⁵ DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, “Las plusvalías urbanísticas en el Derecho español. Un sistema de incentivos perversos”, en JAREÑO LEAL, Ángeles (Dir.), *Corrupción pública: cuestiones de política criminal (I)*, Iustel, Madrid, 2014, pp. 197-214, pp. 208-210; y en el mismo sentido, PARADA, Ramón, *Derecho administrativo III. Bienes públicos. Derecho urbanístico*, cit., pp. 304-305. Esta figura ha sido reprobada también desde el Parlamento Europeo, órgano que, en el denominado informe Auken, ha pedido a las autoridades españolas que «se deroguen todas las figuras legales que favorecen la especulación, tales como el agente urbanizador», y ha puesto «en tela de juicio los métodos de designación de los agentes urbanizadores y los poderes con frecuencia excesivos otorgados a los urbanistas y promotores inmobiliarios por parte de determinadas autoridades locales» (PARLAMENTO

otra de las figuras más controvertidas del urbanismo español, y otra de las que aparece con frecuencia en casos de corrupción urbanística⁸³⁷.

Existe legislación autonómica que, sin prohibir todos los convenios que tengan por objeto una modificación del planeamiento, sí acotan los supuestos permitidos. En particular, nos referimos al art. 182.1 de la Ley 13/2015, de 30 de marzo, de ordenación territorial y urbanística de la Región de Murcia, en virtud del cual la única modificación que se permite prever en un convenio es la de la transformación de suelo no urbanizable que no sea objeto de protección específica y carezca de valores o riquezas naturales, en suelo urbanizable⁸³⁸. Tampoco ha sido infrecuente encontrar en la legislación autonómica la obligación de incluir los convenios en registros y publicarlos telemáticamente. Ejemplos de ello se encontrarían en Andalucía (introducido por el Decreto andaluz 2/2004, de 7 de enero, por el que se regulan los registros administrativos de instrumentos de planeamiento, de convenios urbanísticos y de los bienes y espacios catalogados, y se crea el Registro Autonómico) o en Cataluña (introducido por el art. 51 de la Ley catalana 26/2009, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, financieras y administrativas). Las obligaciones de transparencia de los convenios pueden alcanzar también a la fase de negociación y tramitación de los mismos. Así, de acuerdo con el art. 182.4.a) Ley 13/2015, de 30 de marzo, de ordenación territorial y urbanística de la Región de Murcia, los convenios urbanísticos deberán someterse a información, por un plazo de un mes, antes de su celebración, mediante su publicación en el boletín oficial autonómico y en la sede electrónica correspondiente. Dicho anuncio deberá, además, cumplir una serie de requisitos: deberá identificar a las partes firmantes del convenio, así como a quienes se hubieran adherido al mismo, se determinará su objeto y se identificará gráfica y descriptivamente el ámbito espacial al cual hacen referencia.

Otra medida urbanística, en este caso reductora de la discrecionalidad del planificador, y que surge como respuesta a un caso de corrupción, es la técnica de la presunción negativa en la valoración de la conveniencia, oportunidad e interés, público y privado, de la modificación de las figuras de planeamiento urbanístico en determinados supuestos.

Esta técnica se introduce en la ley de urbanismo de Cataluña (TRLUC) a través de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, financieras y administrativas, que

EUROPEO, *Informe sobre el impacto de la urbanización extensiva en España*, cit., pp. 9 y 13).

⁸³⁶ Art. 245 Ley madrileña 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, en la redacción introducida por el art. 18 Ley madrileña 3/2007.

⁸³⁷ LOZANO CUTANDA, Blanca, "Urbanismo y corrupción: algunas reflexiones desde el Derecho Administrativo", cit., pp. 359-360.

⁸³⁸ De acuerdo con ese artículo, «no podrá ser objeto de convenio la modificación del planeamiento para cambiar la clasificación del suelo, salvo la que tenga por objeto el cambio de clasificación de suelo no urbanizable inadecuado [vid. art. 83.1, se trata de suelo no urbanizable que no es objeto de protección] a suelo urbanizable».

constituye, en ese aspecto, la respuesta legislativa al caso Pretoria⁸³⁹. Para restringir en adelante ese tipo de prácticas, la Ley catalana 26/2009 introdujo, además de una modificación en el régimen jurídico de los convenios urbanísticos ya expuesta, un sistema de presunción negativa que imposibilita la aprobación de modificaciones del planeamiento cuando concurren prácticas como las del caso Pretoria. Así, de acuerdo con la reforma introducida en 2009 en el art. 94.8 del Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo (hoy, aunque modificado en 2012 y 2014, su contenido se encuentra en el vigente art. 97.2 TRLUC), el órgano competente para la aprobación de la modificación debe valorar siempre negativamente la justificación de aquellas modificaciones de las figuras de planeamiento urbanístico (y, en consecuencia, denegarlas *ex art. 97.1 TRLUC*) que:

«a) comportan un incremento del techo edificable, de la densidad del uso residencial o de la intensidad del uso industrial o la transformación global de los usos anteriormente previstos en el supuesto de que el planeamiento anterior no se haya ejecutado y se trate de terrenos, bien de titularidad pública donde se haya adjudicado la concesión de la gestión urbanística, o bien terrenos de titularidad privada que en los cinco años anteriores formaron parte de un patrimonio público de suelo y de vivienda, sin que concurren circunstancias sobrevenidas que objetivamente legitimen la modificación.

b) Cuando la ordenación propuesta no es coherente con el modelo de ordenación establecido por el planeamiento urbanístico general vigente o entra en contradicción con los principios de desarrollo urbanístico sostenible.

c) Cuando la ordenación propuesta comporta una actuación excepcional de acuerdo con el planeamiento territorial, sin que se hayan apreciado razones de interés territorial o estratégico, de acuerdo con las normas de ordenación territorial.

d) Cuando en la propuesta no hay una proyección adecuada de los intereses públicos.
[...]»

Existen, también, medidas de control y desapoderamiento que pueden emplearse en casos de corrupción. Nos referimos a la posibilidad contemplada en algunas legislaciones urbanísticas de suspender las facultades de planeamiento de los ayuntamientos en favor de la comunidad autónoma en aquellos casos en que exista un grave incumplimiento por los municipios en el ejercicio de competencias urbanísticas que impliquen una manifiesta afectación a la ordenación del territorio y del urbanismo, como se contempla en el art. 63 bis de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, y en el art. 31.4 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de

⁸³⁹ Este caso fue conocido públicamente tras las detenciones que tuvieron lugar en octubre de 2009. Los autores, puestos en común y previo acuerdo, presuntamente cometieron múltiples delitos como el cohecho y el tráfico de influencias en la realización de operaciones urbanísticas en varios municipios que incluían la adjudicación a sus empresas de terrenos de titularidad pública, que, tras influir y mediante el pago de comisiones ilícitas, y en ocasiones mediando la firma de convenios urbanísticos y contraviniendo el planeamiento territorial, eran objeto de recalificación en la correspondiente modificación del planeamiento aumentando de forma considerable la densidad de su edificabilidad, para luego enajenarlos por un valor muy superior en un período relativamente corto de tiempo. Una síntesis de la actuación realizada por los imputados, más detallada que el resumen que acabamos de exponer, se encuentra en el AAN (Juzgado Central de Instrucción núm. 5) de 18 de diciembre de 2014, rec. núm. 372/2009, ponente D. Pablo Rafael Ruz Gutiérrez.

Ordenación Urbanística de Andalucía.

Por último, también deben reseñarse las medidas urbanísticas de naturaleza sancionadora que tienen por finalidad evitar que la comisión de ilícitos urbanísticos dé lugar, incluso después de la sanción, a un balance positivo, beneficioso para el infractor, mediante la modulación de la sanción en atención al beneficio obtenido. Las medidas insuficientemente severas, y más si ni tan solo logran igualar la cuantía del beneficio, suponen un débil desincentivo para la corrupción y, en general, para la comisión de cualquier tipo de infracciones. Este tipo de cláusulas, hoy recogidas en algunas leyes urbanísticas autonómicas, encuentra su origen en el art. 55.3 del Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. De acuerdo con ese precepto, «son circunstancias que, según cada caso, pueden atenuar o agravar la responsabilidad: [...] El mayor o menor beneficio obtenido de la infracción o, en su caso, el haberla realizado sin consideración ninguna al posible beneficio económico que de la misma se derivare». Algunas leyes mantienen hoy una cláusula que, aunque pueda diferir ligeramente en la expresión literal, es idéntica en lo sustantivo (vid. art. 175 Ley 2/2014, de 25 de marzo, de ordenación y uso del suelo de Baleares, art. 253.4 Ley 5/2014, de 25 de julio, de la Generalitat, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunitat Valenciana, o el art. 289.3 de la Ley 13/2015, de 30 de marzo, de ordenación territorial y urbanística de la Región de Murcia), y, por tanto, en algunos ordenamientos autonómicos sería posible que no se agravara la responsabilidad si la actuación no se realizó con la intención de obtener un beneficio. Algo más rigurosa ha sido la legislación aragonesa, que ha excluido en todo caso la posibilidad de que una infracción urbanística pueda originar algún tipo de beneficio tras la sanción: así, el art. 282.8 del Decreto-Legislativo 1/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón, establece que atenúa o agrava la responsabilidad «[l]a cuantía del beneficio obtenido de la infracción o, por el contrario, la realización de infracciones sin beneficio económico».

4.- EL DESCENSO COYUNTURAL DE CASOS DE CORRUPCIÓN URBANÍSTICA Y LA INCIERTA EFECTIVIDAD DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS

El urbanismo ha sido el principal ámbito de la actividad administrativa en cuanto a investigaciones en materia de corrupción pública, en particular desde el año 2006 y hasta 2010⁸⁴⁰, año en que la Fiscalía aprecia ya el primer descenso en la cantidad anual

⁸⁴⁰ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2007*, cit., p. 335; *Memoria 2008*, cit., p. 916; *Memoria 2011*, cit., p. 731.

de casos descubiertos. En los años posteriores se ha podido constatar que los casos de corrupción descubiertos e investigados atañen, en su mayoría, a actuaciones realizadas antes de los años 2008-2009, años en que la crisis del sector inmobiliario español ya estaba totalmente generalizada⁸⁴¹.

Sin duda, puede que las políticas de sostenibilidad ambiental incorporadas en la legislación de suelo de 2007 y las medidas anticorrupción que la misma introdujo en la normativa de régimen local hayan podido influir en cierta medida en ese descenso, pero la circunstancia, absolutamente coyuntural, del desplome del sector inmobiliario y la consiguiente supresión de cualquier incentivo económico para la realización de prácticas de corrupción urbanística, nos impide evaluar objetivamente si las medidas introducidas por esa ley han contribuido en alguna medida a la reducción de la corrupción en este ámbito. Aunque esta legislación puede haber suprimido el monopolio de algunos cargos electos en la adopción de decisiones urbanísticas (en concreto, al eliminar la posibilidad de adoptar convenios urbanísticos por parte de los alcaldes) e introducido requisitos, sobre todo inspirados por el principio de desarrollo sostenible, dirigidos a reducir la discrecionalidad en materia urbanística, así como mejorado los controles (como por ejemplo, el social mediante la introducción de medidas de transparencia en materia urbanística como la regla referida a la publicación de los convenios urbanísticos contenida en el art. 11.1 TRLS; o el control judicial mediante la introducción del decomiso en materia urbanística⁸⁴²), lo cierto es que tanto la doctrina como la misma Fiscalía han atribuido ese descenso en los casos de corrupción perpetrados en los últimos años esencialmente al descenso de las expectativas económicas de los potenciales corruptores y corruptos, a causa del estallido de la burbuja inmobiliaria y el desplome del sector de la construcción⁸⁴³.

No solo el Derecho administrativo ha sido visto como un instrumento que ha tenido un tímido efecto en la reducción de la corrupción urbanística sino que el mismo Derecho penal, a pesar de sus múltiples reformas para intentar atajar el problema de la corrupción y los delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo, se ha juzgado

⁸⁴¹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2013*, cit., p. 658.

⁸⁴² Como alternativa a la casi siempre imposible demolición de lo ilegalmente construido, esta solución introducida en 2010 presenta cierto avance para evitar las ganancias que podrían producirse en el marco de tramas de corrupción urbanística que impliquen la comisión de delitos de índole urbanística: «se ha producido el reconocimiento del legislador del deber de decomisar las ganancias en el delito de construcción ilegal (art. 319. 3 CP), en el mismo precepto que regulaba ya desde 1995 confusamente la obligación de demoler lo ilegalmente edificado, por lo que parece que se implanta el programa penal de demolición y comiso. De esta suerte, si la demolición deviene imposible -lo cual es lo que habitualmente suele acontecer-, se acordará siempre y en todo caso por el tribunal sentenciador el comiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar el objeto del delito. De este modo se confía, no tanto en reponer las cosas a su estado original sino, ante la fáctica imposibilidad de demoler construcciones ilegales en España, hacerlas económicamente inviables» (QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., “Reflexiones marginales sobre la corrupción”, cit., p. 25).

⁸⁴³ Vid. VILLORIA, Manuel y JIMÉNEZ, Fernando, “¿Cuánta corrupción hay en España?”, cit., pp. 37-39; y FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2013*, cit., p. 657-658.

con la misma escasa eficacia⁸⁴⁴, y la doctrina penalista sigue apuntando que «difícilmente podrán repetirse, en el corto plazo, entramados corruptos como los ya juzgados; no solo por el mayor control que las autoridades administrativas y judiciales puedan estar ejerciendo sino, ante todo porque [...] el sector urbanístico ha dejado de ser el factor catalizador del desarrollo económico en nuestro país»⁸⁴⁵.

Insistimos en que estas consideraciones doctrinales son difícilmente demostrables empíricamente en tanto que la adopción de la mayoría de medidas, sobre todo preventivas, introducidas para combatir la corrupción urbanística han coincidido temporalmente con el desplome del sector inmobiliario, de tal modo que en estos momentos sería tan precipitado hablar del éxito de estas medidas, pues podría defenderse su rotundo éxito al constatar el descenso de casos tras su adopción, como lo sería afirmar que su impacto ha sido nulo, pues el descenso de casos responde a factores económicos totalmente ajenos a tales reformas. A pesar de la imposibilidad de constatar la efectividad de esas medidas durante la fase *post-boom*, creemos que existen dos líneas argumentales que nos llevarían a pensar que la realidad estaría más cerca de esta segunda posibilidad.

Por un lado, si algo parece enseñarnos la evolución de la legislación sobre contratación pública (donde la crisis económica también ha incidido) es que las modificaciones normativas hasta la fecha no han logrado ser eficaces en la prevención de la corrupción⁸⁴⁶, y ésta logra encontrar otros cauces en el nuevo marco, de tal modo que sencillamente aquellos sujetos que quieren obtener beneficios ilícitos adaptan su proceder al nuevo estándar, buscando las fórmulas que permitan eludir los nuevos controles o ignorar los nuevos requisitos que tratan de garantizar la objetividad en el ejercicio de funciones públicas, y dotar de legalidad aparente a sus actuaciones motivadas por corrupción.

Por otro lado, varios estudios realizados durante la época del *boom* demuestran que, durante un mismo período y con un equiparable sistema de controles y sanciones, en aquellos lugares donde las ganancias económicas asociadas al desarrollo urbanístico fueron mayores, también fue mayor la concentración de casos de corrupción⁸⁴⁷.

⁸⁴⁴ DE ALFONSO LASO, Daniel, “Cuestiones prácticas en el orden penal sobre los delitos contra la ordenación del territorio”, en VVAA, *La normativa urbanística desde la perspectiva administrativa y penal*, CGPJ-CEJFE, Barcelona, 2008, pp. 119-134, p. 120; y GÓRRIZ ROYO, Elena M., “Corrupción urbanística: análisis criminológico y respuestas jurídico-penales”, en JAREÑO LEAL, Ángeles (Dir.), *Corrupción pública: cuestiones de política criminal (I)*, Iustel, Madrid, 2014, pp. 89-148, p. 142.

⁸⁴⁵ GÓRRIZ ROYO, Elena M., “Corrupción urbanística: análisis criminológico y respuestas jurídico-penales”, cit., p. 143.

⁸⁴⁶ Constata Juan Alfonso SANTAMARÍA que, en el sector de la contratación pública, «[t]odas las sofisticadas estructuras normativas ideadas para dificultar los incentivos a la corrupción no han servido de nada» (SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, “La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública”, cit., p. 34).

⁸⁴⁷ Por todos, vid. JIMÉNEZ, Fernando; GARCÍA-QUESADA, Mónica y VILLORIA, Manuel, “Integrity systems, values and expectations: explaining differences in the extent of corruption in three Spanish local

En conclusión, si sumamos ambas experiencias, por un lado la ineficacia reiterada de las modificaciones de la regulación jurídico-administrativa para prevenir la corrupción en un ámbito también fuertemente marcado por la corrupción como es la contratación pública, y por el otro, la constatación de que para el surgimiento de casos de corrupción urbanística fue más determinante la posible ganancia económica que no los controles y demás trabas que debieran salvarse para llevar a cabo las actuaciones fraguadas en tramados o casos aislados de corrupción, creemos que se puede afirmar, aunque con cautela y siempre de forma provisional ante la falta de datos que permitan verificarlo, que muy probablemente la doctrina acierta en poner en un segundo plano las reformas en el plano normativo.

5.- EL CAMINO POR RECORRER: LOS RETOS REGULATORIOS PENDIENTES

Las conclusiones del apartado anterior sin duda pueden conducirnos a la creencia, muy extendida hasta finales del siglo XX, de que no hay nada que los Estados puedan hacer para mejorar la lucha contra la corrupción⁸⁴⁸. Sin embargo, en nuestra opinión, no se trata tanto de que las medidas adoptadas fracasen porque no puedan ocasionar efecto alguno sobre los niveles de corrupción, los cuales, podría pensarse, responderían a fluctuaciones financieras y, en última instancia, a los valores de cada persona; sino que precisamente dichas medidas no han alterado significativamente los niveles de corrupción porque no han sido adecuadas.

Para darse cuenta de ello basta con atender al informe anticorrupción de la Unión Europea, en cuyo anexo sobre el Estado español se recomienda el estudio del fenómeno corruptivo en los niveles territoriales y sectores materiales más expuestos a casos de corrupción con la finalidad de establecer medidas realmente adaptadas al perfil fenomenológico del problema⁸⁴⁹. Por ello, creemos que unas propuestas realistas, planteadas para incidir directamente sobre las causas de la corrupción (urbanística) detectadas, que tengan especialmente en cuenta las actuaciones sometidas a un mayor riesgo de corrupción y cuya prioridad sea garantizar su efectividad, pueden incidir en el nivel de corrupción, reduciéndolo de forma significativa⁸⁵⁰.

governments”, cit.

⁸⁴⁸ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Fernando, “La trampa política: la corrupción como problema de acción colectiva”, en PASTOR SELLER, Enrique; TAMEZ GONZÁLEZ, Gerardo; y SAENZ LÓPEZ, Karla Annett Cynthia (eds.), *Gobernabilidad, ciudadanía y democracia participativa: análisis comparado España-México*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 157-174, p. 159.

⁸⁴⁹ COMISIÓN EUROPEA, *Anexo: España, al Informe de lucha contra la corrupción de la UE*, cit., p. 16.

⁸⁵⁰ En un sentido similar, vid. NIETO, Alejandro, *La corrupción en la España democrática*, cit., p. 237.

Por tanto, a pesar del secundario papel que se ha venido observando en el Derecho para poner freno a la corrupción, creemos que desde la rama administrativa sí se puede llevar a cabo una estrategia útil y en buena medida eficaz para prevenir el fenómeno, siempre y cuando las medidas de orden administrativo (y contencioso-administrativo) que se propongan se ajusten, y respondan, a las causas de la corrupción y tengan en cuenta que el principal escollo que este tipo de medidas deben salvar es el de la efectividad. Esto es, además de ajustarse a solventar las causas detectadas, deben primar que el personal con capacidad para desempeñar un papel relevante en la prevención de la corrupción urbanística pueda llevar a cabo su función con mayores garantías, y que su labor anticorrupción sea tenida en cuenta de forma conveniente.

En consecuencia, y dentro ya de nuestro ámbito de interés, creemos que proponer algunas nuevas medidas, más allá de las disposiciones anticorrupción contenidas en la Ley de suelo de 2007, puede redundar en una mejora significativa en la lucha contra la corrupción urbanística.

**CAPÍTULO IV: PROPUESTAS PARA PREVENIR LA
CORRUPCIÓN URBANÍSTICA**

1.- INTRODUCCIÓN. LIMITACIONES DE LAS PROPUESTAS: EL PROBLEMA METODOLÓGICO Y LA FALTA DE ANÁLISIS ADECUADOS Y OFICIALES, SEGÚN RECOMENDACIONES INTERNACIONALES (BASADO EN CAUSAS APRECIADAS Y EN ÁMBITOS DE RIESGO IDENTIFICADOS)

Las principales instancias supranacionales que han mostrado su preocupación respecto del fenómeno de la corrupción han establecido una línea muy clara para combatirla: en primer lugar, es necesario que se haga un análisis de riesgo de corrupción o vulnerabilidades a la corrupción; en segundo lugar, las medidas a adoptar para la prevención, detección y sanción de la corrupción deben solventar en lo posible las debilidades o riesgos detectados; y, finalmente, la eficacia de las políticas anticorrupción debe ser evaluada, y debe llevarse a cabo una actualización periódica de los estudios sobre riesgos de corrupción, a efectos de mejorar la política anticorrupción adoptada o expandirla en aquellos ámbitos que habían pasado inadvertidos previamente.

Trasladado a la corrupción pública de las administraciones y gobiernos, que es lo que aquí nos interesa, podemos afirmar que la línea metodológica para la adopción de medidas anticorrupción adecuadas consiste en evaluar de forma periódica la actuación de las Administraciones Públicas y sus respectivos gobiernos por parte de los mismos poderes públicos, tratando de identificar los riesgos de corrupción que en cada momento se asocian con el ejercicio de las funciones públicas, para así establecer las medidas anticorrupción más convenientes para reducir los riesgos de corrupción que periódicamente se vayan detectando.

En ese sentido, el art. 10 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003 (en adelante, CNUCC), exhorta a los Estados parte a que adopten medidas para aumentar la transparencia en sus administraciones públicas, entre las que incluye, en su letra c), la publicación de información, lo que, señala expresamente el tenor literal de ese artículo, «podrá incluir informes periódicos sobre los riesgos de corrupción en su administración pública». En desarrollo (y clarificación) de esta previsión, la *Guía Técnica de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción* explicita, con tanta claridad como expresividad, que «[l]a información y los datos deben servir de base para una evaluación de los riesgos o la vulnerabilidad que establezca las tendencias, las causas, los tipos, la incidencia y la gravedad o los efectos de la corrupción. Esto ayudará a conocer mejor las actividades y sectores expuestos a ella, y a sentar las bases para elaborar una estrategia preventiva apuntalada por políticas y prácticas pertinentes para una mejor

prevención y detección de la corrupción»⁸⁵¹.

También la Unión Europea, en el Anexo referido al Estado español de su Informe de lucha contra la corrupción de la UE COM(2014) 38 final, de 3 de febrero de 2014, hace hincapié en esa cuestión, y específicamente recomienda a España que preste mayor atención a una serie de aspectos, entre los que se incluye el «[d]esarrollar estrategias a la medida para las administraciones regionales y locales, precedidas por evaluaciones del riesgo de corrupción»⁸⁵².

Por su parte, la OCDE también ha insistido, en varias publicaciones, en la necesidad y conveniencia de identificar los riesgos de corrupción⁸⁵³ y medir la efectividad de las medidas implementadas⁸⁵⁴.

A la vista de esas recomendaciones internacionales, se puede afirmar que la mejor forma de abordar el diseño de reformas y medidas para reforzar la buena administración en el urbanismo debe apoyarse necesariamente en un análisis fenomenológico de la corrupción urbanística en España, de tal modo que sean las conclusiones extraídas de esa labor previa las que orienten el tipo de medidas que deberían adoptarse para mejorar esa lucha contra la corrupción. Esta labor está encomendada, a nivel internacional, a los Estados⁸⁵⁵, y no parece por tanto que dicha labor pueda ser substituida por la labor realizada por organismos como el GRECO en sus rondas evaluadoras ni por organizaciones no gubernamentales⁸⁵⁶, ni mucho menos por una investigación individual como la aquí realizada. Sin embargo, dada la ausencia de ese informe global anual sobre corrupción en nuestro Estado, hemos debido realizar nosotros un análisis

⁸⁵¹ UNODC, *Guía Técnica de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción*, Naciones Unidas, Nueva York, 2010, p. 4.

⁸⁵² COMISIÓN EUROPEA, *Anexo: España, al Informe de lucha contra la corrupción de la UE*, cit., p. 16.

⁸⁵³ En este sentido, al formular propuestas para reforzar la integridad en el sector público, ha insistido en la importancia del análisis de riesgo: «the Integrity Framework proposes a pro-active approach to address emerging concerns and grey areas. It considers the analysis of integrity risks and integrity dilemmas as a cornerstone and starting point of an Integrity Framework» (OCDE, *Towards a Sound Integrity Framework: Instruments, Processes, Structures and Conditions for Implementation*, GOV/PGC/GF(2009)1, OCDE, 2009, p. 21).

⁸⁵⁴ «While OECD countries have put growing emphasis on improving their legal, institutional and procedural frameworks, only a few countries have actually assessed the implementation of the measures already in place and their impact. Governments increasingly need to verify whether integrity measures are achieving their objectives in order to foster a favourable economic, political and social environment for public trust» (OCDE, *Public Sector Integrity. A Framework for Assessment*, OCDE, 2005, p. 20).

⁸⁵⁵ A pesar de reconocer que las funciones de prevención de la corrupción se encuentran dispersas entre distintos órganos de control, José Antonio FERNÁNDEZ aboga por la idoneidad del Tribunal de Cuentas para realizar esa labor, en el marco de una serie de reformas adicionales de dicha institución. También plantea la posibilidad que, constituidas las entidades de control especializadas en la prevención de la corrupción (como la Oficina Antifraude de Cataluña), sean éstas las encargadas de llevar a cabo dicho informe (FERNÁNDEZ AJENJO, José Antonio, *El control de las Administraciones públicas y la lucha contra la corrupción*, cit., pp. 583-584).

⁸⁵⁶ Como Transparencia Internacional, organización que, por cierto, ya ha realizado una completa evaluación del estado de la lucha anticorrupción en España, recogida en TRANSPARENCIA INTERNACIONAL ESPAÑA; VILLORIA, Manuel (Dir.) y BEKE, Mike, B. (Coord.), *El marco de integridad institucional en España. Situación actual y recomendaciones*, cit.

previo del fenómeno a efectos de poder orientar las medidas que podrían ensayarse para mejorar su control.

De ese examen previo, recogido en los apartados anteriores, se pueden extraer las siguientes notas:

- La corrupción pública en general, y la urbanística en particular, es, aunque extendido, un fenómeno relativamente poco frecuente y que salvo en casos muy excepcionales (como el del Ayuntamiento de Marbella) no forma parte del funcionamiento habitual de los poderes públicos⁸⁵⁷; y además, se ha reducido a causa de la crisis económica. En consecuencia, nuestra premisa es que una corrupción relativamente baja como la que tenemos en España, incluso en el ámbito urbanístico que es donde ha sido mayor, no justifica cambios drásticos en el régimen jurídico de las actividades sujetas a riesgos de corrupción, ni que se incorporen innecesarios trámites adicionales de control de forma generalizada, sino que solo podrían amparar cambios selectivos, introducidos únicamente en los ámbitos específicos de riesgo de cada sector y siendo, en la medida de lo posible, flexibles para adaptarse a cada caso concreto, robusteciendo las medidas de control en aquellos procesos en que se concreten mayores riesgos, y dejando mayor libertad en los que apenas tengan riesgo real significativo.
- La corrupción pública en general es, esencialmente, la corrupción de los políticos (miembros del gobierno, altos cargos y personal eventual), mucho más que la corrupción de los empleados públicos profesionales (personal funcional y laboral)⁸⁵⁸. No obstante, en materia urbanística no hay que olvidar la participación de los arquitectos y aparejadores municipales en casos de corrupción⁸⁵⁹. Así, cualquier medida que se introduzca debe estar orientada principalmente a incidir de forma significativa sobre esos cargos y ese personal más sometidos a riesgos en el ejercicio de sus funciones.
- La debilidad de las instituciones españolas para combatir la corrupción no radica en la falta de instrumentos jurídico-formales, sino en la efectividad de los mismos en la práctica⁸⁶⁰. Por ello, deberán primarse las reformas orientadas a incrementar la eficacia de los instrumentos jurídico-administrativos preventivos,

⁸⁵⁷ Vid. Apartado 2.1 del Cap. I de este trabajo.

⁸⁵⁸ Entre otros, vid. VILLORIA, Manuel y JIMÉNEZ, Fernando, “La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos”, cit., p. 121.

⁸⁵⁹ P. ej. Vid. STSJ de Murcia, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 2ª) de 27 de julio de 2009, cit., y SAP de Madrid (Secc. 17ª), de 29 de mayo de 2013, cit.

⁸⁶⁰ Vid. COMISIÓN EUROPEA, *Anexo: España, al Informe de lucha contra la corrupción de la UE*, cit., pp. 14-16 y TRANSPARENCIA INTERNACIONAL ESPAÑA; VILLORIA, Manuel (Dir.) y BEKE, Mike, B. (Coord.), *Marco de integridad institucional en España: situación actual y recomendaciones*, cit., pp. 6-8. Esta deficiencia ya había sido advertida por la doctrina hace más de una década, vid., entre otros, NIETO, Alejandro, *La corrupción en la España democrática*, cit., en especial pp. 203 y ss.

al ser ésta la faceta más débil de nuestro ordenamiento.

- La corrupción urbanística está causada, en todo caso, por la concurrencia de grandes beneficios apropiables por parte de los particulares, un sistema de controles ineficaz y unas sanciones insuficientes⁸⁶¹, acompañado de una falta de adecuación del comportamiento individual de los cargos y empleados públicos a la ética pública⁸⁶². En ocasiones, algunas causas adicionales se añaden, como la complejidad normativa. Entonces, será preferible orientar las medidas preventivas a la lucha contra los principales elementos causales que se repiten en la gran mayoría de casos, y relegar a un segundo plano las medidas cuya eficacia tan solo pueda alcanzar a unos pocos supuestos.
- Los ámbitos de la actividad pública urbanística donde concurren por el momento los mayores riesgos de corrupción son la planificación, el otorgamiento de licencias y el ejercicio de la disciplina urbanística cuando producen un significativo incremento patrimonial o cuando minimizan o evitan una eventual pérdida o perjuicio⁸⁶³. Será, por tanto, en estos ámbitos donde deberán operar las medidas propuestas principalmente.

Recogiendo lo anterior, podemos afirmar que estas notas sugieren que las medidas a adoptar para combatir el fenómeno de la corrupción urbanística no pueden pasar por establecer cambios de gran calado en el sistema urbanístico en su conjunto, que impliquen multitud de nuevos trámites en toda actividad urbanística. Por el contrario, lo que se extrae es que las medidas más acordes con la naturaleza de este fenómeno son aquellas que alcancen tan solo a los ámbitos de riesgo detectados, y que, en ellos, operen corrigiendo los factores que contribuyan a su causación. Además, deberán primarse las reformas orientadas a incrementar la eficacia de los instrumentos, al ser ésta la principal carencia de nuestro ordenamiento jurídico en la lucha contra la corrupción, y tales medidas eficaces deberán estar especialmente orientadas a los cargos y empleados públicos identificados como los más expuestos a los riesgos de corrupción.

Sin embargo, antes de proceder a la exposición de nuestras propuestas, que se adaptan a las características de la corrupción aquí descritas, nos gustaría, en un breve excursu, hacer mención de algunas medidas que a nuestro parecer también pueden tener un impacto muy significativo en la lucha contra la corrupción urbanística, si bien el alcance

⁸⁶¹ Entre otros, JIMÉNEZ, Fernando; GARCÍA-QUESADA, Mónica y VILLORIA, Manuel. 2013. "Integrity systems, values and expectations: explaining differences in the extent of corruption in three Spanish local governments", cit.

⁸⁶² Entre otros, NIETO, Alejandro, "¿Es inevitable la corrupción?", cit., p. 112.

⁸⁶³ Por ejemplo, cuando en virtud de tales actuaciones se incrementa la edificabilidad, o la densidad, o se modifican los usos del suelo; o cuando, por inactividad de la Administración o por un ejercicio deficiente en la imposición de sanciones por ilícitos urbanísticos, un propietario consigue evitar una sanción severa.

de las mismas es mucho más ambicioso, pues no se plantean como solución al problema de la corrupción (urbanística) únicamente, sino que buscan un cambio de mayor calado.

2.- ALGUNAS PROPUESTAS DE MAYOR ALCANCE QUE PODRÍAN TENER UN EFECTO POSITIVO EN LA REDUCCIÓN DE LA CORRUPCIÓN URBANÍSTICA: LA DESVINCULACIÓN DEL BENEFICIO ECONÓMICO DE PROPIETARIOS Y DE LA ADMINISTRACIÓN Y LA NECESARIA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA PARA LA URBANIZACIÓN DEL SUELO, Y LA REDISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS COMO MEDIDAS ANTICORRUPCIÓN

En este punto no podemos obviar un análisis preclaro de la doctrina: el problema de fondo del urbanismo, de mucho mayor alcance que la corrupción, ha sido el modelo de ocupación del territorio instaurado, el cual, además, se vio reforzado por las políticas de liberalización del suelo de mediados de los años 90, y en el que el suelo se ve casi exclusivamente como un recurso más del que obtener ganancias económicas⁸⁶⁴. Ese modelo de ocupación territorial, en el que todos los sujetos participantes, como los propietarios, el ayuntamiento y no pocos vecinos, tenían interés en extender la urbanización en lo posible (y a veces incluso lo imposible)⁸⁶⁵ ha sido calificado, en referencia a las plusvalías generadas por ese proceso, de «sistema de incentivos perversos»⁸⁶⁶, el cual, como ya dijimos, ha conducido a que no hayan sido extraños a nuestro urbanismo de las últimas décadas la especulación, la corrupción y el crecimiento excesivo y descontrolado, ambientalmente insostenible⁸⁶⁷.

Algunos autores y distintos organismos, asumiendo que el problema principal del urbanismo contemporáneo, que ha conducido entre otros problemas a casos de corrupción, es el diseño de los incentivos habidos en el mismo, que solo promueven el crecimiento en detrimento de la ponderación de otros intereses como la protección del medio ambiente o la promoción del derecho a la vivienda de todos los ciudadanos, entre otros, han propuesto alterar ese sistema de incentivos mediante la desvinculación del beneficio económico de propietarios y Administración y la necesaria intervención

⁸⁶⁴ En palabras de Tomàs FONT, «los casos de corrupción no deben ocultar que el principal problema es el modelo (¿?) de ocupación del territorio que se ha visto favorecido por la política liberalizadora y desreguladora de la legislación urbanística de la segunda mitad de los años 90» (FONT I LLOVET, Tomàs, “Autonomía local y estatutos: crónica de un compromiso”, cit., p. 14). Entre otros, Marcos VAQUER ha observado, refiriéndose al urbanismo, que «[p]aradójicamente, un Derecho y una ciencia nacidos para ordenar la ciudad al servicio de los ciudadanos se ponían al servicio de la apropiación de plusvalías y las rentas de posición. Un Derecho y una ciencia cada día menos genuinamente “urbanísticos” y más “patrimoniales” o “inmobiliarios”» (VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “El desgobierno del territorio”, cit., p. 260).

⁸⁶⁵ FERRÁNDIZ MAGAÑA, José Pablo y LÓPEZ VALDÉS, Fernando, “Visiones de profesionales y expertos”, cit.

⁸⁶⁶ DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, “Las plusvalías urbanísticas en el Derecho español. Un sistema de incentivos perversos”, cit., p. 210.

⁸⁶⁷ Por todos, vid. PARADA, Ramón, *Derecho administrativo III*, cit., p. 302.

administrativa para la urbanización del suelo.

De acuerdo con el informe publicado por la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) denominado *Problemas de competencia en el mercado del suelo en España*, la regulación urbanística genera una excesiva restricción de la oferta en el mercado del suelo, favoreciendo el incremento y volatilidad de los precios del suelo y la vivienda. Advierte que el problema de la “baja elasticidad relativa” de la oferta de vivienda no parece deberse principalmente a la falta de escasez física de suelo en España, sino a una serie de problemas regulatorios, entre los que destaca en un primer lugar la delimitación administrativa del suelo que puede urbanizarse y de cómo debe urbanizarse; es decir, la clasificación y calificación urbanísticas⁸⁶⁸.

Asume la CNC que el cambio en el precio del suelo producido por el cambio en la clasificación del mismo puede llegar a ser muy significativo y sin estar, en principio, relacionado con costes inherentes de producción más allá de aquellos que se puedan emplear para “convencer al regulador”. En efecto, el hecho de que un incremento de valor tan significativo esté directamente relacionado con la voluntad de la administración planificadora incentiva que los propietarios busquen persuadir a los poderes públicos, lo que puede incluir prácticas ilícitas como las propias de la corrupción. Ante esta situación propone dos medidas distintas, alternativas. En primer lugar, propone como medida más eficiente lo que la doctrina denominó “liberalización del suelo”, esto es permitir la urbanización de todo el suelo que no merezca una especial protección, junto con un mecanismo de precio de carácter *pigouviano*⁸⁶⁹ para internalizar las posibles externalidades⁸⁷⁰.

En segundo lugar, como alternativa *a priori* de más fácil implementación, propone la asignación de derechos de urbanización mediante mecanismos competitivos, intercambiables por sus propietarios en mercados secundarios, así, el planificador controla la cantidad de suelo urbanizable, pero sin identificar de esta manera el terreno concreto de un propietario en particular.

En un sentido similar, Gabriel DOMÉNECH propone, con la finalidad de eliminar en buena medida los incentivos económicos de los propietarios para presionar por medios lícitos o ilícitos a las autoridades públicas para que incluyan sus terrenos al proceso de

⁸⁶⁸ COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA, *Problemas de competencia en el mercado del suelo en España*, cit., pp. 41 y ss.

⁸⁶⁹ Se trata de mecanismos, generalmente impuestos o tasas, establecidos para corregir externalidades negativas. Sobre la aplicación de este tipo de mecanismos en el desarrollo urbano, vid., entre otros, ANDERSON, John E., “Land development, externalities and pigouvian taxes”, *Journal of Urban Economics*, núm. 33, 1993, pp. 1-9.

⁸⁷⁰ Refiere la CNC como ejemplo aquellos casos en que la urbanización de terrenos lleva aparejada la necesidad de mayores infraestructuras y servicios públicos, en cuyo caso deberá cubrirse ese coste mediante una tasa (COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA, *Problemas de competencia en el mercado del suelo en España*, cit., p. 52).

urbanización, la creación de un mercado de derechos de aprovechamiento urbanístico como el ensayado en otros ordenamientos, como los de Francia (*transfert de coefficient d'occupation des sols*) o Estados Unidos de América (*transferable development rights*). De acuerdo con ese sistema, la Administración asignaría derechos de aprovechamiento urbanístico a título gratuito entre los ciudadanos propietarios de suelo en una cantidad proporcional con la superficie de los terrenos de su propiedad, que serían libremente transmisibles tras su asignación, a efectos de que quien quisiera materializar la urbanización y edificación adquiriese los derechos necesarios para llevar a cabo el proyecto⁸⁷¹.

Otro grupo de propuestas que podrían tener un efecto significativo en la prevención de la corrupción son las que suponen una redistribución competencial, de tal forma que el personal más proclive a intervenir en prácticas de corrupción y mala administración vea limitada su intervención en los ámbitos sometidos con más frecuencia a corrupción o ilegalidad, a favor de la intervención de órganos y personal menos proclive, en principio, a participar en ese tipo de prácticas ilícitas.

Como observó Miguel SÁNCHEZ MORÓN ya en 1997 reflexionando sobre la corrupción pública, en nuestro ordenamiento se puede apreciar que muchas de las funciones de mera ejecución, decisiones técnicas, ajenas a cuestiones políticas, se han atribuido a cargos electos u órganos de composición o designación política⁸⁷²; funciones que, habitualmente, reconocen o declaran derechos subjetivos (o imponen sanciones), y que pueden tener gran relevancia en el patrimonio, y pueden implicar cierto grado de discrecionalidad. Específicamente, en materia urbanística algunos autores han manifestado la inconveniencia de atribuir competencias regladas con efectos potencialmente impopulares, como las referidas a la protección de la legalidad urbanística, a órganos de carácter electivo, en lugar de atribuirse a funcionarios especializados que pudieran actuar con independencia e, incluso, mayor distancia respecto de los interesados⁸⁷³.

Inciendo sobre la misma cuestión, Víctor LAPUENTE identifica como causa de la corrupción en España la concentración de poderes de la administración local en los alcaldes y, en un análisis comparado con otros ordenamientos con menores problemas de corrupción, observa que podría constituir una buena práctica atribuir las funciones ejecutivas a un profesional no electo. A la vista de que los países que cuentan con directivos públicos locales autónomos e independientes que participan en la gestión profesionalizada de los municipios presentan menores niveles de corrupción que

⁸⁷¹ DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, “Las plusvalías urbanísticas en el Derecho español. Un sistema de incentivos perversos”, cit., pp. 210-214.

⁸⁷² SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “La corrupción y los problemas del control de las administraciones públicas”, cit., p. 197.

⁸⁷³ Entre otros, vid. DESDENTADO DAROCA, Eva, “El control de la legalidad urbanística. ¿Qué legalidad?”, cit., p. 119.

aquellos países que limitan la participación de personal no político a meras tareas administrativas de control formal, propone, entre otras medidas para luchar contra la corrupción, «institucionalizar un sistema de verdadera “separación de poderes” en los municipios [...] a través de una gestión profesionalizada de los municipios con el establecimiento de autónomos e independientes directivos (*city managers*)»⁸⁷⁴. No es extraña la introducción de este tipo de personal público tras graves y permanentes problemas de corrupción, como ejemplifica a la perfección el caso italiano, donde, tras el escándalo conocido como “*tangentopoli*” se optó por la clara distinción entre funciones de administración y gestión, atribuidas al *dirigente amministrativo*, y funciones estrictamente políticas, de *indirizzo politico*, competencia de los órganos políticos⁸⁷⁵. Justamente es a ese dirigente administrativo al que, por cierto, se le atribuye la competencia para la concesión de las licencias urbanísticas⁸⁷⁶, a diferencia de lo que ocurre en España, donde el otorgamiento de este tipo de actos sometidos a un elevado riesgo de corrupción corresponde, de forma general, a los alcaldes, según establece el art. 21.q) LRRL, salvo que las Leyes sectoriales se lo atribuyan expresamente al Pleno o a la Junta de Gobierno Local. La eficacia anticorrupción de este tipo de medidas es evidente: si los cargos que con mayor frecuencia han participado en prácticas de corrupción no intervienen (o intervienen de forma menos determinante) en las actuaciones sometidas a significativos riesgos de corrupción, la previsión es que la corrupción disminuya en dichas actividades.

Otra propuesta de índole similar es la consistente en limitar las competencias municipales en la materia urbanística. Existen varios factores que desaconsejan que relevantes funciones urbanísticas sean competencia de los ayuntamientos, al tratarse, justamente, de la Administración más cercana a los vecinos del municipio: así, en municipios pequeños, que son la mayoría, no resulta difícil imaginar que buena parte de las intervenciones públicas puedan afectar a los mismos cargos o empleados públicos que participan informando o adoptando actos, o que éstos afecten a sus familiares, socios o amigos, por lo que es más frecuente el conflicto de intereses y también la proximidad con las personas a quienes los propietarios pueden tratar de influir en su beneficio; en segundo lugar, también parece desaconsejable que funciones de disciplina urbanística recaigan en los municipios, cuando claramente el rigor y la severidad en el ejercicio del derecho sancionador urbanístico perjudica a los vecinos, lo que conlleva un coste electoral significativo en el ámbito municipal que pocos alcaldes querrán asumir; y, finalmente, dada la complejidad técnica del urbanismo y la extensión del territorio municipal, los ayuntamientos no siempre disponen de medios técnicos y personales adecuados y suficientes para ejercer las competencias atribuidas en la materia⁸⁷⁷. Esta

⁸⁷⁴ LAPUENTE GINÉ, Víctor, “Problemas institucionales y corrupción”, cit., en especial, p. 220.

⁸⁷⁵ MERLONI, Francesco, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 114-116.

⁸⁷⁶ De acuerdo con el art. 13.1 del Testo unico dell’edilizia (Decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380), «[i]l permesso di costruire è rilasciato dal dirigente o responsabile dello sportello unico nel rispetto delle leggi, dei regolamenti e degli strumenti urbanistici».

⁸⁷⁷ Sobre el déficit en el control y disciplina urbanística a consecuencia de las carencias en la función

situación ha sido advertida por autores como Ramón PARADA, o José María BAÑO o Eva DESDENTADO, quienes, a la vista de esos problemas, han propuesto asignar las competencias urbanísticas a Administraciones supramunicipales como las diputaciones provinciales o las comunidades autónomas⁸⁷⁸. Incluso, dando un paso más allá, José María BAÑO y Eva DESDENTADO han propuesto, a nivel organizativo, la creación de Administraciones independientes que permitan sustraer del núcleo de la política las potestades de disciplina y protección de la legalidad urbanística, que son estrictamente regladas⁸⁷⁹. Aunque estas medidas referidas a la atribución de competencias han sido propuestas en esencia para «evitar el subjetivismo y la arbitrariedad en la gestión del territorio y la protección medioambiental»⁸⁸⁰ así como «el control efectivo de la disciplina urbanística»⁸⁸¹, creemos que al mismo tiempo podrían tener un efecto preventivo de la corrupción, en tanto en cuanto reducirían la posibilidad de que surgieran conflictos de intereses en el ejercicio de las principales funciones urbanísticas, y serían en buena medida ajenas a las redes clientelares instauradas en el nivel municipal⁸⁸².

Sin embargo, este tipo de medidas, que ciertamente tendrían un impacto positivo sobre el nivel de corrupción pública en el urbanismo, escapan al objeto de este trabajo.

Como ya hemos dicho, el alcance de este estudio no es proponer soluciones para un modelo urbanístico que ha revelado tener múltiples y muy graves problemas. Nuestro estudio se centra exclusivamente en uno de esos problemas o consecuencias, que es la corrupción urbanística, y en base a sus características propondremos las correcciones pertinentes dentro del modelo urbanístico preexistente, el cual no atañe a este estudio cuestionar porque, según expusimos con anterioridad, en el seno del mismo la corrupción, aunque extendida, no ha condicionado la forma habitual de ejercer las

inspectora, vid. TEJEDOR BIELSA, Julio, “La función inspectora en el ámbito urbanístico”, en DíEZ SÁNCHEZ, Juan J. (coord.), *Función inspectora*, INAP, Madrid, 2013, pp. 117-170; DESDENTADO DAROCA, Eva, “El control de la legalidad urbanística. ¿Qué legalidad?”, cit., pp. 116-117; y CARRILLO MORENTE, José A., “Corrupción frente a ordenación urbanística”, cit., p. 104, con mención del cuerpo de inspectores autonómicos creado en Castilla-La Mancha mediante el Decreto de 34/2011, de 26 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística.

⁸⁷⁸ PARADA, José Ramón, “La segunda descentralización: del Estado autonómico al municipal”, cit., pp. 39-41 y BAÑO LEÓN, José María, *Derecho urbanístico común*, cit., pp. 497-507.

⁸⁷⁹ BAÑO LEÓN, José María, *Derecho urbanístico común*, cit., pp. 504-507; y DESDENTADO DAROCA, Eva, “El control de la legalidad urbanística. ¿Qué legalidad?”, cit., pp. 119-123.

⁸⁸⁰ PARADA, José Ramón, “La segunda descentralización: del Estado autonómico al municipal”, cit., p. 39.

⁸⁸¹ BAÑO LEÓN, José María, *Derecho urbanístico común*, cit., p. 497.

⁸⁸² No podemos dejar de observar que un cambio en la asignación de competencias podría mutar el perfil actual de la corrupción urbanística pero sin reducir significativamente su nivel, si no se adoptan medidas decididas y efectivas de control. Así, de múltiples propietarios y/o promotores que entablan relaciones e intercambios corruptos con los alcaldes y concejales de los municipios en que tienen un interés determinado, podríamos pasar a un promotor inmobiliario influyendo ilícitamente al presidente de la diputación correspondiente, o al consejero autonómico competente, con la finalidad de obtener múltiples decisiones urbanísticas favorables en distintos municipios donde tiene intereses.

potestades públicas urbanísticas en la mayoría de municipios⁸⁸³. Por tanto, la introducción de medidas anticorrupción debería orientarse en función de ese carácter excepcional o minoritario, siendo pues totalmente improcedente y desproporcionado alterar las bases de todo un modelo de actividad pública (la urbanística) a causa de un problema que, aunque en todo punto indeseable, no ha sido habitual en la administración urbanística; y mucho menos en el contexto actual, de crisis particularmente severa en el sector inmobiliario. Únicamente cuando medidas de menor alcance, como las medidas de refuerzo de los controles, no fueran suficientes o no pudieran llevarse a la práctica con garantías de efectividad, sería procedente plantearse la implementación de medidas de mayor alcance como las expuestas en los párrafos precedentes.

3.- NUESTRAS PROPUESTAS

A continuación comentaremos las propuestas que a nuestro juicio mejor se adaptan al tipo de corrupción que tenemos en España, y, particularmente, el tenido en la actividad urbanística de los últimos años. Hemos limitado estas medidas a las cuatro líneas de reforma que consideramos de mayor relevancia y de las que esperamos mejores resultados.

Las medidas que proponemos incorporar son: 1) La planificación anticorrupción, 2) el reforzamiento de los controles de legalidad en el ámbito local, 3) la reforma en la regulación de las medidas cautelares, y 4) los códigos éticos, la formación ética y las cartas de servicio urbanísticos.

3.1.- La evaluación de riesgos de corrupción y su necesaria aplicación al ámbito urbanístico

Como se dijo, desde distintos foros internacionales se aconseja orientar las medidas anticorrupción en base a un previo análisis de las vulnerabilidades de la Administración

⁸⁸³ Nuestro análisis de la jurisprudencia nos conduce, de forma inexorable, a esta conclusión, pues, buscando desde los años 60 hasta 2014, solo hemos podido encontrar cerca de un centenar de casos de corrupción urbanística, y en no todos hay un fallo condenatorio; mientras que son muchísimos más los casos en que hemos encontrado irregularidades urbanísticas en que, al menos de la mera lectura de la sentencia, no se desprende la existencia de corrupción. No queremos dejar de apuntar, sin embargo, que todavía siguen en curso muchos procesos referidos a posibles causas de corrupción urbanística originadas en los últimos años del *boom* inmobiliario, y que se cuentan por centenares las sentencias que anualmente reconocen y condenan la comisión de prevaricaciones en el ámbito del urbanismo; y si las investigaciones para probar los delitos de corrupción no fueran tan complejas, seguramente en alguno de esos delitos de prevaricación se encontraría que son justamente las prácticas ocultas de corrupción la causa de la participación en actuaciones urbanísticas a sabiendas de su injusticia.

o, lo que es lo mismo, de los ámbitos sujetos a riesgo de corrupción⁸⁸⁴. Específicamente respecto de la lucha contra la corrupción en los niveles autonómico y local, donde se encontraría la corrupción urbanística, la UE aconsejó al Estado español, en su primer informe anticorrupción de 2014, que estableciera estrategias a la medida para esas administraciones, precedidas por evaluaciones de riesgo de corrupción; y, específicamente en materia urbanística, recomendó realizar una evaluación independiente de las más recientes decisiones de planificación urbana, con el fin de identificar los factores de riesgo de corrupción⁸⁸⁵.

Coincidiendo con tales indicaciones, entendemos que para una adecuada lucha contra este fenómeno es necesario introducir un mecanismo de evaluación de riesgos de corrupción⁸⁸⁶, que a nuestro juicio debería llevarse a cabo mediante dos instrumentos distintos: un análisis general sobre la situación de la corrupción pública en general, que señalaría los principales procedimientos, actividades y puestos sometidos a mayores riesgos de corrupción, y, en segundo lugar, una evaluación particularizada en cada procedimiento o actuación de riesgo, señalando las vulnerabilidades específicas que pueden aparecer en cada caso en concreto.

A continuación se detalla cada una de estas dos evaluaciones de riesgo, que constituyen, a fin de cuentas, dos fases de un mismo sistema de evaluación de riesgos de corrupción que juzgamos conveniente.

3.1.1.- Evaluación general e identificación de los principales riesgos de corrupción en las Administraciones públicas

En primer lugar, y siguiendo el art. 10.c CNUCC⁸⁸⁷, entendemos necesario que se debería elaborar anualmente un informe indicando cuáles son los ámbitos sujetos a mayor riesgo de corrupción en las Administraciones públicas de todos los niveles territoriales. Ese informe debería elaborarse en base a distintas fuentes, tales como encuestas periódicas realizadas entre los funcionarios y cargos públicos acerca de los riesgos y aspectos vulnerables de su labor, el análisis de los casos descubiertos de corrupción pública o las consultas a expertos externos, tanto del ámbito profesional

⁸⁸⁴ Opción, también, acogida por la doctrina; vid. DE BENEDETTO, Maria, “Corruption and controls”, cit.

⁸⁸⁵ COMISIÓN EUROPEA, *Anexo: España, al Informe de lucha contra la corrupción de la UE*, cit., p. 16.

⁸⁸⁶ Tal y como afirma la Oficina Antifraude de Cataluña, “[n]o identificar y no gestionar los riesgos de corrupción incrementa las posibilidades de que algún servidor público realice, participe o tolere conductas contrarias a la integridad y a la ética pública» (OFICINA ANTIFRAUDE DE CATALUÑA, *Identificar i gestionar els riscos de corrupció. Orientacions per a directius públics*, cit.).

⁸⁸⁷ «Artículo 10. *Información pública*. Habida cuenta de la necesidad de combatir la corrupción, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará las medidas que sean necesarias para aumentar la transparencia en su administración pública, incluso en lo relativo a su organización, funcionamiento y procesos de adopción de decisiones, cuando proceda. Esas medidas podrán incluir, entre otras cosas: [...] c) La publicación de información, lo que podrá incluir informes periódicos sobre los riesgos de corrupción en su administración pública». (art. 10 CNUCC.)

como académico; y debería contar, en todo caso, con información proporcionada por los órganos con mayor relevancia en la lucha contra la corrupción, como la Fiscalía General del Estado, los órganos anticorrupción que se deberían ir constituyendo en el Estado español en cumplimiento del art. 6 CNUCC, y los más relevantes órganos de control, como el Tribunal de Cuentas.

Formalmente, puede elaborarse como un informe independiente o el mismo puede incluirse en un instrumento de mayor alcance y contenido, como ha hecho en nuestro entorno el Estado italiano, que ha optado por incorporar este análisis en los planes de prevención de la corrupción, que incluirían, además, las medidas de prevención propuestas⁸⁸⁸, que nosotros hemos reservado para el segundo instrumento de evaluación. Utilizando como ejemplo la corrupción urbanística, este tipo de informe, al referirse al ámbito municipal, identificaría como ámbitos de riesgo de corrupción aquello que hemos señalado, en el apartado 2 del Capítulo I, como las principales manifestaciones de corrupción en el urbanismo: conductas relacionadas con el soborno y los conflictos de intereses en la elaboración de planes urbanísticos, en el otorgamiento de licencias y en el ejercicio de la disciplina urbanística; con especial riesgo respecto de la intervención de alcaldes, concejales y arquitectos o aparejadores municipales.

En el Estado español no existe todavía un estudio oficial en materia de corrupción, con lo que entendemos que la labor estaría pendiente en forma casi integral; y es que, si bien no contamos con nada similar a los planes de prevención de la corrupción ni tampoco a la evaluación de los riesgos de corrupción elaborada por un grupo de expertos⁸⁸⁹, podemos entender que pueden constituir unos antecedentes notables las aportaciones de la Fiscalía General del Estado cuando, a la luz de los casos de corrupción investigados y enjuiciados en sede judicial, incorpora en sus memorias datos relevantes sobre el estado de la cuestión, como el sin duda relevante apartado *Corrupción social, política y económica*, incluido en el Capítulo V de la Memoria de 2013⁸⁹⁰.

A nivel autonómico, en Cataluña, la Oficina Antifraude elaboró el documento *Identificar y gestionar los riesgos de corrupción. Orientaciones para directivos públicos*⁸⁹¹. Ese documento divulgativo tiene por objeto ofrecer una guía útil para luchar contra la corrupción, alertando sobre los riesgos de corrupción y aportando

⁸⁸⁸ De acuerdo con el art. 1.5 Legge n.190 del 2012, de 6 de noviembre (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione), «[I]e pubbliche amministrazioni centrali definiscono e trasmettono al Dipartimento della funzione pubblica: a) un piano di prevenzione della corruzione che fornisce una valutazione del diverso livello di esposizione degli uffici al rischio di corruzione e indica gli interventi organizzativi volti a prevenire il medesimo rischio».

⁸⁸⁹ Vid. COMMISSIONE PER LO STUDIO E L'ELABORAZIONE DI PROPOSTE IN TEMA DI TRASPARENZA E PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE, *La corruzione. Per una politica di prevenzione*, cit.

⁸⁹⁰ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2013*, cit., pp. 648-665.

⁸⁹¹ OFICINA ANTIFRAUDE DE CATALUÑA, *Identificar i gestionar els riscos de corrupció. Orientacions per a directius públics*, cit.

herramientas prácticas para gestionarlos. Específicamente, se divide en seis apartados con diverso contenido: en primer lugar, se define qué son los riesgos de corrupción y se apunta la gravedad de los mismos, así como la necesidad de gestionarlos convenientemente; en segundo lugar, se exponen los factores que pueden originar riesgos de corrupción pública (factores externos al organismo público, internos al organismo público y factores personales de quienes trabajan en el organismo); sigue, en tercer lugar, un listado con algunas de las situaciones identificadas, «sin voluntad de exhaustividad», como situaciones concretas de mayor riesgo de corrupción, entre las que se incluyen 42 situaciones divididas en seis grupos (administración de recursos públicos; funciones de regulación, inspección y sanción; autorizaciones urbanísticas, de actividades y otras [donde se incluyen, como situaciones concretas de mayor riesgo, las «decisiones urbanísticas en general y, en especial, recalificaciones de suelo»]; provisión de servicios públicos a los ciudadanos; gestión de personal; relaciones con entes externos; y otros ámbitos y situaciones); en cuarto lugar, expone la forma en que debe plantearse un directivo la gestión de los riesgos de corrupción; en quinto lugar, se defiende la necesidad de gestionar de forma adecuada la prevención de la corrupción, a través de la gestión de riesgos, incluso cuando en la prestación del servicio participan privados, de tal forma que las estrategias preventivas alcancen a todas las organizaciones públicas, empresas privadas y organizaciones no lucrativas implicadas en la prestación del servicio; y en sexto y último lugar se recogen algunas estrategias encaminadas a reducir las posibilidades de que surjan casos de corrupción, además de algunas propuestas de «medidas de contingencia para reaccionar adecuadamente ante una situación de corrupción» (como la identificación previa de las áreas de riesgo, los riesgos concretos y los puestos de trabajo expuestos, la elaboración de códigos de conducta, la mejora de la eficacia de los sistemas de control o la realización de acciones formativas, entre otras). En términos generales, podemos afirmar que se trata más de un texto informativo que pretende dar algunas orientaciones básicas a los directivos públicos, que de la exposición detallada de los resultados surgidos de un análisis exhaustivo de riesgos de corrupción en el ejercicio de funciones públicas. De hecho, en el mismo documento se alienta a los directivos de los organismos públicos para que sean ellos mismos quienes lleven a cabo ese análisis de riesgos de corrupción, y procedan a continuación a su gestión apropiada. Sin embargo, se trata de un muy relevante primer paso, en la medida en que aporta información y guía suficiente al personal directivo para promover y fomentar el análisis y gestión de riesgos de corrupción a efectos organizativos en las Administraciones públicas, pero, como decimos, no podemos entender que este documento de la Oficina Antifraude de Cataluña se ajuste al tipo de informe que aquí proponemos.

La elaboración del informe que proponemos, indicando cuáles son los ámbitos sujetos a mayor riesgo de corrupción en las Administraciones públicas de todos los niveles territoriales, entendemos que debe tener, tal y como se avanzó, una periodicidad anual.

Debemos partir de la premisa de que la corrupción no es un fenómeno inmutable: los cauces de la corrupción varían con el tiempo, se adaptan al contexto normativo en que operan, aprovechando las debilidades del ordenamiento jurídico y eludiendo sus fortalezas; y se concentran en aquellas actividades que puedan generar mayor beneficio en cada momento. En consecuencia, las modificaciones normativas, así como las variaciones en el contexto económico, pueden hacer que determinadas actividades vean aumentados sus riesgos de albergar prácticas corruptas, o bien pudiera suceder lo contrario, que actividades y puestos de trabajo altamente expuestos a este tipo de riesgos, dejaran de ser tan proclives y vulnerables a la corrupción.

Un ejemplo, que creemos que ilustra con claridad estas mutaciones de la corrupción, es el proporcionado por nuestro propio Estado en la última década. Durante los años de gran crecimiento económico se impulsó enormemente la urbanización y construcción, en buena medida por los grandes beneficios que generaba el desarrollo urbano en propietarios, promotores, constructores y Administraciones, por lo que la corrupción pública española en aquel período fue, esencialmente, urbanística; sin embargo, llegada la crisis económica y producido el desplome del sector inmobiliario, el desarrollo urbano pasó a ser costoso y en muy pocas ocasiones rentable, por lo que la corrupción en ese ámbito se redujo, mientras que, como muestran algunos datos⁸⁹², parece haber aumentado, en el nuevo contexto de crisis, en dos ámbitos distintos: la contratación pública y el acceso al empleo público. Si bien, a consecuencia de la restricción en el gasto de las Administraciones, la contratación también es menor, previsiblemente la presión por conseguir la adjudicación de los escasos contratos haya llevado a una mayor tentación de recurrir a prácticas de corrupción⁸⁹³, por lo que, aun pudiendo ser menor el número total de casos, quizás proporcionalmente se puede haber dado ese incremento; y respecto del empleo público, resulta fácilmente explicable su aumento si se tiene en consideración el nuevo peso que cobra el incentivo de disponer de trabajo e ingresos en el contexto de crisis post-*boom* urbanístico, en que el nivel de desempleo ha sido tan elevado⁸⁹⁴.

Las mutaciones pueden darse, incluso, dentro del mismo ámbito de actividad. En particular, respecto del urbanismo, ya hemos referido cómo es posible que, tras el estallido de la burbuja inmobiliaria y el desplome del sector de la construcción, haya surgido un nuevo incentivo para la corrupción que, totalmente opuesto a la fenomenología vista durante los años de crecimiento, se concretaría en la oportunidad de reducir el coste de mantener terrenos clasificados como urbanizables sin que exista

⁸⁹² Principalmente, véanse los datos aportados por la Oficina Antifraude de Cataluña, comentados en el apartado 2.3 del Capítulo I de este trabajo.

⁸⁹³ ROSE-ACKERMAN, Susan, *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*, cit., pp. 56-57.

⁸⁹⁴ En los años de crisis el desempleo ha sido la principal preocupación de la ciudadanía española, y así sigue siendo en el barómetro del CIS de enero de 2015, en el que este problema ha sido identificado por el 52.1% de los encuestados como el principal problema de España (seguido, de lejos, por la corrupción y el fraude, señalado por el 22% como el principal problema).

posibilidad de materializar su desarrollo y sacar de los mismos el rendimiento esperado; lo que apuntaría a la desclasificación de suelo urbanizable (y consiguiente inclusión en una clase de suelo menos gravada por impuestos y tasas) como un posible nuevo ámbito de riesgo.

Por tanto, creemos que la política anticorrupción, para ser realmente efectiva, debe incluir el análisis continuo de la actividad de los poderes públicos y el riesgo de corrupción en los mismos, de tal modo que las distintas medidas anticorrupción puedan adaptarse a ulteriores cambios fenomenológicos en las prácticas corruptas, o puedan adoptarse nuevas medidas en función de vulnerabilidades detectadas con posterioridad a la realización del primer análisis de riesgos de corrupción. La periodicidad del análisis de riesgos de corrupción se puede encontrar también en el Derecho de nuestro entorno⁸⁹⁵.

3.1.2.- *La evaluación de riesgos particularizada*

El segundo instrumento que habría que añadir sería, propiamente, una evaluación *ad hoc* sobre los riesgos de corrupción y las medidas que pueden (o deben) adoptarse para evitarla. En consecuencia, en esta fase ya no estaríamos solo en fase de evaluación de riesgos sino también, dando un paso más allá, en una fase de gestión de los riesgos identificados.

Esta segunda evaluación, y posterior gestión de riesgos, no creo conveniente que se realice en cualquier procedimiento administrativo, sino que, adaptándonos a los perfiles fenomenológicos de la corrupción, que apuntan a un fenómeno no muy extendido entre las Administraciones públicas, entiendo que debería llevar a cabo cada Administración únicamente en el marco de la elaboración de todos aquellos actos o disposiciones que hayan sido previamente identificados como actuaciones con elevado riesgo de corrupción en el informe anual propuesto en el apartado anterior (3.3.1.1) con la finalidad de detectar si concurren o no riesgos concretos de corrupción en el caso particular de que se trate⁸⁹⁶.

⁸⁹⁵ En el caso de Italia, se ha fijado para las Administraciones públicas la obligación de adoptar planes trienales de prevención de la corrupción, adaptados a las líneas marcadas por el Plan Nacional Anticorrupción, que identifiquen el análisis y evaluación de los riesgos específicos de corrupción así como las actuaciones organizativas previstas para su prevención (vid. art. 1.5-1.9 Legge n.190 del 2012, así como el apartado 1.1 del propio *Piano Nazionale Anticorruzione*, aprobado en septiembre de 2013 por la C.I.V.I.T., organismo anticorrupción italiano, a propuesta del Dipartimento della funzione pubblica).

⁸⁹⁶ No hay que olvidar que los controles suponen siempre un coste, y que la capacidad de controlar es limitada, en la medida en que lo son los recursos para ello. En consecuencia, es importante planificar convenientemente la actividad de control, y concentrar los esfuerzos controladores en aquellos ámbitos donde sea necesario, en base al análisis de riesgo previo; al respecto, vid. DE BENEDETTO, Maria, "Corruption and controls", cit.

Esta evaluación singularizada de riesgos de corrupción tiene por finalidad informar a los sujetos que deben tomar parte en el procedimiento con riesgos de corrupción de cuáles son específicamente las cuestiones que pueden comprometer en mayor grado el desarrollo de sus funciones de acuerdo con la ética pública y la buena administración, así como proponer las prácticas a seguir para evitar la aparición de casos de corrupción.

Esta evaluación supone en sí misma un nuevo mecanismo de control centrado específicamente en analizar los riesgos de corrupción y prevenir la comisión de prácticas corruptas, y para que el mecanismo sea efectivo, a nuestro parecer, debería dividirse a su vez en dos trámites diversos que deberían tener lugar en fases distintas del procedimiento con riesgos de corrupción: en primer lugar, debería realizarse, inmediatamente tras la adopción del acuerdo de iniciación del procedimiento, una evaluación indicando los riesgos de corrupción específicos donde además se señalen medidas para evitar la aparición de casos de corrupción. En segundo lugar, finalizado el procedimiento, debería elaborarse un nuevo informe sobre el grado de cumplimiento de las medidas propuestas, para publicarse juntamente con la aprobación definitiva del acuerdo que ponga fin al procedimiento.

El encargado de la realización de esta evaluación será quien en cada caso se determine por la Administración competente o por la normativa reguladora de esta evaluación; sin embargo, en el ámbito local, que es el ámbito territorial de interés respecto de la corrupción en el urbanismo, entendemos que la persona adecuada para llevar a cabo esa labor sería quien ocupara el puesto de Secretario de Administración local (o, en su caso, el Secretario-Interventor) por dos motivos⁸⁹⁷: en primer lugar, porque goza de una especial imparcialidad dentro del ente local al ser un funcionario con habilitación de carácter nacional, cualidad que sin duda es necesaria para evitar en lo posible que las presiones ejercidas por los órganos decisores del ente local interfieran en la evaluación y gestión de riesgos, debilitando gravemente la eficacia del instrumento; y, en segundo lugar, por la adecuación de esta labor de asesoramiento anticorrupción a sus funciones ordinarias ya previstas por el ordenamiento jurídico, pues los secretarios tienen encomendadas funciones de asesoramiento legal, a las que no supondría un drástico e incompatible añadido las de asesoramiento anticorrupción, máxime cuando las prácticas de corrupción implican una ilegalidad⁸⁹⁸. De hecho, en el marco comparado no resulta

⁸⁹⁷ No olvidamos, sin embargo, que algunas Administraciones locales pueden estar eximidas de la obligación de mantener el puesto de Secretaría o cuentan con Secretarios que prestan sus servicios en distintos municipios, por lo que su limitada dedicación puede dificultar que finalmente sean llevadas a cabo, de forma suficiente y dentro de los plazos razonables, las evaluaciones de prevención de la corrupción. Si el incremento de trabajo derivado de las evaluaciones de prevención de la corrupción no pudiera ser asumido convenientemente por un órgano con capacidad e independencia suficientes, el ente local debería buscar la asistencia de la diputación provincial correspondiente. Sobre esta cuestión volveremos más adelante con mayor detalle.

⁸⁹⁸ Otro ejemplo sobre la conexión entre las funciones anticorrupción y las funciones atribuidas a los secretarios en la legislación vigente se encuentra en materia de registros de intereses locales. La corrupción está ligada al conflicto de intereses y, según establece el Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de la Administración Local con

extraño coincidir en la idoneidad de los Secretarios de Administración local para llevar a cabo funciones relacionadas con la evaluación y gestión de los riesgos de corrupción, como prueba la ley anticorrupción italiana de 2012⁸⁹⁹.

Entendemos que este tipo de evaluación debería llevarse a cabo mediante un informe preceptivo⁹⁰⁰ y no vinculante, de tal modo que sea necesario solicitar el informe sobre riesgos y medidas anticorrupción, así como el relativo al grado de cumplimiento de las medidas anticorrupción propuestas; mientras que la opinión desfavorable del órgano encargado de elaborar el informe de cumplimiento, por entender que los riesgos de corrupción no han sido gestionados de forma adecuada, no debería implicar, por sí misma, la invalidez de la actuación de que se trate⁹⁰¹. Este doble carácter es, a nuestro juicio, el más conveniente.

En primer lugar, entendemos que es necesario el carácter preceptivo porque estos trámites de consulta al órgano encargado de la evaluación de riesgos de corrupción y control en su gestión durante el procedimiento de elaboración de actos sujetos a elevados riesgos de corrupción responde no únicamente a una finalidad asesora del órgano encargado de la adopción de tales actos, sino que también pretende añadir «la función de garantía y que viene a desembocar, en definitiva, en un medio de control de la Administración activa»⁹⁰², por lo que su intervención no debe estar supeditada a la voluntad y, en su caso, eventual necesidad de asesoramiento anticorrupción de la Administración encargada de la elaboración del acto.

También entendemos que el hecho de que las previsiones de la evaluación de riesgos y

habilitación de carácter nacional, en sus arts. 1 y 2, la función de Secretaría comprende, además del asesoramiento legal preceptivo, la función de fe pública, en la que se comprende la llevanza y custodia del «Registro de Intereses de los miembros de la Corporación».

⁸⁹⁹ La ley anticorrupción italiana establece que, en los entes locales, el responsable de la prevención de la corrupción será, en principio, el secretario, si bien cabe disponer otra cosa de forma motivada («l'organo di indirizzo politico individua, di norma tra i dirigenti amministrativi di ruolo di prima fascia in servizio, il responsabile della prevenzione della corruzione. Negli enti locali, il responsabile della prevenzione della corruzione è individuato, di norma, nel segretario, salva diversa e motivata determinazione», art. 1.7 Legge n.190 del 2012). Para que se tenga conocimiento del responsable de cada Administración, la página web del órgano nacional anticorrupción (C.I.V.I.T.) dispone de un registro de responsables, donde se incluye la identidad de los mismos e incluso se facilita su dirección de correo electrónico (<https://dati.anticorruzione.it/rpc.html>, fecha de última consulta: 20 de febrero de 2015).

⁹⁰⁰ Carácter que debería declararse expresamente en la norma correspondiente pues, como señala el art. 83.1 LRJPAC, «[s]alvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes».

⁹⁰¹ El órgano encargado de elaborar dicho informe podría expresar su opinión desfavorable a la adopción del acto sujeto a riesgos de corrupción que corresponda por entender que la falta de adopción de determinadas medidas anticorrupción no garantiza que la adopción responda únicamente a intereses lícitos. Sin embargo, ese informe desfavorable no debería impedir la adopción del acuerdo de que se trate, ello sin perjuicio de la utilización que se pueda hacer de la información contenida en dicho informe en la impugnación del acto correspondiente.

⁹⁰² Así lo ha entendido y expresado la doctrina respecto de los informes de carácter preceptivo; vid. FONT I LLOVET, Tomàs, «Órganos consultivos», *Revista de Administración Pública*, núm. 108, septiembre-diciembre 1985, pp. 53-86, p. 71.

las medidas de prevención propuestas tengan un carácter no vinculante es lo más adecuado para no alterar el sistema de atribución de competencias y, al mismo tiempo, es necesario para garantizar que las presiones sobre el órgano encargado de la evaluación no serán excesivas y los intentos de influir ilícitamente en su actividad de prevención de la corrupción serán los mínimos posibles.

No podemos olvidar que, como ha dicho el Tribunal Constitucional, el informe vinculante es un «mecanismo codecisorio»⁹⁰³, y un acto de competencia exclusiva del órgano competente que corresponda devendría en un «acto complejo resultado de la concurrencia de dos voluntades»⁹⁰⁴. En la medida en que esta propuesta para luchar contra la corrupción no busca alterar el régimen competencial en las materias sometidas a particulares riesgos de corrupción sino facilitar su control (pues la corrupción es un fenómeno extendido pero no tan frecuente como para cuestionarse la validez global del sistema establecido por el Derecho urbanístico, incluida la distribución competencial respecto de las materias con incidencia sobre el territorio), no parece adecuado ni proporcionado proponer que, por ejemplo en la materia urbanística que aquí interesa, el órgano encargado del control anticorrupción pase a asumir *de facto* facultades decisorias compartidas con órganos como el Alcalde o el Pleno de los ayuntamientos, democráticamente elegidos, y, en su caso, también compartidas con los órganos autonómicos competentes en la materia⁹⁰⁵.

A lo dicho anteriormente hay que añadir la conveniencia del carácter no vinculante pensando en la efectividad de la medida, por paradójico que ello pueda parecer. En nuestra opinión, la mejor forma de mantener la efectividad de esta medida de evaluación de riesgos de corrupción consiste en la garantía de la imparcialidad del órgano encargado de realizarla. Si la adopción de los acuerdos está supeditada a la acreditación de haber llevado a cabo las medidas señaladas en cada caso para reducir los riesgos de corrupción, prevemos que se incrementaría la probabilidad de que se ejercieran presiones sobre el órgano encargado de informar a tal efecto, llegando incluso a ser posible que el órgano decisorio trate de hacer partícipe de la trama de corrupción al órgano con funciones anticorrupción, en la medida en que su aquiescencia o complicidad serían necesarias para permitir la existencia de tramas corruptas; en cuyo caso esta evaluación perdería toda efectividad⁹⁰⁶.

⁹⁰³ STC 182/2013, de 23 de octubre, FJ 20°.

⁹⁰⁴ STC 36/1994, de 10 de febrero, FJ 5°.

⁹⁰⁵ En esa facultad decisoria compartida, la posición del órgano informante y del encargado de resolver no es equivalente, pues la decisión dependerá necesariamente del contenido del informe vinculante. Tal y como ha expresado José ESTEVE, «[l]a regla general es que los informes, aun siendo preceptivos, no resulten vinculantes. La razón de esta regla es mantener las facultades decisorias en manos de la Administración que tramita el procedimiento y dicta el acto resolutorio. Si al informe aportado por otra Administración –o por un órgano técnico o consultivo– se le reconoce carácter vinculante, se está reconociendo de algún modo la primacía decisoria a esa Administración u organismo externo» (ESTEVE PARDO, José, *Lecciones de Derecho administrativo*, cit., p. 177).

⁹⁰⁶ De atribuirse el carácter vinculante, incluso podría ser posible que el ejercicio de la evaluación pudiera derivar en abusos por parte del órgano encargado de realizarla. Imagínese, por ejemplo, en el ámbito

El hecho de que las medidas anticorrupción propuestas no sean de cumplimiento obligatorio y la adopción definitiva no esté subordinada a la verificación de su cumplimiento, no invalida su efecto como instrumento de control. En efecto, entendemos que esta evaluación debe servir, esencialmente, para facilitar el control de los actos de los entes locales ejercido por las Administraciones superiores y por la ciudadanía. Para ello, creemos conveniente considerar la posibilidad de que esa evaluación, en ambas fases (al iniciar y al finalizar el procedimiento), sea inmediatamente comunicada al órgano competente de la comunidad autónoma⁹⁰⁷; y, el informe de cumplimiento sea publicado en la página web del ente local, donde debería ser fácilmente localizable, y cuyo contenido debería ser claro y, en la medida de lo posible, breve.

Entendemos que el control que efectuarían las Administraciones territoriales superiores, y en particular la comunidad autónoma, debería respetar el actual modelo de control de los actos de los entes locales, en buena medida judicializado. Así, a la luz de la jurisprudencia constitucional sobre controles y autonomía local⁹⁰⁸, creemos que el incumplimiento de alguna de las medidas anticorrupción propuestas por el órgano encargado de la evaluación no debería acompañarse necesariamente del reconocimiento, respecto de Administraciones superiores, de la potestad administrativa de suspensión de los actos locales o de un reconocimiento genérico de una tutela o control de aprobación definitiva de los actos sujetos a riesgo de corrupción; sino que, en nuestra opinión, se debería alcanzar un control efectivo de tales actos reforzando el efecto suspensivo del control judicial, por lo que creemos oportuno poner esta medida en relación con otra que se propone y expone más adelante: la suspensión cautelar, en sede judicial, de determinados actos sujetos a elevados riesgos de corrupción. El incumplimiento de las medidas anticorrupción establecidas en el informe de evaluación de riesgos que se formule al iniciarse el procedimiento constituye un indicio de corrupción que puede llegar a ser suficiente para suspender la eficacia del acto en sede judicial, aunque no para evitar su aprobación o reconocer facultades suspensivas en el control interadministrativo, lo que, a nuestro juicio, es más respetuoso con la autonomía local y, sobre todo, más coherente con el carácter excepcional de la corrupción en nuestras Administraciones; entendiendo que, de acuerdo con ese carácter excepcional, las

local, y habiéndose atribuido la competencia para la elaboración de las funciones relativas a la evaluación de riesgos de corrupción al secretario del ayuntamiento, que éste se hubiera visto perjudicado previamente por acuerdos del alcalde o del equipo de gobierno del ayuntamiento, y, para lograr un cambio en el mismo, emite informes desfavorables que paralizan determinadas actuaciones para influir en la imagen pública de aquellas personas, buscando que las mismas sufran posteriormente un castigo en términos electorales, a efectos de conseguir una nueva configuración política en el gobierno local.

⁹⁰⁷ En nuestro caso, al órgano autonómico competente en materia urbanística.

⁹⁰⁸ Al respecto, vid., entre otros, FANLO LORAS, Antonio, “El control de los actos locales ¿modelo cerrado? Reflexiones críticas sobre una dogmática consolidada”, *Revista de Administración Pública*, núm. 130, enero-abril 1993, pp. 171-204, ALMEIDA CERREDA, Marcos, “¿Es necesario un nuevo modelo de controles sobre los entes locales?”, cit., y MENÉNDEZ REXACH, Ángel, “Autonomía municipal urbanística: contenido y límites”, cit.

medidas adoptadas deben suponer la menor restricción posible al funcionamiento habitual de la actividad administrativa.

3.1.3.- La forma de llevar a cabo las medidas de evaluación de riesgos de corrupción propuestas

Por último, surge la pregunta de cómo desarrollar normativamente estos instrumentos de identificación, evaluación y control de la gestión de riesgos de corrupción. En nuestra opinión, sería necesario incorporar al ordenamiento jurídico tanto innovaciones de carácter organizativo como procedimental.

La primera evaluación propuesta, que tiene por objeto la identificación de los principales riesgos de corrupción en las Administraciones públicas, debe servir para que se conozcan aquellos actos y disposiciones generales administrativas cuyo procedimiento de elaboración deba contar con un trámite específico de evaluación y gestión de riesgos particularizada. Para esta función entendemos que lo más adecuado sería contar con un órgano específico, especializado en la lucha contra la corrupción y con competencias en materia de prevención de la corrupción, como el impuesto a los Estados parte de la CNUCC, como España, *ex art. 6*, artículo que en estos momentos se está incumpliendo en buena medida en nuestro Estado⁹⁰⁹. Sin duda, la creación de ese tipo de órganos debería aprovecharse para atribuirles la función de publicar anualmente los riesgos de corrupción, y vincular ese informe a requisitos adicionales de carácter procedimental, según aquí está propuesto.

Órganos de esta naturaleza podrían constituirse a nivel autonómico, sin duda, para desarrollar las funciones de prevención de la corrupción en el territorio de su respectiva comunidad autónoma, tal y como ha hecho ya Cataluña mediante la Ley 14/2008, de 5 de noviembre, de la Oficina Antifraude de Cataluña. Adicionalmente, a efectos de poder operar respecto de todos aquellos órganos pertenecientes a la Administración General del Estado, sería necesario que se creara un órgano de carácter estatal que cumpliera en todo caso con los requisitos exigidos por la CNUCC (independiente, con los recursos materiales suficientes y el personal especializado necesario); es decir, una autoridad o Administración independiente.

Sin perjuicio del resto de funciones que puedan desarrollar los órganos anticorrupción autonómicos en sus respectivos ámbitos territoriales, y su participación informando al

⁹⁰⁹ Únicamente Cataluña cuenta con un órgano de este tipo, y no puede considerarse que la fiscalía anticorrupción cumpla con las finalidades contempladas en el art. 6 CNUCC, vid. OFICINA ANTIFRAUDE DE CATALUÑA, *Deu anys de la Convenció de les Nacions Unides Contra la Corrupció (UNCAC) 2003*, p. 3; consultable en:

http://www.antifrau.cat/images/stories/documentos/publicacions_estudis/eines_integricat/eines_5.pdf
(fecha de última consulta: 20 de febrero de 2015).

órgano estatal a partir de la recolección de información obtenida de los casos identificados en su territorio, creemos que la elaboración del informe debería corresponder al órgano estatal de prevención de la corrupción⁹¹⁰, y las innovaciones procedimentales derivadas del mismo⁹¹¹ deberían vincularse con la competencia estatal referida al procedimiento administrativo común, tal y como se desarrollará enseguida. Sin embargo, antes de proceder a analizar un poco más detalladamente cómo implementar las especialidades del procedimiento, nos gustaría aportar, con la mera finalidad de ilustrar cuanto aquí se está proponiendo, un ejemplo de los preceptos incluidos en la ley que creara estos órganos de prevención de la corrupción y ordenara la elaboración de este tipo de informes:

Los órganos independientes de prevención de la corrupción

1. Se crea la Oficina de Prevención de la Corrupción, adscrita al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar. La Oficina actúa con autonomía y plena independencia en el cumplimiento de sus fines.

2. En el ámbito de las Comunidades Autónomas, las normas respectivas podrán crear órganos independientes de prevención de la corrupción.

[...]

Evaluación de riesgos de corrupción

1. La Oficina de Prevención de la Corrupción debe elaborar y publicar anualmente el Informe de Riesgos de Corrupción, en el que se identificarán las actividades, actos y disposiciones administrativos sujetos a mayores riesgos de corrupción.

2. El procedimiento de elaboración de todos los actos y disposiciones identificados como susceptibles de estar sujetos a mayores riesgos de corrupción debe ser sometido a un análisis de riesgos de corrupción específico, a realizar inmediatamente tras la adopción del acuerdo de iniciación del procedimiento.

Alternativamente, e inspirándonos en la redacción del art. 7 de la derogada Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, el apartado segundo de ese propuesto artículo podría tener la siguiente literalidad:

2. La legislación reguladora de los actos y disposiciones sujetos a mayores riesgos de corrupción introducirá en el procedimiento administrativo aplicable para su elaboración y aprobación un proceso de evaluación de riesgos de corrupción.

Para introducir en el ordenamiento jurídico el segundo instrumento de la evaluación de

⁹¹⁰ Así, entre otras cuestiones, se evitarían disparidades injustificadas entre los análisis de distintas comunidades autónomas, así como eventuales insuficiencias de medios que dificulten la elaboración del informe o permitan dudar del rigor del mismo.

⁹¹¹ En particular nos referimos a la previsión de que las actuaciones vulnerables sean sometidas a una evaluación particularizada durante su procedimiento de elaboración.

riesgos de corrupción propuesto (nos referimos a la evaluación particularizada de los procedimientos sometidos a mayores riesgos de corrupción), hay que respetar en todo caso las competencias de las comunidades autónomas. Por tanto, aunque en la legislación anticorrupción estatal puede ordenarse en general la obligación de someter a este trámite aquellos procedimientos con elevados riesgos de corrupción en virtud del art. 149.1.18 CE, tan solo podrían regularse en la misma norma, o en su desarrollo reglamentario, los procedimientos en que ostente competencias para ello el Estado; mientras que, en los procedimientos referidos a materias en las que sean competentes las comunidades autónomas, deberían ser éstas las encargadas de establecerlos. Veamos más detenidamente el régimen jurídico relativo al establecimiento de reglas de procedimiento administrativo.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre la competencia de «procedimiento administrativo común», y cuenta con una jurisprudencia consolidada. Tal y como se estableció en la STC 227/1988, de 27 de noviembre, y se ha repetido en múltiples ocasiones con posterioridad⁹¹²,

«[e]l adjetivo "común" que la Constitución utiliza lleva a entender que lo que el precepto constitucional ha querido reservar en exclusiva al Estado es la determinación de los principios o normas que, por un lado, definen la estructura general del *iter* procedimental que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración y, por otro, prescriben la forma de elaboración, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos, incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento. Ahora bien, sin perjuicio del obligado respeto a esos principios y reglas del "procedimiento administrativo común", que en la actualidad se encuentran en las Leyes generales sobre la materia –lo que garantiza un tratamiento asimismo común de los administrados ante todas las Administraciones públicas, como exige el propio art. 149.1.18–, coexisten numerosas reglas especiales de procedimiento aplicables a la realización de cada tipo de actividad administrativa *ratione materiae*. La Constitución no reserva en exclusiva al Estado la regulación de estos procedimientos administrativos especiales. Antes bien, hay que entender que ésta es una competencia conexas a las que, respectivamente, el Estado o las Comunidades Autónomas ostentan para la regulación del régimen sustantivo de cada actividad o servicio de la Administración. Así lo impone la lógica de la acción administrativa, dado que el procedimiento no es sino la forma de llevarla a cabo conforme a Derecho. En consecuencia, cuando la competencia legislativa sobre una materia ha sido atribuida a una Comunidad Autónoma, a ésta cumple también la aprobación de las normas de procedimiento administrativo destinadas a ejecutarla, si bien deberán respetarse en todo caso las reglas del procedimiento establecidas en la legislación del Estado dentro del ámbito de sus competencias».

Sin embargo, aunque en principio y como regla general la competencia para dictar reglas referidas a los procedimientos sectoriales es una competencia conexas a las del

⁹¹² Vid. SSTC 98/2001, de 5 de abril, FJ 8º; 130/2013, de 4 de junio, FJ 7º; 141/2014, de 11 de septiembre, FJ 5º y 166/2014, de 22 de octubre, FJ 4º.

Estado o las comunidades autónomas para la regulación del régimen sustantivo de la actividad correspondiente, el TC

«ha hecho constar que, en virtud del art. 149.1.18CE, el Estado puede establecer normas comunes de procedimiento específicas para procedimientos administrativos *ratione materiae*. Y así, de hecho, en nuestra STC 61/1997, FJ 25 c), admitimos que el Estado puede prever, ex art. 149.1.18 CE, la existencia de la garantía del trámite de información pública a los ciudadanos y de audiencia a las Administraciones Públicas en determinados instrumentos de planeamiento urbanístico».⁹¹³

Se puede defender que, en la medida en que los trámites a introducir en cumplimiento de nuestra propuesta son de aplicación común a todo procedimiento, al menos potencialmente⁹¹⁴, su obligatoriedad, así como las características básicas de dichos trámites, podrían estar amparadas en el título competencial contenido en el art. 149.1.18 CE. Ahora bien, deberán tenerse en cuenta una serie de límites fijados por el TC:

«la titularidad de la competencia impuesta por el art. 149.1.18 CE hace que esa valoración [sobre el diseño del modelo de procedimiento común] corresponda hacerla única y exclusivamente al Estado, y que su resultado solamente pueda verse constreñido por el respeto a las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas. Así, es claro que el Estado no puede interferir en la organización interna de éstas, señalando los órganos competentes para determinados trámites como por ejemplo la presentación de solicitudes (STC 190/2000, de 13 de julio, FJ 11 a)] o imponiendo órganos estatales de control frente a los propios de las Comunidades Autónomas, como pueden ser el Consejo de Estado (STC 204/1992, de 26 de noviembre, FJ 5) o la Intervención General del Estado (SSTC 150/2012, de 5 de julio, FJ 11, y 130/2013, de 4 de junio, FJ 12), ni tampoco regular un concreto modo de ejercer las competencias autonómicas (STC 36/1994, de 10 de febrero, FJ 6) o, en general, establecer una regla competencial «específica en la materia» (STC 94/2013, de 23 de abril, FJ 6), pues lo que sí tienen éstas reservado es la regulación de las «normas ordinarias de tramitación» del procedimiento [SSTC 175/2003, de 30 de septiembre, FJ 10 c), y 126/2002, de 20 de mayo, FJ 10 a)]. Pero fuera de estos límites impuestos, como decimos, por las competencias específicas y propias de las Comunidades Autónomas, el Estado tiene competencia para establecer las normas del procedimiento administrativo que aseguren un tratamiento común de todos los administrados en los aspectos más importantes de sus relaciones con las distintas Administraciones públicas»⁹¹⁵.

En la medida en que en el presente trabajo nos interesa ver cómo podría operar este sistema de evaluación en el urbanismo, no podemos olvidar el papel de la Ley de Suelo

⁹¹³ STC 141/2014, de 11 de septiembre, FJ 5°.

⁹¹⁴ Un precepto como el propuesto anteriormente («[e]l procedimiento de elaboración de todos los actos y disposiciones identificados como susceptibles de estar sujetos a mayores riesgos de corrupción debe ser sometido a un análisis de riesgos de corrupción específico») se dirige a todos los procedimientos, aunque en la práctica se concretará en los que en cada momento estén identificados como sometidos a significativos riesgos de corrupción. No supone una regulación específica de procedimientos sectoriales aplicados a ámbitos concretos de actividad *ratione materiae*, sino una regulación aplicable a todos los procedimientos.

⁹¹⁵ STC 166/2014, de 22 de octubre, FJ 5°.

estatal, que de hecho ya incorpora reglas procedimentales especiales. Respecto de la constitucionalidad de la especialidad procedimental contenida en el art. 11.3 de esa norma⁹¹⁶ el TC ya se pronunció en su STC 141/2014, de 11 de septiembre, y no encontró vulneración constitucional alguna pues, como ya había declarado anteriormente, «pese a que la ordenación de los procedimientos especiales sea una materia conexas o adjetiva a la competencia material, ello no significa que el Estado no pueda, eventualmente y al amparo de ese pasaje constitucional [del art. 149.1.18], introducir reglas jurídicas abstractas tendentes a asegurar un tratamiento común de los administrados en sectores especiales en cuanto concreción o modulación de las normas procedimentales generales» (FJ 8º); y, en forma similar, en la STC 61/1997, en su FJ 25º, se confirmó la constitucionalidad de una disposición que «no hace sino asegurar el trámite de información pública» en materia urbanística⁹¹⁷.

Siguiendo el mismo razonamiento empleado por el TC en estos pronunciamientos, podría aceptarse que, mediante ley estatal, se concretara, para los procedimientos urbanísticos, la incorporación de alguna medida anticorrupción. Así, en la medida en que sería una concreción o modulación de las normas procedimentales generales y no haría sino asegurar en materia urbanística los trámites relacionados con la evaluación de riesgos de corrupción que proponemos, sería *a priori* constitucional que, por ejemplo, en el art. 11 del TRLS se añadiera el texto que resaltamos en negrita:

Artículo 11. Publicidad y eficacia en la gestión pública urbanística.

*1. Todos los instrumentos de ordenación territorial y de ordenación y ejecución urbanísticas, incluidos los de distribución de beneficios y cargas, así como los convenios que con dicho objeto vayan a ser suscritos por la Administración competente, deben ser sometidos al trámite de información pública en los términos y por el plazo que establezca la legislación en la materia, que nunca podrá ser inferior al mínimo exigido en la legislación sobre procedimiento administrativo común, y deben publicarse en la forma y con el contenido que determinen las leyes, **incluyendo, cuando así proceda conforme a la legislación aplicable, los informes constitutivos de la evaluación particularizada de riesgos de corrupción.***

Según hemos visto, podría aceptarse la posibilidad de que el TRLS estableciera algunas cuestiones específicas referidas a los procedimientos urbanísticos. Sin embargo, en la medida en que la competencia legislativa para establecer los distintos procedimientos urbanísticos está atribuida por la Constitución y los diferentes estatutos de autonomía a las comunidades autónomas, son éstas, mediante sus leyes en materia urbanística, las que deben regular en detalle y en extenso el procedimiento de evaluación y gestión de

⁹¹⁶ Artículo referido al resumen ejecutivo que debe exponerse al público junto a la restante documentación en los procedimientos de aprobación o de alteración de instrumentos de ordenación urbanística.

⁹¹⁷ Sobre el alcance de la competencia estatal en materia de procedimiento administrativo común *ex art. 149.1.18 CE* en el urbanismo según se desprende de la STC 61/1997, vid. GARCÍA FERNÁNDEZ, Silvia M., *Procedimientos urbanísticos y procedimiento administrativo común*, Montecorvo, Madrid, 2007, pp. 335-344.

riesgos de corrupción aplicable a la adopción de actos y disposiciones de naturaleza urbanística sometidos a elevados riesgos de corrupción. Por ello, procedemos a mostrar un ejemplo de cómo podría incorporarse al ordenamiento jurídico esta medida sirviéndonos de la legislación urbanística autonómica. En concreto, para este ejemplo, nos ceñiremos al uso de la normativa urbanística de Cataluña, particularmente en lo referido a la elaboración de instrumentos de planificación urbanística, que es, como se dijo, uno de los principales ámbitos de riesgo de corrupción en el urbanismo.

Atendidas las particularidades del procedimiento de elaboración de planes urbanísticos, pensamos que es oportuno iniciar la evaluación antes de la aprobación inicial de los instrumentos de planificación urbanística; también creemos que puede ser conveniente que en la memoria del plan se informe sobre las específicas medidas anticorrupción adoptadas, en relación con la evaluación de riesgos de corrupción y las medidas de prevención propuestas por el órgano evaluador; y, finalmente, tras la adopción definitiva del plan, se proceda con la evaluación del cumplimiento de dichas medidas. Así, por ejemplo, se introducirían en la legislación urbanística catalana cláusulas como las que ahora se proponen, marcadas en negrita.

Sobre la incorporación, en la memoria del plan, de las medidas anticorrupción efectivamente adoptadas, en relación con las medidas propuestas en la evaluación de riesgos de corrupción, un ejemplo podría consistir en la siguiente adición en el art. 69 del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de urbanismo de Cataluña:

Artículo 69. Contenido de la memoria del plan de ordenación urbanística municipal.

*1. La memoria del plan de ordenación urbanística municipal tiene que establecer las conclusiones derivadas de la información urbanística que son relevantes para la ordenación del territorio, tiene que analizar las diferentes alternativas posibles y tiene que justificar el modelo elegido, las determinaciones de carácter general y las correspondientes a las diferentes clases de suelo, **así como indicar las medidas previstas y, en su caso, adoptadas contra la corrupción.***

2. La memoria del plan de ordenación urbanística municipal se debe referir a los siguientes extremos:

d) Objetivos de la ordenación, análisis de las diversas alternativas contempladas y justificación y descripción del modelo de ordenación elegido y, concretamente, de los siguientes aspectos:

1.º De la clasificación del suelo, de acuerdo con los criterios establecidos en los artículos 24 a 33 de la Ley de urbanismo.

2.º De la observancia del objetivo del desarrollo urbanístico sostenible, teniendo en cuenta las conclusiones del informe ambiental que integra la documentación del plan.

3.º De la adecuación de la ordenación a las directrices de planeamiento que establecen el artículo 9 de la Ley de urbanismo y los artículos 5, 6 y 7 de este Reglamento.

4.º De las medidas adoptadas para facilitar la consecución de una movilidad sostenible en el municipio, teniendo en cuenta el estudio de evaluación de la movilidad generada

que debe formar parte de la documentación del plan.

5.º Diagnóstico de los déficits de las redes básicas existentes de los servicios de agua, de hidrantes para incendio, gas, electricidad, telecomunicaciones y sistemas de evacuación de las aguas residuales o de lluvia, análisis de los recursos disponibles, y descripción y justificación de las obras y la procedencia de los recursos necesarios para adaptar, ampliar o mejorar estas redes básicas.

6.º De las medidas adoptadas para garantizar el ejercicio imparcial de las potestades urbanísticas, teniendo en cuenta el informe de evaluación de riesgos de corrupción que integra la documentación del plan.

En cuanto a la elaboración del mismo informe de evaluación de riesgos de corrupción, así como la evaluación del cumplimiento, entendemos que, haciendo un paralelismo con la figura de la evaluación ambiental de los instrumentos de planeamiento urbanístico (art. 86 *bis* TRLUC), podría introducirse también un artículo específico en el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña que indicara las especialidades que este tipo de procedimiento evaluador de riesgos supone para la elaboración y aprobación de instrumentos de planeamiento. Entre las mismas figuraría, en todo caso, la necesidad de formular informe de riesgos de corrupción previamente a la aprobación inicial, así como la garantía de que la publicidad del plan aprobado definitivamente deberá contener el informe de cumplimiento con las medidas propuestas en el informe de evaluación de riesgos de corrupción; además, entendemos que aunque no sea vinculante seguir las medidas anticorrupción propuestas en la evaluación de riesgos de corrupción, ello no impide que la normativa exija justificar el haberlas incumplido. Haciendo un paralelismo de esta evaluación con la de la evaluación ambiental de los instrumentos de planeamiento, propondríamos la adición de un art. 86 *ter* que incluiría, entre otras cláusulas, las siguientes:

Artículo 86 ter. Procedimiento de evaluación de riesgos de corrupción de los instrumentos de planeamiento urbanístico.

1. La evaluación de riesgos de corrupción de los instrumentos de planeamiento urbanístico que estén sometidos a la misma de acuerdo con la legislación en materia de lucha contra la corrupción [lo que nos remitiría a la propuesta ley anticorrupción y ésta, a su vez, al Informe de Riesgos de Corrupción, que identificaría los procedimientos que requerirían tal evaluación de riesgos] se integra en el procedimiento de elaboración de los planes urbanísticos, de conformidad con la presente ley y con el reglamento que la desarrolla. Esta integración, de acuerdo con la legislación en materia de lucha contra la corrupción, conlleva, en todo caso, las siguientes actuaciones:

a) La elaboración, por el órgano competente [como ya dijimos, entendemos que el mismo debería ser el Secretario, por lo que propondríamos incluso referirse en ese punto explícitamente al Secretario en caso de planes que deban elaborarse por parte de los entes locales], de un informe de evaluación de los riesgos de corrupción que puedan concurrir en el caso concreto, con propuesta de las medidas oportunas para minimizar esos riesgos. El órgano promotor del plan deberá solicitar ese informe al iniciarse el procedimiento correspondiente y, en todo caso, deberá incorporarse en la

documentación del instrumento de que se trate antes de la aprobación inicial del mismo.

b) La inclusión, en la documentación que se someta a información pública, del informe de evaluación de riesgos de corrupción del instrumento de planeamiento, además de la exigible para cada clase de instrumento.

c) La elaboración, por el órgano competente, de un informe de cumplimiento preliminar de las medidas anticorrupción propuestas en el informe de evaluación de los riesgos de corrupción, que deberá estar a disposición del órgano competente para la aprobación definitiva del plan. Tras la aprobación definitiva y en todo caso antes de la publicación del plan aprobado definitivamente, dicho informe de cumplimiento preliminar deberá ser ratificado en el informe de cumplimiento definitivo, o bien ampliado, si la aplicación de alguna de las medidas propuestas para la prevención de la corrupción hiciera referencia al momento de la aprobación definitiva.

d) La toma en consideración, en la aprobación definitiva del plan, del informe de evaluación de riesgos de corrupción mediante una declaración específica en la que, si no se hubiera adoptado alguna de las medidas de prevención de la corrupción propuestas, se justifiquen los motivos de tal disparidad con lo previsto en el informe de evaluación de riesgos de corrupción. La misma obligación de justificación de los motivos de la disparidad será de aplicación cuando se hubieran adoptado medidas de prevención de la corrupción distintas a las propuestas en la evaluación.

e) La publicidad del plan aprobado definitivamente incluyendo, en todo caso, el informe de cumplimiento definitivo de las medidas propuestas en la evaluación de riesgos de corrupción.

2. El sometimiento a una nueva evaluación de riesgos de corrupción del instrumento de planeamiento si, a lo largo de su tramitación, y una vez elaborada la evaluación de riesgos de corrupción, se introducen cambios sustanciales en el documento que fue objeto de evaluación [por ejemplo, quedan afectados terrenos que antes el plan no alteraba] o aparece una nueva circunstancia que añade nuevos factores de riesgo de corrupción [por ejemplo, si durante la tramitación del plan el alcalde adquiere una sociedad propietaria de algunos de los terrenos afectados por el plan].

En cuanto al tipo de medidas que se pueden proponer tras el análisis de riesgos de corrupción, podemos imaginar que, por lo general, en la mayoría de casos consistirán en cautelas genéricas o recordatorios de las obligaciones jurídicas existentes en el ordenamiento, que en poco interrumpirán el curso normal de actuaciones, al mismo tiempo que supondrían, en nuestra opinión, un considerable incremento en la realización del derecho a una buena administración. A continuación indicamos, como ejemplo, algunas de las medidas que en situaciones ordinarias (y no de corrupción extendida) podría ser coherente y apropiado recomendar en ese informe respecto de la elaboración de un plan urbanístico:

- a) Que se promueva una actualización de los registros de bienes e intereses de los miembros de la corporación local y se recuerde a los miembros del Pleno su deber de actualizar los datos de tales registros, de acuerdo con el art. 75.7 LRBRL.

- b) Comprobar que no concurren posibles incompatibilidades entre los arquitectos y aparejadores privados y los encargados de ejercer funciones públicas en ese procedimiento, así como de otro personal técnico que pueda intervenir en el mismo.
- c) Determinar la identidad de los miembros del Pleno que deban abstenerse de participar en cualquier fase del procedimiento⁹¹⁸ y solicitar a los miembros de la corporación local incursos en causas de abstención que abandonen la sala de plenos, a efectos de evitar influencias indebidas mediante su intervención durante el debate previo a la votación para la aprobación provisional o definitiva, y en todo caso se abstengan de votar en la misma⁹¹⁹.

3.2.- El reforzamiento de los controles de legalidad en el ámbito local y el papel central del Secretario

Si el objetivo es reforzar las medidas de control de la corrupción que puedan tener efecto sobre la corrupción urbanística, sin duda debemos plantear el reforzamiento de los controles que resulten de aplicación en el ámbito local, al ser a este nivel territorial al que corresponden, justamente, de forma principal la mayor parte de las actuaciones en materia urbanística sometidas a riesgos de corrupción, como la elaboración de planes urbanísticos, la aprobación de licencias urbanísticas o el ejercicio de la disciplina en protección de la legalidad urbanística.

⁹¹⁸ La persona que realice esta función debe tener en cuenta que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, interpretando los arts. 76 LRBRL y los arts. 67.2, 96, 183 y 185 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, ha entendido que para que se aprecie un motivo de abstención en la aprobación de instrumentos generales de planeamiento, que afectan a todas las titularidades sobre inmuebles del municipio, no es suficiente con que en el alcalde o concejales concorra un interés en tales instrumentos, pues personalmente o mediante familiares este tipo de instrumentos afectan de forma generalizada a la mayoría de los vecinos de una localidad. En su lugar, es necesario que tenga un interés especial, por incidir ese instrumento de una forma especialmente intensa, que vaya más allá del interés que comparte la generalidad de miembros de la comunidad. De otro modo, podría llegar a ser posible que, si todos los concejales tuvieran propiedades en el término municipal, resultara imposible la aprobación de instrumentos de planeamiento general. Al respecto, vid. GIEURE LE CARESSANT, Javier A., “La recusación en el ámbito de la Administración local urbanística”, *Revista Electrónica CEMCI*, núm. 3, abril-junio 2009, pp. 1-10.

⁹¹⁹ Así viene determinado por los arts. 76 LRBRL y 96 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales. De acuerdo con el art. 76 LRBRL, «[s]in perjuicio de las causas de incompatibilidad establecidas por la Ley, los miembros de las Corporaciones locales deberán abstenerse de participar en la deliberación, votación, decisión y ejecución de todo asunto cuando concorra alguna de las causas a que se refiere la legislación de procedimiento administrativo y contratos de las Administraciones Públicas. La actuación de los miembros en que concurren tales motivos implicará, cuando haya sido determinante, la invalidez de los actos en que hayan intervenido»; y, de acuerdo con el art. 96 del Real Decreto 2568/1986, «[e]n los supuestos en que, de conformidad con lo establecido en el artículo 76 de la Ley 7/1985, algún miembro de la Corporación deba abstenerse de participar en la deliberación y votación, deberá abandonar el Salón mientras se discuta y vote el asunto, salvo cuando se trate de debatir su actuación como corporativo, en que tendrá derecho a permanecer y defenderse».

3.2.1.- *Los controles de legalidad preceptivos en los ámbitos sometidos a elevados riesgos de corrupción: su ampliación y refuerzo*

Para prevenir la corrupción y, en su caso, detectarla, es necesario disponer de un buen sistema de controles de la actividad pública. Como es sabido, y recordamos en su momento, existen distintos tipos de controles de la Administración. En primer lugar, podemos hablar de controles jurídicos o legales, que pueden ser administrativos (internos o externos); o de distinta naturaleza, como por ejemplo el control judicial, ejercido por los jueces y tribunales; también se ejerce el control político, que sería el llevado a cabo por los miembros de la Corporación local que militan, generalmente, en partidos de la oposición, además del control ciudadano que en su caso pueda hacerse a través de las elecciones; y finalmente, tiene lugar también un control social, que es el ejercido por la ciudadanía, generalmente a través de las organizaciones de la sociedad civil y los medios de comunicación, y para cuyo ejercicio se precisan mecanismos de participación y medidas de transparencia⁹²⁰.

Nuestra propuesta, como enseguida se verá, pasa por mejorar todos esos controles en el urbanismo mediante el refuerzo del papel del Secretario de administración local (o, en su caso, del Secretario-Interventor) y de su control de legalidad en materia urbanística, que, siendo en sí mismo un control administrativo interno, puede redundar a su vez en una mejora del control de legalidad autonómico, del control social y del control político.

Este personal es, en la Administración local, uno de los que en principio puede actuar con mayor independencia y también uno de los más preparados para realizar un riguroso informe respecto de la legalidad de las actuaciones llevadas a cabo en el ámbito local⁹²¹. En consecuencia, creemos necesario que el Secretario intervenga en aquellos procedimientos urbanísticos en los que hay elevados riesgos de corrupción, de tal modo que su informe sea preceptivo en la elaboración de planes urbanísticos, en el otorgamiento de licencias urbanísticas y en aquellos procedimientos que impliquen el ejercicio de la potestades de inspección y sanción ante incumplimientos de la legalidad urbanística; y los mismos puedan ser conocidos por los demás actores encargados de realizar los distintos controles a los que está sometida la actuación de las

⁹²⁰ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo. Parte general*, 10ª ed., cit., pp. 831-834; ALLI ARANGUREN, Juan Cruz, “La corrupción mal endémico del urbanismo español”, cit.

⁹²¹ No olvidamos que, a pesar de la independencia supuesta a los funcionarios con habilitación de carácter nacional, la cercanía con el alcalde municipal puede facilitar el acuerdo entre ambos para urdir y participar conjuntamente en tramas de corrupción. Los casos vistos en la jurisprudencia durante el desarrollo de este estudio sugieren que esa alianza es poco probable; sin embargo, sería necesario estar pendiente de la práctica de las medidas propuestas y, en caso de apreciarse que, ampliada su capacidad de control respecto de los actos sujetos a mayores riesgos de corrupción, los secretarios tienden a verse envueltos con mayor facilidad en prácticas ilícitas, sería conveniente plantearse si las medidas de control anticorrupción aquí propuestas podrían ser asumidas por órganos con menor proximidad respecto de los miembros de la corporación local, como por ejemplo el personal de las diputaciones provinciales o incluso de organismos anticorrupción independientes, como la Oficina Antifraude de Cataluña.

Administraciones. Ahora bien, para que esa intervención implique un control realmente eficaz, entendemos que previamente debe reforzarse su independencia respecto del ente controlado.

En particular, para que se pueda desarrollar de forma adecuada y efectiva nuestra propuesta, estimamos oportuno señalar que es imprescindible que el secretario municipal tenga garantizada la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones, entre las que se incluye el asesoramiento en materia de legalidad. El hecho de que se permita la libre designación y cese de los mismos en determinados casos (art. 92 bis.6 LRBRL), si bien en sí mismo no supone un menoscabo de su imparcialidad, cuanto menos sí arroja sospechas de imparcialidad al pronunciarse sobre aquellos aspectos en los que el alcalde que lo designó libremente, y que con casi la misma libertad podría cesarlo, tuviera algún interés particular.

Tampoco parece ayudar a garantizar la independencia en el ejercicio de sus funciones el hecho de que los órganos controlados por los secretarios tengan poder sancionador sobre ellos, sobre el órgano que los controla, *ex art. 92 bis. 10.a) y 11.c) LRBRL*⁹²², ni que dispongan de la facultad de incidir en la retribución del órgano controlador, tal y como se prevé en los arts. 3 a 5 del Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, por el que se establece el régimen de las retribuciones de los funcionarios de Administración Local.

Con la finalidad de reforzar la imparcialidad de este personal, la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, introdujo una serie de medidas para reforzar la imparcialidad de este personal. Aun tratándose en su mayoría de medidas orientadas en la buena dirección, son todavía insuficientes, por lo que, junto con las medidas que se proponen en las líneas sucesivas, queremos proponer unas medidas adicionales, que redundarían en la calidad y objetividad de esos informes: sería conveniente que ningún órgano de la Corporación local fuera competente para imponer sanciones disciplinarias a los funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional (cfr. art. 92.bis.11 LRBRL), y que no se permitiera, en ningún municipio, que los puestos de trabajo reservados a funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional pudieran cubrirse por el sistema de libre designación, pues incluye, también, el libre cese⁹²³ o que, en caso de

⁹²² Si bien se ha unificado a nivel estatal la regulación del régimen disciplinario a partir de 2013, de acuerdo con el régimen anterior contenido en la DA Segunda del EBEP, el régimen disciplinario era competencia de las comunidades autónomas; así, de acuerdo con su apartado sexto, «[e]l régimen disciplinario aplicable a los funcionarios con habilitación de carácter estatal se regulará por lo dispuesto por cada Comunidad Autónoma, correspondiendo al Ministerio de Administraciones Públicas la resolución de los expedientes disciplinarios en los que el funcionario se encuentre destinado en una Comunidad distinta a aquella en la que se le incoó el expediente».

⁹²³ Aunque la posibilidad de la libre designación y el libre cese de los funcionarios con habilitación de carácter nacional por el órgano sujeto a su control esté contemplada en la legislación, y además la constitucionalidad de la misma fuera reconocida por el TC en su sentencia 235/2000, de 5 de octubre, entendemos que no es conveniente mantener en el ordenamiento este menoscabo a la imparcialidad de este cuerpo que tiene encomendadas muy relevantes funciones de control con gran potencial para evitar la

mantenerse dicha posibilidad, se refuerce el control con mecanismos equivalentes a los establecidos para los órganos encargados del control económico-presupuestario del art. 92 bis.6 LRBRL. Finalmente, y siguiendo en este punto al Tribunal de Cuentas, proponemos que la Administración del Estado determine baremos objetivos generales en materia de complementos a efectos de evitar disparidades entre la cuantía reconocida en tal concepto a funcionarios con habilitación de carácter nacional en municipios y puestos de similares características⁹²⁴.

Tampoco debemos olvidar que no siempre está garantizada la prestación suficiente de las funciones de secretaría en todos los entes locales. En concreto, existe, en primer lugar, la posibilidad de que un mismo secretario preste sus servicios para más de un municipio. Esta posibilidad está admitida en el art. 3 del Real Decreto 1732/1994, de 29 de julio, sobre provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, en virtud del cual, por acuerdo de la comunidad autónoma, «[l]as Entidades locales cuyo volumen de servicios o recursos sea insuficiente podrán sostener en común y mediante agrupación el puesto de secretaría, al que corresponderá la responsabilidad administrativa de las funciones propias del mismo en todas las entidades agrupadas». La segunda posibilidad es que un ente local esté eximido, por la comunidad autónoma, de la obligación de mantener el puesto de secretaría, cuando se trate de entidades locales con población inferior a 500 habitantes y presupuesto «inferior a 20 millones de pesetas» en caso de que no fuese posible efectuar la agrupación indicada anteriormente, tal y como prevé el art. 4 del Real Decreto 1732/1994. En este caso, las funciones atribuidas al puesto suprimido serían ejercidas por los entes supramunicipales (art. 5 Real Decreto 1732/1994 y art. 26.3 LRBRL) o por un funcionario con habilitación de carácter nacional de una entidad local próxima por acumulación autorizada por la comunidad autónoma respectiva (art. 31.2 Real Decreto 1732/1994). Por descontado, para llevar a cabo de forma efectiva nuestras medidas que guardan relación con un mayor papel de esta clase de funcionarios en el ejercicio de controles de los entes locales, es necesario que la dedicación de los mismos sea suficiente para permitir un control adecuado y efectivo. En este caso, entendemos que deben prestar un papel fundamental las entidades locales supramunicipales, que deberían coordinar, asistir y, en su caso, prestar, las funciones

comisión de irregularidades de cualquier tipo, incluidas las prácticas de corrupción. Correspondería, así, al legislador suprimir esa posibilidad.

⁹²⁴ De acuerdo con el Tribunal de Cuentas, «[d]eberían determinarse baremos objetivos generales a los que, respetando la autonomía local, hayan de adecuarse, en todo caso, los niveles de los puestos de trabajo reservados a funcionarios con habilitación estatal y los complementos de destino y específicos asociados que fijen las entidades locales, ofreciendo así parámetros homogéneos que constituyan un marco básico que contribuya a asegurar las condiciones para un ejercicio solvente e independiente de la función pública de control y fiscalización interna. Con este mismo fin deberían promoverse las reformas legislativas necesarias para que se establezcan límites a la representatividad de los importes percibidos por complementos de productividad y gratificaciones, en relación con el resto de las retribuciones básicas y complementarias relacionadas con el puesto» (TRIBUNAL DE CUENTAS, *Informe de Fiscalización de las retribuciones y de la gestión de los sistemas de provisión y promoción de los puestos de la Intervención de las Entidades Locales*, núm. 1032, cit., pp. 106-107).

reservadas a funcionarios habilitados, a efectos de garantizar que las funciones de control y fiscalización reservadas a este tipo de personal se prestan de forma adecuada y suficiente en entidades agrupadas o eximidas respecto del puesto de secretaría⁹²⁵.

Formuladas las propuestas que deben garantizar el ejercicio imparcial y suficiente de las funciones de control encomendadas a los secretarios, procede abordar nuestra propuesta de ampliar el control preceptivo de legalidad de los secretarios a todos los ámbitos de riesgo de corrupción del urbanismo. El control de legalidad llevado a cabo por los Secretarios tiene sin lugar a dudas un papel fundamental en el control de la corrupción, pues, como ya dijimos, buena parte de los casos de corrupción ni tan solo pueden ofrecer una apariencia de legalidad. Dos ejemplos de situaciones bastante frecuentes en la casuística de la corrupción urbanística son los alcaldes y/o concejales que participan activamente en la elaboración y adopción de planes urbanísticos que afectan a terrenos de su propiedad, lo que supone una irregularidad⁹²⁶ en tanto en cuanto ese conflicto de intereses debió dar lugar a la correspondiente abstención del cargo electo⁹²⁷; así como los casos en que alcaldes y/o concejales aceptan pagos ilícitos a cambio de que planes urbanísticos o licencias urbanísticas sean adoptadas con previsiones contrarias al ordenamiento jurídico, lo que será ilegal no ya solo por suponer una infracción relacionada con la corrupción, sino también por tratarse de una infracción del ordenamiento urbanístico.

Una medida como ésta supone una modificación de muchas normas, en la medida en que esta regulación debería instrumentarse mediante ley autonómica (urbanística), así que deberían modificarse todas las leyes autonómicas en materia urbanística. Para ilustrar cómo podría llevarse a cabo la incorporación de esta medida, utilizamos como

⁹²⁵ En sentido similar, el Tribunal de Cuentas ha recomendado el establecimiento de «los mecanismos necesarios para garantizar el ejercicio de las funciones reservadas [a funcionarios habilitados] en entidades agrupadas y eximidas. Las asistencias a municipios de las entidades locales supramunicipales habrían de ocupar un lugar preponderante para satisfacer este objetivo, debiéndose potenciar su actividad. En garantía de las funciones públicas necesarias, también debería valorarse la necesidad de tasar supuestos de intervención obligatoria de los servicios de asistencia a municipios» (TRIBUNAL DE CUENTAS, *Informe de Fiscalización de las retribuciones y de la gestión de los sistemas de provisión y promoción de los puestos de la Intervención de las Entidades Locales*, núm. 1032, cit., pp. 105-106).

⁹²⁶ Cuestión distinta es que esa irregularidad implique la invalidez del acto, efecto que no sucederá en todos los casos, tal y como establece, aunque sin concretar, el art. 28.3 LRJPAC. Vid. FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIÓ, José María, *La imparcialidad en el procedimiento administrativo: abstención y recusación*, cit., pp. 179-200.

⁹²⁷ Por descontado, no nos referimos a un interés equivalente al que pueda tener cualquier vecino de la localidad propietario de algún inmueble afectado, sino uno particularmente intenso, una ventaja cierta y concreta que también conllevaría la apreciación de concurrencia de una causa de abstención en la aprobación de instrumentos de planeamiento generales. No abstenerse cuando así lo determine la normativa supone una vulneración de la misma y, por tanto, una ilegalidad. Dicha ilegalidad puede tener una consecuencia jurídica muy variable, pues en algunos casos podrá constituir una mera irregularidad no invalidante (vid. art. 28.4 LRJPAC), en ocasiones será un acto inválido anulable (art. 63 LRJPAC) y en otras ocasiones incluso será nulo de pleno Derecho en aplicación del art. 62.1.e) LRJPAC, al haberse prescindido de las reglas esenciales para la formación de la voluntad del órgano colegiado (en nuestro caso, el Pleno del ayuntamiento que adopta los instrumentos de planeamiento), vid. GIEURE LE CARESSANT, Javier A., “La recusación en el ámbito de la Administración local urbanística”, *cit.*, p. 10.

ejemplo el ordenamiento jurídico catalán y, en particular, nos vamos a fijar en la adopción de las licencias urbanísticas.

Como venimos insistiendo, en el caso del urbanismo, la competencia normativa es autonómica, así que, sin perjuicio de los elementos que se consideren pertenecientes al procedimiento administrativo común, dependerá de cada Comunidad Autónoma la regulación detallada respecto de la intervención del Secretario en las actuaciones administrativas sujetas a elevado riesgo de corrupción que hemos identificado previamente.

En Cataluña, podemos observar que en el otorgamiento de licencias urbanísticas, el secretario tan solo deberá informar si no hay ningún otro informe sobre la adecuación a la legalidad de la licencia, o si los informes anteriores son contradictorios en la interpretación de la normativa urbanística aplicable (vid. art. 188.3 TRLUC). Sin embargo, como proponemos, este informe debería ser preceptivo en todo caso, pues estamos en un ámbito de riesgo de corrupción, como es el otorgamiento de licencias urbanísticas. A mero título de ejemplo, para llevar a cabo la introducción de esta medida hemos procedido de un modo distinto: en lugar de una adición, hemos realizado una supresión significativa respecto del artículo original, por lo que, lo que aquí se marca en **negrita**, es el lugar en el que se ha realizado la supresión.

Artículo 188. Régimen jurídico de las licencias urbanísticas.

1. Las licencias urbanísticas deben otorgarse de acuerdo con lo que establecen esta Ley, el planeamiento urbanístico y las ordenanzas municipales.

2. La competencia y el procedimiento para otorgar y denegar las licencias urbanísticas se ajustan a lo que establece la legislación de régimen local. El sentido positivo del silencio administrativo en esta materia se entiende sin perjuicio de lo que dispone el artículo 5.2 y en el marco de lo que establece la legislación aplicable sobre procedimiento administrativo común.

*3. El expediente para otorgar la licencia urbanística debe incorporar los informes de carácter técnico y jurídico. El informe previo del secretario o secretaria del ayuntamiento es preceptivo **[elementos suprimidos⁹²⁸]**. Todas las denegaciones de licencias urbanísticas tienen que estar motivadas.*

3.2.2.- El refuerzo del control de legalidad ejercido por las comunidades autónomas

Como se dijo, la Administración autonómica dispone de ciertas facultades de control de la actuación de los municipios, especialmente en materia de planificación urbanística,

⁹²⁸ Se ha suprimido el siguiente texto: «siempre y cuando los informes anteriores sean contradictorios en la interpretación de la normativa urbanística aplicable. También lo es en los supuestos de falta de otra asistencia letrada».

aunque dicho control, en garantía de la autonomía local, se limita, principalmente, a los aspectos de estricta legalidad, salvo que el plan afecte a intereses supralocales, en cuyo caso sería lícito cierto control de oportunidad⁹²⁹.

Opinamos que sería muy beneficioso para el correcto control de legalidad ejercido por la Administración autonómica que todas las actuaciones sujetas a riesgo de corrupción contaran con un informe de estas características. Por ejemplo, sería adecuado para luchar contra la corrupción que la documentación que integra el instrumento de planeamiento que se somete al trámite de aprobación definitiva, ante el órgano autonómico competente (vid arts. 79 y ss. TRLUC), incluyera ese informe de legalidad de dicho instrumento formulado por el Secretario, de quien, como se ha dicho, se espera que pueda formularlo con la mayor imparcialidad y precisión. Por lo que no entendemos como suficiente el informe previo de asesoramiento legal realizado por jefes de servicios o asesores jurídicos, aunque éste cuente con nota de conformidad del Secretario⁹³⁰.

Tal y como establece el art. 92 TRLUC⁹³¹, puede adoptarse la denegación de la aprobación del instrumento o bien la suspensión del trámite de aprobación (art. 92.1 TRLUC) por motivos de legalidad (art. 92.2 TRLUC), en función de si se advierte una deficiencia enmendable o un vicio o deficiencia no enmendable. En este control entendemos que, sin duda, debería contarse de ordinario con un específico informe de legalidad del Secretario⁹³², en el que deberá incluir, también, aquellas irregularidades

⁹²⁹ Vid. TRAYTER, Joan Manuel, *Derecho urbanístico de Cataluña*, cit., pp. 163-168.

⁹³⁰ Vid. art. 3.b Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional.

⁹³¹ «Artículo 92. Tipo de resoluciones definitivas sobre el planeamiento urbanístico.

1. El órgano competente para la aprobación definitiva de una figura del planeamiento urbanístico puede adoptar la resolución que proceda de entre las siguientes:

- a) La aprobación pura y simple del planeamiento, o bien con prescripciones de carácter puntual que no exijan un nuevo trámite de información pública.
- b) La suspensión total o parcial del trámite de aprobación del planeamiento, por razón de deficiencias enmendables.
- c) La denegación motivada de la aprobación del planeamiento, por razón de vicios o defectos no enmendables.
- d) El retorno del expediente, si no es completo o falta algún trámite.

2. Los acuerdos de suspensión y de denegación a que se refieren las letras b y c del apartado 1 adoptados por la Administración de la Generalidad sólo se pueden fundamentar en los motivos de interés supramunicipal, de legalidad y de racionalidad urbanística que especifican los apartados 2, 3 y 4 del artículo 87, aparte de la ponderación, respecto a la clasificación del suelo, de la trascendencia de los regímenes especiales de protección derivados del planeamiento territorial o de la legislación sectorial. En el caso de los planes parciales urbanísticos de delimitación, el acuerdo de denegación se puede fundamentar también en la falta de justificación formal o sustantiva de los requerimientos exigidos por los apartados 1.d, 1.e y 8 del artículo 58».

⁹³² De acuerdo con el art. 3 del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional, la emisión de informe preceptivo previo procede cuando lo ordene el Presidente de la Corporación o cuando lo solicite un tercio de Concejales o Diputados; cuando se trate de asuntos para cuya aprobación se exija una mayoría especial (y, en este caso, si «hubieran informado los demás Jefes de servicio o dependencia u otros asesores jurídicos, bastará consignar nota de conformidad o disconformidad, razonando esta última») o bien cuando un precepto legal expreso lo establezca. La ley sectorial debería reconocer en

constitutivas de corrupción⁹³³.

El Secretario, además de intervenir en los ámbitos de riesgo mediante la elaboración de un informe preceptivo que debería poder facilitar el control de legalidad ejercido por las comunidades autónomas, también podría mejorar los controles social y político, en la medida en que tales informes estuvieran a disposición del público y de los miembros de la corporación.

3.2.3.- *El control político: reforzar el control ejercido por el Pleno*

No es una situación extraña que, en la elaboración del orden del día, el Alcalde deje fuera del mismo distintos informes elaborados por funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional⁹³⁴. Sin embargo, ha habido reacciones normativas ante ese problema y, así, tras la reforma operada en 2013, el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales recoge en su art. 218.1 que «[e]l órgano interventor elevará informe al Pleno de todas las resoluciones adoptadas por el Presidente de la Entidad Local contrarias a los reparos efectuados, así como un resumen de las principales anomalías detectadas en materia de ingresos. [...] Lo contenido en este apartado constituirá un punto independiente en el orden del día de la correspondiente sesión plenaria. El Presidente de la Corporación podrá presentar en el Pleno informe justificativo de su actuación».

Trasladado a nuestro ámbito de referencia y al control de legalidad, abogamos también por que se garantice el conocimiento temprano, por parte de los miembros del Pleno, de cualquier irregularidad relacionada con la corrupción urbanística en los ámbitos de riesgo (planificación y licencias principalmente, aunque también en determinados aspectos de la inspección y sanción) detectada por el Secretario en la elaboración de sus informes, que proponemos sean preceptivos y en ningún caso puedan sustituirse por informes de los servicios jurídicos o del arquitecto técnico.

todos los ámbitos de riesgo de corrupción la necesidad de ese informe, sin que haya necesidad de que el mismo sea ordenado o la aprobación correspondiente exija una mayoría especial.

⁹³³ Este informe, por descontado, debería hacer referencia a cualquier tipo de ilegalidad, y no exclusivamente a aquellas relacionadas con prácticas de corrupción. Como informe específico en materia de corrupción ya se ha previsto, en el apartado anterior, un informe específico referido a riesgos de corrupción. Ese informe, cuya elaboración también puede atribuirse, en el ámbito local, a los Secretarios (o a organismos anticorrupción independientes, o a órganos pertenecientes a entes supralocales), sería otro informe independiente del de legalidad que aquí proponemos reforzar, si bien, en la medida en que también se incorporaría en el expediente de elaboración de los actos sujetos a mayores riesgos de corrupción, puede cumplir, igualmente, la función de contribuir a informar sobre posibles ilegalidades al órgano encargado del control autonómico.

⁹³⁴ Al respecto, IBÁÑEZ SORRIBES, Bartolomé, *Controles de legalidad en la actuación administrativa*, cit. Más ampliamente, sobre las dificultades del control político, en especial en los municipios pequeños y medianos, vid. URQUIZA MORALES, José Manuel, *Corrupción municipal. Por qué se produce y cómo evitarla*, cit., p. 101.

3.2.4.- El control social: reforzar la transparencia

Como hemos dicho, el informe de legalidad del Secretario en los procedimientos vulnerables a la corrupción urbanística puede ser un documento relevante para el control, en la medida en que advierte de las irregularidades detectadas; irregularidades que, no lo olvidemos, podrían estar relacionadas con la corrupción.

En un ordenamiento sectorial tan complejo como el urbanístico es extremadamente difícil para la mayoría de los ciudadanos detectar irregularidades, pues la complejidad técnica y la gran cantidad de instrumentos urbanísticos pueden terminar por ocultar la ilegalidad. Sin embargo, esas ilegalidades pasan mucho menos inadvertidas al Secretario quien, como proponemos, debería elaborar un informe sobre la adecuación del plan, licencia o sanción al ordenamiento jurídico⁹³⁵. Por tanto, si la ciudadanía dispusiera de una forma sencilla de acceder al contenido de esos informes podría conocer la ilegalidad detectada por el Secretario y plantearse así la impugnación del acto correspondiente, cosa que podría hacer incluso sin contar con un interés específico en ello, pues en la materia urbanística existe la acción pública⁹³⁶.

Una vez más, dadas las especialidades sectoriales, correspondería a la legislación urbanística establecer la publicidad de ese informe; en nuestra opinión, podría proponerse una reforma como la que sigue en el TRLUC, respecto de los instrumentos de planeamiento urbanístico:

Artículo 8. Publicidad y participación en los procesos de planeamiento y de gestión urbanísticos

1. Se garantizan y se tienen que fomentar los derechos de iniciativa, de información y de participación de la ciudadanía en los procesos urbanísticos de planeamiento y de gestión.

2. Los ayuntamientos pueden constituir voluntariamente consejos asesores urbanísticos, como órganos locales de carácter informativo y deliberativo, a los efectos establecidos por el apartado 1.

3. Los procesos urbanísticos de planeamiento y de gestión, y el contenido de las figuras

⁹³⁵ A la obligación de elaborar este informe se podría añadir la de elaborar, en caso de que así lo determine la norma correspondiente, el informe de evaluación de riesgos de corrupción propuesto en el grupo de medidas del apartado anterior.

⁹³⁶ De hecho, tal y como puso de relieve Luis COSCULLUELA, la finalidad de esta amplia llamada a la colaboración ciudadana en el control de la actividad urbanística que supone la acción pública es, justamente, ampliar en lo posible el control ciudadano respecto de los «desmanes urbanísticos» que puedan producirse, sobre todo, por el «empresario o promotor de urbanizaciones y explotaciones inmobiliarias» movido por los grandes beneficios que se pueden obtener en un mercado altamente especulativo, y eventualmente en connivencia con la Administración, «y con daño para la generalidad de los ciudadanos, lógicamente afectados por el buen orden urbanístico» (COSCULLUELA MONTANER, Luis, «Acción pública en materia urbanística», *Revista de Administración Pública*, núm. 71, 1973, pp. 9-58, pp. 9-13).

del planeamiento y de los instrumentos de gestión, incluidos los convenios, están sometidos al principio de publicidad.

4. Todo el mundo tiene derecho a obtener de los organismos de la administración competente los datos certificados que les permitan asumir sus obligaciones y el ejercicio de la actividad urbanística.

5. La ciudadanía tiene derecho a consultar y ser informada sobre el contenido de los instrumentos de planeamiento y gestión urbanísticos y, a estos efectos:

a) En la información pública de los instrumentos de planeamiento urbanístico, conjuntamente con el plan, se ha de exponer un documento comprensivo de los extremos siguientes:

Primero. Plano de delimitación de los ámbitos sujetos a suspensión de licencias y de tramitación de procedimientos, y concreción del plazo de suspensión y del alcance de las licencias y tramitaciones que se suspenden.

Segundo. Un resumen del alcance de sus determinaciones y, en caso de que se trate de la revisión o modificación de un instrumento de planeamiento urbanístico, plano de identificación de los ámbitos en los que la ordenación propuesta altera la vigente y resumen del alcance de esta alteración.

*b) Hay que garantizar el acceso telemático al contenido íntegro de los instrumentos de planeamiento urbanístico vigentes, **incluido, en todo caso, el informe de legalidad preceptivo del Secretario o Secretaria del ayuntamiento** [si la legislación urbanística introdujera esta medida y también las propuestas en el primer grupo de medidas, referidas a la evaluación de riesgos de corrupción, este artículo, para su mejor concordancia con el propuesto art. 86 *ter* TRLUC debería incorporar, a continuación del texto en negrita propuesto, lo siguiente: «y, **en su caso, el informe de evaluación de riesgos de corrupción del instrumento de planeamiento**»], **que también será expuesto en la información pública del instrumento.***

c) Hay que dar publicidad por medios telemáticos de la convocatoria de información pública en los procedimientos de planeamiento y gestión urbanísticos y de los acuerdos de aprobación que se adopten en su tramitación.

d) Se desarrollan por reglamento las formas de consulta y divulgación de los instrumentos urbanísticos y los medios de acceso de la ciudadanía a estos instrumentos y la prestación de asistencia técnica para que puedan comprenderlos correctamente.

6. Los organismos públicos, los concesionarios de servicios públicos y los y las particulares tienen que facilitar la documentación y la información necesarias para la redacción de los planes urbanísticos.

7. En materia de planeamiento y de gestión urbanísticos, los poderes públicos tienen que respetar la iniciativa privada, promoverla en la medida más amplia posible y sustituirla en los casos de insuficiencia o de incumplimiento, sin perjuicio de los supuestos de actuación pública directa.

8. La gestión urbanística se puede encomendar tanto a la iniciativa privada como a organismos de carácter público y a entidades, sociedades o empresas mixtas.

De acuerdo con este artículo 8 TRLUC aquí propuesto, se trataría de un documento que debe ser objeto de información pública durante el procedimiento de elaboración del planeamiento. Reforzando y matizando las obligaciones de transparencia respecto de

este informe de legalidad, resultarían de aplicación las obligaciones de publicidad activa contenidas en la ley estatal de transparencia, en la medida en que, de acuerdo con el art. 7.e) de la ley 19/2013, las Administraciones públicas publicarán «[l]os documentos que, conforme a la legislación sectorial vigente, deban ser sometidos a un período de información pública durante su tramitación», respetando en todo caso los principios contenidos en el art. 5. En ese artículo se establece que esta información «será publicada en las correspondientes sedes electrónicas o páginas web y de una manera clara, estructurada y entendible para los interesados y, preferiblemente, en formatos reutilizables» (art. 5.4 ley 19/2013); y que «será comprensible, de acceso fácil y gratuito y estará a disposición de las personas con discapacidad en una modalidad suministrada por medios o en formatos adecuados de manera que resulten accesibles y comprensibles, conforme al principio de accesibilidad universal y diseño para todos» (art. 5.5 ley 19/2013).

3.2.5.- El control del privado que formula un plan urbanístico o participa en un convenio urbanístico

Finalmente, también hemos considerado importante que el control ejercido por los Secretarios en materia urbanística alcance incluso a los privados.

Sabemos que la potestad de planificación urbanística es una función pública y no puede ser objeto de transacción⁹³⁷; sin embargo, en general, está permitido en el urbanismo español tanto la posibilidad de presentar planes urbanísticos por un particular interesado en el mismo⁹³⁸ o bien, sin que haga presentación de plan alguno, puede tratar de que, mediante un acuerdo con la entidad local, ésta acabe haciendo suya la conveniencia de adaptar determinado planeamiento, a través de la firma de un convenio urbanístico.

En estos casos, podemos entender que el particular únicamente se limita a poner en conocimiento de la Administración su interés en que la planificación urbanística

⁹³⁷ De acuerdo con el art. 3.1 TRLS, «[l]a ordenación territorial y la urbanística son funciones públicas no susceptibles de transacción que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general, determinando las facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo conforme al destino de éste. Esta determinación no confiere derecho a exigir indemnización, salvo en los casos expresamente establecidos en las leyes. El ejercicio de la potestad de ordenación territorial y urbanística deberá ser motivado, con expresión de los intereses generales a que sirve». Más específicamente, con expresa mención a los convenios, el art. 104.4 TRLUC establece que «[l]os convenios urbanísticos obligan exclusivamente a las partes que los han firmado, y en ningún caso condicionan las competencias públicas en materia de planeamiento urbanístico, las cuales no pueden ser objeto de transacción, y no pueden comportar para las personas propietarias obligaciones o cargas adicionales o más costosas que las establecidas por la legislación aplicable».

⁹³⁸ De acuerdo con el artículo 101 TRLUC: «[l]a iniciativa privada puede formular planes especiales urbanísticos, planes de mejora urbana y planes parciales urbanísticos de acuerdo con el planeamiento urbanístico general aplicable. [...] La iniciativa privada no tiene derecho al trámite para la aprobación de las propuestas de modificación de los planes de ordenación urbanística municipal que presente. Sin embargo, el ayuntamiento puede asumir expresamente la iniciativa pública para formularlas».

municipal se adapte a ciertas necesidades que, en lugar de haber sido apreciadas por la Administración, han sido apreciadas por ese particular. Consecuentemente, puede que tales intereses se encuentren, al menos parcialmente, alejados de los generales.

No hay nada ilícito, ni en ningún punto delictivo, en realizar tales propuestas a la Administración que, como decimos, tenderán a plasmarse en la presentación de un plan de iniciativa privada o bien en la suscripción de un convenio urbanístico, pues tales propuestas no obligan en nada a la Administración local competente: ni debe necesariamente adoptarse el plan de iniciativa privada⁹³⁹, ni cumplirse lo convenido⁹⁴⁰.

Será la Administración competente quien estimará si esa propuesta satisface los intereses generales y quien valore, haciendo uso de su discrecionalidad dentro de los márgenes permitidos por el ordenamiento, la conveniencia de esa propuesta. Si se considera beneficiosa para los intereses generales, realizable y conveniente, la propuesta será aceptada y se promoverá la aprobación de esa propuesta en la planificación, sea aprobando el plan remitido por el particular o realizando un plan de iniciativa pública en caso de que el objeto del convenio urbanístico correspondiente incluyera simplemente determinadas indicaciones que el Ayuntamiento acordó tratar de conseguir en lo posible en la próxima modificación del planeamiento a realizar.

A priori, difícilmente se puede ver nada que imponga la necesidad de añadir un control. El particular hará su propuesta y la Administración estudiará la conveniencia de la misma y, en su caso, la aprobará o la asumirá como propia en la adopción de instrumentos de planeamiento. Sin embargo, específicamente respecto de los convenios urbanísticos, ya hemos expuesto que, sobre todo antes de que se introdujeran las cláusulas de transparencia que se han ido incorporando al ordenamiento urbanístico en los últimos años, han sido vistos como una fuente de negociaciones opacas entre particulares y ayuntamientos, e incluso se ha llegado a acreditar el uso de los mismos en tramas de corrupción⁹⁴¹.

⁹³⁹ Cosa bien distinta es que, como impone la buena administración y la interdicción de la arbitrariedad, deba motivarse la denegación de la propuesta, como por ejemplo se encarga de explicitar el art. 89.2 TRLUC: «[l]os planes urbanísticos derivados promovidos a instancia de parte interesada no se pueden inadmitir a trámite ni rechazar por falta de documentación, sino que debe acordarse la aprobación inicial o bien, si procede, la suspensión o la denegación, que deben ser motivadas».

⁹⁴⁰ Sin perjuicio, claro está, de la responsabilidad o consecuencias indemnizatorias que se determinen en caso de incumplimiento del convenio; vid. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, secc. 5ª), de 8 noviembre 2012, rec. núm. 6469/2010, ponente D. Eduardo Calvo Rojas. A nivel doctrinal, vid. ALONSO MAS, María José, “Responsabilidad patrimonial de la Administración por incumplimiento de los convenios urbanísticos en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de Estudios de la Administración Local*, núms. 271-271, 1996, pp. 853-875.

⁹⁴¹ LOZANO CUTANDA, Blanca, “Urbanismo y corrupción”, cit., pp. 359-360; tal y como dice la autora, en el período en que Marbella estuvo afectada por la trama de corrupción urbanística se llevaron a cabo más de 600 convenios. Otro caso, en que dos concejales exigieron el pago de una cuantía a un promotor inmobiliario a cambio de firmar un convenio dirigido a la modificación del planeamiento, recalificando unas fincas, se encuentra en la SAP de Pontevedra (secc. 5ª) de 7 de septiembre de 2010, cit.

Aunque la potestad de planeamiento sea indisponible, no podemos dejar de observar que estas dos vías son, a fin de cuentas, formas de que los particulares influyan con una intensidad notable en una actividad pública sujeta a elevados riesgos de corrupción con, además, la previsible voluntad de obtener beneficios particulares, aun cuando su obtención fuera lícita. Por tanto, creemos que esta participación privada en el planeamiento no puede dejar de contar con algún control adicional respecto del particular que pretende determinar elementos de la planificación urbanística, a efectos de evitar, en la medida de lo posible, que aquellas personas que hayan sido condenadas por la comisión de delitos de corrupción pública se lucren influyendo, lícita o ilícitamente, en el planeamiento urbanístico.

Para ello, nos parece apropiada una cláusula de idoneidad del sujeto que se relaciona con la Administración similar a la que está establecida en un ámbito también sometido a elevados riesgos de corrupción como es la contratación pública. En concreto, nos referimos al art. 60.1, que establece la prohibición de contratar con la Administración a aquellas personas que, entre otros supuestos, hayan sido condenadas por alguno de los delitos de corrupción contenidos en el Código Penal⁹⁴². Con una prohibición de este tipo entendemos que la forma en que debería operarse sería, en un primer momento, la presentación de declaración responsable de no estar incurso en prohibiciones para firmar un convenio urbanístico y, con posterioridad, a efectos de garantizar eficacia de este mecanismo, sería conveniente que la firma del convenio o, en su caso, la aprobación de planes de iniciativa privada, estuviera supeditada al informe favorable del Secretario, en el que se comprobara la conformidad a Derecho de esos actos.

A continuación, tal y como venimos haciendo, se ilustran estas propuestas con un posible redactado normativo. En particular, entendemos que podría garantizarse este tipo de control con disposiciones como las siguientes, en las que se hacen los añadidos oportunos a varios preceptos del Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña.

Artículo 101. Iniciativa privada en la formulación de planes urbanísticos.

1. La iniciativa privada puede formular planes especiales urbanísticos, planes de mejora urbana y planes parciales urbanísticos de acuerdo con el planeamiento urbanístico general aplicable.

⁹⁴²«Art. 60.1. No podrán contratar con el sector público las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) Haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de asociación ilícita, corrupción en transacciones económicas internacionales, tráfico de influencias, cohecho, fraudes y exacciones ilegales, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, malversación y receptación y conductas afines, delitos relativos a la protección del medio ambiente, o a pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio. La prohibición de contratar alcanza a las personas jurídicas cuyos administradores o representantes, vigente su cargo o representación, se encuentren en la situación mencionada por actuaciones realizadas en nombre o a beneficio de dichas personas jurídicas, o en las que concurran las condiciones, cualidades o relaciones que requiera la correspondiente figura de delito para ser sujeto activo del mismo».

2. Las personas promotoras de los planes urbanísticos a que se refiere el apartado anterior no podrán haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos contra la Administración Pública. Esta prohibición alcanza a las personas jurídicas cuyos administradores o representantes, vigente su cargo o representación, se encuentren en la situación mencionada.

3. Las personas promotoras de los planes urbanísticos a que se refiere el apartado 1 tienen derecho, si lo autoriza el ayuntamiento con la finalidad de facilitar la redacción del planeamiento, a obtener los datos informativos necesarios de los organismos públicos y a ser beneficiarias de las ocupaciones temporales que hagan falta para la ejecución del plan, de acuerdo con la legislación reguladora de la expropiación forzosa.

4. La iniciativa privada no tiene derecho al trámite para la aprobación de las propuestas de modificación de los planes de ordenación urbanística municipal que presente. Sin embargo, el ayuntamiento puede asumir expresamente la iniciativa pública para formularlas.

Artículo 102. Especificidades de los planes urbanísticos derivados de iniciativa privada.

1. Los planes urbanísticos derivados de iniciativa privada, además de incluir las determinaciones establecidas con carácter general por esta Ley, deben contener documentación específica referida a:

a) La estructura de la propiedad del suelo afectado.

b) La viabilidad económica de la promoción.

c) Los compromisos que se adquieren.

d) Las garantías de cumplimiento de las obligaciones contraídas.

2. Las garantías a que se refiere el apartado 1.d deben responder también de las sanciones que se puedan imponer por razón de infracciones urbanísticas en materia de ejecución de obras de urbanización y de las indemnizaciones que corresponda eventualmente satisfacer, y deben actualizarse, si procede, en función del presupuesto de los proyectos complementarios de urbanización. En el supuesto de que sean ejecutadas, estas garantías tienen que ser repuestas.

3. Los planes urbanísticos a que se refiere el apartado 1 se tramitan de acuerdo con lo que establece con carácter general esta Ley para los planes urbanísticos derivados, con las especificidades siguientes:

a) Deben citarse personalmente al trámite de información pública a las personas propietarias de los terrenos que sean comprendidos, salvo que el plan sea formulado por la totalidad de las personas propietarias de la superficie afectada y este hecho se acredite mediante un documento público en que se haga constar la estructura de la propiedad del suelo.

b) Debe notificarse individualmente a las personas propietarias de los terrenos la aprobación definitiva del plan, si se produce.

4. El acto de aprobación de los planes urbanísticos a que se refiere el apartado 1 puede imponer las condiciones, las modalidades y los plazos que sean procedentes o convenientes, siempre bajo el principio de proporcionalidad.

5. El acto de aprobación de los planes urbanísticos a que se refiere el apartado 1 estará condicionado a la comprobación, por parte del Secretario, de la adecuación de los mismos a la legalidad urbanística, así como a la comprobación de que no concurre prohibición de presentar planes de iniciativa privada en las personas promotoras.

Artículo 104. Publicidad y obligaciones de los convenios urbanísticos.

*1. Los convenios urbanísticos tienen que integrar la documentación del planeamiento o del instrumento de gestión al cual se refieren, se tienen que someter a la información pública correspondiente y pueden ser objeto de consulta una vez aprobados. **En todo caso, su aprobación estará condicionada a la comprobación, por parte del Secretario, de la adecuación de los mismos a la legalidad urbanística, así como a la comprobación de que no concurre prohibición de firmar convenios urbanísticos en las personas firmantes.***

2. Las administraciones públicas con competencias urbanísticas y las entidades urbanísticas especiales tienen que garantizar la consulta presencial y por medios telemáticos de los convenios urbanísticos que suscriben y tienen que enviar una copia al Departamento de Política Territorial y Obras Públicas en el plazo de un mes desde su aprobación, para que sean insertados en la sección de convenios urbanísticos del instrumento de divulgación telemática del planeamiento urbanístico de la Administración de la Generalidad. En los municipios de menos de cinco mil habitantes que no disponen de los medios técnicos necesarios, el acceso telemático al contenido de los convenios urbanísticos se puede hacer mediante la conexión con el instrumento de divulgación telemática del planeamiento urbanístico de la Administración de la Generalidad.

*3. Los convenios urbanísticos tienen que especificar en una cláusula las obligaciones de publicidad a que están sometidos para el conocimiento de las partes signatarias, **así como acompañarse de declaración responsable de las personas firmantes de no hallarse incursas en situación de prohibición de firmar convenios urbanísticos, referida en el apartado 5.***

4. Los convenios urbanísticos obligan exclusivamente a las partes que los han firmado, y en ningún caso condicionan las competencias públicas en materia de planeamiento urbanístico, las cuales no pueden ser objeto de transacción, y no pueden comportar para las personas propietarias obligaciones o cargas adicionales o más costosas que las establecidas por la legislación aplicable.

*5. **Los convenios urbanísticos no podrán ser firmados por personas que hayan sido condenadas mediante sentencia firme por delitos contra la Administración Pública. La prohibición de contratar alcanza a las personas jurídicas cuyos administradores o representantes, vigente su cargo o representación, se encuentren en la situación mencionada.***

Una cláusula similar a esta última podría contenerse en la legislación estatal de suelo, pues la misma ya incorpora algunas cuestiones relativas al régimen jurídico de los convenios en materia urbanística. Así, el art. 6 TRLS podría quedar redactado como sigue:

Artículo 6. Iniciativa pública y privada en las actuaciones de transformación urbanística y en las edificatorias.

1. Los particulares, sean o no propietarios, deberán contribuir, en los términos establecidos en las leyes, a la acción urbanística de los entes públicos, a los que corresponderá, en todo caso, la dirección del proceso, tanto en los supuestos de iniciativa pública como privada.

(...)

3. Los convenios o negocios jurídicos que el promotor de la actuación celebre con la Administración correspondiente, no podrán establecer obligaciones o prestaciones adicionales ni más gravosas que las que procedan legalmente, en perjuicio de los propietarios afectados. Esos convenios no podrán ser firmados por personas que hayan sido condenadas mediante sentencia firme por delitos contra la Administración Pública. La prohibición de contratar alcanza a las personas jurídicas cuyos administradores o representantes, vigente su cargo o representación, se encuentren en la situación mencionada. La cláusula que contravenga estas reglas será nula de pleno Derecho.

Por último, cabe también la posibilidad de ampliar la restricción de la iniciativa privada no solo a casos ciertos de corrupción, sino, de forma general, a otros supuestos de infracciones urbanísticas (administrativas). Así lo establece, por ejemplo, el art. 290.1.b) de la Ley 13/2015, de 30 de marzo, de ordenación territorial y urbanística de la Región de Murcia, al disponer como una medida sancionadora accesoria a las multas impuestas por la comisión de infracciones graves y muy graves la «[p]rohibición de ejercicio del derecho de iniciativa para la atribución de la actividad de ejecución en unidades de actuación y de participación en cualquier otra forma en iniciativas o alternativas a estas formuladas por propietarios o terceros, si la infracción se ha producido por actividad en materia de gestión urbanística». Sin embargo, en nuestro trabajo no entendemos justificado proponer una medida como ésta, que alcanza a irregularidades más allá de los supuestos corrupción.

3.3.- La regulación de las medidas cautelares ante la impugnación de un acto administrativo sujeto a riesgo de corrupción

Anteriormente⁹⁴³ trazamos, a partir de excelentes aportaciones de autores de nuestra doctrina, el que ha sido el estado de la cuestión respecto de las obras ilegales: en nuestro urbanismo contemporáneo, la mayor parte de las obras ilegales han acostumbrado a finalizarse incluso cuando en un estado inicial hubieran sido impugnadas ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Incluso cuando la sentencia, en aplicación de la legalidad, ha impuesto la demolición de lo ilegalmente construido, ha sido frecuente que la sentencia no haya terminado ejecutándose en sus propios términos, situación ésta que, paradójicamente, en muchas ocasiones ha sido la más conveniente y proporcionada debido a la enorme complejidad y coste que implicaría ejecutar la sentencia una vez han finalizado las obras, a lo que hay que añadir que, además, los inmuebles pueden haber sido adquiridos por terceros de buena fe. Esta situación es, además, especialmente grave cuando estas obras se amparan en planes urbanísticos o en títulos habilitantes ilegales que fueron adoptados esencialmente por la intermediación de cualquier forma

⁹⁴³ Vid. Apartado 2.2.2.A del Capítulo II de este trabajo.

de corrupción urbanística ya que de este modo se consigue, como dijimos, perpetuar la ganancia ilícita obtenida mediante medios corruptos; y esa impunidad, como ya sabemos, hace del control judicial contencioso-administrativo un desincentivo de la corrupción tristemente débil⁹⁴⁴.

Sin embargo, vimos que parte de la doctrina confía en que la situación de inejecución de sentencias y su secuela de impunidad ante las ilegalidades urbanísticas (incluidas las que traen su causa en la corrupción) puede corregirse mediante la aplicación efectiva de medidas cautelares, lo que reduciría sin duda la dificultad para que, anulados los actos y disposiciones que corresponda por razón de su ilegalidad⁹⁴⁵, se puedan ejecutar las sentencias en sus propios términos y no quede impune la corrupción urbanística⁹⁴⁶.

Vimos, también, que en casos de corrupción generalizada, los tribunales han tendido a ser más proclives a acordar medidas cautelares tendentes a paralizar las obras⁹⁴⁷. Sin embargo, más allá de estos casos tan extremos, la práctica habitual ha consistido en no

⁹⁴⁴ En último término, cabe que el control penal supla esta deficiencia del control judicial contencioso-administrativo mediante el decomiso de las ganancias obtenidas en caso de imposibilidad de la demolición. Ahondando en la expansión y preferencia del Derecho penal como herramienta para luchar contra el desarrollo urbanístico ilícito, desde 2010 se reconoce, además de la facultad de ordenar la demolición, el deber de decomisar las ganancias en el delito de construcción ilegal de acuerdo con el art. 319. 3 CP (QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., “Reflexiones marginales sobre la corrupción”, cit., p. 25), que, de acuerdo con su redacción modificada por el apartado 3 del art. único.171 de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, establece que «[e]n cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, y valorando las circunstancias, y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquéllas. En todo caso se dispondrá el decomiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar».

⁹⁴⁵ No debe olvidarse que la misma CNUCC impone la obligación a los Estados de eliminar las consecuencias de la corrupción, entre las que se incluirían aquellos actos o disposiciones de carácter general dictados a consecuencia de prácticas de corrupción. Así lo establece su art. 34: «[c]on la debida consideración de los derechos adquiridos de buena fe por terceros, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para eliminar las consecuencias de los actos de corrupción. En este contexto, los Estados Parte podrán considerar la corrupción un factor pertinente en procedimientos jurídicos encaminados a anular o dejar sin efecto un contrato o a revocar una concesión u otro instrumento semejante, o adoptar cualquier otra medida correctiva».

⁹⁴⁶ En opinión de José Eugenio SORIANO, una fórmula para combatir la corrupción en el urbanismo es, justamente, la adopción temprana de medidas cautelares en los procesos en que la no adopción de las mismas puede dar lugar a rápidas (e irreversibles) transformaciones del suelo (vid. SORIANO GARCÍA, José Eugenio, “Urbanismo y corrupción: medidas cautelares, única solución”, cit., p. 692-693). De forma genérica, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA destaca el importante papel que tienen las medidas cautelares, y señala que sólo éstas «podrán evitar que ese formidable privilegio posicional de la Administración [la autotutela] no degenera, como, por desgracia, no es infrecuente, en un abuso, donde la simple prepotencia encubre la arbitrariedad, que tan expresamente prohíbe el propio texto constitucional», y solo estas medidas pueden «evitar la frustración completa o parcial del derecho fundamental del artículo 24 [CE]» (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 303-304).

⁹⁴⁷ Por ejemplo, respecto de la sistémica corrupción urbanística instaurada en Marbella; vid. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección5ª) de 10 de abril de 2008, rec. núm. 11506/2004, ponente D. Rafael Fernández Valverde y STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección5ª) de 13 de junio de 2007, rec. núm. 1337/2005, ponente D. Rafael Fernández Valverde.

adoptar las medidas cautelares⁹⁴⁸. Entonces, como dijimos, no es extraño que la obra se finalice pues el proceso se extiende por muchos años, aumentando el coste del derribo, coste que, para ahorrárselo la administración (pues participó en la adopción del acto ilegal a sabiendas en los casos de corrupción), podría instar la legalización, para que así, por causa de imposibilidad legal, acabe por no ejecutarse la sentencia.

Ante esta reticencia judicial a adoptar medidas cautelares que tradicionalmente ha dominado en los tribunales españoles, nuestra propuesta radica en modificar la regulación legal de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo, de tal modo que los tribunales de esa jurisdicción mejoren su capacidad de control de la corrupción, al tiempo que, con su aplicación, se garantice la efectiva ejecución de las sentencias; o lo que es lo mismo, proponemos una reforma para la mejora del control, al tiempo que se asegura la imposición de sanciones efectivas, como podría ser, en su caso, el derribo.

A nuestro juicio, existen respecto de las medidas cautelares dos problemas principales, y solo una reforma normativa podría solventarlos. En primer lugar, debería evitarse que las reticencias judiciales para adoptar medidas cautelares en materia urbanística se extienda también a los actos y disposiciones con elevados riesgos (y serias sospechas) de corrupción; y, en segundo lugar, también debería evitarse la situación en que el descuido de las partes al no solicitar medidas cautelares impida que éstas sean adoptadas por el juez cuando entienda que son necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia y, en nuestro caso, también la efectividad de la lucha contra la extendida impunidad, y el control inefectivo, de la corrupción.

Tal y como dijimos también, aunque la práctica totalidad de la jurisprudencia ha asumido que la transformación de terrenos mediante la ejecución de obras de construcción es difícilmente reversible, en ocasiones vemos que este tipo de medidas no se adoptan salvo que, del análisis provisional de la prueba aportada, quede evidenciada una posible actuación errónea o ilegal de la Administración pública⁹⁴⁹, situación que sin duda será prácticamente imposible probar en todos aquellos casos en que el acto o disposición general impugnado muestre una apariencia de legalidad, siendo la causa de su ilegalidad una serie de intercambios e intereses ocultos entre particulares y cargos o empleados públicos, que en todo caso corresponderá esclarecer y juzgar en sede penal.

⁹⁴⁸ Por todos, vid. TRAYTER, Joan Manuel, *Derecho urbanístico de Cataluña*, cit., p. 340. Fuera del ámbito urbanístico, también resulta de interés el análisis general de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, con mención de una práctica extendida durante años en los tribunales, consistente en la denegación sistemática de medidas cautelares con simples fórmulas estereotipadas e incluso impresas, donde el juez o magistrado se limitaba a rellenar el formulario con los datos del recurso concreto, en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*, cit., pp. 170 y ss.

⁹⁴⁹ Por todas, vid. STSJ de Andalucía (Sala de lo contencioso-administrativo, secc. 2ª) de 5 de febrero de 2008, cit.

Por otro lado, aunque haya firmes sospechas de irregularidades y el juez o tribunal entienda que la no suspensión del acto o disposición general (en nuestro caso, sobre todo nos referiríamos a licencias o planes urbanísticos) producirá una situación prácticamente irreversible y, casi con toda seguridad, a la postre, la inejecución de la sentencia anulatoria, no puede actuar proponiendo de oficio las medidas cautelares, pues, como es sabido, de acuerdo con el tenor literal del art. 129.1 LJCA, en esta jurisdicción tan solo se pueden adoptar medidas cautelares solicitadas por los interesados en el proceso⁹⁵⁰.

A nuestro juicio estas dos situaciones son el principal impedimento para que desde la justicia contencioso-administrativa se lleve a cabo un control y una sanción de la corrupción efectivos⁹⁵¹. En efecto, la suspensión de los actos y disposiciones fruto de prácticas corruptas supone un mecanismo de control, al mismo tiempo que la no realización de obras (o su temprana paralización) garantiza que la principal sanción que puede lograrse en esa jurisdicción, que no es el castigo penal sino la anulación de la actuación administrativa y la demolición de lo ya construido, pueda ejecutarse sin excesivas dificultades, impidiendo así que la corrupción termine produciendo enriquecimiento alguno a quienes han participado en ella.

3.3.1.- Algunas soluciones posibles frente a las deficiencias detectadas

En opinión de José Eugenio SORIANO, la única solución para frenar las prácticas de corrupción urbanística que buscan la transformación irreversible de la realidad física implica un cambio de actitud en los jueces y tribunales. A su juicio, sería posible poner

⁹⁵⁰ A la misma conclusión llega Jesús GONZÁLEZ a través de la aplicación supletoria del art. 721.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) al proceso contencioso-administrativo, pues tal y como establece la Disposición Final Primera de la LJCA, la LEC rige como supletoria en lo no previsto por aquella (GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2001, p. 589).

⁹⁵¹ No hay que olvidar que otro problema es la eficiencia (y celeridad) de la justicia contencioso-administrativa. Nuestra solución, como se ha anticipado y luego se desarrollará en mayor detalle, pasa por tomar medidas que garanticen la finalidad del proceso a pesar de la demora que suponga el desarrollo normal del mismo. A pesar de la importancia que atribuimos a la justicia cautelar, una mejora general del proceso contencioso-administrativo en términos de eficacia sería igualmente una medida complementaria de gran interés. Una ambiciosa e interesante propuesta de reforma en este sentido fue formulada por la Sección Especial para la reforma de la LJCA, creada, en el seno de la Comisión General de Codificación, por Orden del Ministerio de Justicia de 11 de julio de 2012 (Orden de 11 de julio de 2012, por la que se constituye en el seno de la Comisión General de Codificación una sección especial para la reforma de la Ley de jurisdicción contencioso-administrativa). Se puede encontrar el análisis y propuesta de reforma apuntado en COMISIÓN GENERAL PARA LA CODIFICACIÓN (SECCIÓN ESPECIAL PARA LA REFORMA DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA), *Informe explicativo y propuesta de anteproyecto de ley de eficiencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2013. Consultable en:

http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292386941851?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DInforme_explicativo_APL_Jurisdic._Contenc.Admva.PDF (última fecha de consulta 25 de febrero de 2015).

remedio a los casos de corrupción urbanística si aquéllos siguieran tres pasos: 1) otorgar de inmediato y sin fianza alguna la medida cautelar; 2) cambiar el turno de reparto por evidente urgencia, ya que una obra física va transformar irreversiblemente el suelo; y 3) convocar a vista oral, inmediata para que las partes entren directamente en el fondo del asunto⁹⁵². Sin embargo, a nuestro juicio esta solución adolece de dos problemas principales.

En primer lugar, esta medida está exclusivamente orientada a promover un tipo de interpretación de la norma, sin modificación alguna, para lograr evitar una práctica que sin embargo, como ya vimos, está ampliamente arraigada entre los jueces y tribunales contencioso-administrativos. Si bien hay elementos suficientes para aventurar que seguramente hoy los jueces y tribunales sean más proclives a la adopción de medidas cautelares en casos sospechosos de albergar prácticas corruptas de lo que lo eran unos años atrás⁹⁵³, nos parece en todo caso excesivo confiar únicamente en la concienciación de jueces y magistrados respecto de la problemática derivada de la falta de adopción de medidas cautelares.

En segundo lugar, en ningún caso puede esta medida hacer frente a otro de los problemas advertidos en materia de justicia cautelar: la imposibilidad de suspensión en caso de que no haya solicitud expresa de la medida cautelar por la parte actora.

Es cierto que habitualmente los ordenamientos jurídicos solo contemplan, en los procesos contencioso-administrativos, la posibilidad de adopción de medidas cautelares a instancia de parte⁹⁵⁴. Sin embargo, en algunos ordenamientos se ha optado por la instauración de un sistema de justicia cautelar que contempla el efecto suspensivo automático del recurso contencioso-administrativo.

Este mecanismo, aun sin estar extendido entre los ordenamientos de nuestro entorno, sí cuenta con algunos ejemplos, siendo el más significativo, quizás, el de la Ley alemana de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 21 de enero de 1960 (*Verwaltungsgerichtsordnung*, citada VwGO)⁹⁵⁵.

⁹⁵² SORIANO GARCÍA, José Eugenio, “Urbanismo y corrupción: medidas cautelares, única solución”, cit., pp. 692-693.

⁹⁵³ Sobre novedosas y recientes líneas jurisprudenciales que mejoran la prevención y represión de la corrupción, vid. CAPDEFERRO VILLAGRASA, Oscar, “Nuevas respuestas judiciales a la corrupción pública. Análisis desde el Derecho administrativo y el Derecho penal”, cit. Como ejemplos, algo anteriores, de cómo la justicia reacciona cautelarmente en casos de corrupción urbanística cuando ésta es extendida y bien conocida, vid. p. ej. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección5ª) de 10 de abril de 2008, cit.

⁹⁵⁴ Vid. DE LA SIERRA, Susana, *Tutela cautelar contencioso-administrativa y Derecho europeo. Un estudio normativo y jurisprudencial*, Aranzadi, Navarra, 2004, pp. 207-209.

⁹⁵⁵ También se ha reconocido este efecto suspensivo automático del recurso contencioso-administrativo en el art. 31 de la Ley finlandesa 586/1996, de la Justicia Administrativa, vid. SOMMERMANN, Karl-Peter, “El papel de la Ley alemana de la justicia administrativa para la realización del Estado de Derecho”, en ABERASTURY, Pedro (Coord.), *Ley de la justicia administrativa alemana*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, pp. 1-20, p. 9.

En el ordenamiento alemán, tanto el recurso administrativo como la impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa tienen por regla general efecto suspensivo automático del acto recurrido⁹⁵⁶ (§ 80.1 VwGO), y solamente en los casos tasados (§ 80.2 VwGO)⁹⁵⁷ en que se exceptiona ese efecto, le corresponde al tribunal competente

⁹⁵⁶ El tenor literal es el siguiente: § 80: «(1) El recurso administrativo previo y la acción impugnatoria tienen efecto suspensivo. Esto también rige para actos administrativos constitutivos y declarativos así como para actos administrativos con doble efecto (art. 80a).

(2) 1 El efecto suspensivo no corresponde [procede] en

1. la imposición de impuestos públicos y costes,
2. órdenes y medidas improrrogables de oficiales de policía,
3. otros casos previstos por ley federal o derecho de un Land mediante ley de un Land, en especial para recursos administrativos previos y acciones de terceros, contra actos administrativos que contemplen inversiones o la creación de puestos de trabajo,
4. los casos en que la ejecución inmediata sea ordenada especialmente, por interés público o por un interés predominante de una parte de la autoridad administrativa que emitió el acto o que debe decidir sobre el recurso administrativo previo.

Los Länder pueden determinar, también, los remedios [recursos] que no contienen efectos suspensivos mientras se dirijan a medidas en el ámbito de la ejecución administrativa forzosa según el derecho federal.

(3) En los casos del apart. 2, nro. 4, se debe fundamentar por escrito el especial interés en la ejecución inmediata del acto administrativo. No se requiere una fundamentación especial si la autoridad administrativa, en peligro inminente, particularmente en caso de amenaza de perjuicios para la vida, la salud o propiedad, toma preventivamente dicha medida de emergencia en base al interés público.

4) La autoridad administrativa que haya emitido el acto administrativo o debía decidir sobre el recurso administrativo previo puede, en los casos del apart. 2, suspender la ejecución en la medida en que las leyes federales no dispongan otra cosa. También puede suspender la ejecución como medida preventiva en caso de imposición de impuestos públicos o costes previa caución. La suspensión en casos de impuestos públicos y costos debe proceder si existen dudas serias en cuanto a la legalidad del acto administrativo atacado o cuando la ejecución del pago de los impuestos y/o costos tuviere consecuencias de rigor injustas que no son exigidas por intereses públicos predominantes.

(5) A solicitud, el tribunal de la causa principal puede ordenar el efecto suspensivo en forma total o parcial en los casos del apart. 2, nros. 1 hasta 3, en el caso del apart. 2, nro. 4, puede reestablecerlo en forma total y parcial. La demanda es admisible aún antes de la interposición de la acción impugnatoria. Si en el momento de la decisión el acto ya se encontrara ejecutado puede el tribunal ordenar la suspensión de la ejecución. El reestablecimiento al estado anterior del efecto suspensivo puede depender de un seguro de garantía o de otras obligaciones accesorias. También puede ser estipulado un plazo.

(6) En los casos del apart. 2, nro. 1, sólo es admisible la demanda según apart. 5 cuando la autoridad administrativa haya denegado total o parcialmente la solicitud de suspensión de la ejecución. Esto no rige cuando

1. la autoridad administrativa sin comunicar una motivación suficiente, dentro de un plazo razonable, no haya decidido sobre la solicitud, o
2. amenace una ejecución forzosa.

(7) El tribunal de la causa principal puede, en cualquier momento, modificar o revocar las demandas adoptadas según el apart. 5. Cada parte puede solicitar la modificación o la revocación, por cambio de circunstancias o por circunstancias que no ha hecho valer con anterioridad sin culpa en el proceso originario.

(8) En casos urgentes puede decidir el presidente.»

(Según la traducción argentina de los profesores Pedro ABERASTURY, Hermann-Josef BLANKE, Evelyn Patrizia GOTTSCHAU y Karl-Peter SOMMERMANN, en ABERASTURY, Pedro (Coord.), *Ley de la justicia administrativa alemana*, cit., pp. 162-163.)

⁹⁵⁷ A pesar de la aparente restricción de supuestos donde procede la excepción del régimen suspensivo, el § 80.2.4 permite que la autoridad que dictó el acto o la competente para resolver el recurso administrativo ordene la ejecutividad inmediata del acto. Como subraya Santiago J. GONZÁLEZ-VARAS respecto de este § 80.2.4, parece «conferir a la Administración el protagonismo suficiente para que, en fin, decida en qué casos procede o no la suspensión del acto. El § 80.2.4 concede el suficiente margen apreciativo para que la Administración proceda a exceptonar los criterios de la Ley tendentes a la automática suspensión» (GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago J., *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*,

ordenar el efecto suspensivo a solicitud del recurrente, si lo estima conveniente en base a los tradicionales principios del *periculum in mora* y del *fumus boni iuris* (§ 80.5 VwGO)⁹⁵⁸.

El efecto suspensivo, de exclusiva aplicación para aquellos casos en que en el proceso principal proceda la pretensión de anulación del acto impugnado, inicia sus efectos con la mera interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo⁹⁵⁹.

Para aquellos casos en que un tercero recurra un acto administrativo que favorezca a su destinatario, el § 80a VwGO⁹⁶⁰ contempla «un mecanismo que permite, tanto a la autoridad administrativa como al tribunal contencioso-administrativo, tras una ponderación de intereses, ordenar la ejecutabilidad inmediata del acto»⁹⁶¹, en cuyo caso no se aplicaría la suspensión. Si, contrariamente, no se declara la ejecutividad inmediata, el acto quedaría igualmente sometido al régimen de suspensión.

Una posible equivalencia de este sistema, traído a nuestra LJCA y adaptado para operar exclusivamente en casos de corrupción y estrictamente reservado a la impugnación judicial de los actos, podría establecerse en un artículo propio (por ejemplo, un nuevo art. 129bis) y tener una literalidad como esta:

129bis.

La impugnación de actos de la Administración pública que estén clasificados como sujetos a riesgo de corrupción tiene efectos suspensivos.

Excepcionalmente, el juez o tribunal podrá acordar la no suspensión del acto impugnado cuando su acuerdo se estime gravemente dañoso para el interés general.

Civitas-Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 218).

⁹⁵⁸ DE LA SIERRA, Susana, *Tutela cautelar contencioso-administrativa y Derecho europeo. Un estudio normativo y jurisprudencial*, cit., p. 175.

⁹⁵⁹ BACIGALUPO, Mariano, “El sistema de tutela cautelar en el contencioso-administrativo alemán tras la reforma de 1991”, *Revista de Administración Pública*, núm. 128, mayo/agosto, 1992, pp. 413-452, pp. 418 y 424. También, GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago J., *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, cit., p. 217.

⁹⁶⁰ § 80a: «(1) Cuando un tercero interpone un remedio [recurso] contra un acto administrativo dirigido a otra persona que lo beneficia puede la autoridad administrativa:

1. a solicitud del beneficiado según el art. 80, apart. 2, nro. 4, ordenar la inmediata ejecución,
2. a solicitud de un tercero según el art. 80, apart. 4, suspender la ejecución y tomar medidas preventivas a fin de asegurar los derechos del tercero.

(2) Cuando un afectado interpone un remedio [recurso] por un acto administrativo que lo perjudica pero beneficia a un tercero, la autoridad administrativa puede a solicitud del tercero según el art. 80, apart. 2, nro. 4, ordenar la inmediata ejecución.

(3) El tribunal puede, a solicitud, modificar o revocar las medidas de acuerdo con los aparts. 1 y 2 o adoptar dichas medidas. Art. 80, aparts. 5 hasta 8 se aplican por analogía.» (Según la traducción argentina de los profesores Pedro ABERASTURY, Hermann-Josef BLANKE, Evelyn Patrizia GOTTSCHAU y Karl-Peter SOMMERMANN, en ABERASTURY, Pedro (Coord.), *Ley de la justicia administrativa alemana*, cit., p. 164.)

⁹⁶¹ SOMMERMANN, Karl-Peter, “El papel de la Ley alemana de la justicia administrativa para la realización del Estado de Derecho”, cit., p.10.

Sin embargo, tal y como hemos avanzado, creemos que la respuesta no pasa por confiar exclusivamente en el cambio de práctica judicial ni por determinar, por ley, la suspensión automática de los actos tratando de acomodar a nuestro sistema un precepto contenido en un sistema contencioso-administrativo de diversa inspiración al nuestro, con los problemas que ello pueda ocasionar⁹⁶².

3.3.2.- *Nuestra propuesta para el impulso de las medidas cautelares ante casos de corrupción*

Alcanzar los propósitos en la lucha anticorrupción antes identificados (en particular, el control eficaz y la sanción efectiva, incluyéndose el impedir que de los actos producidos como consecuencia de prácticas de corrupción surta efecto alguno que pueda beneficiar a los partícipes en la ilegalidad) implica abordar necesariamente los dos problemas relativos a la adopción de medidas cautelares ya descritos (esto es, corregir las reticencias judiciales para adoptar medidas cautelares en materia urbanística y evitar que la falta de solicitud de medidas cautelares por las partes impida que alguna de estas medidas pueda ser adoptada). A nuestro juicio, la mejor manera de solventarlos pasa por modificar la LJCA en dos extremos. Por un lado, debería permitirse que los jueces y tribunales adoptaran de oficio medidas cautelares en casos en que concurren elevados riesgos de corrupción; y por el otro, debería exigirse la adopción de medidas cautelares cuando, en esos casos en que hay riesgo de corrupción, las alegaciones de la parte actora se fundamenten en prácticas de corrupción pública concretas que, a su juicio, guarden relación directa con la adopción del acto impugnado.

Respecto de la primera medida, hay que referir que aunque finalmente la LJCA de 1998 no contemplara en su texto definitivo la posibilidad de la actuación de oficio por parte del juez o tribunal en materia de medidas cautelares, esta posibilidad sí fue planteada durante la elaboración de dicha ley⁹⁶³.

La segunda medida propuesta consistiría en reducir el margen de discrecionalidad judicial o libre valoración de los distintos intereses en conflicto respecto de la adopción de medidas cautelares. Ahora bien, esta reducción entendemos que no debe aplicarse de

⁹⁶² Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*, cit., pp. 301-302.

⁹⁶³ La enmienda núm. 26, presentada por el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) proponía una regulación alternativa para las medidas cautelares que incluía la posibilidad de la actuación de oficio, aunque solamente respecto de la impugnación de disposiciones de carácter general. Específicamente, el art. 124.1, en la redacción propuesta a través de esa enmienda, tenía el siguiente tenor literal: «En cualquier momento del proceso las partes podrán solicitar la tutela cautelar de los intereses o derechos que traigan a aquél. En el caso de que lo cuestionado sea una disposición de carácter general, el Juez o Tribunal también podrá actuar de oficio» (vid. *Boletín oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, de 24 de noviembre de 1997, Serie A, núm. 70-8, p. 59).

forma generalizada a cualquier supuesto, sino únicamente en aquellos casos en que el objeto de la impugnación sea un acto especialmente sujeto a riesgos de corrupción y, además, en el caso concreto se ponga de relieve la presunta existencia de corrupción. Creemos que solo en esos casos estaría justificado favorecer la adopción de las medidas cautelares adecuadas (idónea y suficiente parece a este respecto la suspensión cautelar de actos administrativos) mediante la propuesta reducción, *ex lege*, de la actual potestad judicial para decidir sobre la procedencia de la adopción de la medida cautelar.

No se nos escapa que una cláusula con este contenido en la LJCA puede prestarse a abusos, de tal modo que, con la única finalidad de suspender actos desfavorables o inconvenientes, el recurrente alegue prácticas de corrupción inexistentes y solicite la suspensión del mismo acto. Para evitar un uso abusivo de esta cláusula, a nuestro juicio la LJCA ya dispone de mecanismos suficientes, pues el art. 133 LJCA, en su apartado tercero, contempla la posibilidad de exigir responsabilidad por el daño sufrido a causa de la adopción de medidas cautelares propuestas por el solicitante. También sirve de contrapeso para evitar el abuso de esta cláusula, respecto de la medida cautelar adoptada de oficio que proponemos, la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia (arts. 292 LOPJ y ss.), o, en su caso, la responsabilidad penal del juez por prevaricación (arts. 446 y ss. CP), respuestas ambas que ya prevé nuestro ordenamiento para evitar el ejercicio arbitrario y abusivo de la potestad jurisdiccional, en garantía de una buena administración de justicia, por lo que no estimamos necesaria la introducción de contrapesos adicionales.

Con la única finalidad de aportar un ejemplo del tipo de modificaciones que esta propuesta supondría, presentamos a continuación el texto de la vigente LJCA en letra cursiva, con las adiciones en negrita de aquellas cláusulas que podrían introducirse para solventar los problemas descritos en materia de medidas cautelares. Tras la presentación de la propuesta, se incluyen algunos comentarios explicativos del texto añadido.

CAPÍTULO II

Medidas cautelares

Artículo 129.

- 1. Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia.*
- 2. Si se impugnare una disposición general, y se solicitare la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, la petición deberá efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda.*
- 3. Si se impugnare un acto sujeto a un elevado riesgo de corrupción y las alegaciones de la parte actora se fundamentaren, por la presunta comisión de delito contra la Administración Pública, en la nulidad de dicho acto de acuerdo con la letra d) del apartado 1 del artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico*

de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se adoptarán, de oficio o a instancia de persona interesada, las medidas adecuadas para evitar la ejecución del acto impugnado y asegurar la efectividad de la sentencia.

Artículo 130.

*1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso, **con excepción de lo dispuesto en el artículo 129.3.***

*2. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada. **En el caso previsto en el artículo 129.3, la medida cautelar podrá no acordarse únicamente cuando de dicha medida pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales.***

Artículo 131.

El incidente cautelar se sustanciará en pieza separada, con audiencia de la parte contraria, que ordenará el Secretario judicial por plazo que no excederá de diez días, y será resuelto por auto dentro de los cinco días siguientes. Si la Administración demandada no hubiere aún comparecido, la audiencia se entenderá con el órgano autor de la actividad impugnada.

Artículo 132.

*1. Las medidas cautelares estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que se hayan acordado, o hasta que éste finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley. No obstante, podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado, **tales como la constatación de inexistencia de corrupción pública relacionada con la adopción o ejecución del acto impugnado.***

2. No podrán modificarse o revocarse las medidas cautelares en razón de los distintos avances que se vayan haciendo durante el proceso respecto al análisis de las cuestiones formales o de fondo que configuran el debate, y, tampoco, en razón de la modificación de los criterios de valoración que el Juez o Tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar.

Con esta propuesta de reforma pretendemos que, en casos en que haya riesgo cierto de corrupción, la adopción de la medida cautelar sea la regla general y la práctica común. Explicaremos a continuación, más detalladamente, el contenido específico del ejemplo de reforma propuesto.

La única modificación hecha al art. 129 LJCA ha consistido en la adición de un nuevo apartado, con el que hemos buscado que se deban adoptar, de oficio o a instancia de parte, medidas cautelares con el objetivo de evitar las tan lamentadas inejecuciones de sentencias urbanísticas en casos de corrupción.

En todo caso conviene recordar que este trabajo se centra en buscar soluciones para atajar el problema de la corrupción en el urbanismo y no en solventar otros problemas conexos como la extendida indisciplina urbanística, o cualquier otra cuestión relacionada con ilegalidades en este ámbito sectorial. Por tanto, en lugar de extender este régimen reglado de concesión (u adopción de oficio) de medidas cautelares a cualquier supuesto de impugnación de actos de ámbito urbanístico, lo hemos querido restringir únicamente a los supuestos graves de corrupción pública, motivo por el que hemos asociado la causa de nulidad del acto con el art. 62.1.d Ley 30/1992 y con la presunta comisión de delitos contra la Administración pública.

Los delitos de corrupción, según entendemos tal concepto en este trabajo, incluyen los delitos contenidos en el Tít. XIX (Libro II) del Código Penal y no los delitos que afectan a otros bienes jurídicos, como los delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente del Tít. XVI (Libro II) que, como ya dijimos, no son en sentido estricto delitos de corrupción.

Por otro lado, hemos considerado adecuada la referencia al art. 62.1.d Ley 30/1992 porque, como también dijimos en el apartado 1.3 del Capítulo I de este trabajo, las principales conductas de corrupción pública, en su vertiente más grave, están tipificadas en el Código Penal (Libro II, Tít. XIX). Por tanto, los actos administrativos que deriven de tramas más o menos complejas de corrupción pública serán muy probablemente constitutivos de infracción penal o dictados a consecuencia de una infracción penal (en nuestra propuesta, de las recogidas en el Tít. XIX CP), y en todo caso podría fundamentarse la pretensión de anulación en el citado art. 62.1.d Ley 30/1992.

Por otra parte, somos conscientes, sin embargo, que esta propuesta de reforma puede estar sujeta a una innecesaria litigiosidad en su redacción actual debido a la incorporación de la expresión «sujeto a elevados riesgos de corrupción» ya que tan indeterminado sería hoy el concepto «corrupción» como el de «elevado riesgo». Creímos apropiada esa cláusula por su coherencia con el resto de propuestas, y en particular la propuesta comentada en el precedente apartado 3.3.1 de este Capítulo, pues creemos que para frenar la corrupción no basta una sola medida, sino la aplicación conjunta de varias medidas. Por ello, esta medida se apoya parcialmente en aquella primera para funcionar, y requiere que anualmente la Administración publique una memoria que sirva para ordenar la política anticorrupción a partir de un análisis único, sujeto a evaluación y revisión continua, que determine los ámbitos y actuaciones de riesgo, de tal modo que cualquier norma pueda contener referencias a dichos ámbitos, y que tales referencias sean, así, interpretadas en base a ese análisis público oficial.

Si se careciera de un instrumento como el mencionado, la mejor opción sería abandonar esa terminología y, directamente, tratar de listar los actos sujetos a mayores riesgos de corrupción. En nuestro ámbito, y según el análisis del fenómeno realizado, diríamos

que los únicos actos con riesgos de corrupción que sea urgente suspender son las licencias urbanísticas y los acuerdos de aprobación de los instrumentos de planeamiento (no vemos esa urgencia suspensiva en los actos que puedan dictarse en funciones de sanción o inspección en ejercicio de la disciplina urbanística, y menos aún la inactividad en el ejercicio de la inspección o sanción). Así, la alternativa regulatoria pasaría por listar ambos supuestos explícitamente en el art. 129.3 LJCA, del siguiente modo:

Artículo 129.

(...)

3. Si se impugnare la concesión de una licencia urbanística o el acuerdo de aprobación de instrumentos de planeamiento urbanístico y las alegaciones de la parte actora se fundamentaren, por la presunta comisión de delito contra la Administración Pública, en la nulidad de dicho acto de acuerdo con la letra d) del apartado 1 del artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se adoptarán, de oficio o a instancia de persona interesada, las medidas adecuadas para evitar la ejecución del acto impugnado y asegurar la efectividad de la sentencia.

Finalmente, las adiciones propuestas para el art. 130 LJCA suponen un refuerzo de la medida del art. 129.3 (tal y como se expondrá en el siguiente apartado de este trabajo), y la adición del art. 132 corresponde, por su parte, a un mero recordatorio, que, aunque innecesario, serviría para dejar clara la posibilidad de corregir juicios precipitados sobre la apariencia o no de existencia de corrupción pública en cada caso concreto.

Como complemento a lo propuesto, podría resultar de interés contemplar también la posibilidad de suprimir las costas resultantes del incidente de medidas cautelares para que la desestimación de las mismas no implique la condena al pago de las costas aun cuando el actor pudiera ver finalmente estimada su pretensión de fondo salvo, claro está, que la parte haya incurrido en temeridad o mala fe. Así lo propuso la Sección Especial para la reforma de la LJCA⁹⁶⁴, extendiendo la propuesta de liberar de las costas

⁹⁶⁴ La nueva redacción del art. 139.3 LJCA propuesta por la Sección Especial para la reforma de la LJCA se concretó en el siguiente texto: «Art. 139.3 LJCA: La cuantía de las costas, en cuanto se refiere a la compensación por los gastos de defensa y representación técnica, se determinará en la sentencia o resolución que las imponga, conforme a la escala reglamentariamente establecida. La imposición de las costas podrá ser a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima. No se incluirán en las costas los gastos de abogado y procurador correspondientes a los codemandados voluntarios. En el caso de acciones de responsabilidad dirigidas conjuntamente contra varias Administraciones Públicas, o contra una Administración Pública y un particular codemandado necesario, la sentencia estimatoria fijará la parte que corresponde pagar a cada una de los demandados. Si la sentencia es desestimatoria, las costas se abonarán a los demandados por partes iguales.

»No se impondrán las costas en el incidente de medidas cautelares, salvo que el juez en la sentencia aprecie temeridad o mala fe de la parte, en la petición o en la oposición a la medida, o se trate de alguno de los supuestos de los artículos 29 y 30.» (Vid. COMISIÓN GENERAL PARA LA CODIFICACIÓN (SECCIÓN ESPECIAL PARA LA REFORMA DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA), *Informe*

también para la parte que se opone a las medidas cautelares, igualmente salvo temeridad o mala fe, y deja como excepción únicamente los casos de los arts. 29 y 30 LJCA, referidos a acciones ante la inactividad de la Administración frente a una obligación o un acto firmes y ante un supuesto de vía de hecho. En términos generales nos parece una medida muy apropiada en la medida en que la reducción de los desincentivos para los recurrentes que se plantean la proposición de medidas cautelares supondría, a nuestro juicio, un incremento en su solicitud, atenuando así parte del problema diagnosticado. Esta medida, tal y como viene propuesta por la Sección Especial sería suficiente para ser aplicada en casos de corrupción puesto que se trata de una regla general cuya única distinción es la reserva respecto de los casos contemplados en los arts. 29 y 30 LJCA. Si circunscribiéramos la eficacia de esa medida a la corrupción aquí estudiada, podríamos proponer un artículo 139 LJCA con este tenor literal:

Artículo 139.3

(...)

No se impondrán las costas en el incidente de medidas cautelares cuando se impugne un acto sujeto a un elevado riesgo de corrupción y las alegaciones de la parte actora se fundamenten, por la presunta comisión de delito contra la Administración Pública, en la nulidad de dicho acto de acuerdo con la letra d) del apartado 1 del artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, salvo que el juez en la sentencia aprecie temeridad o mala fe de la parte.

O bien;

Artículo 139.3.

(...)

No se impondrán costas en el incidente de medidas cautelares cuando se impugne la concesión de una licencia urbanística o el acuerdo de aprobación de instrumentos de planeamiento urbanístico y las alegaciones de la parte actora se fundamentaren, por la presunta comisión de delito contra la Administración Pública, en la nulidad de dicho acto de acuerdo con la letra d) del apartado 1 del artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, salvo que el juez en la sentencia aprecie temeridad o mala fe de la parte.

3.3.3.- Efectos y justificación de la reforma propuesta

El principal efecto que produce esta reforma es la limitación del ejercicio del legítimo arbitrio que la ley reconoce a los jueces y tribunales para que puedan acordar la

explicativo y propuesta de anteproyecto de ley de eficiencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cit., pp. 105-109.)

adopción de medidas cautelares en base a la apreciación del previsible *periculum in mora*, la ponderación de los intereses generales y de terceros y el *fumus boni iuris*. Sin embargo, esa limitación de la discrecionalidad judicial⁹⁶⁵ es parcial, restringida a aquellos casos en que el acto esté considerado como sujeto a elevado riesgo de corrupción y, además, la impugnación del mismo guarde relación con una presunta práctica corrupta en su elaboración o adopción. Así, únicamente en estos casos queda cercenada la discrecionalidad valorativa del juez a favor de la aplicación de un mecanismo mucho más reglado en el que la adopción de medidas cautelares (sean o no propuestas por la parte recurrente) dependerá de la concurrencia de los elementos detallados en el propuesto art. 129.3 LJCA: 1) que el acto o disposición esté sujeto a riesgo de corrupción y 2) que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en la existencia de prácticas de corrupción pública delictivas.

La concurrencia de los elementos reglados, sin embargo, tampoco es suficiente en nuestra propuesta para determinar automáticamente la adopción de tales medidas, pues se sigue reservando, aunque limitado, cierto margen valorativo del órgano judicial. Si bien entendemos que se debe presumir el *periculum in mora* (art. 129.1 LJCA) siempre en los casos de corrupción que además impliquen una previsible alteración del suelo difícilmente reversible (y que hemos plasmado en el añadido propuesto al art. 130.1 LJCA)⁹⁶⁶, seguimos creyendo oportuno dejar abierta la posibilidad de no adoptar medidas cautelares en casos de corrupción en aquellas situaciones en que su adopción pudiera implicar una perturbación grave de los intereses generales (según lo propuesto en el añadido al art. 130.2 LJCA). En este último aspecto, como se puede ver, hemos optado por suprimir la posibilidad de tener en cuenta los intereses de terceros que sí opera en el régimen general (art. 130.1 LJCA). La justificación de tal decisión la encontramos, una vez más, en los mismos rasgos del fenómeno estudiado: tal y como vimos, los terceros que pueden verse afectados por la medida cautelar que, por ejemplo, suspenda licencias urbanísticas para edificar, suelen ser los mismos terceros que habrían participado en la trama corrupta, como el solicitante de la licencia que paga un soborno al alcalde para obtener la licencia que lo habilita a construir un hotel en suelo no

⁹⁶⁵ Sobre el concepto de discrecionalidad judicial, aunque centrado en su control por órganos ajenos al Poder Judicial, vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “Del control de la discrecionalidad administrativa al control de la discrecionalidad judicial”, *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, enero/diciembre 1983, pp. 1083-1099.

⁹⁶⁶ De este modo se liberaría al actor de la carga de la prueba, en sede cautelar, respecto de los daños irreversibles (aunque seguiría existiendo la carga de la prueba, al menos indiciariamente, de la existencia de corrupción). Como es sabido, el Tribunal Supremo exige, de forma general, que el interesado en obtener la suspensión pruebe adecuadamente «qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, sin que baste una mera invocación genérica» (STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 5 de julio de 2012, cit., FD 4º). En el mismo sentido, la jurisprudencia de Tribunales Superiores de Justicia ha insistido en «señalar que en la valoración de la medida cautelar solicitada es preciso en primer lugar que la parte aporte una cumplida prueba de la acreditación del perjuicio grave e irreparable ya que la mera enunciación de ese perjuicio no supone tal acreditación. [...] Por lo tanto es carga probatoria del solicitante ese extremo» (STSJ de Islas Baleares, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 1ª), de 1 de octubre de 2014, recurso de apelación núm. 187/2014, ponente Dª. Alicia Esther Ortuño Rodríguez, FD 4º).

urbanizable.

Como es bien sabido, la jurisprudencia ha entendido que existe, además, otro elemento valorativo a ponderar a efectos de acordar, en su caso, medidas cautelares. Se trata del *fumus boni iuris*⁹⁶⁷. Este elemento ha servido en la práctica para favorecer la adopción de medidas cautelares⁹⁶⁸, y ha entendido la doctrina que no podría utilizarse ese criterio, que no figura expresamente en la ley⁹⁶⁹, para denegar la adopción de medidas cautelares, y mucho menos cuando además concorra *periculum in mora*⁹⁷⁰. Sin embargo, en el ámbito urbanístico⁹⁷¹ se han adoptado resoluciones judiciales denegando medidas cautelares asignando al *periculum in mora* y a la ponderación de intereses un papel subordinado respecto del criterio del *fumus boni iuris*, aun cuando el Tribunal Supremo ha reiterado que «[l]a medida cautelar [...] intenta salvaguardar que la futura sentencia pueda ser cumplida, y que su pronunciamiento tenga un efecto útil, soslayando que se produzcan situaciones irreversibles»⁹⁷², y en el mismo sentido el

⁹⁶⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 167 y ss., y en especial, pp. 175 y ss.

⁹⁶⁸ Incluso en sus primeras manifestaciones en la jurisprudencia nacional, sirvió para legitimar por sí mismo medidas cautelares. Con el paso del tiempo se fue corrigiendo, hasta quedar como un criterio más a aplicar (GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, cit., pp. 591-592). Desde 1997 se ha limitado solo a algunos casos concretos, que son: «al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente» (por todas, vid. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 5 de julio de 2012, cit., FD 4º), y finalmente se ha afirmado que la apariencia de buen derecho solo puede ser eficaz si se ha constatado previamente la existencia de un concreto *periculum in mora* (STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, secc. 4ª), de 23 de septiembre de 2014, rec. de casación núm. 3935/2013, ponente D. Ramón Trillo Torres, FD 2º).

⁹⁶⁹ El magistrado José Luis GIL ha entendido que este principio sí tiene una acogida específica en la LJCA, pero únicamente respecto de la inactividad de la Administración y las vías de hecho en el art. 136 LJCA (GIL IBÁÑEZ, José Luis, *Las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo. Una visión práctica*, Colex, Madrid, 2001, p. 40).

⁹⁷⁰ En palabras de Antonio BUENO y Manuel A. RODRÍGUEZ: «lo que no cabría bajo ningún concepto en nuestro ordenamiento —y, desde luego, nada similar hay en el Derecho comunitario— es la denegación de la medida cautelar solicitada, aun concurriendo el *periculum in mora*, sobre la base de la inexistencia de un *fumus boni iuris* positivo. Es decir, no es admisible rechazar la procedencia de la medida cautelar, aun existiendo *periculum in mora*, porque no exista alguna certeza o indicio especialmente sólido que avale una más que probable resolución favorable a la pretensión del justiciable. Ello supondría, sencillamente, exigir un requisito no previsto en la ley y convertir un instrumento ideado como ventaja para los ciudadanos en una carga. [...] En resumen, es el criterio del *periculum in mora* el que debe guiar, en principio, el juicio del Juez o Tribunal sobre la adopción de las medidas cautelares frente a actos administrativos, debiendo ser completado con la posterior ponderación de intereses. Todo ello sin perjuicio de que, en cuanto pueda resultar favorable para el acceso a la tutela cautelar, se deba tener también en cuenta el criterio del *fumus boni iuris*, que podría mitigar, en su caso, las exigencias del *periculum in mora*» (BUENO ARMIJO, Antonio y RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, Manuel A., “El *fumus boni iuris* como criterio contrario al solicitante de medidas cautelares. ¿Un traidor entre los aliados?: comentarios a los autos del TSJ de Cataluña, de 16 y 17 de junio de 2006, sobre suspensión cautelarísima del referéndum sobre la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña”, *Revista de Administración Pública*, núm. 172, enero/abril 2007, pp. 245-246).

⁹⁷¹ Aunque no ha sido éste el único ámbito en el que han proliferado esas prácticas de algunos Tribunales Superiores de Justicia, vid. BUENO ARMIJO, Antonio y RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, Manuel A., “El *fumus boni iuris* como criterio contrario al solicitante de medidas cautelares...”, cit.

⁹⁷² «Dicho en términos legales, las medidas pretenden "asegurar la efectividad de la sentencia" (artículo 129 de la Ley de la Jurisdicción). Con tal propósito, el riesgo derivado de la duración del proceso, el

propio Tribunal Constitucional ha entendido que la potestad de adoptar medidas cautelares por jueces y tribunal responde a la necesidad de asegurar la efectividad del pronunciamiento futuro, evitando la consolidación de situaciones irreversibles (STC 218/1994, de 18 de julio, FJ 3º)⁹⁷³. Un ejemplo claro lo conforma la STSJ de Andalucía (Sala de lo contencioso-administrativo, secc. 2ª) de 5 de febrero de 2008, ya citada, en la que se solicitó cautelarmente la suspensión del acuerdo del Pleno del Ayuntamiento por el que se aprobó un proyecto de actuación para la construcción de un club de campo en suelo clasificado como no urbanizable-regadío, adoptado por el Ayuntamiento de Ronda. El TSJ, tal y como ya había hecho el Juzgado de lo contencioso administrativo núm. 1 de Málaga, no estima la adopción de la medida cautelar propuesta, si bien menciona la irreversibilidad previsible que originará la no adopción de las mismas: «[e]s verdad que esta Sala ha mantenido que la realidad y la práctica profesional evidencia que la transformación de los terrenos que toda obra urbanística comporta es difícilmente reversible pero también mantenemos que la suspensión cautelar ha de quedar reservada a aquellos supuestos extremos en que se evidencie, por la argumentación y prueba aportada, una posible actuación errónea e ilegal de la Administración Pública». Adicionalmente, creemos que en general contemplar el *fumus boni iuris* en casos en los que la supuesta causa de nulidad estribaría en la comisión de prácticas de corrupción no aporta ningún beneficio para combatir ese fenómeno, puesto que el análisis de la apariencia de buen derecho debe hacerse sin entrar en el fondo del asunto en vía contencioso-administrativa, y la corrupción, en sí misma, corresponde al fondo del asunto y deberá ser investigada en el orden penal, y, además, buena parte de los actos y disposiciones resultantes de prácticas corruptas muestran una aparente legalidad, mientras que su ilegalidad derivaría de intercambios y relaciones que los implicados habrán tratado de ocultar.

En consecuencia, y en aras a evitar que se abuse del criterio del *fumus boni iuris* para perpetuar la indemnidad de las construcciones promovidas por prácticas de corrupción, hemos optado por establecer una literalidad en la norma que parece no dejar margen para su ponderación en los casos de impugnación de actos sujetos a riesgos de corrupción, pues de acuerdo con nuestro añadido en el art. 130.2 LJCA, únicamente se puede denegar una medida cautelar en estos casos de riesgo en base a la apreciación de una perturbación grave de los intereses generales⁹⁷⁴.

"periculum in mora", se erige, en el artículo 130 de la citada Ley Jurisdiccional, como uno de los presupuestos esenciales para la adopción de la medida cautelar, al tener que tomar en consideración, en la decisión cautelar, que "la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso". La medida cautelar, por tanto, intenta salvaguardar que la futura sentencia pueda sea cumplida, y que su pronunciamiento tenga un efecto útil, soslayando que se produzcan situaciones irreversibles» (STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, secc. 4ª), de 29 de mayo de 2014, rec. de casación núm. 3182/2013, ponente D. Segundo Menéndez Pérez, FD 4º).

⁹⁷³ Vid. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, "Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa en España", en CIENFUEGOS SALGADO, David y LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro (coords.), *Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz. Derecho procesal*, UNAM, México, 2005, pp. 301-324, pp. 303-304.

⁹⁷⁴ Tampoco sería una medida que innovara en este aspecto pues, según se ha entendido, el art. 132.2

3.3.4.- Medidas cautelares y cuestiones prejudiciales: el papel de las jurisdicciones contencioso-administrativa y penal, y sus relaciones

La rápida y efectiva adopción de medidas cautelares que aquí pretendemos reforzar tiene por finalidad evitar que surtan efecto los actos o disposiciones generales que puedan verse afectados por la aplicación de la causa de nulidad de pleno Derecho de los actos administrativos⁹⁷⁵ «que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de esta» (lo que incluye los delitos de corrupción pública, tales como el cohecho, el tráfico de influencias o las negociaciones prohibidas a los funcionarios), *ex art. 62.1.d LRJPAC*. Para ello será preciso que recaiga sentencia penal firme⁹⁷⁶.

A pesar de las medidas propuestas en sede contencioso-administrativa, no olvidamos que la sede principal para tratar la corrupción es la penal. En primer término, la jurisdicción contencioso-administrativa se encargará de la rápida adopción de medidas cautelares que suspendan la eficacia de aquellas licencias e instrumentos de planeamiento que pueden implicar la transformación irreversible de los terrenos afectados, y que a la postre puede traducirse en inejecución de la sentencia que anula las licencias o acuerdos de aprobación de planes urbanísticos en particular y ordena la demolición de lo ilegalmente construido. Al orden penal correspondería pronunciarse sobre la existencia o no de delito, y en base a tal pronunciamiento, en sede contencioso-administrativa se debería proceder, en su caso, a anular definitivamente ese acto administrativo.

No hay que olvidar que en el fondo, una vez adoptada como prevención la medida cautelar que garantizaría la efectividad de la sentencia y, en nuestro caso, la efectividad de la sanción de la corrupción (pues ninguna duda cabe que ordenar la demolición de, por ejemplo, lo que se consiguió edificar por haber sobornado a miembros del pleno de la corporación local es una forma de evitar que quien entregó la dádiva se beneficie de ese acto de corrupción), la posterior anulación del acto suspendido dependerá en principio del proceso penal correspondiente. Por tanto, para que realmente sean efectivas nuestras propuestas de mejora de las medidas cautelares es necesario también que, además de reformarse la LJCA, se asegure en la práctica una coordinación

LJCA también excluye de forma implícita el recurso a la apariencia de buen derecho (en este caso, para la modificación o revocación de la medida cautelar adoptada). Vid. GIL IBÁÑEZ, José Luis, *Las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo. Una visión práctica*, cit., pp. 40-41.

⁹⁷⁵ Si bien la causa de nulidad de pleno Derecho de las disposiciones administrativas se ubica en el apartado 2 del art. 62 LRJPAC, no hay que olvidar que en nuestra materia, cuando ha habido disposiciones generales, como los planes urbanísticos, envueltas en casos de presunta corrupción, se ha pretendido la anulación del acuerdo del pleno del ayuntamiento mediante el cual se aprobó el plan. P. ej. Vid. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 6ª), de 28 de febrero de 1995, rec. núm. 2485/1992, ponente D. Juan Manuel Sanz Bayón.

⁹⁷⁶ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo. Parte general*, 10ª ed., cit., p. 567.

suficiente entre las jurisdicciones contencioso-administrativa y penal. Veamos cómo debería fluir dicha relación idealmente a partir de un ejemplo.

Imaginemos que una persona tiene conocimiento de que un tercero ha obtenido una licencia para construir un hotel en un suelo no urbanizable sometido a un régimen de especial protección mediante el pago ilícito de una cuantiosa suma de dinero al alcalde y al concejal de urbanismo. Esa persona, sin importar particularmente la relación que tenga con el tercero, el suelo afectado o la construcción proyectada (pues en materia urbanística se contempla la acción pública), termina decidiéndose a impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa esa licencia. Tomada esa decisión y habida cuenta de que tiene conocimiento de un hecho presuntamente delictivo, debería recurrir el acto administrativo por la causa contemplada en el art. 62.1.d LRJPAC y realizar cuanto sea pertinente para poner los hechos delictivos en conocimiento de la autoridad competente para que se inicie un proceso penal. En ese punto, tanto se puede iniciar el proceso contencioso-administrativo antes como después de que lo haga el penal, y esta situación conducirá a la necesidad de plantear una cuestión prejudicial⁹⁷⁷.

Estaríamos ante una cuestión prejudicial devolutiva⁹⁷⁸ remitida a un juez de la jurisdicción penal, que implicaría, además, la suspensión del proceso contencioso-administrativo hasta la resolución de los aspectos criminales en vía penal. De acuerdo con el art. 4 LJCA, la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer y decidir respecto de las cuestiones prejudiciales planteadas directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo se extiende a todas las cuestiones, salvo tres excepciones: lo dispuesto en los tratados internacionales, las de carácter constitucional y, lo que aquí importa, también las de carácter penal. Por tanto, si el juez o tribunal debe pronunciarse sobre la nulidad o no de aquellos acuerdos administrativos que pueden haberse visto influidos o determinados por prácticas corruptas constitutivas de delito, además de adoptar con celeridad las medidas cautelares según lo propuesto, debería poner en conocimiento del Ministerio Fiscal (y,

⁹⁷⁷ Como señala Jesús GONZÁLEZ, «[l]a solicitud podrá hacerse en el «escrito de interposición del recurso», por «otrosí», o en cualquier otro escrito de los previstos en el procedimiento (así, demanda) o en escrito independiente» (GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, cit., p. 594).

⁹⁷⁸ Las cuestiones prejudiciales han sido definidas como «cuestiones conflictivas o controvertidas tan íntimamente ligadas a las cuestiones principales cuya resolución se constituye en presupuesto del contenido de la sentencia de fondo del si del delito o de la pena», y se entiende que son devolutivas cuando «la decisión de la cuestión prejudicial se remite a un juez de distinta jurisdicción del que debe dilucidar la cuestión principal» (vid. ROMERO TEJADA, José María, “Prejudicialidad penal. Incidencia en la actividad administrativa”, *Cuadernos de Derecho Local*, Fundación democracia y Gobierno Local, núm. 20, 2009, pp. 153-159, pp. 153 y 155). En opinión del magistrado Emilio ARAGONÉS, las notas principales de la cuestión prejudicial estriban justamente en su carácter heterogéneo (por atribuirse a distinto orden jurisdiccional al que pertenece la cuestión principal) y sustantivo (y no procesal), vid. ARAGONÉS BELTRÁN, Emilio, “La cuestión prejudicial administrativa desde la perspectiva del ordenamiento administrativo”, en ORTIZ BLASCO, Joaquín y MAHÍLLO GARCÍA, Petra (coords.), *La responsabilidad penal en la Administración Pública. Una imperfección normativa*, Fundación Democracia y Gobierno Local-Diputació de Barcelona, 2010, pp. 127-219, p. 135. En la misma línea, vid. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, cit., pp. 123-124.

en su caso, del juez penal) los hechos presuntamente delictivos⁹⁷⁹ y plantear cuanto antes la cuestión prejudicial para que se resuelva el aspecto penal con anterioridad⁹⁸⁰, o, si ya se ha iniciado paralelamente el proceso penal, debería reconocer, a instancia de parte o de oficio, la necesidad de esa prejudicialidad, suspendiendo en cualquier caso el proceso⁹⁸¹, pues no puede conocer de los aspectos penales ni tampoco podrá dictar sentencia «si ésta hubiere de fundarse en la declaración de haberse o no cometido determinado o determinados delitos al aprobar los actos impugnados en el recurso contencioso»⁹⁸².

Efectivamente, iniciado el proceso en sede penal, el juez o tribunal contencioso-administrativo deberá suspender las actuaciones en esa jurisdicción, en atención a lo ordenado por los arts. 10.2 LOPJ y 114 LECrim, que prevén la suspensión del procedimiento cuando concurra la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta; suspensión que alcanza hasta el momento en que dicha cuestión prejudicial sea resuelta por los órganos penales competentes, recayendo sentencia firme en la causa criminal, en cuyo caso podrá reanudarse el proceso contencioso-administrativo⁹⁸³.

Esta forma de proceder no siempre se ha dado así en los tribunales. De hecho, ha habido en la jurisprudencia casos directamente relacionados con la actividad urbanística y la comisión de delitos en que se ha obviado la necesidad de la prejudicialidad penal, situación que ha conducido a que, planteado recurso de casación ante el TS, este tribunal anulara actuaciones judiciales y fallos de tribunales superiores de Justicia, retrotrayendo los efectos de la nulidad de las actuaciones practicadas al momento en que el órgano judicial no pudo ya tener duda de la trascendencia de la cuestión prejudicial

⁹⁷⁹ Por aplicación supletoria del art. 40.1 LEC.

⁹⁸⁰ Así lo relata Juana MORCILLO: «en cuanto el juez considere la posible existencia de una infracción delictiva de la que dependa en exclusiva la sentencia principal, dictará una providencia dando traslado de los autos al Ministerio Fiscal. Éste, con la menor dilación posible —pues no se establece plazo alguno al respecto—, emitirá dictamen informando no tanto sobre la existencia de la cuestión prejudicial —pues tal extremo corresponde de un modo discrecional al juez— cuanto sobre la procedencia o no de la formación de la causa penal. Según tal dictamen, el juez administrativo pondrá los hechos en conocimiento del juez penal para que éste proceda a la incoación del correspondiente proceso penal, tras cuya acreditación podrá el juez, en el momento procesal oportuno, acordar la suspensión del proceso principal» (MORCILLO MORENO, Juana, *Teoría y práctica de las cuestiones prejudiciales en el ámbito del Derecho administrativo. Las posibles contradicciones entre resoluciones de distintos órdenes jurisdiccionales*, La Ley, Madrid, 2007, p. 292, nota 282).

⁹⁸¹ El propio Tribunal Supremo ha entendido que la apreciación de la existencia de una cuestión prejudicial penal es un problema de orden público procesal «que tiene carácter imperativo o ineludible para el órgano jurisdiccional y que éste debe estimar de oficio, aunque no haya sido alegada por las partes» (ATS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 6ª), de 22 de mayo de 1996, rec. núm. 2230/1993, ponente D. Manuel Goded Miranda, FD 3º).

⁹⁸² ATS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 6ª), de 28 de marzo de 1995, rec. núm. 10203/1991, ponente D. Pedro Antonio Mateos García, FD 2º.

⁹⁸³ Por todas, vid. ATS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 6ª), de 22 de mayo de 1996, rec. núm. 2230/1993, ponente D. Manuel Goded Miranda, donde el TS suspende la tramitación del recurso de casación hasta que se decida por resolución firme el proceso penal pendiente.

penal sobre su decisión final⁹⁸⁴. La relevancia que tiene el pronunciamiento penal en los procesos que tienen por finalidad determinar la validez de actos que pueden verse viciados por cuestiones relacionadas con actividades criminales (como la corrupción pública) fue señalada de forma muy clara por el TS en múltiples resoluciones de los años 1995 y 1996, especialmente referidas a la posibilidad de que la adopción de un plan urbanístico viera afectada su validez por haber podido concurrir la comisión de delitos. Al respecto se lee lo siguiente en la STS de 28 de febrero de 1995:

«Es evidente, pues, que si la aprobación de ese Plan de Ordenación y la iniciación del expediente expropiatorio son estimados, en su día, como actos delictivos, por la Jurisdicción Penal competente, los acuerdos del Pleno del Excmo. Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, serían nulos de pleno derecho, artículo 47.1.b) de la Ley, entonces vigente, de Procedimiento Administrativo de 17 julio 1958 [a estos efectos, este artículo es equivalente al art. 62.1.d LRJPAC hoy vigente] y por ende ineficaces y carentes de efectos jurídicos desde su mismo origen los expresados Acuerdos Municipales.

Por tanto, constituye una evidencia inobjetable, que la admisión de la querrela criminal dirigida contra las personas responsables de dichos actos, como consecuencia de la aprobación de los mismos, e iniciación del correspondiente procedimiento penal ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, constituye una cuestión prejudicial penal, cuya decisión está vedada a la jurisdicción contencioso-administrativa y que adquiere una importancia decisiva sobre la consideración que la Sala de este orden jurisdiccional de Sevilla pudiera realizar acerca de la validez de los antecitados actos administrativos, tal como expresó en su día el dictamen del Ministerio Fiscal sobre dicha materia, no pudiendo pues, prescindirse de la resolución que recaiga sobre esa cuestión prejudicial al condicionarse por ella de modo directo la válida existencia de los actos administrativos, pendientes del conocimiento de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla, de conformidad con la normativa antes citada, procediendo pues la estimación de este motivo casacional, con la consecuencia inexorable de la suspensión del trámite del proceso contencioso-administrativo de instancia desde que la Sala de Sevilla no pudo tener duda de la trascendencia de la cuestión prejudicial penal sobre su decisión final, lo que sucedió desde que los hechos debatidos en la instancia, quedaron allí definitivamente fijados, momento al que debe retrotraerse la necesaria declaración de nulidad de la sentencia impugnada y actos precedentes.»⁹⁸⁵

Por otro lado, tampoco podemos obviar que la apreciación de delito en sede prejudicial penal no necesariamente ha sido vista como determinante de la nulidad de los actos impugnados, tal y como quedó evidenciado en una relevante y criticada sentencia del Tribunal Supremo de 1974⁹⁸⁶, la cual guardaba relación, justamente, con la corrupción

⁹⁸⁴ Por todas, STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 6ª) de 2 de marzo de 1995, rec. núm. 2486/1992, ponente D. José María Sánchez-Andrade y Sal.

⁹⁸⁵ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 6ª), de 28 de febrero de 1995, cit.

⁹⁸⁶ Al respecto, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La nulidad de los actos administrativos que sean constitutivos de delito ante la doctrina del Tribunal Constitucional, sobre cuestiones prejudiciales administrativas apreciadas por los jueces penales. En particular, el caso de la prevaricación”, en ORTIZ

pública. En ese caso se suspendió el proceso contencioso-administrativo para que se pronunciara sobre los hechos la jurisdicción penal. En concreto, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo condenó a todos los miembros de un ayuntamiento por un delito de cohecho, por la aceptación de joyas que habían sido entregadas por la empresa adjudicataria de un contrato relativo a la prestación del servicio de autobuses urbanos. Sin embargo, reanudado el proceso contencioso-administrativo previamente suspendido, la Sala 4ª del Tribunal Supremo entendió que de los hechos probados en sede penal se extraía que la adjudicación era previa a la entrega de las joyas, y no resultaba clara la relación entre ese delito posterior y la adopción del acto, al no afirmarse que el sentido de la votación de los concejales en la adjudicación fuese movido por el regalo o su promesa, de tal modo que entendió que ese delito no suponía la nulidad radical del acto administrativo, que había sido impugnado por otro de los concursantes. Por tanto, a la luz de este antecedente, se puede afirmar que la influencia que el delito pueda tener en la invalidez del acto deberá valorarla y determinarla, caso por caso, el juez contencioso-administrativo, teniendo en cuenta, eso sí, que la anulación de un acto en base al art. 62.1.d LRJPAC requerirá en todo caso de una sentencia (condenatoria) firme.

Como se puede ver, adoptada la medida cautelar, el fondo de la cuestión (la nulidad o no del acto o disposición) precisará de un previo pronunciamiento penal, por lo que se deberá suspender el proceso contencioso-administrativo, plantearse la cuestión prejudicial ante la jurisdicción penal y una vez resuelto el incidente penal en esa sede deberá reanudarse el proceso contencioso-administrativo y declararse si ese delito afectaba efectivamente a la validez del acto impugnado. Éste sería el curso que, de ordinario, deberían seguir los procesos en que se impugna un acuerdo administrativo cuya adopción pudiera encontrarse viciada por la concurrencia de delitos relacionados con la corrupción pública, pues así lo establece el ordenamiento jurídico vigente.

3.4.- La promoción de los instrumentos necesarios para incrementar el acatamiento de las reglas de la ética pública y de la estricta legalidad en el ejercicio de funciones urbanísticas: los códigos éticos y de conducta urbanísticos, la formación ética, las consultas y las cartas de servicio urbanístico

Como muestran no solo los casos de corrupción sino, en general, cualquier caso de desarrollo urbanístico innecesario, excesivo y ambientalmente dañino e insostenible⁹⁸⁷, es necesario reforzar los principios de ética pública en los aspectos relacionados con el

BLASCO, Joaquín y MAHÍLLO GARCÍA, Petra (coords.), *La responsabilidad penal en la Administración Pública. Una imperfección normativa*, Fundación Democracia y Gobierno Local-Diputació de Barcelona, 2010, pp. 241-268 (originalmente publicado en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 98, 1998), pp. 246-248.

⁹⁸⁷ Al respecto, resulta de interés consultar los casos descritos, documentados y fotografiados en SCHULZ-DORNBURG, Julia, *Ruinas modernas. Una topografía del lucro*, Àmbit, Barcelona, 2012.

ejercicio de competencias urbanísticas⁹⁸⁸, para evitar que sea el ánimo de lucro de privados y Administraciones el factor que determine la planificación territorial y urbanística.

Analizando las causas de la corrupción, hemos podido observar que la falta de ética pública o integridad en el ejercicio del empleo o cargo es, en último término, la causa determinante de la corrupción pues, con independencia de los beneficios que uno racionalmente crea a su alcance a través de prácticas corruptas, no sucumbirá a éstas si sus valores, aplicados al ejercicio de su cargo, se ajustan a la integridad y a la ética pública⁹⁸⁹.

Además de los valores personales, que sin duda deberán reforzarse para asegurar su adecuación a la ética pública, también influye sobre el comportamiento individual la actitud del resto de compañeros, la ejemplaridad del liderazgo en la organización y el sistema de incentivos/desincentivos para actuar correctamente⁹⁹⁰.

Existen diferentes situaciones en las que se puede entender que algunos instrumentos de garantía de la integridad y de la buena administración (y el buen gobierno) en el ejercicio de las funciones públicas pueden contribuir a luchar contra la corrupción mediante, justamente, su influencia en la conducta de los empleados y cargos públicos.

Imaginemos, en primer lugar, una persona que comete una práctica de corrupción ignorando la ilicitud de su conducta. Esta situación podría imaginarse fácilmente en materia de regalos entregados en consideración del empleo o cargo relacionado con funciones urbanísticas, en nuestro caso, pues no existen criterios claros respecto de qué regalos podrían aceptarse. En este supuesto, sería de gran utilidad que la persona que ejerce funciones relacionadas con actividades urbanísticas sometidas a riesgos de corrupción dispusiera de un código indicando la conducta apropiada y así pudiese saber con exactitud qué regalos puede aceptar de forma lícita y qué regalos pueden ser cuestionados por suponer, en último término, una merma a la pretendida imparcialidad y objetividad en el desarrollo de sus funciones.

En segundo lugar, podemos pensar en una persona que comete una práctica de corrupción siendo plenamente consciente de su irregularidad, por lo que no habría aquí ninguna duda posible que resolver mediante un código que aconsejara unas líneas

⁹⁸⁸ En este sentido, GARCÍA RUBIO, Fernando, “Ética pública, corrupción y urbanismo”, *Actualidad Administrativa*, núm. 6, marzo 2007, pp. 660-672, pp. 660-661.

⁹⁸⁹ VILLORIA MENDIETA, Manuel, *Ética pública y corrupción*, cit., p. 40; KLITGAARD, Robert; MACLEAN-ABAROA, Ronald y PARRIS, H. Lindsey, *Corrupt cities: a practical guide to cure and prevention*, cit., p. 96.

⁹⁹⁰ TREVIÑO, Linda K.; WEAVER, Gary R. y REYNOLDS, Scott J. “Behavioral ethics in organizations: a review”, cit. Asimismo, y con posterioridad, vid. TREVIÑO, Linda K.; DEN NIEUWENBOER, Niki A. y KISH-GEPHART, Jennifer J., “(Un)Ethical behavior in organizations”, *Annual Review of Psychology*, vol. 65, 2014, pp. 635-660.

óptimas de actuación, ajustadas a la ética pública. En este caso, la corrupción se origina porque la persona que la practica quiere actuar de este modo claramente ilícito, pues considera que aprovecharse personalmente o beneficiar a su entorno mediante el ejercicio de las funciones públicas que tiene encomendadas es lo habitual, lo que se espera de él y lo que haría cualquier otra persona en su lugar⁹⁹¹. Aquí, sin duda, se requerirá de alguna medida formativa, con la finalidad de fomentar en el sujeto la idea de un servicio público que persiga los intereses generales, y que ponga énfasis en el aspecto marginal y perjudicial de la corrupción.

En tercer lugar, podemos pensar en una actuación corrupta, también deliberadamente alejada de los principios y reglas sobre el ejercicio de cargos y empleos públicos, cuya realización es posible por la ignorancia del sujeto privado que se relaciona con la Administración, por lo que, además de fijar claramente las reglas de conducta adecuadas para quienes prestan el servicio público, también es necesario ampliar la información de los privados que se relacionan con la Administración. En estos casos, será conveniente reforzar las consultas urbanísticas, de tal forma que se asegure su respuesta adecuada, comprensible y dentro de un plazo razonablemente breve. En efecto, en urbanismo, dada la especial complejidad de la materia, no es de extrañar que la jurisprudencia contenga casos en que algún cargo público se haya aprovechado de la complejidad normativa para exigir el pago de sobornos para la adopción de actos administrativos de naturaleza urbanística conformes al ordenamiento y a los que tenía derecho el particular⁹⁹². Otra prueba más de la complejidad del urbanismo y de la necesidad de información en la materia, no siempre atendida adecuadamente por la Administración pública, se puede leer en el informe anual del Síndic de Greuges de Catalunya correspondiente a la actividad del año 2011:

«Hay personas que se dirigen a la Administración para formular consultas urbanísticas con carácter previo a solicitar la licencia correspondiente y la Administración dilata excesivamente su respuesta (queja 01533/2010). Respecto de estas quejas, hay que partir del presupuesto de que el Texto refundido de la Ley de Urbanismo, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, reconoce, en el artículo 8, el derecho de todos a consultar y ser informados sobre los contenidos de los instrumentos de planeamiento y gestión urbanísticos. A tal efecto, este artículo añade, en el punto 4.d, que por reglamento deben desarrollarse las formas de consulta y divulgación de los instrumentos urbanísticos, los medios de acceso y, lo que es muy importante, la prestación de asistencia técnica para que las personas puedan comprenderlos correctamente. [...] El carácter eminentemente técnico de las normas urbanísticas no facilita la comprensión de las personas que no están

⁹⁹¹ JIMÉNEZ, Fernando y CARBONA, Vicente, “‘Esto funciona así’. Anatomía de la corrupción en España”, cit., pp. 13-14.

⁹⁹² Vid. SAP de Málaga (secc. 8ª) de 18 de enero de 2012, cit., en la que se describe la actuación del alcalde de un municipio y su concejal de urbanismo, que solicitaban el pago de sobornos a cambio de otorgar licencias conformes al ordenamiento urbanístico, a las que tenían derecho los promotores y empresarios solicitantes. Para ello, se aprovechaban de la confusión sobre la legislación urbanística aplicable en el municipio, haciendo creer al solicitante que no tenía derecho a la obtención de la licencia.

acostumbradas a ello. Además, ocurre con cierta frecuencia que, ante alguna regulación concreta, susceptible de varias interpretaciones, sea necesario garantizar qué criterio aplicarán los técnicos municipales antes de elaborar el proyecto respecto del cual se solicitará la licencia. Así pues, para hacer efectivo el derecho de información, la Administración urbanística debe atender las consultas urbanísticas y dar respuesta escrita a las peticiones que las personas formulen por escrito. La respuesta de la Administración a las consultas urbanísticas debe ser suficiente y clara, y es preciso que el plazo de respuesta sea razonable, tal y como prevé el Síndic en el Código de Buenas Prácticas Administrativas»⁹⁹³.

En cuarto y último lugar, nos podemos plantear el supuesto de que el privado interesado conozca la normativa urbanística y solicite un título habilitante para realizar una actuación conforme a la misma, pero no consiga obtener una resolución favorable a consecuencia de la inactividad administrativa, voluntariamente buscada por quien debe intervenir en ese procedimiento. Las personas que ejercen funciones públicas urbanísticas podrían, en efecto, abusar de la necesidad de su intervención para que el expediente sea resuelto de forma favorable dentro del plazo previsto, exigiendo para ello cualquier tipo de contraprestación. En estos casos, será conveniente la adopción de cartas de servicios, especificando los detalles del procedimiento (como los plazos adecuados y los órganos responsables), y los derechos y obligaciones de quienes intervienen en el mismo, facilitando así la acreditación del incumplimiento de los estándares de calidad del servicio y la identificación del causante de dicho incumplimiento.

En puridad, la finalidad de estos cuatro instrumentos o medios (códigos, formación, consultas y cartas de servicios) no es específicamente la de prevenir la corrupción, sino, tal vez más ampliamente, la de promover la integridad en el ejercicio de las funciones públicas o el buen gobierno y la buena administración⁹⁹⁴. Se ha afirmado que la corrupción y la integridad son términos opuestos⁹⁹⁵, y lo cierto es que, lejos de toda duda, cuando la integridad es óptima en el ejercicio de funciones públicas no hay lugar para la corrupción. Sin embargo, creemos que la integridad incluye algunos aspectos adicionales que, en sentido estricto, para nosotros no guardan relación con supuestos de corrupción⁹⁹⁶.

⁹⁹³ SINDIC DE GREUGES DE CATALUNYA, *Informe al Parlamento 2011*, Sindic de Greuges de Catalunya, 2012, p. 288.

⁹⁹⁴ PONCE SOLÉ, Juli, “La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración”, cit., p. 114.

⁹⁹⁵ OCDE, *Public Sector Integrity. A Framework for Assessment*, cit., p. 13.

⁹⁹⁶ El Código Ético y de Conducta de los cargos públicos y personal eventual de la Administración General e Institucional de la Comunidad Autónoma de Euskadi se refiere a la integridad como uno de los valores que informan la actuación de los altos cargos. Según el apartado 4.1.1 de ese código, se entiende por integridad (a efectos del código) «la adhesión sistemática y permanente de los cargos públicos y asimilados a los principios de honestidad, imparcialidad, objetividad, transparencia, respeto al marco jurídico y a todas las personas que, independiente de su condición, intervengan en ese entorno público o se relacionan con él, así como la actuación bajo parámetros de responsabilidad en la gestión de los asuntos de su competencia». Contendría, pues, este valor, todos aquellos principios que habitualmente

Por ello, entendemos que para una lucha adecuada contra la corrupción urbanística no basta con establecer estos mecanismos de forma genérica sino que requieren adaptarse a los perfiles del problema abordado y ser, por tanto, coherentes con la línea que hasta el momento estamos siguiendo. En consecuencia, como se verá en cada uno de los apartados, abogamos por la especialización de tales instrumentos, que proponemos adaptar específicamente a los principales riesgos de corrupción urbanística detectados.

La implementación de los mecanismos sugeridos en las páginas siguientes puede entenderse como una forma de dar cumplimiento a la obligación para los Estados parte contenida en el art. 8.1 CNUCC. De acuerdo con esa disposición, los Estados deberán promover la integridad, la honestidad y la responsabilidad entre sus funcionarios públicos, con el objeto de combatir la corrupción⁹⁹⁷. Más allá de esta obligación, el mismo artículo 8 prevé una serie de «sugerencias y directrices más precisas que los Estados deberán tener en cuenta seriamente», como la posibilidad de establecer códigos de conducta para el desempeño de las funciones públicas, o medidas y sistemas para facilitar que los funcionarios públicos denuncien actos de corrupción⁹⁹⁸.

En efecto, y como venimos insistiendo, el fomento de la ética y la lucha contra la corrupción requieren de múltiples medidas que operen de forma simultánea. Son significativamente expresivas de esta característica las recientes aproximaciones que se están formulando en los últimos años desde foros internacionales en torno a la integridad, basadas en un enfoque holístico de lucha contra la corrupción⁹⁹⁹. De acuerdo con la OCDE, los instrumentos que componen el marco de integridad incluyen, entre otros, instrumentos para la definición de la integridad como los códigos de conducta, instrumentos de guía hacia la integridad como la formación, instrumentos de supervisión y control, como mecanismos de denuncia y mecanismos de aplicación de la

vulneran las prácticas corruptas, tales como la imparcialidad y objetividad, la transparencia o el respeto al marco jurídico, y se añade uno algo más desconocido, como el de honestidad. Este principio de honestidad viene definido en el apartado 5.2.4 del código bajo la rúbrica de «honestidad y desinterés subjetivo», y se refiere al deber de declarar los intereses públicos o privados que puedan interferir en el correcto ejercicio de las funciones de los altos cargos, así como de proceder de acuerdo con lo establecido ante un conflicto de intereses, con la finalidad de garantizar que las decisiones son adoptadas en beneficio del interés público y la ciudadanía, y no en beneficio del propio cargo, sus familiares, amigos u otras personas que ilegítimamente le hayan podido influir. Sumando el contenido de todos los principios contenidos en el valor de la integridad, podemos concluir que el mismo implica que el cargo público desarrollará su labor tratando con el respeto debido y dignidad a los ciudadanos, a los empleados y demás cargos; adoptará las decisiones que más convengan al interés público, sin estar influidas por intereses particulares de ningún tipo; informará sobre el procedimiento y motivación de las mismas, aportando las razones objetivas, para facilitar el control por parte del Parlamento y la ciudadanía; y, en su caso, responderá por la gestión realizada.

⁹⁹⁷ Artículo 8.1. «Con objeto de combatir la corrupción, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, promoverá, entre otras cosas, la integridad, la honestidad y la responsabilidad entre sus funcionarios públicos».

⁹⁹⁸ UNODC, *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción*, cit., p. 30.

⁹⁹⁹ Vid. CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí, *El principio de integridad en la contratación pública*, cit., pp. 69-72.

ley¹⁰⁰⁰.

3.4.1.- Un código ético y de conducta urbanístico

En este tipo de instrumentos se establecen los principios y valores de una organización (código ético) y/o los estándares de comportamiento que deberían guiar la actuación, en el desarrollo de sus funciones, de aquellos a quienes va dirigido (código de conducta)¹⁰⁰¹. Tal y como señala la OCDE, idealmente deberían combinar los valores y principios que inspiran el servicio público (transparencia, integridad, imparcialidad...) junto con estándares detallados que sirvan para poner en práctica tales valores y principios (aceptación o rechazo de regalos, prevención de potenciales conflictos de intereses...) ¹⁰⁰². Estos códigos pueden tener una denominación, un contenido y una naturaleza muy dispares, y es objeto de debate si tales códigos deben ser únicos para todos los funcionarios y autoridades o si deben variar en función de la organización y del ámbito sectorial. También se cuestiona cuál debe ser su naturaleza: si se debería tratar de normas jurídicas en sentido estricto, que establecieran obligaciones de comportamiento jurídicamente exigibles (códigos disciplinarios o normativos) o si más bien deberían contener normas meramente orientadoras o programáticas (códigos éticos *stricto sensu*)¹⁰⁰³.

En España han surgido códigos elaborados para empleados públicos y miembros de gobierno y altos cargos en diferentes niveles territoriales, y también se han llegado a aprobar algunos códigos específicos para los empleados de sectores concretos¹⁰⁰⁴, pero no se ha seguido un único modelo y estos códigos difieren en contenido y naturaleza.

En nuestro caso, y sin prejuzgar la preferencia en abstracto por un tipo u otro de códigos, entendemos que la opción que más permite ajustar el contenido del código al ámbito de nuestro interés es la de adoptar códigos específicos, particularmente en aquellos casos en que, en una organización concreta, haya un sector especialmente vulnerable. En consecuencia, y a la luz de la considerable extensión de la corrupción en el urbanismo ejercido por los ayuntamientos españoles y el gran impacto social,

¹⁰⁰⁰ Vid. OCDE, *Towards a Sound Integrity Framework: Instruments, Processes, Structures and Conditions for Implementation*, GOV/PGC/GF(2009)1, OECD, 2009.

¹⁰⁰¹ PRIETO ROMERO, Cayetano, “Medidas de transparencia y ética pública: los códigos éticos, de conducta o de buen gobierno”, *Anuario del Gobierno local 2011*, pp. 315-347, en especial, pp. 317-319.

¹⁰⁰² <http://www.oecd.org/fr/gov/ethique/ethicscodesandcodesofconductinoecdcountries.htm>.

¹⁰⁰³ VILLORIA MENDIETA, Manuel, “La ética pública y los códigos de conducta administrativos vs. Corrupción y escándalos políticos”, en ÁVILA RODRÍGUEZ, Carmen María y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Francisco J. (coords.), *El derecho a una buena administración y la ética pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 179-201, pp. 196-200.

¹⁰⁰⁴ Por ejemplo, el 4 de noviembre de 2010 se aprobó el Código ético de la policía de Cataluña, hoy derogado. En la legislación autonómica de dicho cuerpo policial se mantienen unos principios de actuación que la propia ley engloba bajo la denominación de código de conducta (vid. art. 11.1 Ley 10/1994, de 11 de julio, de la Policía de la Generalidad de Cataluña «Mossos d'Esquadra»).

económico y medioambiental que ha provocado, proponemos un código ético y de conducta específico para ese sector de actividad, que se aplique a cualquier persona que lleve a cabo funciones públicas urbanísticas¹⁰⁰⁵.

Posicionándonos con autores como Manuel VILLORIA o Juli PONCE¹⁰⁰⁶, entendemos que los códigos de conducta de nuestro ordenamiento no deberían sustituir a las normas vigentes que regulan (y sancionan¹⁰⁰⁷) el comportamiento de los empleados públicos y altos cargos, sino que deberían ser su complemento, desarrollándolas desde un punto de vista práctico¹⁰⁰⁸, ya que es ésta la única función de estos códigos que no queda suficientemente cubierta por las leyes.

Nuestras leyes en vigor regulan las obligaciones de empleados y cargos públicos en el ejercicio de sus funciones públicas, y establecen un sistema disciplinario para sancionar su incumplimiento¹⁰⁰⁹. Además, en aquellos casos en que su incumplimiento es más grave, se aplicarán las sanciones penales que recoge el Código Penal. Todo este conjunto normativo puede ser compilado, a efectos informativos y divulgativos, en un solo texto, contenedor de todo el sistema de obligaciones y de sanciones administrativas y penales vigentes que sean de aplicación a empleados públicos y autoridades en el ejercicio de sus funciones públicas¹⁰¹⁰; pero la mera, inalterada reproducción de las previsiones normativas preexistentes no sería un código de conducta.

¹⁰⁰⁵ Se aplicaría tanto a empleados públicos como a altos cargos que desarrollen actividades urbanísticas. Incluso debería buscarse la forma de hacerse extensivo a privados que participen en dichas funciones. Con un propósito similar, la ley de transparencia catalana extiende las obligaciones éticas y de conducta a los sujetos que reciben fondos públicos mediante contratos o subvenciones: «[l]as administraciones y los organismos comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente ley deben incluir, en los pliegos de cláusulas contractuales y en las bases de convocatoria de subvenciones o ayudas, los principios éticos y las reglas de conducta a los que deben adecuar su actividad los contratistas y las personas beneficiarias, y deben determinar los efectos de un eventual incumplimiento de dichos principios» (art. 55.2 Ley catalana 19/2014).

¹⁰⁰⁶ VILLORIA MENDIETA, Manuel, *Ética pública y corrupción*, cit., p. 181, y PONCE SOLÉ, Juli, “La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración”, cit., p. 117.

¹⁰⁰⁷ No debe olvidarse la reserva de ley en materia sancionadora contenida en el art. 25.1 CE, por lo que el código, si careciera de tal carácter, no podría tipificar nuevas infracciones, ni podría servir para justificar el ejercicio de la potestad sancionadora.

¹⁰⁰⁸ En otras tradiciones jurídicas hay códigos de conducta que son verdaderas normas jurídicas vinculantes y establecen sanciones por su incumplimiento (UNODC, *Technical Guide to the provisions of the United Nations Convention against Corruption*, p. 19). En concreto para el caso español, cuando el GRECO recomendó la elaboración de un código de conducta para empleados públicos a nivel estatal, el Gobierno puso de manifiesto que un código de conducta podría tener un problemático encaje en nuestra tradición jurídica, y se aportaron leyes que ya recogían los mismos principios éticos que suelen recoger esos códigos (GRECO, *First evaluation round. Compliance report on Spain*, 13-17 de octubre de 2003, p. 7), así como normas que sancionan las conductas indebidas de los funcionarios y autoridades, lo que ha sido aceptado por el GRECO en sustitución de un código de conducta aplicable y exigible (GRECO, *Second evaluation round. Evaluation report on Spain*, 17-20 mayo de 2005, p. 16).

¹⁰⁰⁹ Así lo estimó el TC que, en su Sentencia 149/1991, de 4 de julio, se pronunció del siguiente modo: «las normas que tipifican infracciones y establecen sanciones no son sino parte de las normas que enuncian los deberes y obligaciones cuyo incumplimiento se tipifica como falta» (FJ8º).

¹⁰¹⁰ Una compilación de este tipo ha sido recomendada por el GRECO: vid. GRECO, *Second evaluation round. Evaluation report on Spain*, cit., p. 16.

El código de conducta debería ser un texto meramente orientativo¹⁰¹¹, *soft law*, encargado de exponer, con mayor detalle que en las normas jurídicas, las conductas que deben seguir los funcionarios y autoridades para mantener un ejercicio ligado a los valores éticos en el desarrollo de sus funciones, promoviendo el ejercicio ético de las funciones públicas. En cuanto a su contenido, siguiendo la recomendación de la OCDE apuntada al inicio, deberían constar de principios generales (éticos) y de estándares de conducta o comportamiento.

Creemos que el código sectorial urbanístico, para ser efectivo en la lucha contra la corrupción, debería contener, en todo caso: a) disposiciones claras, b) disposiciones explícitas referidas a supuestos frecuentes en casos de corrupción, c) disposiciones sobre la denuncia de casos de corrupción, y d) disposiciones referidas al cumplimiento y a la formulación de dudas.

En primer lugar, es fundamental que las disposiciones eviten cualquier clase de ambigüedad o indeterminación pues, recordemos, la función principal del código sería la de orientar en la práctica el desarrollo de la función urbanística y, si la regla es ambigua, lejos de resolver las dudas sobre cómo actuar en cada caso, perpetuaría la misma y seguiría dejando a criterio de cada sujeto la determinación de la forma de actuar en situaciones dudosas. Por ejemplo, suele ser frecuente que en los códigos adoptados en nuestro Estado se mantenga una cláusula totalmente indeterminada, que no aporta ninguna orientación significativa para saber cómo actuar: la aceptación de regalos. En efecto, la cláusula habitual cuenta, en la mayoría de códigos, con una regla que, con semejante literalidad¹⁰¹², establece el rechazo de regalos, favores o servicios en condiciones ventajosas «más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía», por lo que, *a priori*, poco puede saberse sobre la naturaleza de soborno ilícito o regalo aceptable de lo que pudiera recibirse.

Dada la naturaleza y función de este tipo de códigos, entendemos que debería suprimirse esa indeterminación, sea mediante la prohibición absoluta de recibir

¹⁰¹¹ No obstante, éstos a veces tienen rango legal y disponen de un aparato sancionador: «in many cases, codes include descriptions of conduct that is expected or prohibited as well as procedural rules and penalties for dealing with breaches of the code», UNODC, *Technical Guide to the provisions of the United Nations Convention against Corruption*, p. 19.

¹⁰¹² En el ámbito estatal, tanto la Ley 19/2013 (art. 26.2.b.6º) como el EBEP (art. 54.6) y el Código de Buen Gobierno (Orden APU/516/2005, de 3 de marzo, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005, por el se aprueba el Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado) (ap. tercero.6) establecen que deberán rechazarse los regalos que superen «los usos habituales, sociales y de cortesía». Esta práctica ha sido desaconsejada por Naciones Unidas: «Codes should include clear and unambiguous provisions on acceptance or rejection of gifts», UNODC, *Technical Guide to the provisions of the United Nations Convention against Corruption*, p. 21. Refiriéndose al *Codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni* de 10 de abril de 2001, el GRECO criticó la confusión originada por una cláusula con un redactado similar (GRECO, *Joint first and second evaluation round. Evaluation report on Italy*, 29 junio-2 julio 2009, p. 43).

cualquier tipo de regalo o ventaja¹⁰¹³ o sea mediante la especificación de cuáles son esos usos, fijando un valor económico de referencia que sirva para que los empleados y cargos públicos sepan qué pueden aceptar y qué no. Incluso, cabe que tales códigos, en promoción de la integridad, vayan un paso más allá y no solo den una cuantificación clara de cuáles son los usos habituales sino que además determinen cuáles deberían ser las «prácticas aceptables o tolerables», ya que al menos teóricamente cabe la posibilidad de que verdaderos sobornos, en forma de regalos de muy elevado valor, sean habituales en ciertos ámbitos¹⁰¹⁴. Si una práctica de soborno está generalizada, casaría mal con la ética pública por muy recurrente que fuera, ya que la repetición a lo largo del tiempo no la hace más aceptable o tolerable desde el punto de vista ético.

En nuestra opinión, la respuesta de un código que quisiera mantener los regalos de cortesía como algo éticamente aceptable, debería consistir en fijar un valor económico máximo de los regalos en una cuantía suficientemente baja (por ejemplo, 30 euros) como para eliminar cualquier sospecha sobre la naturaleza del regalo (cortesía o soborno) que al mismo tiempo permita que no se considere una infracción el hecho de aceptar regalos o beneficios esporádicos y de muy escaso valor, y que constituirían la cortesía aceptable. Para evitar el fraccionamiento de regalos de mayor entidad, dentro del límite de cuantía debería tenerse en cuenta cualquier otro regalo entregado por la misma persona dentro de un plazo de tiempo determinado. Adicionalmente, debería recomendarse no aceptar ningún regalo, con independencia de su valor; y fijar, en su caso, indicaciones sobre cómo proceder en caso de haber recibido un regalo¹⁰¹⁵.

En segundo lugar, dijimos que el código debería contener disposiciones explícitas referidas, y adaptadas, a los supuestos frecuentes en casos de corrupción. Con ello queremos decir que, esencialmente, hay que adaptar el código a los perfiles que adopta la corrupción en el ámbito concreto del urbanismo, según cuanto se ha identificado en el primer Capítulo de este trabajo.

En cumplimiento de esta adaptación, entendemos que el ámbito del código debe ser el local, específicamente para los ayuntamientos, y en su ámbito subjetivo debe incluir a

¹⁰¹³ En ningún caso podría resolverse a favor del criterio de aceptar todo regalo, pues sin lugar a dudas entonces ya sí se estaría animando a incurrir en posibles delitos de cohecho.

¹⁰¹⁴ Resulta de interés citar el art. 55.1.m) de la Ley catalana 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que impone a los altos cargos «[l]a exclusión de cualquier obsequio de valor, favor o servicio que se les pueda ofrecer por razón de su cargo o que pueda comprometer la ejecución de sus funciones». Aunque parece querer excluir la aceptación de cualquier tipo de dádiva, parece que, no sin cierta imprecisión, permitiría la aceptación de obsequios que no sean de valor.

¹⁰¹⁵ Siguiendo el ejemplo del Código Ético y de Conducta de los cargos públicos y personal eventual de la Administración General e Institucional de la Comunidad Autónoma de Euskadi, entendemos que el código debería instar a las personas que ejercen funciones urbanísticas a que devuelvan de forma inmediata los regalos a las personas o entidades que los hubieran ofrecido. En caso de que ello no fuera posible, se deberían destinar a fines sociales, para lo que deberían ser entregados «a los servicios sociales de las entidades públicas o a organizaciones no gubernamentales, con el fin de su ulterior distribución entre personas o colectivos necesitados».

todos aquellos sujetos que ejercen funciones públicas susceptibles de cometer prácticas de corrupción que, como hemos visto, serán tanto representantes electos como empleados públicos, e incluso privados, incluidos los arquitectos que ejercen como arquitecto municipal a título honorífico.

Otra consecuencia derivada de la mencionada adaptación a los perfiles de la corrupción sería que debería contemplar especiales cautelas en las conductas más frecuentemente relacionadas con la corrupción, así como respecto de la intervención del personal más expuesto a riesgo de corrupción. En particular, y como ya se ha repetido en multitud de ocasiones, el código debería ser particularmente cuidadoso, detallado y claro al establecer las disposiciones referidas a la planificación urbanística, el otorgamiento de licencias urbanísticas y el ejercicio de la potestad sancionadora y de inspección en el marco del ejercicio de la disciplina urbanística, particularmente en aquellas fases en que deban intervenir miembros del gobierno municipal o técnicos, como los arquitectos o aparejadores municipales.

En tercer lugar, es importante, a efectos de luchar contra la corrupción, que el código contenga disposiciones sobre la denuncia de casos de corrupción. En la medida en que una buena parte de las prácticas de corrupción son delictivas, la obligación de denunciarlas se encuentra expresamente recogida en el ordenamiento jurídico, pero en ocasiones puede ser que el clima instaurado en la organización sea permisivo con la corrupción y no se denuncie, o también pudiera suceder que, ante una determinada situación, surgieran dudas sobre si la misma sería suficientemente relevante como para tener que denunciarla. En el primer caso, puede resultar entonces útil, para combatir esa dinámica, el establecimiento de unas reglas claras sobre cómo proceder a la denuncia, así como recordar la obligación de hacerlo¹⁰¹⁶ y la conveniencia de trabajar en un entorno libre de corrupción. Para evitar lo segundo, sin duda sería recomendable que al detallarse la forma en que se debe proceder para la denuncia de casos de corrupción, también se especificaran previamente las ilegalidades y prácticas de corrupción más

¹⁰¹⁶ En este punto, resultan de aplicación los arts. 259 y 262 LECrim. «Artículo 259. El que presenciare la perpetración de cualquier delito público está obligado a ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez de instrucción, de paz, comarcal o municipal o funcionario fiscal más próximo al sitio en que se hallare, bajo la multa de 25 a 250 pesetas.

Artículo 262.

Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio si se tratare de un delito flagrante.

Los que no cumplieren esta obligación incurrirán en la multa señalada en el artículo 259, que se impondrá disciplinariamente.

Si la omisión en dar parte fuere de un Profesor en Medicina, Cirugía o Farmacia y tuviese relación con el ejercicio de sus actividades profesionales, la multa no podrá ser inferior a 125 pesetas ni superior a 250.

Si el que hubiese incurrido en la omisión fuere empleado público, se pondrá además en conocimiento de su superior inmediato para los efectos a que hubiere lugar en el orden administrativo.

Lo dispuesto en este artículo se entiende cuando la omisión no produjere responsabilidad con arreglo a las Leyes».

frecuentes en el urbanismo, a efectos de identificar con mayor facilidad la existencia e ilicitud de las mismas.

Existe, alternativamente, la posibilidad de plantearse un sistema de denuncia interno de la propia organización, específico, que sea recogido en el código, y que vaya más allá del mero recordatorio de los cauces ordinarios de denuncia, estableciendo un verdadero nuevo cauce para instrumentar la denuncia¹⁰¹⁷. La idoneidad del establecimiento de un sistema de denuncias específico ante incumplimientos del código ha sido señalada, entre otros, por la propia ONU, que la ha recomendado en el art. 8 CNUCC¹⁰¹⁸. La misma organización ha afirmado que «[u]na buena forma de romper el ambiente de colusión y silencio que suele crearse en torno a las transgresiones de un código consiste en instituir un sistema eficaz para la notificación de sospechas de incumplimiento y, concretamente, de corrupción». De hecho, su asociación entre el papel del código y la necesidad de la denuncia es tan estrecha que ha afirmado que «[p]arte de la finalidad del código es inculcar a los funcionarios, entre otras cosas, [...] su deber de denunciar el incumplimiento o la transgresión de las normas pertinentes por otros funcionarios o por los ciudadanos»¹⁰¹⁹.

La denuncia de la corrupción es un factor considerado clave como herramienta para combatir la corrupción, como prueba su repetida contemplación en la CNUCC: de acuerdo con el art. 8.4 CNUCC, «[c]ada Estado Parte también considerará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, la posibilidad de establecer medidas y sistemas para facilitar que los funcionarios públicos denuncien todo acto de corrupción a las autoridades competentes cuando tengan conocimiento de ellos en el ejercicio de sus funciones». Respecto de las denuncias por parte de la ciudadanía, el art. 13.2 CNUCC establece que «[c]ada Estado Parte adoptará medidas apropiadas para garantizar que el público tenga conocimiento de los órganos pertinentes de lucha contra la corrupción mencionados en la presente Convención y facilitará el acceso a dichos órganos, cuando proceda, para la denuncia, incluso anónima, de

¹⁰¹⁷ En este sentido, la Guía Técnica de la CNUCC afirma que: «[e]n general, se ha comprobado que conviene que haya al menos dos niveles a los cuales el ciudadano pueda expresar sus preocupaciones. El primero debe incluir las instancias internas de la organización para la que trabaja el denunciante, como superiores jerárquicos, directivos u órganos de supervisión internos o externos, creados precisamente para hacer frente a los casos de mala administración dentro de la organización para la que trabaja el denunciante. Las denuncias presentadas a una instancia interna no dan resultados apropiados, los denunciantes deben poder recurrir también, a una institución externa» (UNODC, *Guía técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, Naciones Unidas, Nueva York, 2010, pp. 113-114).

¹⁰¹⁸ «El deber de denunciar ya está incorporado en la legislación de varios Estados. No obstante, cabe observar que en la disposición del artículo 8 se enuncia una obligación concreta, que está comprendida en la disposición general sobre prevención de la corrupción. En lugar de exigir simplemente que se denuncie la comisión de un delito, lo que se pide en este caso es la instauración de mecanismos, sistemas y medidas que faciliten el proceso de denuncia» (UNODC, *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, 2ª ed. revisada, Naciones Unidas, Nueva York, 2012, p. 34).

¹⁰¹⁹ UNODC, *Guía técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, cit., pp. 25-26.

cualesquiera incidentes que puedan considerarse constitutivos de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención». También entiende que los Estados deben alentar a la denuncia en lo posible (art. 39.2 CNUCC)¹⁰²⁰ y proteger a los denunciantes de buena fe (art. 33 CNUCC)¹⁰²¹.

Entendemos que el mecanismo de denuncia contemplado en el código debería ajustarse en lo posible a las recomendaciones establecidas por Naciones Unidas. De acuerdo con las guías sobre la CNUCC, deben instituirse medios de denuncia como buzones o líneas telefónicas específicas, o bien personas designadas al efecto; debe consignarse claramente el deber de denunciar por escrito y debe informarse a los funcionarios de ese deber y de la protección que recibirán; debe garantizarse que quienes hayan denunciado de buena fe sus sospechas de corrupción estén totalmente protegidos contra cualquier tipo de represalia; y, en la medida de lo posible, sería conveniente designar a una persona dentro de la propia organización para que pueda informar y asesorar en confianza a los potenciales denunciantes¹⁰²².

El órgano encargado de recibir las denuncias debería ser un órgano con independencia, formación y capacidad suficientes para poder llevar a cabo, en su caso, la investigación pertinente sobre los hechos denunciados, labor para la que se podría pensar en los órganos especializados en la prevención de la corrupción contenidos en el art. 6 CNUCC¹⁰²³. La recepción y tramitación de denuncias queda sometida a la legislación de protección de datos (Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal). Se deberá notificar la acusación al denunciado tan pronto como sea posible, siempre y cuando ello no ponga en peligro la investigación, y, en todo caso, antes de los tres meses desde que se recabaron los datos; los datos se conservarán el tiempo estrictamente necesario para llevar a cabo la investigación y, si así correspondiera, sancionar al denunciado; y por lo general, deberá evitarse la denuncia anónima, y en todo caso se garantizará la confidencialidad del denunciante de buena fe¹⁰²⁴.

¹⁰²⁰ «39.2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de alentar a sus nacionales y demás personas que tengan residencia habitual en su territorio a denunciar ante los organismos nacionales de investigación y el ministerio público la comisión de todo delito tipificado con arreglo a la presente Convención».

¹⁰²¹ «Art. 33. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de incorporar en su ordenamiento jurídico interno medidas apropiadas para proporcionar protección contra todo trato injustificado a las personas que denuncien ante las autoridades competentes, de buena fe y con motivos razonables, cualesquiera hechos relacionados con delitos tipificados con arreglo a la presente Convención».

¹⁰²² Vid. UNODC, *Guía técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, cit., p. 26, y *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, cit., p. 34.

¹⁰²³ Esta labor ya está siendo llevada a cabo por uno de esos órganos en parte del territorio español. Así, de acuerdo con el art. 4.1 de la Ley catalana 14/2008, «[l]a Oficina Antifraude de Cataluña, en el ámbito del sector público de la Generalidad, tiene específicamente las siguientes funciones: a) Investigar o inspeccionar posibles casos de uso o destino irregulares de fondos públicos, así como conductas opuestas a la probidad o contrarias a los principios de objetividad, eficacia y sumisión plena a la ley y al derecho», potestad desarrollada en los arts. 17 y ss. (esta función se encuentra, además, delimitada en el art.7).

¹⁰²⁴ GARCÍA-MORENO, Beatriz, “*Whistleblowing* como forma de prevención de la corrupción en la

Otro aspecto a contemplar respecto de la denuncia es la posibilidad de fomentarla mediante un sistema de incentivos, sobre lo que se encuentran exitosos ejemplos en el Derecho estadounidense, como la federal “False Claims Act” y algunas de las leyes estatales sobre la denuncia, que prevén distintos porcentajes sobre la cantidad recuperada en concepto de recompensa para el denunciante¹⁰²⁵. En nuestro ámbito y materia, sería preferible pensar en otro tipo de incentivos, acaso como mérito en la carrera horizontal de los empleados públicos, o como mérito a tener en cuenta en convocatorias o contratos que así lo permitan¹⁰²⁶.

Recogiendo lo anterior, podemos afirmar que el código podría incluir un sistema adicional, propio, y preferiblemente no obligatorio¹⁰²⁷, para denunciar incumplimientos del propio código y, en general, prácticas de corrupción. En las disposiciones del código ético urbanístico se debería indicar claramente el órgano encargado para recibir la denuncia, el medio para hacerlo (por ejemplo, mediante correo electrónico), así como la forma de protección del denunciante. Además, instrumentos ajenos al código podrían contemplar la denuncia cierta y de buena fe como un mérito, si se estima conveniente.

Respecto del resto de elementos de contenido o estructura general del código, se recomienda que los códigos que se elaboren tengan en cuenta los modelos internacionales¹⁰²⁸ y las recomendaciones de las mismas organizaciones internacionales¹⁰²⁹.

Administración pública”, en MARTÍN, Adán y MAROTO CALATAYUD, Manuel (dirs.), *Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2014, pp. 43-60, p. 49.

¹⁰²⁵ MICELI, Marcia P.; NEAR, Janet P., y DWORKIN, Terry M, *Whistle-blowing in organizations*, Routledge/Taylor & Francis Group, Nueva York, 2008, p. 177, recogido por GARCÍA-MORENO, Beatriz, “*Whistleblowing* como forma de prevención de la corrupción en la Administración pública”, cit., p. 45.

¹⁰²⁶ Adicionalmente, el art. 22.5 EBEP prescribe expresamente que los empleados públicos «[n]o podrá percibirse participación en tributos o en cualquier otro ingreso de las Administraciones Públicas como contraprestación de cualquier servicio, participación o premio en multas impuestas, aun cuando estuviesen normativamente atribuidas a los servicios».

¹⁰²⁷ Debe proponerse como una vía alternativa, facultativa para interponer la denuncia, sin excluir la posibilidad de recurrir en primer lugar a los cauces externos ordinarios. En la Guía técnica de la CNUCC se aconseja esta no obligatoriedad, atendiendo a posibles circunstancias que desaconsejarían dirigirse al órgano interno encargado de recibir las denuncias: «[t]ambién debe ofrecerse a los denunciantes la posibilidad de recurrir directamente a una institución del segundo nivel en caso de que: tengan motivos razonables para pensar que, de plantear la cuestión internamente o ante la entidad de primera instancia prescrita, serían víctimas de represalias; o tengan motivos para temer un encubrimiento» (UNODC, *Guía técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, cit., p. 114).

¹⁰²⁸ «[C]omo el Código Internacional de Conducta para los titulares de cargos públicos, que figura en el anexo de la resolución 51/59 de la Asamblea General de 12 de diciembre de 1996, la Recomendación Núm. R (2000) 10 del Consejo de Europa relativa al Código de Conducta para los titulares de cargos públicos, en cuyo anexo figura un modelo de código en la materia, y la Recomendación del Consejo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos de 23 de abril de 1998, titulada “Improving Ethical Conduct in the Public Service Including Principles for Managing Ethics in the Public Service” (Mejoramiento del comportamiento ético en la administración pública, incluidos principios para favorecer la gestión de la ética en la administración pública, 1998 C(98)70/FINAL)» (UNODC, *Guía técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, cit., p. 21).

¹⁰²⁹ Sirva como ejemplo el contenido de muestra ofrecido en la Guía técnica de la CNUCC, donde se lista

En cuarto lugar, entendemos que el código urbanístico propuesto debería contener asimismo disposiciones referidas al cumplimiento y a la formulación de dudas. Tal y como han propuesto la doctrina y las organizaciones internacionales¹⁰³⁰, entendemos que un órgano encargado de velar por el cumplimiento del código puede ser relevante (comité o comisión de ética), sobre todo si el mismo está habilitado para formular propuestas de reforma del código, especialmente a efectos de actualizarlo a los nuevos ámbitos de riesgo de corrupción en el urbanismo que vayan surgiendo con el paso del tiempo, para responder a consultas sobre la forma en que deban interpretarse las disposiciones del código y para investigar posibles vulneraciones no criminales del código de las que haya tenido conocimiento, o para dar traslado de las mismas al órgano competente para la imposición de la sanción. Además, el cumplimiento del código debería tener algún efecto significativo, como por ejemplo en la promoción del empleado.

Por último, debemos hacer referencia a la forma de elaboración del código. De acuerdo con las recomendaciones de Naciones Unidas, debería prepararse con la participación del personal que lo debe aplicar y cumplir¹⁰³¹, aun cuando la coordinación e impulso de la elaboración corresponda principalmente al órgano de gobierno correspondiente¹⁰³².

Como valoración general del instrumento, hay que decir que su funcionalidad para prevenir la corrupción puede ser limitada. Como expone Bernardo Giorgio MATTARELLA, la experiencia en los países donde ya hay códigos de conducta demuestra que son instrumentos útiles para quienes quieren actuar correctamente, en situaciones dudosas, en zonas grises, y no para quienes están dispuestos a violar la ley¹⁰³³, y justamente el problema de la corrupción no estriba tanto en las zonas grises sino, como

el siguiente contenido: «normas de la función pública y valores de la organización; conflictos de intereses, regalos y beneficios; sobornos; discriminación y hostigamiento; imparcialidad y equidad en el trato del público; manejo de la información confidencial; utilización personal de recursos, instalaciones y equipo (incluidos correo electrónico, Internet, ordenadores personales (PC), fax, etc.); empleo secundario; participación en actividades políticas; participación en organizaciones comunitarias y trabajo voluntario; denuncia de comportamientos corruptos, administración deficiente y despilfarro grave; empleo posterior; y procedimientos disciplinarios y sanciones» (Ibíd., p. 24).

¹⁰³⁰ Vid. VILLORIA MENDIETA, Manuel, “La ética pública y los códigos de conducta administrativos vs. Corrupción y escándalos políticos”, cit., p. 201; UNODC, *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, cit., p. 24; y OCDE, *Public Sector Integrity. A Framework for Assessment*, cit. P. 80.

¹⁰³¹ UNODC, *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, cit., pp. 23-24.

¹⁰³² Aunque la obligación de elaborar un código de conducta se limita a los altos cargos, resulta de interés el art. 55.3 de la ley catalana 19/2014, en virtud del cual «[e]l Gobierno, los entes locales y los demás organismos e instituciones públicas incluidos en el artículo 3.1 deben elaborar un código de conducta de sus altos cargos que concrete y desarrolle los principios de actuación a los que se refiere el apartado 1, establezca otros adicionales, en su caso, y determine las consecuencias de incumplirlos, sin perjuicio del régimen sancionador establecido por la presente ley» (pues el incumplimiento de los principios éticos y reglas de conducta para los altos cargos del art. 55.1 supone una infracción muy grave, vid. art. 77.3.e Ley catalana 19/2014).

¹⁰³³ MATTARELLA, Bernardo Giorgio, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, cit., p. 142.

dice Alejandro NIETO, en las negras y muy negras; «el problema no está en distinguir [...] entre lo honesto y lo corrupto- sino en prevenir o castigar lo que el actor y la sociedad consideran sin duda como corrupto»¹⁰³⁴. No obstante, algunas buenas prácticas en los códigos como unas reglas de conducta claras y sin ambigüedades, un buen sistema de denuncias y un fomento de la ética a nivel institucional, a lo que puede contribuir mucho un buen código de conducta bien implementado, pueden favorecer que, en primer lugar, los casos de corrupción menos evidentes sean advertidos y, por tanto, evitados por aquellas personas que puedan tener dudas respecto del carácter corrupto o no de determinadas prácticas; mientras que, en segundo lugar, también puede producir efectos evitando casos de corrupción claros, patentes, realizados con pleno conocimiento de su ilicitud (los negros y muy negros), en la medida en que la aplicación apropiada de un código como el propuesto establece mecanismos que facilitan que esas prácticas sean descubiertas (las denuncias) y sancionadas por el órgano administrativo o judicial correspondiente.

3.4.2.- *La formación ética de los empleados y cargos públicos que ejercen funciones urbanísticas*

Como bien ha dicho la doctrina, los cargos y empleados públicos reflejan los valores de la sociedad en la que se integran y a la que sirven¹⁰³⁵, pues provienen de ella¹⁰³⁶. Se ha entendido que la corrupción pública es consecuencia de la degradación de valores de la sociedad¹⁰³⁷, donde priman los valores asociados al utilitarismo individualista en perjuicio de otros valores, como la integridad, que deben inspirar el servicio público¹⁰³⁸.

En efecto, las propias palabras de los corruptos recogidas por Fernando JIMÉNEZ y Vicente CARBONA ponen de relieve que no es extraño que personas accedan a un cargo público convencidas de que, una vez puedan decidir o influir en determinadas actuaciones públicas (como podría ser el planeamiento urbanístico), hay que aprovecharse de ello para beneficiarse a uno mismo y a su entorno, familiar, profesional o de partido político, pues, además de ser lo más beneficioso a título personal, también es la forma en que funcionan las instituciones y, en cualquier caso, de no hacerlo uno mismo lo haría el que estuviera en su lugar¹⁰³⁹.

Siendo este el estado de los valores con que potencialmente pueden acceder las personas a los puestos o cargos vulnerables a riesgos de corrupción, resulta evidente que se

¹⁰³⁴ NIETO, Alejandro, *Corrupción en la España democrática*, cit., p. 235.

¹⁰³⁵ NIETO, Alejandro, “¿Es inevitable la corrupción?”, cit., pp. 108 y 112.

¹⁰³⁶ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la función pública*, cit., p. 21.

¹⁰³⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Corrupción, ética y moral en las Administraciones públicas*, cit., p. 42.

¹⁰³⁸ VILLORIA MENDIETA, Manuel, *Ética pública y corrupción*, cit., p. 40.

¹⁰³⁹ JIMÉNEZ, Fernando y CARBONA, Vicente, “‘Esto funciona así’. Anatomía de la corrupción en España”, cit., pp. 13-14.

precisa de una intensa labor formativa para concienciar sobre los efectos perjudiciales de la corrupción a quienes los estén ocupando.

La relevancia de la formación de los servidores públicos como instrumento para luchar contra la corrupción ha sido puesta de relieve por distintas organizaciones internacionales, como la ONU o la OCDE. Así, el art. 7 CNUCC establece que los Estados parte deberían incluir procedimientos de «formación de los titulares de cargos públicos que se consideren especialmente vulnerables a la corrupción», y que los mismos «promoverán programas de formación y capacitación que les permitan [a los empleados públicos] cumplir los requisitos de desempeño correcto, honorable y debido de sus funciones y les proporcionen capacitación especializada y apropiada para que sean más conscientes de los riesgos de corrupción inherentes al desempeño de sus funciones», programas que también «podrán hacer referencia a códigos o normas de conducta en las esferas pertinentes».

Por su parte, la OCDE elaboró un documento específico con recomendaciones sobre cómo mejorar la efectividad de la formación ética, titulado *Ethics training for public officials*¹⁰⁴⁰. De acuerdo con ese estudio, la formación ética es una medida con efectos muy positivos en la lucha contra la corrupción y en el refuerzo de la ética pública, pero para que sea posible observar sus efectos beneficiosos a largo plazo es necesario que forme parte de una política pública anticorrupción más amplia, que incluya otras medidas para el fomento de la ética pública y la lucha contra la corrupción. En segundo lugar, también se recomienda que haya un compromiso sincero por parte de los políticos y altos cargos, tanto mediante un comportamiento ético ejemplar (liderazgo ético)¹⁰⁴¹ como a través de la asignación de medios personales y materiales adecuados y suficientes para llevar a cabo los programas de formación. En tercer lugar, se aconseja que, legislativamente, se establezca la obligación de prestar y recibir formación ética; dicha formación debería ser obligatoria, al menos¹⁰⁴², para los nuevos empleados, para quienes ocupen cargos o puestos en áreas de riesgo de corrupción, y para los altos cargos; asimismo, también sería recomendable la elaboración de programas de formación ética para todos los cargos públicos electos. En cuarto lugar, se recomienda que haya, al menos, una administración (por ejemplo, los órganos anticorrupción creados *ex art.* 6 CNUCC) responsable de la formación ética, a efectos de planificación, coordinación y evaluación de resultados de los programas llevados a cabo. En quinto

¹⁰⁴⁰ OCDE, *Ethics training for public officials*, OECD, 2013.

¹⁰⁴¹ De hecho, se ha considerado que el liderazgo ético de los cargos y puestos superiores desarrolla un papel fundamental en el fomento de la conducta ética en los empleados de la organización (vid. OCDE, *Public Sector Integrity. A Framework for Assessment*, cit., pp. 306-307; y, con una completa revisión de la principal bibliografía en la materia, vid. TREVIÑO, Linda K.; DEN NIEUWENBOER, Niki A. y KISH-GEPHART, Jennifer J., “(Un)Ethical behavior in organizations”, cit., pp. 643-645).

¹⁰⁴² Tal y como se recoge en el documento *Ethics training for public officials*, todos los empleados y cargos públicos deberían estar obligados a recibir formación ética, pero, en la medida en que la formación implica tiempo y un coste considerable de fondos públicos, puede resultar necesario priorizar en qué casos es más conveniente prestar esa formación (OCDE, *Ethics training for public officials*, pp. 14-15).

lugar, se recomienda que la formación ética no conste únicamente de sesiones teóricas sino que incluya sesiones de trabajo prácticas, basadas en casos, de tal modo que ofrezca un conocimiento apropiado del marco normativo referido a cuestiones de ética y lucha contra la corrupción y se ofrezcan directrices prácticas para asegurar el comportamiento ético en situaciones en que las reglas puedan ser poco claras. Por último, se aconseja evaluar la formación, a efectos de conocer el nivel de conocimiento recibido así como las carencias del programa formativo.

A la luz de los valores con los que las personas potencialmente pueden acceder al desarrollo de funciones urbanísticas, así como de las recomendaciones vertidas desde distintos foros internacionales acabadas de señalar, entendemos que sería conveniente que todas aquellas personas que fueran a ejercer funciones públicas urbanísticas (muchas de ellas sometidas a relevantes riesgos de corrupción) deberían recibir formación sobre la forma adecuada de desarrollar sus funciones, poniendo énfasis en los aspectos beneficiosos de adoptar una actitud íntegra en el ejercicio de las funciones que tengan encomendadas. En consecuencia, proponemos que acreditar el aprovechamiento formativo en programas específicos sobre ética y lucha contra la corrupción (urbanística) sea un requisito previo para poder desarrollar las funciones urbanísticas sujetas a mayores riesgos de corrupción. En ese caso, y sin perjuicio de la transitoriedad que se establezca para empezar a exigir dicho requisito, creemos que sería conveniente diferenciar el régimen aplicable a los técnicos municipales que participen en los procedimientos urbanísticos de riesgo del de los cargos electos que también deban participar en dichos procedimientos, en la medida en que los primeros se dedicarán principalmente a labores relacionadas con el urbanismo, mientras que los segundos, como alcaldes y miembros del Pleno de la corporación local, participarán adoptando decisiones en muchas otras cuestiones, algunas también sujetas a relevantes riesgos de corrupción, por lo que en este caso creemos que sería suficiente una formación ética de carácter transversal¹⁰⁴³.

En segundo lugar, también sería muy importante la formación basada en el código de conducta urbanístico antes propuesto. Es importante que los empleados y cargos públicos que deban guiar su actuación por dicho texto lo conozcan suficientemente y sepan cómo interpretar y poner en práctica cada una de las disposiciones allí contenidas. Entre esas disposiciones que es relevante conocer, debería contemplarse la denuncia de las prácticas de corrupción, sobre la que entendemos que es importante que se lleve a cabo una instrucción específica sobre la forma, el momento y la persona a la que deben dirigirse las denuncias de prácticas irregulares que pudieran ser constitutivas de corrupción urbanística¹⁰⁴⁴.

¹⁰⁴³ Nada impide que en esa formación se incluyan bloques temáticos de sectores específicos con relevantes riesgos de corrupción, como el urbanismo.

¹⁰⁴⁴ En este sentido es de interés señalar que la ONU recomienda, entre los funcionarios públicos, «promover la comprensión de la conducta apropiada, de lo que está bien y lo que está mal, a qué nivel y

Por último, la formación también debe incluir a la persona que, de acuerdo con nuestra primera propuesta, se encarga de realizar la evaluación y gestión (mediante la formulación de medidas preventivas) de riesgos de corrupción en aquellos procedimientos de elaboración de actos administrativos de naturaleza urbanística que hayan sido identificados como especialmente vulnerables a la corrupción, con orientación sobre el tipo de medidas que en cada caso pueden ser propuestas para los concretos procedimientos urbanísticos con riesgos de corrupción, así como formación para identificar riesgos de corrupción.

Las tareas de formación deberían corresponder, idealmente, al órgano encargado de prevenir la corrupción correspondiente, creado en cumplimiento del art. 6 CNUCC, como por ejemplo la Oficina Antifraude de Cataluña. En su defecto, la organización correspondiente que deba someter a su personal a formación, debería contar con el asesoramiento de expertos en materia de lucha contra la corrupción y, en el caso que aquí tratamos, urbanismo.

3.4.3.- *Las consultas urbanísticas*

En la introducción de este apartado ya se ha hecho referencia a sentencias e informes que demuestran que la complejidad en el urbanismo es muy elevada, y los sujetos privados que se relacionan con la administración urbanística pueden tener dudas sobre las normas y criterios aplicables. Esa enorme complejidad técnica abre la posibilidad de que existan casos de corrupción, en la medida en que las personas que ejercen las funciones públicas urbanísticas pueden abusar de los conocimientos y funciones propios de su cargo o empleo para convencer a los interesados de que sus intenciones (acaso concretadas ya en una solicitud) son contrarias al ordenamiento urbanístico, con la finalidad de proponerles, acto seguido, el pago ilícito de una cuantía o cualquier otra contraprestación a cambio de autorizar la actuación pretendida por el interesado¹⁰⁴⁵.

Para solventar este problema sería necesario incrementar la información ciudadana en los aspectos técnicos del urbanismo. En esa labor, el instrumento idóneo son las consultas en materia urbanística. A pesar de que la respuesta de las consultas en materia urbanística puede estar exigida por el ordenamiento jurídico¹⁰⁴⁶, y a pesar de su gran

respecto de quién; insistir en la necesidad de evitar faltas de conducta y, en particular, tener capacidad para detectarlas; comprender la importancia de hablar, insistiendo, en particular, en que denunciar lo que está mal es responsabilidad de todos; y convencer de que: el acto de denunciar debe verse positivamente; se tomarán medidas eficaces y apropiadas; es más provechoso efectuar una denuncia que guardar silencio; y se brindará protección a quien efectúe la denuncia» (UNODC, *Guía Técnica de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción*, cit., pp. 112-113).

¹⁰⁴⁵ Un caso así puede encontrarse en la SAP de Málaga (secc. 8ª) de 18 de enero de 2012, cit.

¹⁰⁴⁶ El art. 8.3 TRLS prevé, dentro de las facultades del derecho de propiedad de los propietarios de suelo en situación rural para el que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística prevean o permitan

trascendencia para evitar prácticas de corrupción como las descritas, parece ser que, en la práctica, muchas de ellas no son respondidas, o al menos no dentro de un plazo razonable¹⁰⁴⁷.

En consecuencia, entendemos que una buena forma de luchar contra las prácticas de corrupción urbanística que guardan relación con la complejidad del urbanismo consiste en potenciar las consultas¹⁰⁴⁸ y en garantizar que las que se planteen sean contestadas de forma adecuada y en un plazo apropiado. La forma y plazos de respuesta a las consultas puede establecerse tanto en la legislación urbanística autonómica como en los códigos y cartas de servicio sectoriales propuestos en este último grupo de medidas relacionadas con la ética en el ejercicio de funciones públicas.

Estas consultas deberían, además, publicarse en la sede electrónica o sitio web de la Administración correspondiente, en la medida en que puede que esa consulta sirva para otros ciudadanos que pudieran tener dudas análogas. Esa publicación beneficiaría a la Administración, en la medida en que debería invertir menos recursos en tramitar y responder consultas idénticas o estrechamente relacionadas y equivalentes; y, por otro lado, beneficiaría al resto de ciudadanos, que no deberían esperar a que se resolviera una nueva consulta sobre la misma cuestión, agilizando así las relaciones de los interesados con la Administración urbanística. Además, la publicación, como mecanismo que facilita el control social de la actuación administrativa, desincentivaría a los encargados de resolver la consulta de incluir en la misma criterios interpretativos erróneos para luego exigir contraprestaciones ilícitas a los interesados que quisieran realizar la actuación consultada.

La obligación de publicar determinadas respuestas a consultas ha sido incorporada en la legislación sobre transparencia. Así, el art. 7.a) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre,

su paso a la situación de suelo urbanizado, el «derecho de consulta a las Administraciones competentes, sobre los criterios y previsiones de la ordenación urbanística, de los planes y proyectos sectoriales, y de las obras que habrán de realizar para asegurar la conexión de la urbanización con las redes generales de servicios y, en su caso, las de ampliación y reforzamiento de las existentes fuera de la actuación». Añade también que «[l]a legislación sobre ordenación territorial y urbanística fijará el plazo máximo de contestación de la consulta, que no podrá exceder de tres meses, salvo que una norma con rango de ley establezca uno mayor, así como los efectos que se sigan de ella. En todo caso, la alteración de los criterios y las previsiones facilitados en la contestación» podrán dar lugar a responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. En el régimen urbanístico catalán, se prevé con carácter general el derecho de consulta de todo ciudadano, pues de acuerdo con el art. 8.5 TRLUC «[l]a ciudadanía tiene derecho a consultar y ser informada sobre el contenido de los instrumentos de planeamiento y gestión urbanísticos», y, de acuerdo con su apartado d), mediante relgamento deben desarrollarse las «formas de consulta y divulgación de los instrumentos urbanísticos y los medios de acceso de la ciudadanía a estos instrumentos y la prestación de asistencia técnica para que puedan comprenderlos correctamente».

¹⁰⁴⁷ Vid. SINDIC DE GREUGES DE CATALUNYA, *Informe al Parlamento 2011*, Sindic de Greuges de Catalunya, 2012, cit., p. 288.

¹⁰⁴⁸ El Código de Buenas Prácticas Administrativas del Ayuntamiento de Madrid cuenta con un artículo, el 26, especialmente referido a las licencias urbanísticas. De acuerdo con su apartado noveno, «[l]os titulares de los órganos directivos responsables de la concesión de licencias potenciarán la consulta urbanística común para dotar de mayor seguridad jurídica a los ciudadanos respecto del régimen urbanístico aplicable en un determinado emplazamiento».

de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, establece que las Administraciones públicas publicarán, en el ámbito de sus competencias, las «consultas planteadas por los particulares u otros órganos en la medida en que supongan una interpretación del Derecho o tengan efectos jurídicos». En sentido similar, el art. 10.1.b) de la Ley catalana 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, establece que las Administraciones deberán publicar las «consultas planteadas que tengan especial incidencia sobre la interpretación y la aplicación de las normas». Por tanto, las consultas en materia urbanística que hagan referencia a la interpretación de la normativa urbanística deben ser publicadas de acuerdo con la normativa vigente, por lo que no entendemos necesario formular al respecto propuestas adicionales, siempre y cuando las Administraciones cumplan con esta obligación.

3.4.4.- Las cartas de servicios urbanísticos

Otra situación de potencial abuso en el ejercicio de funciones públicas puede darse mediante la inactividad en el ejercicio de potestades regladas. En efecto, por mucho que el ciudadano reciba respuesta a sus consultas urbanísticas y pueda conocer si las obras que se plantea llevar a cabo se ajustan a Derecho, las personas encargadas pueden decidir si actúan o no de forma diligente, dando trámite a la solicitud de la licencia de obras correspondiente y resolviendo en el plazo previsto en las leyes.

La no resolución en plazo de aquellas actuaciones que estén sujetas a autorización administrativa previa (y en concreto, las del art. 9 TRLS¹⁰⁴⁹) dará lugar a la aplicación del silencio administrativo negativo o desestimatorio, con independencia de que el Derecho urbanístico aplicable pudiera amparar la construcción proyectada.

En la jurisprudencia se encuentran casos en que empleados y cargos públicos abusan de su necesaria intervención en procedimientos de índole urbanística para obtener, fruto de su buscada inactividad, un beneficio. Un ejemplo de ello lo constituye la STS (Sala de lo Penal) de 18 de julio de 1997¹⁰⁵⁰, en la que se confirma la pena impuesta a un alcalde,

¹⁰⁴⁹ Tal y como fue introducido en nuestro ordenamiento por el art. 23 del Real Decreto-ley 8/2011, el silencio administrativo negativo o desestimatorio se aplica a las solicitudes para la obtención del título habilitante para llevar a cabo, entre otras actividades, las obras de edificación, construcción e implantación de instalaciones de nueva planta, así como la ubicación de casas prefabricadas e instalaciones similares, ya sean provisionales o permanentes. Esta disposición se encuentra recogida hoy en el art. 9 TRLS tras la adopción de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, ley que, además, derogó expresamente el art. 23 del Real Decreto-ley 8/2011. Como ya se ha dicho, ese artículo 23 fue declarado inconstitucional por el TC, mediante su sentencia 29/2015, de 19 de febrero, por vulnerar el art. 86.1 CE, al no haberse justificado de forma suficiente la extraordinaria y urgente necesidad para el uso de la legislación de urgencia. Dado que ese era el único motivo de inconstitucionalidad de la cláusula, no parece que persista hoy, en su nueva ubicación, ninguna causa de inconstitucionalidad.

¹⁰⁵⁰ STS (Sala de lo Penal) de 18 de julio de 1997, rec. núm. 1312/1996, ponente D. Cándido Conde-

administrador y socio de varias empresas de construcción y promoción de viviendas que participaba en la concesión de licencias urbanísticas a sus propias empresas y a empresas que eran directas competidoras en el sector inmobiliario. Como constata el tribunal, las licencias solicitadas por sus empresas eran concedidas con insólita rapidez, mientras que el procedimiento seguido por las solicitudes de la competencia era mucho más lento, aplicándose por lo general y como única respuesta el silencio administrativo¹⁰⁵¹.

A nuestro juicio, el sentido del silencio administrativo abre un margen para la corrupción donde los cargos o empleados públicos competentes, o quienes estén en posición de influir sobre los mismos, podrían paralizar consciente e injustamente el procedimiento, con la finalidad de poder exigir pagos ilícitos a cambio de facilitar o dictar una resolución expresa favorable, o bien podrían, como en el caso expuesto anteriormente, perjudicar a su competencia para obtener una ventaja propia en el sector privado. El desconocimiento de la intervención de los distintos órganos en el procedimiento y la ignorancia de los plazos de trámites y de resolución (y notificación), así como de los derechos de los interesados y las obligaciones de la Administración y el personal a su servicio (incluyendo los mecanismos para exigir responsabilidades en caso de incumplimiento de tales obligaciones), pueden favorecer el surgimiento de casos de corrupción, entre otros abusos.

Para solucionar, al menos parcialmente, este problema, más allá de la diligencia en la respuesta de consultas por parte de la Administración, debería promoverse la elaboración y puesta a disposición del público de cartas de servicios sectoriales, específicamente urbanísticas, por medios telemáticos y en formato físico, disponibles tanto en las sedes electrónicas y sitios web como en las dependencias municipales a las que deba dirigirse el ciudadano para formular y presentar consultas o solicitudes en esta materia¹⁰⁵².

Pumpido Tourón.

¹⁰⁵¹ «Alega el recurrente que la agilidad administrativa no es delictiva y debería ser digna de alabanza, pero dicha alabanza se torna en reproche cuando se aprecia que tan pasmosa celeridad no se aplica imparcialmente al conjunto de los administrados sino únicamente a las solicitudes de las empresas del Alcalde, en cuya tramitación y resolución, por cierto, tenía éste obligación legal de abstenerse y no lo hacía. El abuso delictivo del cargo se pone claramente de manifiesto cuando se aprecia que las solicitudes de la competencia no sólo no se tramitan con dicha celeridad sino por el contrario con una desesperante demora, dándoles por respuesta el silencio administrativo, con lo cual se retrasaban las promociones urbanísticas de la competencia y aceleraban las propias» (FD 4º).

¹⁰⁵² En 2009 ya se sostuvo la idoneidad de una medida de esta índole por parte de La Asamblea del Consejo General de Colegios Oficiales de Secretarios/as, Interventores/as y Tesoreros/as de Administración Local (COSITAL), que propuso, específicamente para luchar contra la corrupción en el ámbito urbanístico, la «[o]bligatoriedad de la Redacción de una Carta de Servicios donde se planifiquen los tiempos para cada uno de los trámites y la identificación obligatoria de los responsables de la tramitación en escrito que debe aportarse al interesado con carácter inmediato tras la presentación de la solicitud» (COSITAL, *Declaración de la Asamblea del Consejo General de Colegios Oficiales de Secretarios/as, Interventores/as y Tesoreros/as de Administración Local. Propuesta de medidas contra la corrupción*, documento consultable en http://www.cosital.es/attachments/171_propuesta-medidas-frente-corrupcion.pdf, fecha de última consulta 25 de febrero de 2015).

Entendemos, siguiendo a la doctrina¹⁰⁵³, que las cartas propuestas deberían ser verdaderas normas jurídicas que vincularan a la Administración de forma interna y externa, que informaran de los servicios prestados y se asumieran compromisos de calidad en su prestación, reconociéndose la compensación en caso de incumplimiento. En ese sentido parece apuntar, por cierto, la Ley catalana 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, al establecer en su art. 59. 2 que las cartas de servicio, de las que reconoce su naturaleza reglamentaria, son de contenido «vinculante para la Administración y los usuarios», y tal contenido «puede ser invocado en vía de recurso o reclamación».

Como ha dicho la doctrina, este instrumento «puede ayudar a precisar el contenido del derecho a una buena administración y de las obligaciones públicas conectadas»¹⁰⁵⁴, a lo que podríamos añadir, desde nuestra óptica, también su capacidad para prevenir algunos casos de corrupción urbanística.

Para evitar el surgimiento de prácticas de corrupción como las apuntadas anteriormente, creemos necesario que en las cartas se identifique a los responsables de los procedimientos urbanísticos y a los demás órganos que intervengan en el procedimiento, especialmente respecto de aquéllos sujetos a mayores riesgos de corrupción, así como a los órganos competentes para resolver; asimismo, debería señalarse el plazo en que debe ser resuelto y notificado el procedimiento, así como el de los actos y gestiones de trámite más relevantes¹⁰⁵⁵. Finalmente, a efectos de prevenir la corrupción, también sería relevante que estos documentos vincularan y pudieran ser invocados en vía de recurso o reclamación, en la medida en que su incumplimiento apunta, en principio, a un funcionamiento anormal de los servicios públicos. Si a partir de la carta es posible

¹⁰⁵³ En particular, vid. TORNOS MAS, Joaquín, “Las cartas de servicios”, *Quaderns de Dret Local*, núm. 10, febrero de 2006, pp. 72-82.

¹⁰⁵⁴ PONCE SOLÉ, Juli, *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, INAP, Madrid, 2013, p. 120-121.

¹⁰⁵⁵ Por ejemplo, el art. 59.1 de la Ley catalana 19/2014 regula el contenido mínimo de las cartas de servicios:

«Artículo 59. Cartas de servicio.

1. La Administración pública debe garantizar que los servicios de su competencia se prestan en unas condiciones mínimas y razonables de calidad, y debe incluir cartas de servicio en el marco regulador de los servicios públicos básicos, las cuales deben establecer, como mínimo:

- a) La organización y la forma de gestión del servicio.
- b) La identificación de los responsables de la gestión.
- c) Los estándares mínimos de calidad del servicio desglosados, en su caso, por categorías de prestaciones, y los indicadores e instrumentos para evaluar su aplicación.
- d) Las condiciones de acceso.
- e) Los derechos y deberes de los usuarios.
- f) El régimen económico aplicable, con indicación de las tasas y los precios públicos que sean de aplicación, en su caso.
- g) Las vías de reclamación utilizables.
- h) Las vías utilizables para que los usuarios puedan obtener información y orientación con relación al servicio público».

identificar un retraso injustificado en los procedimientos urbanísticos y al responsable del mismo, y esta información se puede hacer valer al recurrir o interponer una reclamación, entendemos que se reducirá el incentivo para la corrupción, gracias al incremento del grado de responsabilidad de las Administraciones y de las personas encargadas de ejercer funciones públicas urbanísticas, sobre todo si ello se acompaña de un uso apropiado de la vía de regreso contemplada en el art. 145 LRJPAC¹⁰⁵⁶.

Conectado con los párrafos previos, en que se hizo notar la relevancia de informar a la ciudadanía respecto de cuestiones urbanísticas de complejidad técnica y jurídica, abogamos también por que se identifique en la carta el derecho a formular consultas en materia urbanística, indicando dónde presentarlas, a quién corresponde resolverlas y en qué plazo.

Finalmente, debemos añadir que la aprobación de las cartas debería venir exigida por ley. En Cataluña, ya desde la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña, se impone a las Administraciones el impulso de la aplicación de cartas de servicios (art. 23.3), y ha sido con posterioridad, en virtud del art. 59.1 de la Ley autonómica 19/2014, que se ha exigido la aprobación de cartas de servicio en el marco regulador de los «servicios públicos básicos». A nuestros efectos, proponemos que esa obligatoriedad se amplíe y alcance en todo caso a las actividades públicas sujetas a mayores riesgos de corrupción, y en particular, al urbanismo.

4.- REFLEXIONES FINALES SOBRE LAS MEDIDAS PROPUESTAS A LA LUZ DE LA REALIDAD DEL URBANISMO ESPAÑOL Y DE LAS DOS PRINCIPALES (Y ENFRENTADAS) CONCEPCIONES TEÓRICAS QUE FUNDAMENTAN MECANISMOS PARA LUCHAR CONTRA LA CORRUPCIÓN. LA LIMITADA, PERO NECESARIA, COLABORACIÓN DEL DERECHO EN LA PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN EN EL URBANISMO

Durante la segunda mitad del siglo pasado aparecieron influyentes estudios que revolucionaron la forma en que hasta entonces había sido tratada la corrupción¹⁰⁵⁷, y abrieron el camino a una serie de novedosos mecanismos para combatirla. Su gran innovación consistió en aplicar a dicho fenómeno una teoría propia de las ciencias

¹⁰⁵⁶ En los casos de corrupción, tal y como fue definida en el Capítulo I de este trabajo y se muestra en el ejemplo citado de la STS (Sala de lo Penal) de 18 de julio de 1997, implicará que siempre que a consecuencia de la misma se genere un daño, ese daño se produzca de forma dolosa, por lo que entendemos que, en los casos de corrupción, la Administración debe exigir de oficio la responsabilidad en que han incurrido sus autoridades y demás personal a su servicio.

¹⁰⁵⁷ Destacan en particular ROSE-ACKERMAN, Susan, *Corruption: A study in political economy*, Academic Press, Nueva York, 1978; y KLITGAARD, Robert, *Controlling corruption*, Berkeley, University of California Press, 1988.

económicas y que ya había demostrado su funcionalidad en el estudio de la organización empresarial: la teoría de la agencia¹⁰⁵⁸.

La aproximación basada en la teoría de la agencia parte de la premisa de que hay unos principales que, para actuar, deben servirse de unos agentes, que los representan, como podría ser el caso de los cargos electos (agentes) que representan a la ciudadanía (múltiples principales), o los funcionarios y altos cargos (agentes) actuando en nombre del gobierno o de cualquier superior jerárquico (principal), por poner solo algunos ejemplos. El objetivo buscado en estas relaciones de agencia es que el agente actúe sirviendo a los intereses del principal¹⁰⁵⁹. En caso contrario, se estaría ante una patología en dicha relación.

Tales autores han aplicado esas premisas de la teoría de agencia al marco institucional en el que desarrollan su actividad los principales y agentes, dando lugar al ya citado institucionalismo económico, y, en base a un modelo de elección racional, entienden que los agentes tenderán a verse más tentados a traicionar la confianza de sus principales cuando las posibilidades de detección y la severidad del castigo de su actuación irregular sean escasamente disuasorias frente al beneficio particular que en su caso pueden llegar a obtener¹⁰⁶⁰.

Los teóricos del institucionalismo económico han entendido que cuando existen casos de corrupción se da justamente una situación patológica en la relación de agencia, pues presumen que el principal tiene unos intereses (por ejemplo, de la ciudadanía lo serían los intereses generales), y quienes deben actuar en su representación (miembros del gobierno, altos cargos y funcionarios, por ejemplo), en lugar de realizar conductas tendentes a satisfacer esos intereses del principal, aprovechan el poder y cargo que les ha sido conferido para obtener un beneficio particular, ajeno, cuando no enfrentado, a los intereses del principal. Esa situación sería posible gracias a una falta de información del principal, quien no dispondría de los medios de control y sanción suficientes para advertir y castigar convenientemente esa traición en la relación de confianza. En definitiva, el agente haría un cálculo racional, sopesando las posibilidades de detección y castigo por actuar en beneficio de sus propios intereses, y, a la vista de que habría más incentivos que desincentivos para traicionar el cometido encomendado por el principal,

¹⁰⁵⁸ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Fernando, “La trampa política: la corrupción como problema de acción colectiva”, cit., p. 159.

¹⁰⁵⁹ Entre nuestra doctrina jurídico-administrativa se ha asumido también esta teoría. Como ejemplo notable sirven estas palabras de Alejandro NIETO, que aunque emplean una terminología distinta (pero próxima), son sin duda evocadoras de cuanto asume la teoría de la agencia aplicada a la corrupción: «La corrupción pública empieza cuando el Poder que ha sido entregado por los ciudadanos a título de administrador —o sea, para gestionarlo de acuerdo con los intereses generales— no es utilizado correctamente, sino que el gestor, defraudando la confianza de sus mandantes, desvía su ejercicio para obtener un beneficio particular» (NIETO, Alejandro, *El desgobierno de lo público*, cit., p. 154).

¹⁰⁶⁰ JIMÉNEZ, Fernando; GARCÍA-QUESADA, Mónica y VILLORIA, Manuel, “Integrity systems, values and expectations: explaining differences in the extent of corruption in three Spanish local governments”, cit., pp. 68-69.

actuaría persiguiendo sus propios intereses.

En consecuencia, las medidas anticorrupción inspiradas por esta corriente de pensamiento se han centrado en incrementar el conocimiento sobre los agentes y sus actividades (por ejemplo, mediante declaraciones de bienes y de actividades de los agentes mientras desempeñan su cargo, medidas sobre transparencia en el funcionamiento de las administraciones públicas, control o limitación de la discrecionalidad, etc.)¹⁰⁶¹.

Sin embargo, a raíz del infructuoso resultado conseguido mediante la aplicación de medidas de control y sanción de la corrupción en algunos lugares¹⁰⁶², autores como Bo ROTHSTEIN han puesto en duda la validez del problema de agencia para tratar la corrupción¹⁰⁶³. La principal crítica ha radicado en que el modelo de agencia presume que el problema siempre es del agente, que actúa en persecución de sus intereses personales (o los de su partido político, o los de sus familiares y amigos) traicionando los intereses generales que persigue el principal al mismo tiempo que asume que el principal no dispone de información suficiente sobre ese agente; y sin embargo no se tiene en cuenta que esas medidas de mayor control y sanción del agente “infractor” solo tienen validez siempre y cuando el mismo principal tenga un verdadero interés en prevenir y, en su caso, castigar la corrupción.

En casos de principales que actúan también en persecución de ilícitos intereses particulares se ha llegado a hablar de «principales sin principios»¹⁰⁶⁴, y parece que en esas situaciones, más que ante un problema de agencia, estaríamos ante uno de acción colectiva¹⁰⁶⁵.

Esta teoría tiene sus raíces en el ya clásico dilema de los bienes comunes descrito por Garrett HARDIN en 1968¹⁰⁶⁶. De acuerdo con HARDIN, en una situación en la cual varios individuos actúan de forma independiente y racional movidos únicamente por el interés personal, terminan por destruir un recurso compartido limitado (el bien común) aunque a ninguno de ellos les convenga, tanto individual como colectivamente, la destrucción de ese bien común. De acuerdo con esta aproximación al problema de la corrupción, se entiende que la actuación de los sujetos depende en buena medida de la actuación

¹⁰⁶¹ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Fernando, “La trampa política: la corrupción como problema de acción colectiva”, cit., pp. 161-162.

¹⁰⁶² PERSSON, Anna; ROTHSTEIN, Bo y TEORELL, Jan, “Why Anticorruption Reforms Fail—Systemic Corruption as a Collective Action Problem”, *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, Vol. 26, núm. 3, julio 2013, pp. 449–471, p.449-450.

¹⁰⁶³ ROTHSTEIN, Bo, “Anti-corruption: the indirect ‘big bang’ approach”, cit.

¹⁰⁶⁴ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Fernando, “La trampa política: la corrupción como problema de acción colectiva”, cit., p. 164.

¹⁰⁶⁵ PERSSON, Anna; ROTHSTEIN, Bo y TEORELL, Jan, “Why Anticorruption Reforms Fail—Systemic Corruption as a Collective Action Problem”, cit.

¹⁰⁶⁶ HARDIN, Garrett, “The Tragedy of the Commons”, *Science*, vol. 162, 1968, pp. 1243-1248.

esperada del resto de personas. Así, si se espera que una gran mayoría incumpla las normas actuando de forma corrupta, a pesar de que individualmente cada una de esas personas tenga la convicción de que una menor corrupción sería beneficiosa para la sociedad en su conjunto, la tentación de todos los sujetos (incluidos no solo los agentes sino también los principales) de recurrir a prácticas de corrupción persiguiendo sus intereses personales es mucho mayor¹⁰⁶⁷. Dado el distinto análisis, también las propuestas de solución deberían ser distintas, y medidas clásicas inspiradas por la teoría de agencia podrían tener efectos contraproducentes: por ejemplo, una mayor transparencia podría generar que más personas se dieran cuenta del irregular funcionamiento de los poderes públicos y optaran por participar en ese tipo de prácticas ilícitas¹⁰⁶⁸.

Siguiendo a autorizadas voces de la doctrina en la materia como Susan ROSE-ACKERMAN o Bo ROTHSTEIN, se puede afirmar que ambas aproximaciones coexisten, no se excluyen sino que cada una es mejor para explicar y proponer soluciones a un tipo distinto de corrupción. Por un lado, el análisis y las propuestas del problema de agencia parecen funcionar mejor y de manera más obvia en aquellos casos en que el ordenamiento jurídico es apropiado para luchar contra la corrupción y los casos de corrupción son esporádicas actuaciones de personas que, en el ejercicio de funciones públicas, buscan obtener ilícitamente un beneficio particular¹⁰⁶⁹. Por el otro lado, la aproximación al fenómeno como problema de acción colectiva parece apropiada para aquellos casos en que la percepción social de la corrupción es muy alta¹⁰⁷⁰ y además la misma ha adquirido la condición de sistémica¹⁰⁷¹, donde serían escasas las posibilidades de que existiera un principal con una sincera voluntad de combatir la corrupción a corto plazo. En estos contextos de corrupción sistémica, las medidas tradicionales inspiradas por los modelos de agencia y por la elección racional no serían eficaces por sí solas y

¹⁰⁶⁷ Tal y como expresan Anna PERSSON *et al.*, «actors engage in corrupt behavior not because they morally approve of it or do not understand the negative consequences for society at large, but because as long as they expect everyone else to play foul, they perceive the short-term benefits of engaging in corrupt behavior to be greater than the costs. In terms of one prototypical model of collective action, this game of corruption could be interpreted as an assurance game (Hardin 1995; Sen 1967). According to the logic of this game, everyone prefers that no one cheats (i.e., acts corruptly) as compared to the outcome where everyone plays foul. However, being the sole “sucker” in a corrupt game is the even worse outcome to everyone, which tends to lock the game into the suboptimal “corrupt” equilibrium as long as everyone expects everyone else to be corrupt» (PERSSON, Anna; ROTHSTEIN, Bo y TEORELL, Jan, “Why Anticorruption Reforms Fail—Systemic Corruption as a Collective Action Problem”, cit., p. 457).

¹⁰⁶⁸ PERSSON, Anna; ROTHSTEIN, Bo y TEORELL, Jan, “Why Anticorruption Reforms Fail—Systemic Corruption as a Collective Action Problem”, cit., pp. 464-465. En cuanto a soluciones, todavía no parece haber un claro consenso al respecto, si bien los autores citados exponen algunas experiencias exitosas.

¹⁰⁶⁹ ROSE-ACKERMAN, Susan, “The institutional economics of corruption”, cit., p. 51.

¹⁰⁷⁰ En estos casos en que está extendida la desconfianza intersubjetiva y la percepción del funcionamiento parcial (o interesado y corrupto) de las instituciones públicas, se habla de círculos viciosos, pues esa percepción alimentaría más la desconfianza y la tentación de incurrir en prácticas de corrupción. Al respecto, vid. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Fernando, “La trampa política: la corrupción como problema de acción colectiva”, cit., en particular pp. 164-169.

¹⁰⁷¹ ROTHSTEIN, Bo, “Anti-corruption: the indirect ‘big bang’ approach”, cit., p. 231.

requerirían de otro tipo de medidas¹⁰⁷².

Ahora bien, ¿a qué teoría o teorías se acomoda el urbanismo español? ¿Hasta qué punto pueden ser efectivas las medidas propuestas en el apartado anterior?

Podemos afirmar que las propuestas típicas del institucionalismo económico, basadas en la teoría de la agencia y la elección racional, precisan de un principal interesado en evitar y castigar la corrupción. Ese principal puede ser tanto la ciudadanía en general como los entes o instituciones del poder público con capacidad para controlar y castigar la corrupción, o los entes o instituciones que se encargan de configurar y dotar a los entes encargados de tales funciones, ejerciendo así un control indirecto pero significativo sobre la persecución de la corrupción.

Respecto del principal más obvio, que es la ciudadanía en su conjunto, los teóricos de la acción colectiva han utilizado los comicios como indicio para dilucidar si éste presenta o no una voluntad real de castigar la corrupción. De acuerdo con esta corriente de pensamiento, el hecho de que no se castigue con rotundidad la corrupción en las elecciones puede indicar la falta de voluntad de luchar contra la corrupción por parte de este principal colectivo. Como expusimos, en el caso español hasta ahora el castigo electoral de la corrupción ha sido, en el mejor de los casos, tímido¹⁰⁷³. Sin embargo creemos, con Susan ROSE-ACKERMAN, que este indicador solo puede ser significativo en la medida en que, en unas elecciones, concorra alguna alternativa honesta creíble¹⁰⁷⁴. A nuestro juicio el reciente auge de la formación política Podemos, que ha hecho de la lucha contra la corrupción una de sus señas de identidad¹⁰⁷⁵, sumado a los recientes esfuerzos de todos los partidos políticos (incluso los más salpicados por graves casos de corrupción) por aparentar un firme compromiso en la lucha contra la corrupción¹⁰⁷⁶, nos hace pensar que al menos desde la óptica del principal entendido como la ciudadanía, sí hay en España una voluntad sincera de erradicar la corrupción en la vida pública, voluntad que los partidos políticos tratan de canalizar en su favor.

¹⁰⁷² Por ejemplo, las presentadas por AZFAR, Omar, “Disrupting corruption”, cit., pp. 260-262.

¹⁰⁷³ BARBERÁ ARANGÜENA, Pablo y FERNÁNDEZ-VÁZQUEZ, Pablo “Los electores ante la corrupción”, cit.

¹⁰⁷⁴ ROSE-ACKERMAN, Susan, “The institutional economics of corruption”, cit., p. 48.

¹⁰⁷⁵ Es significativo el hecho de que esta formación política incluyera en las primeras elecciones a las que se presentó (las elecciones al parlamento Europeo de mayo de 2014) a Carlos Jiménez Villarejo, fiscal jefe anticorrupción de 1995 a 2003, como número 3 de su lista, y durante la campaña de dichas elecciones prepararan un documento de medidas que se proponían plantear al Parlamento Europeo en buena medida centradas en la corrupción, y que reunieron en un documento al que se refirieron como «Directiva Villarejo» (consultable en: http://podemos.info/wordpress/wp-content/uploads/2014/05/directiva_villarejo.pdf).

¹⁰⁷⁶ Por poner solo algunos ejemplos ocurridos tras las elecciones al Parlamento Europeo de mayo de 2014, el PSOE y UPyD firmaron con Transparencia Internacional España un convenio por la transparencia y contra la corrupción el pasado 11 y 24 de noviembre, respectivamente, por el que los partidos firmantes se comprometían a «adoptar las distintas medidas por la transparencia de los partidos y contra la corrupción propuestas y publicadas por Transparencia Internacional España». También en noviembre de 2014, el Presidente del Gobierno anunció su voluntad de dar impulso a una serie de reformas orientadas a la prevención y represión de la corrupción.

No obstante, si cambiamos de principal la respuesta no parece, por el momento, apuntar en el mismo sentido. Hemos visto cómo múltiples instancias internacionales han certificado que, en efecto, el ordenamiento jurídico español dispone de instrumentos formales suficientes para llevar a cabo una satisfactoria lucha contra la corrupción, y, sin embargo, tales mecanismos han fallado en muchos casos y por lo general se han tachado de ineficaces¹⁰⁷⁷. De acuerdo con Alejandro NIETO, las autoridades públicas, que son al mismo tiempo las afectadas por la corrupción y las encargadas de prevenirla y reprimirla, no tendrían ningún interés en actuar contra sí mismas. Si bien es cierto que, señala Alejandro NIETO, el Estado como ente abstracto tiene interés en combatir la corrupción (en parte, añadiríamos, porque éste es el interés del principal conformado por la ciudadanía), ese Estado actúa fundamentalmente a través del Gobierno, y aunque el mismo proclame su voluntad de luchar contra la corrupción, tal intención sería meramente formal, limitada a «lanzar medidas sin espoleta»¹⁰⁷⁸. En nuestro contexto político no hay que olvidar que, más que el Gobierno, quienes pueden incidir en todas las instituciones públicas son los partidos políticos¹⁰⁷⁹, siendo además los que en no pocas ocasiones se han beneficiado de tramas de corrupción¹⁰⁸⁰.

Si nos trasladamos al ámbito del urbanismo español, se puede extraer de múltiples estudios sobre el fenómeno en distintos puntos de nuestra geografía que aunque también puede concurrir en ocasiones cierto problema de acción colectiva que desincentivaría luchar contra la corrupción y favorecería la creación y expansión de redes clientelares en torno a los ayuntamientos¹⁰⁸¹, la explicación más razonable para la gran cantidad de casos de corrupción urbanística durante más de una década seguramente la ofrezca solventemente el institucionalismo económico, a partir de la teoría de la agencia y el cálculo racional, pues parece que han concurrido unos muy elevados beneficios potenciales junto con un sistema ineficaz de control, detección y sanción de la

¹⁰⁷⁷ TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, *Marco de integridad institucional en España: situación actual y recomendaciones*, cit., pp. 6-8, y COMISIÓN EUROPEA, *Anexo: España, al Informe de lucha contra la corrupción de la UE*, cit., p. 16.

¹⁰⁷⁸ NIETO, Alejandro, *El desgobierno de lo público*, cit., p.174.

¹⁰⁷⁹ Así, a pesar de sus iniciales referencias al Gobierno, Alejandro NIETO termina apuntando lúcidamente a los partidos políticos: «Un organismo normal dispone de mecanismos defensivos para contener invasiones y corregir desviaciones. Cuando esos mecanismos fallan o no existen, el organismo queda indefenso. Y esto es lo que cabalmente sucede en España con la corrupción, puesto que los partidos se encargan de paralizar las reacciones defensivas del Estado y lo único que se hace es negar su existencia o, a todo lo más, conjurarla con remedios mágicos y retóricos de ineficacia probada» (NIETO, Alejandro, *El desgobierno de lo público*, cit., p. 179).

¹⁰⁸⁰ Entre otras resoluciones e informes, vid. SAP de Barcelona (secc. 2ª) de 21 de enero de 2013, recurso núm. 74/2011, cit.; Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 (Audiencia Nacional), de 26 de noviembre de 2014, diligencias previas del procedimiento abreviado 275/08, ponente D. Pablo Rafael Ruz Gutiérrez (sobre los beneficios obtenidos por el Partido Popular de los fondos delictivos de la red Gürtel), y COMISIÓN EUROPEA, *Anexo: España, al Informe de lucha contra la corrupción de la UE*, cit., p. 6.

¹⁰⁸¹ Vid. GARCÍA-QUESADA, Mónica; JIMÉNEZ, Fernando y VILLORIA, Manuel, “Can’t control/won’t control: opportunities and deterrents for local urban corruption in Lanzarote”, *Crime, law and social change*, noviembre 2014, pp. 1-20.

corrupción¹⁰⁸². Incluso nuestra propia investigación, que además de basarse en esa doctrina ha incluido también la realización de entrevistas a expertos en la materia y el estudio de sentencias sobre casos de corrupción urbanística, nos lleva a un diagnóstico del fenómeno en muy buena medida coincidente.

En consecuencia, nuestras propuestas de lucha contra la corrupción se acomodan bastante, al menos en un plano teórico, a lo propuesto por el institucionalismo económico, según la aplicación del problema de agencia y la elección racional; y se materializan en una serie de propuestas que apuntan a la modificación de la normativa jurídico-administrativa para mejorar la capacidad de las herramientas ofrecidas por el ordenamiento para luchar contra la corrupción.

Sin embargo, estimamos que sería un grave error ignorar la que a nuestro juicio tal vez sea la mayor contribución de los teóricos de la acción colectiva: en ocasiones, el principal no tiene un interés auténtico en erradicar la corrupción.

Tal y como hemos apuntado para el caso español, no son únicamente quienes ejercen cargos públicos o desarrollan funciones públicas quienes se benefician personalmente de la corrupción, sino que en algunos casos los beneficiados son también los partidos políticos¹⁰⁸³. A eso hay que añadir que en España la práctica totalidad de las instituciones sufre de una excesiva politización¹⁰⁸⁴, de tal manera que, siguiendo a Alejandro NIETO, parece fácil imaginar por qué las normas que sirven para garantizar el ejercicio imparcial del servicio público (y, en su caso, sancionar su vulneración) han tenido un efecto limitado¹⁰⁸⁵.

Ante ese problema, entendemos que para combatir de forma correcta la corrupción también serían de utilidad otros elementos y herramientas que en todo caso escapan al Derecho, tales como la formación ciudadana en materia ética¹⁰⁸⁶, la imparcialidad política y actitud vigilante de los medios de comunicación¹⁰⁸⁷ o las alternativas

¹⁰⁸² Por todos, vid. JIMÉNEZ, Fernando; GARCÍA-QUESADA, Mónica y VILLORIA, Manuel, “Integrity systems, values and expectations: explaining differences in the extent of corruption in three Spanish local governments”, cit.

¹⁰⁸³ JIMÉNEZ, Fernando y VILLORIA, Manuel, “Political finance, urban development and political corruption in Spain”, cit., pp. 129-130.

¹⁰⁸⁴ La doctrina administrativista ha llegado a hablar de la «colonización del Estado por los partidos políticos» como una de las causas de la corrupción (vid. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Corrupción, ética y moral en las Administraciones públicas*, cit., pp. 47-48).

¹⁰⁸⁵ NIETO, Alejandro, *La corrupción en la España democrática*, cit., pp. 203 y ss.

¹⁰⁸⁶ El 3 de noviembre de 2014 Transparencia Internacional España presentó el documento *Transparencia Internacional insta a los partidos y responsables políticos a la adopción de un conjunto de medidas drásticas y urgentes contra la corrupción*, cuya medida urgente número 20 consistía justamente en la «[i]ntroducción en los distintos niveles educativos de materias y contenidos éticos, de valores, y contra la corrupción».

¹⁰⁸⁷ MUNGIU-PIPPIDI, Alina, “The good, the bad and the ugly: controlling corruption in the European Union”, *European Research Centre for Anti-corruption and State-building. Working paper n. 35*, pp. 30 y ss. Consultable en: <http://www.againstcorruption.eu/wp-content/uploads/2013/04/WP-35-The-good-the->

“limpias” y fiables a los partidos políticos, y sus militantes, más fuertemente vinculados con la corrupción¹⁰⁸⁸.

El Derecho juega un papel necesario aunque no determinante cuando proliferan los principales sin principios o, cuanto menos, poco decididos a terminar con la corrupción. Nuestras propuestas confían en la mayor eficacia de las medidas preventivas para hacer frente al fenómeno de la corrupción, y al respecto entienden que el instrumento idóneo se encuentra en el ordenamiento jurídico-administrativo, motivo por el que se articulan en modificaciones y adiciones a dicho sistema jurídico con la finalidad de poder disponer de herramientas más ajustadas a la naturaleza del fenómeno que aquí nos interesa combatir. Como hemos visto en apartados anteriores, si bien las deficiencias de un ordenamiento jurídico no son una causa relevante para explicar la corrupción, sí que pueden identificarse en los ordenamientos aquellas carencias que, lejos de dificultarla, la facilitan¹⁰⁸⁹, amparando sistemas de prevención ineficaces y mecanismos de sanción inoperativos sin apenas efecto disuasorio alguno.

Aunque confiamos en el Derecho como mecanismo para garantizar la buena administración, el buen gobierno y la lucha eficaz contra la corrupción, sin duda puede que una falta de voluntad en la aplicación de los medios dé lugar a un fracaso de los instrumentos jurídicos. No en balde, con esa amenaza en mente, hemos tratado de dotar a nuestras propuestas de capacidad para incrementar el grado de eficacia y visibilidad del control efectuado por aquellos órganos *a priori* mejor posicionados, en base a su supuesto mayor grado de independencia y preparación técnica, para llevar a cabo tales funciones de control; y hemos puesto énfasis en instrumentos con cierto grado formativo para los empleados y cargos públicos, como los códigos de conducta y sus sistemas formativo y de seguimiento asociados. Por descontado, como ya apuntamos, otras medidas serían necesarias, medidas que guardan más relación con la educación, la ética y los valores que con el Derecho¹⁰⁹⁰ pero, tal y como sostiene Jesús GONZÁLEZ, el hecho de que la corrupción no pueda ser erradicada únicamente mediante normas jurídicas no debe impedir que, en lo posible, se perfeccionen las medidas disponibles para hacerle frente¹⁰⁹¹.

[bad-and-the-ugly.pdf](#)

¹⁰⁸⁸ Así, la décima medida del documento de Transparencia Internacional *Transparencia Internacional insta a los partidos y responsables políticos a la adopción de un conjunto de medidas drásticas y urgentes contra la corrupción* prescribe «[a]partar de los cargos públicos y de cualquier lista electoral a los procesados por corrupción (se entenderán procesados en caso de que haya un escrito de acusación por el fiscal o la apertura de un juicio oral)».

¹⁰⁸⁹ En este mismo sentido, Miguel SÁNCHEZ afirmó que «la evolución reciente de nuestro Derecho público ha facilitado el desarrollo de la corrupción política en vez de ponerle freno» (SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “La corrupción y los problemas del control de las administraciones públicas”, cit., p. 191).

¹⁰⁹⁰ Entre otros, vid. PAREJO ALFONSO, Luciano, “Urbanismo y corrupción: un problema no solo de legalidad”, cit., p. 41; BOIX PALOP, Andrés, “Modelos de financiación de partidos políticos y corrupción”, cit., p. 165; e IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel y MEDINA ARNÁIZ, Teresa, “Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea”, *Revista Penal*, núm. 14, 2004, pp. 49-69, p. 64.

¹⁰⁹¹ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Corrupción, ética y moral en las Administraciones públicas*, cit., pp. 58-59.

CONCLUSIONES PARA UNA POLÍTICA ANTICORRUPCIÓN EN
EL URBANISMO

El estudio que precede a estas conclusiones ha revelado puntos de interés que consideramos relevantes a efectos de abordar de forma apropiada, desde la perspectiva jurídico-administrativa, el combate de la corrupción, particularmente en el ámbito urbanístico. Entendemos, por tanto, que las mismas pueden contribuir a orientar una política pública anticorrupción eficaz.

En el presente trabajo hemos estudiado el fenómeno de la corrupción en el urbanismo, sus causas y consecuencias, los instrumentos jurídicos disponibles para hacerle frente y, en último lugar, hemos formulado una serie de propuestas sobre posibles líneas de mejora de ese problema, disponiendo estas cuestiones en cuatro capítulos diferenciados. Entendemos que las conclusiones originadas en este estudio deben asimismo dividirse en bloques distintos, siguiendo la misma estructura que la seguida en los capítulos que componen en cuerpo del trabajo: en primer lugar, las conclusiones derivadas de la identificación y delimitación del problema a tratar; en segundo lugar, las conclusiones referidas específicamente a las causas y consecuencias de la corrupción urbanística; en tercer lugar, las surgidas del análisis de los mecanismos ya disponibles para enfrentarse a ese problema, y, en cuarto y último lugar, incluimos las conclusiones relativas a las posibilidades de mejora del ordenamiento, ajustándose mejor a la naturaleza del problema de la corrupción urbanística. De forma diferenciada, en este último bloque de conclusiones hemos optado por recopilar de forma sintética las principales propuestas que hemos formulado en el trabajo, a efectos de poner remedio, al menos parcialmente, al fenómeno estudiado.

I. Conclusiones sobre la entidad y perfiles de la corrupción

1.- El término «corrupción» es también un término jurídico, incorporado al ordenamiento, con unos rasgos propios que permiten diferenciarlo de otros conceptos jurídicos afines.

Aunque el fenómeno de la corrupción es antiquísimo¹⁰⁹², y también lo son las normas

¹⁰⁹² El Parlamento Europeo se hizo eco, en 1998, de unos hallazgos arqueológicos que probaban casos de corrupción en el siglo XIII a.C. Se encontró un registro del imperio asirio en el que figuraban listados los funcionarios que habían aceptado sobornos, entre los que figuraban altos funcionarios e incluso una princesa asiria, PARLAMENTO EUROPEO, *Informe sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política de la Unión en materia de lucha contra la corrupción (COM(97)0192 - C4-0273/97)*, de 24 de julio de 1998.

que se adoptan para combatir algunas de sus manifestaciones¹⁰⁹³, lo cierto es que el propio término «corrupción» no ha adquirido carta de naturaleza como término jurídico hasta muy recientemente y ya entrado el siglo XXI, en particular gracias a los esfuerzos de Naciones Unidas, que terminaron por concretarse en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 31 de octubre de 2003 (CNUCC).

La opción adoptada por esa Convención para aproximarse al concepto no fue la de ofrecer una definición sino una descripción de las manifestaciones que debían entenderse como corruptas, por lo que, aun a pesar de la introducción del término en el Derecho, no se puede hablar de una definición general, consensuada, de corrupción a efectos jurídicos. Analizado el Derecho nacional, tampoco se desprende una definición válida, ni se han identificado otros conceptos jurídicos ya implantados en nuestro ordenamiento interno que puedan ser equivalentes; a pesar de ciertas similitudes con otros conceptos como la desviación de poder, esos conceptos mantienen ciertas diferencias con la corrupción. Por tanto, parece apropiado para una política anticorrupción que primero se defina el problema a corregir, la corrupción, en base a las líneas definitorias que se pueden extraer de los instrumentos jurídicos internacionales de referencia.

2.- La consideración de los privados que ejercen funciones públicas como sujetos susceptibles de incurrir en prácticas de corrupción pública es ineludible.

Cada vez es más frecuente no solo que las Administraciones recurran a fórmulas de Derecho privado para gestionar y llevar a cabo determinadas actividades, sino también que sean privados quienes ejerzan directamente las funciones administrativas, colaborando con las Administraciones. Adicionalmente, hemos visto gracias al ejemplo del urbanismo y sus arquitectos honoríficos, que puede haber personas físicas ejerciendo funciones públicas sin que medie retribución ni contrato de ninguna clase.

Por ello, creemos que la política anticorrupción que ordene la lucha contra la corrupción pública no debe delimitar su ámbito subjetivo por un criterio formal, sino funcional, atendiendo al criterio de considerar corrupción pública toda aquella que sea llevada a cabo por sujetos que ejerzan funciones públicas.

3.- La corrupción urbanística no es más que un tipo específico de corrupción pública, por razón del ámbito sectorial en que opera.

¹⁰⁹³ Por ejemplo, la *lex Calpurnia de repetundis*, aprobada en el año 149 a.C., o la *lex Iulia de repetundis* que en torno al año 59 a.C. hizo aprobar Julio César, en su primer año de consulado. Al respecto, vid. GONZÁLEZ ROMANILLOS, José Antonio, *La corrupción política en época de Julio César. Un estudio sobre la lex Iulia de repetundis*, Comares, Granada, 2009.

Aunque existen especificidades de la corrupción urbanística, unas características propias, lo cierto es que la mayor parte del estudio del fenómeno sería coincidente con cualquier forma de corrupción pública, siendo tal vez la especialidad más destacada la complejidad normativa, que se da más acentuadamente en el urbanismo que en otros sectores. Otra particularidad ha sido, sobre todo durante los años 90 e inicios de los 2000, la extraordinaria ganancia económica que podía generar la adopción de decisiones administrativas.

En consecuencia, la política anticorrupción que se quiera adoptar podrá dedicar una parte común, transversal, al tratamiento preventivo de la corrupción en las Administraciones, para dedicarse luego al tratamiento de cuestiones específicas sectoriales, en las que sin duda deberían tratarse las especialidades requeridas para mejorar exclusivamente la lucha contra la corrupción urbanística.

4.- Durante los últimos 20 años la corrupción pública en España ha sido, principalmente, corrupción urbanística.

El fenómeno de la corrupción pública en España se ha vinculado, desde la década de 1990, de forma muy estrecha con el urbanismo, y más particularmente con el planeamiento y la concesión de licencias, donde se dan sobornos y conflictos de intereses, en que resultan implicados, por lo general, alcaldes y concejales, o arquitectos municipales.

Su persistencia en el tiempo sugiere que la política anticorrupción, de haberla habido, no ha sido efectiva. La política anticorrupción que se adopte o redirija en el futuro debería innovarse y adaptarse para el correcto tratamiento de la corrupción urbanística, y evaluarse periódicamente para permitir su reorientación en caso de que el paso del tiempo y el sucederse de los casos haga patente su ineffectividad.

5.- La corrupción en el urbanismo no es un fenómeno nuevo, ni exclusivo de los años del *boom* inmobiliario.

La corrupción aparece en el urbanismo moderno ya desde su configuración, y así lo acredita la jurisprudencia aportada sobre incompatibilidades de los arquitectos municipales. Esta práctica, que ha sido recogida y plasmada en la jurisprudencia ya desde los años 60, ha alcanzado hasta los pronunciamientos más recientes.

Sin embargo, es innegable que a partir de la década de 1990 la corrupción crece exponencialmente en el urbanismo, período en que adopta las formas y métodos ya

conocidos de la corrupción urbanística contemporánea. El extraordinario crecimiento de la actividad del sector inmobiliario (el denominado *boom*) fue propiciado por unas crecientes y siempre elevadas ganancias privadas, y públicas, derivadas del desarrollo urbano; crecientes ganancias que a su vez incentivaron más la disposición de algunas personas a incurrir en prácticas de corrupción con la finalidad de apropiarse de las cuantiosas rentas generadas por el proceso de expansión urbana y de edificación de vivienda.

Después de los años del *boom*, los casos de corrupción, aunque son cuantitativamente muchos menos, pues también es mucho menor el desarrollo urbano y menores son los beneficios que éste genera, siguen y seguirán surgiendo en la medida en que se sigan dando las condiciones propicias (cuando sea viable, y rentable, algún nuevo desarrollo urbanístico) si no se adoptan las medidas adecuadas.

Esta evolución nos da claves relevantes para una política anticorrupción: es importante evaluar constantemente el estado de riesgos existentes, de tal forma que se puedan conocer los riesgos en cada momento, para actuar en consecuencia. Seguramente, durante los años de *boom* inmobiliario habría sido apropiado adoptar medidas mucho más incisivas, de mayor alcance, que las que la situación actual parece requerir, ante la que parecería suficiente con asegurar que respecto de toda actividad de riesgo se adopten ciertas cautelas y se trate de infundir mayor acatamiento de la ética pública entre los empelados y cargos públicos que ejerzan funciones urbanísticas de riesgo.

6.- La corrupción ligada al urbanismo no es un fenómeno exclusivo de España.

A nivel comparado, la corrupción en el urbanismo no está tan generalizada como en otros sectores de actividad administrativa, como sucedería por ejemplo con la contratación. El *Informe de lucha contra la corrupción* de la UE puso de relieve que el problema de la corrupción en la contratación pública está generalizado en Europa, mientras que la corrupción en el urbanismo afecta en modo desigual a los Estados miembros. Tal y como se desprende de la lectura de los distintos anexos nacionales del mencionado informe, así como de la lectura de distintas fuentes bibliográficas complementarias, el urbanismo ha sido campo abonado para la corrupción en unos pocos estados: destacadamente para España, pero también para otros como Portugal, Grecia e Italia.

Evidentemente, la corrupción urbanística en cada estado tiene sus particularidades, en la medida en que el mercado inmobiliario puede ser distinto, y también es distinto el ordenamiento jurídico urbanístico en el que se desarrolla. Sin embargo, el hecho de saber que el problema no es exclusivo abre posibilidades para la política anticorrupción, en la medida en que el análisis comparado de las medidas que se demuestren exitosas en

esos entornos de corrupción puede servir para inspirar la política nacional. En el desarrollo del presente trabajo, nos ha resultado de interés la iniciativa llevada a cabo en Italia, donde, mediante una ley anticorrupción, que incorpora medidas tanto preventivas (administrativas) como represivas (penales), se han establecido medidas como la planificación de riesgos de corrupción con la finalidad de introducir medidas organizativas para la prevención. Sin embargo, la ley anticorrupción está todavía en proceso de implantación y no se pueden sacar conclusiones sobre la efectividad de sus disposiciones y medidas.

7.- La corrupción pública en general, y la urbanística en particular, son fenómenos extendidos, aunque poco frecuentes. Salvo casos excepcionales, la corrupción no forma parte del funcionamiento habitual de los poderes públicos en general, ni de los ayuntamientos en particular.

A pesar de que la corrupción ha tenido lugar en muchos municipios, sobre todo del litoral y en las grandes ciudades y sus alrededores, lo cierto es que se trata de un fenómeno que no ha afectado ni a la mayoría de Administraciones ni ha sido muy frecuente que llegara a conformar tramas que operaran con habitualidad de forma corrupta durante años. En términos generales, se puede hablar de la española como una corrupción relativamente baja, incluso en el ámbito urbanístico que es donde ha sido mayor (al menos hasta fechas recientes, en que, junto con los beneficios derivados del sector inmobiliario, la corrupción urbanística también parece haber experimentado un descenso).

Si ese análisis es cierto, la política anticorrupción no parece apropiado que busque la introducción de reformas de gran alcance, que supongan extensas modificaciones del régimen jurídico vigente en los principales ámbitos de riesgo, sino que la naturaleza minoritaria de este tipo de prácticas parece aconsejar más bien la adopción de cambios selectivos, introducidos únicamente en los ámbitos específicos de riesgo de cada sector y siendo, en la medida de lo posible, flexibles para permitir la adaptación particularizada al caso concreto.

8.- No todas las actividades urbanísticas están expuestas a la corrupción en igual proporción, por lo que conviene concentrar los esfuerzos de la política anticorrupción en los más afectados.

La planificación urbanística, el otorgamiento de licencias y la inspección y sanción en ejercicio de la disciplina urbanística están sometidos a riesgos de corrupción, particularmente cuando de su ejercicio deriva un incremento patrimonial (se prevé la urbanización de terrenos que antes tenían menor valor al estar clasificados como no

urbanizables; o se recalifican unos terrenos en favor de unos usos más rentables económicamente; o se autoriza la construcción de una vivienda en un solar) o se evita un menoscabo patrimonial (al omitir las irregularidades detectadas en una inspección urbanística; o al no sancionar, o al hacerlo de forma patentemente insuficiente, una ilegalidad urbanística).

Las medidas anticorrupción que se establezcan deben estar pensadas para incidir en todos los ámbitos de riesgo relevantes. En consecuencia, se recomendaría no emplear esfuerzos ni añadir trabas innecesarias en aquellos procedimientos que carecen de riesgos, así como promover innovaciones organizativas o procedimentales con fines preventivos en los procedimientos de mayor riesgo.

II. Conclusiones sobre las causas y consecuencias de la corrupción urbanística

1.- El beneficio económico esperado es una causa fundamental, y acaso la principal, de la corrupción.

Como acabamos de apuntar al mencionar los ámbitos sometidos a mayores riesgos de corrupción, los beneficios económicos están ligados de forma esencial a la corrupción. La corrupción siempre implica una ganancia particular ilícita, por lo que los actos de mala administración en que el cargo o empleado público no gane nada, ni lo haga tampoco nadie de su entorno, no constituirán casos de corrupción. Para tratarse de un caso de corrupción, necesariamente, tiene que haber algún beneficio particular, privado. Esa nota definitoria de la corrupción, ese beneficio, será, además, el motivo principal para que un sujeto llegue a plantearse la posibilidad de corromper o ser corrompido. Mucho antes de considerar si esa irregularidad sería detectada, y, en su caso, sancionada, a efectos disuasorios, será necesario que exista un incentivo suficientemente atractivo.

2.- El deficiente sistema de controles y la impunidad son causas fundamentales de la corrupción.

Por un lado existen los incentivos para incurrir en prácticas corruptas, principalmente el beneficio particular esperado. Sin embargo, la corrupción también cuenta con desincentivos, y entre ellos los más determinantes son los controles y la sanción de la corrupción; es decir, la probabilidad de que la actuación ilícita sea detectada y la severidad del castigo que de forma efectiva y previsible se pueda imponer. Si los órganos de control se limitan a realizar labores fiscalizadoras de forma superficial, de

control meramente formal, y la sanción que pueda imponerse es insignificante o improbable (porque la pena no se ejecuta, total o parcialmente, por cualquier causa), en ese caso parecería que, más allá de los posibles reparos morales, no habría desincentivo alguno para no beneficiarse ilícita y particularmente de la función pública urbanística.

La consecuencia de lo anterior es muy clara: mejorar los órganos de control, así como reforzar la efectividad de la sanción (que no tanto su gravedad, siempre y cuando al menos se neutralice la ganancia obtenida con la corrupción), impidiendo o, cuanto menos, dificultando en lo posible el beneficio ilícito derivado de la corrupción, debe ser prioritario en la política anticorrupción que se establezca.

3.- La falta de ética pública es una causa fundamental, y determinante, de corrupción.

Los ilícitos de corrupción son de cálculo: si los incentivos superan los desincentivos, tenderá a aumentar el número de casos.

Existe, sin embargo, una barrera que no alcanzan ni superan la gran mayoría de beneficios posibles: los valores personales. Si los mismos son adecuados y, en el ejercicio de la función pública, se ajustan a la ética pública, el sujeto no incurrirá en prácticas de corrupción, por tentador que sea el beneficio previsto. En base a ello, entendemos que un buen mecanismo de prevención de la corrupción pasa por reforzar la ética pública, particularmente en aquellas personas que desarrollan funciones públicas sometidas a mayores riesgos de corrupción.

4.- En ocasiones, confluyen factores adicionales que explican la causación de la corrupción, pero solo en una minoría de casos; como la complejidad del ordenamiento urbanístico, o las necesidades de financiación de los partidos políticos.

En algunos casos, quien ejerce la función urbanística corruptible busca el beneficio para sí mismo, en ocasiones para sus familiares o socios y en algunas ocasiones busca beneficiar a otros grupos a los que pertenece, como un partido político. También en algunos casos, esos mismos sujetos que ejercen la función urbanística se aprovechan de la complejidad de la normativa urbanística para confundir a los interesados en determinada planificación o licencia, a efectos de facilitarse así un soborno u otra ventaja ilícita.

Es importante tener en cuenta las distintas causas de la corrupción que suelen concurrir para que surja la corrupción de forma especialmente intensa en un sector durante un

período de tiempo determinado, y aunque la política anticorrupción debe concentrar mayores esfuerzos en las causas principales y comunes a la gran mayoría de casos de corrupción, no debería descuidar estas causas contingentes,.

5.- La discrecionalidad no es, en términos generales, una causa relevante de corrupción pública en el urbanismo.

Aunque un ámbito altamente vulnerable a la corrupción como es el planeamiento urbanístico es altamente discrecional, no por ello hay que precipitarse en concluir que la discrecionalidad lleva aparejada la corrupción. Como pone de relieve el hecho de haber encontrado un foco de corrupción urbanística de equivalente relevancia en la concesión de licencias urbanísticas, que definitivamente carecen de niveles considerables de discrecionalidad, debemos concluir que la existencia de discrecionalidad no es determinante de corrupción, no contribuye, en términos generales a causarla. Sin embargo, la afirmación anterior no es incompatible con la constatación de que la discrecionalidad sí es un mecanismo que puede contribuir a enmascarar la corrupción, dificultando el control; pero la existencia de discrecionalidad, vale la pena señalar, no debería implicar, ni mucho menos, un elemento determinante de la debilidad de los controles, pues la mayor parte de casos de corrupción ni siquiera deberían poder escapar a un control de mera legalidad, sin necesidad de que sea necesario extender el control a los ámbitos discrecionales.

Por tanto, la política anticorrupción no necesita reducir ni limitar más el ejercicio de la discrecionalidad administrativa.

6.- La autonomía local tampoco es, en términos generales, una causa relevante de corrupción pública en el urbanismo.

De nuevo, como sucede respecto de la discrecionalidad, la autonomía local únicamente en algunos casos puede contribuir a facilitar la corrupción, pero solo en la medida en que es una más de las múltiples y concurrentes causas que conducen a la ineffectividad de los controles.

Sin embargo, nuevamente, debemos insistir en que tampoco debería haber gran merma en los controles por esta causa, pues la autonomía local en ningún punto ampara la comisión de ilegalidades, e incluso delitos, de los cargos y empleados públicos locales.

En consecuencia, la política anticorrupción no precisa de una reducción de la autonomía local.

7.- La corrupción es un fenómeno de enorme gravedad que conviene combatir.

Atendiendo a las graves consecuencias de la corrupción, combatirla debería estar entre las prioridades de los estados. Concretamente para el Estado español, se pueden identificar consecuencias de diferente naturaleza: la corrupción supone una completa violación de los preceptos constitucionales que establecen las características y vocación de la Administración, el gobierno y el empleo público; supone una merma de recursos públicos considerable, especialmente grave en una situación como la presente, de restricción en el gasto público y reducción de prestaciones y servicios sociales; además de minar la confianza de los ciudadanos en las instituciones, en la democracia y en el resto de personas.

En términos estrictamente urbanísticos, la corrupción ha alentado el desarrollo insostenible, generando irreparables daños en el medioambiente y ha propiciado que el uso del suelo no se haga, desde las instituciones públicas, de acuerdo al interés general.

Ante este enunciado de consecuencias dañinas, la prevención del fenómeno debería ser una prioridad política. Esta opinión no es solo nuestra, sino que la comparte la mayor parte de la ciudadanía española, que entiende que solo el desempleo constituye un problema más preocupante que la corrupción, según revelan los datos del CIS.

III. Conclusiones sobre el marco jurídico anticorrupción

1.- Del ordenamiento jurídico derivan auténticas obligaciones para los poderes públicos de luchar contra la corrupción.

España ha ratificado varios tratados internacionales en materia de lucha contra la corrupción, mediante los cuales se han asumido obligaciones en la materia. Destaca, entre todos ellos, la CNUCC, que impone auténticas obligaciones en materia de prevención y sanción de la corrupción al Estado español.

A nivel nacional, constitucional, sin duda son relevantes los arts. 9.1 y 103 CE, que someten a los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, y configura específicamente a la Administración pública al servicio los intereses generales actuando con objetividad y sometimiento pleno a la ley y al Derecho, compuesta por funcionarios cuya imparcialidad hay que garantizar en el ejercicio de sus funciones. Incluso, de esos preceptos la jurisprudencia ha derivado un principio de incorruptibilidad, que confirmaría que del mismo texto constitucional puede extraerse la

obligación específica para la Administración de luchar contra la corrupción de sus empleados y cargos públicos, obligación que, a la luz del Derecho internacional de referencia incorporado a nuestro ordenamiento, podemos afirmar que se concretaría en los deberes de adoptar medidas preventivas y sancionadoras.

A nivel estatutario y legal, el reconocimiento del derecho, principio y/o deber de buena administración y buen gobierno también impone la obligación de actuar conforme a determinadas reglas, en todo punto contrarias a la corrupción, y del mismo modo, en el nivel legislativo, encontraríamos diseminada una gran variedad de normativa encargada de regular instrumentos o técnicas específicos habitualmente incluidos entre las herramientas anticorrupción, que sin duda imponen obligaciones específicas contrapuestas a la corrupción (como la legislación de transparencia, la reguladora de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas o la reguladora de los conflictos de intereses de los miembros del gobierno y de los altos cargos).

Específicamente, en materia urbanística no podemos obviar que, como puso de manifiesto el Gobierno respecto del caso de corrupción sistémica en el Ayuntamiento de Marbella, «las irregularidades continuadas en la actuación urbanística desarrollada por el Ayuntamiento de Marbella vulneran lo dispuesto por los artículos 45.2 y 47 de la Constitución Española, que imponen a los poderes públicos el deber de velar por la utilización racional de los recursos naturales, preservando de esta forma el derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado, así como la obligación de promover las medidas adecuadas para que la utilización del suelo se haga de acuerdo al interés general» (Real Decreto 421/2006, de 7 de abril).

En consecuencia, vistos los efectos y vulneraciones normativas, además de los explícitos mandatos que derivan del ordenamiento, la lucha contra la corrupción (urbanística) es una imposición jurídica a los poderes públicos inexcusable.

2.- La política anticorrupción nacional debe adaptarse a los instrumentos internacionales en la materia, cumpliendo en lo posible las exigencias y recomendaciones que deriven de los mismos.

El marco internacional proporciona instrumentos jurídicos vinculantes para los Estados (como la CNUCC) y también establece mecanismos de evaluación de la regulación y la puesta en práctica a nivel nacional de las distintas técnicas que se estiman eficaces para luchar contra la corrupción, que señalan vulnerabilidades o, en su caso, incumplimientos de los correspondientes tratados internacionales, y apuntan las buenas prácticas a efectos de promocionar las mejores técnicas de lucha contra la corrupción entre los Estados (como el informe anticorrupción de la UE o los informes del GRECO).

En consecuencia, entendemos que la política anticorrupción nacional debe tener en cuenta, y cumplir, las obligaciones impuestas por los tratados internacionales celebrados, y es muy recomendable que, en lo posible, responda mediante la incorporación de buenas prácticas a las deficiencias detectadas en las evaluaciones efectuadas por órganos evaluadores internacionales.

3.- La política anticorrupción, para instrumentar una lucha adecuada contra el fenómeno de la corrupción, debe abandonar dos dinámicas de amplio arraigo en nuestro Estado: la regulación reactiva frente a sonados escándalos y el recurso al Derecho penal como respuesta principal.

La creciente intervención del Derecho penal y el endurecimiento de sus penas para tratar las ilegalidades cometidas en el ejercicio de potestades públicas administrativas, así como la política anticorrupción desarrollada parcialmente y poco reflexionada tras sonados casos de corrupción han llevado a una situación nada recomendable: se confía poco en las medidas preventivas, que apenas se desarrollan, y cuando se hace, se hace como reacción a un escándalo, y, ante la urgencia de su publicación, generalmente la elaboración de las mismas no responde a un tratamiento integral del problema, basado en un estudio previo para conocer los riesgos y las prioridades de actuación. La política anticorrupción debe dejar de confiar casi exclusivamente en afrontar el problema a través del Código Penal o con medidas poco meditadas y fragmentarias.

4.- El Derecho administrativo español ya ha incorporado la gran mayoría de mecanismos exigidos o recomendados internacionalmente para luchar contra la corrupción, pero han demostrado ser notablemente ineficaces en la práctica.

Al repasar la legislación nacional, así como sus evaluaciones de cumplimiento o seguimiento internacionales, hemos podido apreciar que la legislación nacional anticorrupción es muy completa, en la medida en que abarca la práctica totalidad de mecanismos recomendados para luchar efectivamente contra la corrupción.

En efecto, tanto el Derecho penal como el administrativo cumplen de forma suficiente su papel de reprimir y prevenir la corrupción. En particular, el Derecho administrativo dispone de un elenco amplio y variado de instrumentos jurídicos que cubren la gran mayoría de instrumentos requeridos internacionalmente para luchar de forma efectiva contra este fenómeno, en particular tras la aprobación de la tantas veces exigida regulación general de la transparencia administrativa y el derecho de acceso a la información pública.

Aun cuando en algunos aspectos presenten algunas deficiencias que puedan propiciar la aparición de corrupción, también se advierten buenas prácticas en el plano autonómico, así como recientes modificaciones de la legislación estatal que parecen apuntar en la buena dirección, y atenúan también las deficiencias detectadas. Sin embargo, esos mecanismos presentan serios problemas de eficacia, y el control de la corrupción parece limitarse a la mera formalidad. Esta cuestión nos conduce, inexorablemente, a una nueva y distinta conclusión:

5.- Es necesario que se adopten medidas jurídico-administrativas para incrementar la eficacia de los instrumentos y técnicas disponibles para combatir la corrupción.

En consecuencia, y en cumplimiento del principio de incorruptibilidad, y en pos de una buena administración y un buen gobierno, entendemos que es necesario reforzar los mecanismos anticorrupción intentando mejorar su efectividad. Siguiendo ese criterio, hemos formulado propuestas como modificar el régimen de medidas cautelares ante la impugnación de actos administrativos sujetos a elevados riesgos de corrupción, o el refuerzo de la figura de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, especialmente respecto del control de legalidad de actos sujetos a elevados riesgos de corrupción; ambas orientadas a incrementar la efectividad del control ejercido por estos órganos.

6.- Aunque las medidas represivas penales ejercen también un efecto preventivo, la forma idónea de llevar a cabo una política anticorrupción preventiva es mediante el Derecho administrativo.

La severidad de la sanción y la posibilidad de su imposición pueden desincentivar la comisión de delitos de corrupción, pero sin duda la mejor forma de prevenir es mediante una regulación más apropiada del sector afectado por la corrupción, de tal forma que haya menos vulnerabilidades ante la corrupción en los procedimientos que tienen por finalidad la correcta y ponderada elaboración de los actos administrativos, o mediante el establecimiento de medidas organizativas que establezcan o refuercen cargos u órganos con funciones de control de la corrupción. Y este tipo de medidas son, en esencia, materia del Derecho administrativo.

7.- La prevención es la forma idónea de enfrentarse al fenómeno.

No hay que olvidar la necesidad de la represión para luchar contra la corrupción porque la impunidad promueve la corrupción, pero al mismo tiempo tampoco hay que olvidar que la mejor forma de reducir el número de casos de corrupción no es castigando los

que se conozcan sino impidiendo que se sigan cometiendo.

Una política anticorrupción basada en la represión sin duda se encuentra con problemas serios: solo es efectiva respecto de una parte de los casos de corrupción, pues muchos intercambios corruptos nunca se llegan a descubrir; y puede permitir daños irreparables, en caso de que la recuperación de activos de la corrupción sea insuficiente o haya generado efectos irreversibles en otros bienes, como sucede habitualmente respecto del suelo en no pocos casos de corrupción urbanística. En consecuencia, entendemos preferible que la política anticorrupción prime las medidas preventivas.

8.- El Derecho administrativo debe ser una pieza fundamental de toda política anticorrupción.

Si aceptamos que la mejor forma de luchar contra la corrupción es mediante la prevención y aceptamos, asimismo, que corresponden al Derecho administrativo la mayoría de ámbitos, instrumentos y técnicas con efectos preventivos, la conclusión es clara: la herramienta preferente en la lucha contra la corrupción debe ser el Derecho administrativo, y la política anticorrupción debe reservar una parte significativa a las medidas administrativas de prevención.

9.-Factores ajenos a la política anticorrupción también pueden contribuir a la reducción coyuntural de la corrupción.

Como ha salido a relucir al cruzar los datos que indican el descenso de casos de corrupción urbanística con los que indican el desplome del sector inmobiliario y de la construcción, la salud de los mercados puede afectar de forma determinante a la corrupción, sin que el descenso tenga que haberse debido necesariamente a la adopción de alguna medida contra la corrupción. Por tanto, conviene que la adopción de medidas anticorrupción cuente con un seguimiento, y ante la constatación de descensos se constate si éstos son la respuesta a una buena medida contra la corrupción o si, por el contrario, el descenso se debe a un factor externo a la política anticorrupción que previsiblemente, en cuanto vuelva a modificarse ese factor externo, volverá a incrementarse la corrupción. Por ello, es muy importante analizar de forma constante los niveles de corrupción y sus posibles causas, pues, en caso de que se crea plausible que el descenso haya respondido a factores externos a la política anticorrupción, sería aconsejable seguir adoptando medidas anticorrupción en ese ámbito, pues posiblemente el descenso de casos no sea permanente.

IV. Conclusiones y propuestas sobre formas de mejorar la lucha contra la corrupción urbanística

1.- La mejor forma de establecer la política contra la corrupción, con sus respectivas medidas para ponerle coto, pasa por la realización de análisis periódicos de vulnerabilidades (riesgos de corrupción), la adopción de respuestas adecuadas para neutralizar las vulnerabilidades detectadas y la posterior evaluación de la eficacia de las medidas adoptadas.

Así lo han manifestado las principales instancias supranacionales y buena parte de la doctrina. Por ejemplo, el art. 10.c) CNUCC obliga a los Estados parte a que adopten medidas para aumentar la transparencia en sus administraciones públicas, entre las que incluye la publicación de información, lo que, señala expresamente la CNUCC, «podrá incluir informes periódicos sobre los riesgos de corrupción en su administración pública». Por su parte, la Unión Europea, en el Anexo relativo al Estado español de su informe anticorrupción, recomienda a España que preste mayor atención a una serie de aspectos, entre los que se incluye el «[d]esarrollar estrategias a la medida para las administraciones regionales y locales, precedidas por evaluaciones del riesgo de corrupción».

2.- Los procedimientos sujetos a mayores riesgos de corrupción deberían contar con una evaluación de riesgos de corrupción *ad hoc* a efectos de poder incorporar en los mismos medidas para la gestión de tales riesgos.

La evaluación y gestión de riesgos de corrupción mediante la incorporación de medidas preventivas es, a nuestro juicio, una medida necesaria para que los procedimientos sujetos a mayores riesgos de corrupción puedan incorporar las cautelas necesarias para evitar la corrupción y dar lugar a actos administrativos acordes a las exigencias derivadas de la constitución y de las obligaciones de buena administración. Además, sería conveniente que con posterioridad se evaluara el grado de cumplimiento de esas medidas; y en todo caso, la evaluación e propuesta de sistemas de gestión del riesgo deberían ser públicos, en la medida en que el hecho de que el máximo número de personas, tanto de la misma organización como de fuera, conozcan los riesgos reales de corrupción en un caso concreto, tendrá efectos disuasorios, en la medida en que amplía el control de la corrupción, al poder hacer a más sujetos partícipes del mismo.

3.- Es necesario promover, y facilitar, la adopción de medidas cautelares en sede judicial cuando sean impugnados actos especialmente vulnerables a la corrupción.

La práctica judicial y la realidad física del urbanismo español ponen de relieve que la paralización de obras es algo absolutamente extraordinario en sede judicial y, lamentablemente, con posterioridad las sentencias pueden terminar por no ejecutarse en sus propios términos. Incentivar el uso de estas medidas es importante (hoy menos, aunque sin duda se siguen realizando obras), en parte porque impedir desde el principio la edificación contribuirá a que el propietario o promotor que haya participado en una práctica de corrupción para tratar de amparar legalmente esa construcción termine obteniendo el beneficio patrimonial que lo impulsó a la corrupción.

4.- Es necesario establecer mecanismos de refuerzo de los valores y principios asociados a la ética pública, así como de recordatorio del acatamiento de la estricta legalidad, entre el personal sujeto a mayores riesgos de corrupción.

Como dijimos, la causa de la corrupción que es en último término decisiva, guarda relación con el acatamiento de las reglas de la ética pública. Por tanto, si se refuerza el sistema de valores de quienes participan en el ejercicio de funciones públicas sujetas a riesgo de corrupción, es previsible que menos personas sucumban a la corrupción. Por ello, entendemos que este punto sería un elemento esencial de la política anticorrupción, en el que debe prestar especial atención y empeño, con mecanismos de formación continua.

5.- Es necesario el compromiso real de los gobiernos en la aplicación de la política anticorrupción para que sea efectiva.

Si los gobiernos y los órganos directivos no se comprometen en la aplicación efectiva de las medidas anticorrupción, asignando la independencia y los medios necesarios a los órganos encargados de las tareas de prevención (incluido el control) y sanción, y acatando sus decisiones, la reforma no tendrá ningún efecto relevante sobre el problema de la corrupción.

Propuestas:

A la luz de las constataciones sintetizadas en las conclusiones precedentes, hemos propuesto, en particular, las siguientes medidas para mejorar la lucha contra la corrupción en el urbanismo:

1.- El ordenamiento jurídico español debería incorporar la obligación de elaborar

un informe periódico sobre el estado de la corrupción (Informe de Riesgos de Corrupción), mediante la adopción de legislación específica en materia de lucha contra la corrupción.

Este instrumento debe tener por finalidad, en primer lugar, identificar las actividades, actos y disposiciones de los poderes públicos sujetos a mayores riesgos de corrupción, a efectos de que pueda ordenarse de forma adecuada y eficiente la lucha contra la corrupción, prestando mayor atención y recursos respecto de aquellas actividades más vulnerables. En segundo lugar, no puede olvidarse el efecto informativo que puede tener para la ciudadanía un informe de esta naturaleza, tal y como prevé el art. 10.c) CNUCC.

Este informe debería elaborarse periódicamente, acaso anualmente, para evitar que nuevas prácticas de corrupción pasen inadvertidas por un lapso de tiempo mayor. Entendemos, asimismo, que la obligación de elaborar este informe debería recaer en uno o varios órganos especializados en materia anticorrupción constituidos en previsión y cumplimiento de lo dispuesto en el art. 6 (como la Oficina Antifraude de Cataluña) y 36 (como la Fiscalía Anticorrupción) CNUCC.

2.- El ordenamiento urbanístico debería prever que todos los procedimientos identificados como especialmente sometidos a riesgos de corrupción en el Informe de Riesgos de Corrupción anual fueran sometidos a una evaluación particularizada, mediante la regulación detallada de tales procedimientos en la legislación urbanística autonómica.

Sin perjuicio de las disposiciones que pueda incorporar la legislación estatal en ejercicio de las competencias del art. 149.1.18 CE, se propone, para la legislación urbanística, un procedimiento de evaluación de riesgos de corrupción compuesto de dos fases. La primera, a adoptar en un estadio inicial del procedimiento vulnerable, consistiría en un informe preceptivo en que se identificaran los riesgos de corrupción específicos en el caso concreto, y se propusieran medidas a adoptar durante el mismo a efectos de gestionarlos correctamente. La segunda fase consistiría en un nuevo informe preceptivo, y no vinculante, referido al cumplimiento efectivo de las medidas propuestas. Los informes referidos a esta evaluación deberían incorporarse al expediente de que se trate, tomarse en consideración en el momento de adoptar la resolución y, en todo caso, ser publicados, a efectos de reforzar también el control social de la corrupción. Aunque aspectos esenciales de esta evaluación pudieran ser incorporados a la legislación nacional de suelo, es la legislación autonómica la que debe detallar cómo se concretan estos trámites en los procedimientos urbanísticos configurados por cada comunidad autónoma.

Proponemos que, en el ámbito local, la elaboración de los informes constitutivos de este procedimiento de evaluación y gestión de riesgos de corrupción sea asumida por el Secretario. En caso de que la práctica acabara desaconsejando la atribución de esta competencia al Secretario, debería estudiarse la posibilidad de atribuirla a los órganos de prevención de la corrupción constituidos en cumplimiento de la obligación contenida en el art. 6 CNUCC.

3.- Se propone que ningún órgano local tenga atribuida potestad sancionadora alguna respecto del Secretario de administración local, mediante una modificación de la LRBRL.

El régimen disciplinario cambió en 2013, en un viraje recentralizador en materia de controles mediante el que además se homogeneizó para todo el territorio nacional la atribución de facultades sancionadoras. Sin embargo, los órganos locales controlados siguen ejerciendo facultades sancionadoras respecto del órgano que los controla, tal y como prevé el vigente art. 92 bis. 10.a) y 11.c) LRBRL, por lo que proponemos desapoderarlos definitivamente en esta materia. Supondría un refuerzo para la imparcialidad en el ejercicio de las funciones de este personal el que incluso las sanciones leves debieran ser impuestas por órganos supramunicipales, por lo que proponemos modificar esos incisos del art. 92 bis LRBRL.

4.- Se propone que ningún órgano local tenga atribuida la facultad de designar y cesar libremente al Secretario de administración local, mediante una modificación de la LRBRL.

Aunque el órgano designante no ejerza una presión específica, ni la libre designación haya respondido a una concurrencia de voluntades preexistente entre designante y designado para implantar tramas de corrupción en un municipio, cuanto menos el hecho de que la libre designación vaya acompañada de la facultad de libre cese supone un impedimento, aunque pudiera ser difuso, para la imparcialidad del Secretario en el ejercicio de sus funciones. Proponemos, en ese sentido, una modificación del cuarto inciso (y siguientes) del art. 92 bis.6 LRBRL para que no sea un órgano controlado el que ostente facultades para cesar libremente al controlador; o que, cuanto menos, las funciones de Secretaría tengan una protección equivalente a la que tienen, respecto de la libre designación y cese, las funciones de control económico-financiero y presupuestario.

5.- Se propone que ningún órgano local tenga atribuida una facultad excesivamente discrecional para determinar los complementos salariales y

gratificaciones del Secretario de administración local, mediante el establecimiento de unos baremos generales detallados que garanticen la homogeneidad retributiva.

El Tribunal de Cuentas ha advertido que en múltiples ocasiones se observan disparidades injustificables respecto de los complementos salariales (en particular, del complemento específico) en municipios y puestos de similares características, y la jurisprudencia recoge casos en que meras enemistades o enfrentamientos, o amistades y complicidades, con miembros del gobierno municipal se traduce en fluctuaciones de la cuantía asignada en concepto de complemento salarial. Por ello, proponemos, siguiendo en buena medida al Tribunal de Cuentas, reducir el margen de discrecionalidad previsto actualmente, mediante la aprobación de baremos objetivos generales detallados para todo el Estado, que deban ser observados necesariamente, dejando unos márgenes razonables para que los complementos puedan ser asumidos dentro del presupuesto de cada entidad local. En consecuencia, sería conveniente acompañar esa aprobación de baremos con una modificación de la normativa referida a los complementos salariales de los funcionarios locales con habilitación de carácter nacional (arts. 3 y ss. Real Decreto 861/1986), a efectos de introducir la baremación propuesta.

6.- Debe garantizarse la prestación suficiente de las funciones de secretaría en todos los municipios, mediante el fomento de la intervención de las administraciones locales supramunicipales, como las diputaciones provinciales.

No todos los municipios cuentan con un Secretario con dedicación completa, y entendemos que el mismo debe desempeñar un papel fundamental en el control de la legalidad y en la prevención de la corrupción en el ámbito municipal. En caso de entidades agrupadas o eximidas respecto del puesto de Secretaría, debería potenciarse el papel de las administraciones supramunicipales para que coordinen las funciones atribuidas a los Secretarios en entidades agrupadas, y, en general, asistan o, en su caso, presten con sus propios medios los servicios y funciones atribuidos a los Secretarios en municipios que no puedan asumir de forma adecuada dichas funciones.

7.- Debe garantizarse un control de legalidad, con carácter preceptivo y ejercido por los Secretarios, en todos los procedimientos sometidos a significativos riesgos de corrupción. En consecuencia, la normativa autonómica urbanística debería exigir el informe de legalidad del Secretario en los procedimientos de elaboración y modificación de los instrumentos de planeamiento, en los procedimientos de concesión de licencias urbanísticas y en los procedimientos de inspección y sanción en el ámbito urbanístico.

Consideramos que el Secretario es el funcionario del ámbito local que ostenta mayor

grado de independencia (aunque manifiestamente ampliable, como ponen de relieve algunas medidas previas), y además cuenta con una preparación suficiente para pronunciarse sobre la legalidad de los actos y acuerdos a aprobar. En la medida en que muchas prácticas de corrupción buscan la adopción de acuerdos contrarios al ordenamiento urbanístico, entendemos que una forma de luchar contra la corrupción puede consistir en asegurar la necesidad de un informe de legalidad en todos los procedimientos vulnerables, y que éste deba ser elaborado por un órgano con el mayor grado de independencia posible.

8.- El control de legalidad ejercido por las comunidades autónomas en la aprobación definitiva de determinados instrumentos de planeamiento debería tener en cuenta el preceptivo informe de legalidad del Secretario propuesto en el punto anterior.

El expediente de elaboración del instrumento de planificación debería contar necesariamente con un informe de legalidad del Secretario, en el que deberían hacerse constar, por descontado, todas aquellas ilegalidades constitutivas de corrupción. Considerando, entre otros documentos, dicho informe, el órgano autonómico encargado de la aprobación definitiva realizaría su control de legalidad, pudiendo, cuando así proceda, denegar la aprobación definitiva por motivos de legalidad.

9.- Debe garantizarse, por parte de los miembros del Pleno, el conocimiento de los informes preceptivos de legalidad propuestos.

Resulta necesario garantizar que los resultados de la labor de velar por el cumplimiento de la legalidad encomendada al Secretario sea conocida por los miembros del Pleno de forma suficiente y en un plazo apropiado. Para evitar que los alcaldes dificulten el conocimiento de dichos informes podrían adoptarse medidas que impongan la obligación de elevar al Pleno los informes de legalidad desfavorables elaborados en el curso de un procedimiento sujeto a riesgos de corrupción, sin que sea posible dejar de incluir esta obligación en el orden del día correspondiente.

10.- La legislación urbanística de los procedimientos sujetos a significativos riesgos de corrupción debe contemplar la obligación de publicar, junto con la demás documentación que deba ser publicada en cada procedimiento, el informe de legalidad propuesto.

Para garantizar el control social en una materia de complejidad técnica tan elevada como la urbanística, proponemos que sea publicado el informe de legalidad preceptivo

propuesto, a efectos de que, mediante el ejercicio de la acción pública urbanística, cualquier ciudadano pueda ejercer un mejor control de la actuación de la administración urbanística.

En aplicación de la ley de transparencia, esa información estaría sujeta a obligaciones de transparencia, por lo que debería publicarse de la forma establecida en el art. 5.4 Ley 19/2013 («en las correspondientes sedes electrónicas o páginas web y de una manera clara, estructurada y entendible para los interesados y, preferiblemente, en formatos reutilizables»).

11.- Debería restringirse la intervención privada en el urbanismo, mediante la inclusión de límites a los derechos a formular propuestas de planes urbanísticos y a participar en convenios urbanísticos.

En particular, la legislación urbanística autonómica, sin perjuicio de la eventual consideración en la legislación estatal de suelo, debería introducirse una cláusula de idoneidad del sujeto que se relaciona con la Administración urbanística. Entendemos que la legislación urbanística no debería permitir que personas físicas o jurídicas que hayan participado en prácticas de corrupción pública formulen planes urbanísticos o firmen convenios urbanísticos. El encargado de verificar el cumplimiento del requisito para presentar planes de iniciativa privada o firmar convenios podría ser, una vez más, el Secretario.

12.- Para garantizar la rápida adopción de medidas cautelares en materia urbanística, especialmente en los casos de corrupción en el urbanismo, se propone la reforma de la LRJCA.

Una medida que creemos apropiada para mejorar el control judicial de la corrupción y, al mismo tiempo, impedir la obtención de beneficios fruto de la práctica de corrupción, sería la modificación de la LRJCA de tal modo que, impugnado un acto administrativo sujeto a riesgo de corrupción, deban acordarse en todo caso cualesquiera medidas cautelares que sean necesarias para evitar la ejecución del acto impugnado, siempre y cuando la impugnación del mismo guarde relación con la comisión de prácticas de corrupción. Estas medidas deberían poderse adoptar incluso de oficio si no fueran solicitadas por la parte actora.

13.- Se debería fomentar la ética pública en el ejercicio de funciones urbanísticas a través de un código ético y de conducta sectorial específico.

Proponemos que se elaboren códigos sectoriales en materia urbanística. Estos códigos deberían ser observados por todas las personas que ejerzan funciones públicas urbanísticas y deberían contener cláusulas claras, disposiciones explícitas referidas a supuestos frecuentes de corrupción en el urbanismo (y la forma de actuar correctamente para evitar que se produzcan), disposiciones sobre la denuncia de casos de corrupción y disposiciones referidas al cumplimiento del mismo código y a la formulación de dudas sobre su contenido y forma de ponerlo en práctica. Tanto su contenido como su forma de elaboración debería ajustarse a las recomendaciones formuladas por organizaciones internacionales.

14.- Se debería fomentar la ética pública en el ejercicio de funciones urbanísticas a través de la formación de las personas que ejercen tales funciones.

Es importante establecer programas formativos para conocer cómo actuar íntegra y correctamente en el ejercicio de las funciones urbanísticas. Proponemos que estos programas, que deberían ser coordinados y, en lo posible, ofrecidos por los organismos de prevención de la corrupción previstos en el art. 6 CNUCC, aborden además formación específica sobre el código ético y de conducta urbanístico (incluida la formación sobre la necesidad y forma de denunciar prácticas de corrupción y en general todo tipo de violaciones del propio código), e incluyan en todo caso a las personas que ocupan puestos o ejercen funciones relacionadas con los procedimientos urbanísticos sometidos a significativos riesgos de corrupción y también a los órganos encargados de realizar la evaluación y gestión de riesgos de corrupción particularizada propuesta anteriormente.

En lo posible, sería conveniente que el inicio del ejercicio de funciones urbanísticas vulnerables a la corrupción estuviera condicionado a la acreditación del aprovechamiento de la formación propuesta.

15.- Se deberían reducir las posibilidades de abusar de la complejidad técnica del urbanismo mediante la garantía de la respuesta adecuada a consultas urbanísticas.

La normativa urbanística podría regular en detalle el régimen jurídico aplicable a las consultas en la materia, o dicha labor podría incluso ser abordada en los códigos o cartas de servicio propuestos. En todo caso, la regulación que se establezca debería establecer la obligación de responder en un plazo de tiempo razonablemente breve y de forma comprensible.

También es recomendable que las respuestas sean accesibles telemática y públicamente. Entendemos que este requisito se cumple, para no pocas consultas urbanísticas, en

aplicación de la legislación de transparencia, pues algunas de estas consultas interpretarán el Derecho urbanístico aplicable.

16.- Se deberían reducir las posibilidades de abusar de la necesaria intervención en plazo de determinados órganos en los procedimientos urbanísticos sujetos a riesgo de corrupción mediante la garantía de la elaboración de cartas del servicio urbanístico.

Estas cartas deberían ser de fácil acceso para el público. En ellas se deberían identificar las distintas fases del procedimiento, los derechos que tienen los interesados en los mismos, los plazos de los trámites y los órganos encargados de los mismos, señalándose, además, la posibilidad de que exista responsabilidad de la Administración en caso de incumplimiento de los estándares de calidad contenidos en la carta. Estas cartas deberían poder utilizarse para impugnar o reclamar ante una deficiente prestación del servicio, y, en caso de que deba satisfacerse alguna responsabilidad, la Administración debería, en todo caso de corrupción, proceder a exigir la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas.

CONCLUSIONS FOR AN ANTI-CORRUPTION POLICY IN
URBAN DEVELOPMENT

The preceding study has revealed interesting findings that we consider relevant in order to properly combat corruption, particularly in urban development, from an administrative law perspective. We understand, therefore, that the following conclusions can help guide an effective anti-corruption policy.

In this work we have studied the phenomenon of corruption in urban development, the legal instruments available to cope with it and, finally, we have made a number of proposals for improving corruption prevention, providing a specific chapter for each of these issues. We understand that the conclusions arising from this study should also be divided into different sections: firstly, the conclusions derived from identification and delimitation of the problem to be treated; secondly, the conclusions related to the causes and consequences of corruption in urban development; thirdly, the conclusions arising from the analysis of mechanisms already available to deal with urban development corruption and, finally, the conclusions regarding the possibilities for improvement in the treatment of the problem, which also includes our proposals.

I. Conclusions about corruption magnitude and profiles

1.- The term “corruption” is also a legal term, incorporated to the legal system with its own characteristics that allow to differentiate it from other related legal terms.

Although the phenomenon of corruption is very ancient, and so are the rules adopted to combat some of its manifestations, the fact is that the term “corruption” itself did not become accepted as a legal term until recently into the twenty-first century, particularly through the efforts of the United Nations, which became materialized in the United Nations Convention against Corruption of 31 October 2003 (UNCAC).

The option adopted by the UNCAC to approach the concept was not to provide a definition but a description of the events that should be considered as corrupt. Therefore, even despite the introduction of the term in the law, we cannot identify a comprehensive, consensual, definition of corruption for legal purposes. In the Spanish national law, neither a valid definition exists, nor we have identified other legal concepts already established in our domestic legislation that may be equivalent. Despite certain similarities with other concepts such as misuse of power, these concepts keep some differences with corruption. Therefore, it seems appropriate for a national anti-corruption policy to accurately define the problem to correct (corruption), according on the defining lines that can be drawn from the reference international treaties.

2.- It is unavoidable to consider private subjects exercising public functions as subjects capable of engaging in practices of public corruption.

It is increasingly common not only that Public administrations resort to private law formulas to manage and carry out certain activities, but also to directly assign the exercise of those public functions to collaborating private entities. Additionally, we have seen the example of urban development and the involvement of honorary architects, who are physical persons exercising public functions without having retribution or contract of any kind.

In consequence, we believe that the anti-corruption policy to order the fight against public corruption should not define its subjective scope by a formal criterion, but functional one, considering that it is public corruption all that is carried out by individuals performing public functions.

3.- Corruption in urban development is only a specific type of public corruption, because of the specific area in which it operates.

Although there are some specificities of corruption in urban development, and it has its own characteristics, the truth is that this phenomenon broadly coincide with any form of public corruption. Perhaps, the most notable specialty could be the technical complexity of law, which occurs often in land use regulation. Another peculiarity was, especially during the 90s and early 2000, the extraordinary economic gain that administrative decisions could generate.

Consequently, the anti-corruption policy to implement may adopt firstly a common, cross treatment to prevent corruption in the administration, and then, secondly, a specific treatment to address those particular issues that belong only to a certain field, in which certainly the specialties required to improve the fight against corruption in urban development should be considered.

4.- During the latest 20 years, public corruption in Spain has been mainly corruption in urban development.

Since the 1990s, the phenomenon of public corruption in Spain has been linked very closely with urban development, and more particularly with the planning and licensing activities, where bribery and conflicts of interests has occurred repeatedly, involving, usually, mayors and aldermen, or municipal architects.

Its persistence over time suggests that the anti-corruption policy has not been effective. The anti-corruption policy adopted or improved in the future should be innovative and needs to be adapted in order to properly tackle corruption in urban development. Also, it is important to assess the effectiveness of the policy by a periodical evaluation.

5.- Corruption in urban development is not a new phenomenon, neither is it exclusive from building *boom* years.

Since its first modern regulation, land use law has been affected by corruption cases, as it could be proved by the jurisprudence provided, referring incompatibility of municipal architects. This practice, which has been collected and reflected in the jurisprudence since the 60s, has reached to the most recent judicial pronouncements.

However, it is undeniable that in the 1990s corruption grew exponentially in urban development. In that period, corruption in urban development adopts its current forms and methods. The extraordinary growth in the building market's activity (the so-called *boom*) was allowed by growing and higher private and public gains arising from urban development. This growing profits encouraged, in turn, more willingness of some people to engage in corrupt practices in order to appropriate for themselves the substantial revenues generated by the process of urban development and building.

After the *boom* years, corruption cases, although has become quantitatively lesser than in the previous years, since it is also lesser the benefit generated by urban development, are still probable, and could appear whenever a new urban development is feasible and profitable, if appropriate measures are not taken.

This evolution offers us important clues to an anti-corruption policy: it is important to constantly assess and validate the status of existing risks, in order to know the current risks at any time and to act accordingly. During the years of the building *boom*, it would have been appropriate to adopt more incisive measures, broader than the measures it seems that the current situation requires. Currently, it seems sufficient to ensure that certain precautions are taken before the adoption of any kind of public decision vulnerable to corruption, and to increase the level of compliance on public ethics among civil servants and officials.

6.- Corruption in urban development is not only a Spanish problem.

In a comparative viewpoint, corruption in urban development is not as widespread as it is in other sectors of administrative activity, like public procurement. The *EU Anti-*

corruption report highlighted that the problem of corruption in public procurement is generally widespread in Europe, while corruption in urban development only affects some Member States. As it is pointed out in the various national annexes to the report, as well as in the various literature sources, urban development has been a fertile ground for corruption only in a few States: prominently in Spain, but also in others as Portugal, Greece and Italy.

Obviously, corruption in urban development has its peculiarities in each State: the housing/building market may be different, and it is also different the land use law. However, to know that the problem is not unique opens possibilities for the anti-corruption policy, to the extent that the comparative analysis of the successful measures in these environments can inspire national policy. In the development of this work, we have found interesting initiative conducted in Italy, where, by the means of an anti-corruption law, which incorporates both prevention (administrative) and repressive (criminal) measures, it has been established a corruption risk assessment mechanism in order to implement organizational measures for prevention. However, anti-corruption law is still being implemented and we cannot draw conclusions about the effectiveness of its provisions and measures.

7.- Public corruption in general and corruption in urban development in particular are rare but widespread phenomena. Except in special cases, corruption is not part of the normal functioning of public administration in general or of municipalities in particular.

Although corruption has taken place in many towns, especially on the coast and in the surroundings of large cities, the fact is that this is a phenomenon that has not affected most of the administrations, and corruption networks has not been frequent or established, usually, for long periods of time. Overall, we can consider that Spain has a relatively low level of corruption, even in the urban field, which is where the level of corruption has been higher (at least until recently).

If this analysis is true, it does not seem appropriate for the anti-corruption policy to pursue major reforms, involving extensive modifications to the existing legal framework in the main areas of risk. The marginal nature of these practices seems to suggest the adoption of selective changes, introduced only in the specific areas of risk for each sector and, as far as possible, to allow flexible adaptation to the case.

8.- Not all urban activities are exposed to corruption in equal proportion, so the anti-corruption policy should concentrate efforts in the most vulnerable activities.

Urban planning, licensing and inspection and sanction in the exercise of planning discipline are subject to risks of corruption, particularly when their exercise may derive in a capital gain (the new development of land that previously had an inferior value, allowed by new planning or by a new building permit) or in the prevention of a patrimonial loss (by omitting the irregularities in building inspection, or by not punishing irregularities, or by punishing it, but insufficiently).

The anti-corruption measures established should be designed to affect all areas of significant risk. Consequently, it would be recommended not to use or add unnecessary obstacles in proceedings without risk, and to promote organizational or procedural innovations for prevention in riskier procedures.

II. Conclusions about causes and consequences of corruption in urban development

1.- The expected benefit is an essential cause of corruption, and perhaps the main one.

The economic benefits are essentially linked to corruption. Corruption always involves a particular and illicit gain, so, if by the acts of maladministration in the office or public post, the author does not earn anything, he will not commit an illegal practice. Corruption implies, necessarily, some particular private gain. That benefit shall also be the main reason for a subject to consider whether or not acting corruptly. Even before considering whether the irregularity would be detected, and, where appropriate, punished, corruption needs the existence of a sufficiently attractive incentive.

2.- The poor system of controls and impunity are fundamental causes of corruption.

On the one hand there are the incentives to engage in corrupt practices, mainly the expected private gain. However, corruption also has disincentives, and among the most crucial there are the controls and punishment of corruption; ie, the probability that the unlawful conduct is detected and the severity of punishment that effectively and predictably may be imposed. If the supervisory bodies are limited to conduct audits superficially (purely formal control), and any penalty imposed is negligible or improbable (because the penalty will not be executed in whole or in part, for any reason), then it would seem that, beyond the possible moral qualms, there would be no disincentive for unlawfully benefits obtained abusing the urban public service.

The consequence of that is very clear: to improve the supervisory bodies and strengthen the effectiveness of penalties (and not only its severity), preventing or at least making it difficult, if possible, to obtain illicit benefits from corruption, should be a priority on the anti-corruption policy.

3.- The lack of public ethics is a fundamental and decisive cause of corruption.

The crimes of corruption are calculation crimes: if the incentives outweigh the disincentives, it will tend to increase the number of cases.

There is, however, a barrier that cannot be reached or exceeded by the vast majority of potential benefits: personal values. If those values are appropriate and, in the exercise of public functions, adapt to public ethics, the subject will not incur in corruption, even if the expected benefit is greatly tempting. According to this, we understand that a good mechanism for preventing corruption is to strengthen public ethics, particularly in those who perform public functions subject to greater risks of corruption.

4.- Sometimes additional factors that explain the causation of corruption may converge, but only in a minority of cases –as the complexity of urban planning or political parties funding needs.

In some cases, who hold the corruptible urban functions search the benefit to themselves, sometimes to their relatives or partners and sometimes seek to benefit other groups they belong to, as a political party. Also in some cases, these same subjects exercised urban function taking advantage of the complexity of the planning regulations to confuse people interested in specific planning or licensing, with the purpose to obtain the payment of a bribe or another improper advantage.

It is important to define what are the different causes of corruption that often converge for the emergence of a corruption especially intense in a sector for a considerable period of time. Although anti-corruption policy should allocate further efforts on major and common causes of corruption, it should not neglect these contingent causes.

5.- Discretionary powers are not, in general, a major cause of public corruption in urban development.

Although a highly vulnerable to corruption area such as urban planning is highly discretionary, there is no reason to conclude that discretionary powers entail corruption. As highlights the fact that we found a focus of urban corruption of

equivalent importance in the granting of building permits, in which there are definitely no significant levels of discretion, we must conclude that the existence of discretion is not determinative of corruption, and does not contribute in general to cause it. However, the statement above is not inconsistent with the finding that the discretion itself is a mechanism that may contribute to mask corruption, making control more difficult. The existence of discretion, it is worth noting, should not imply the weakness of controls, as most cases of corruption should not even escape to a mere legality control without need to have to extend it to the discretionary core.

Therefore, the anti-corruption policy does not need to reduce or limit the exercise of administrative discretion in order to be effective.

6.- Local autonomy is not, in general, a major cause of public corruption in urban development.

Again, as we said about the discretionary powers, local autonomy is not a general cause of corruption, and only in some cases can help to facilitate corruption, but only to the extent that it is just one of the multiple concurrent causes that lead to the ineffectiveness of controls.

However, again, we must insist that there should be no great loss in controls for this cause, since local autonomy at no point protects the commission of unlawful acts, including crimes, made by local managers and employees.

Consequently, the anti-corruption policy does not require a reduction of local autonomy in order to be effective.

7.- Corruption is a very serious phenomenon that societies should fight.

Considering the serious consequences of corruption, the fight against it should be among the priorities of the states. Specifically for the Spanish state, we can identify consequences of different nature: corruption is a complete violation of the constitutional provisions that establish the characteristics and dedication of the administration, government and public employment; it also implies a considerable loss on public resources, which is especially serious in a situation of economic crisis like the current one, with restriction in government spending and social benefits and services reduction; and moreover, it undermines confidence in the institutions, in democracy and in other people.

In strictly urban terms, corruption has encouraged unsustainable development, producing irreparable damage to the environment, and has meant that land use is not made, by the public institutions, according to the general interest.

Given this statement of harmful consequences, prevention of the phenomenon should be a policy priority. This review is not only ours, it is shared by most of the Spanish citizens. According to CIS surveys, only unemployment is considered to be a more disturbing problem than corruption.

III. Conclusions on the anti-corruption legal framework

1.- The legal system contains positive obligations for public authorities to fight corruption.

Spain has ratified several international treaties on fighting corruption, by which this State has assumed obligations in this area. Noteworthy among these, we should mention the UNCAC, which imposes positive obligations on the prevention and punishment of corruption to the States Parties, including the Spanish State.

In the national framework, at the constitutional level, we can find the relevant arts. 9.1 and 103 Spanish Constitution, which subject the government to the Constitution and other legislation, and set the public administration up specifically to serve general interests, acting objectively and fully subject to the law and justice; and composed of officials and employees that must ensure impartiality in the performance of their duties. Jurisprudence has derived a principle of incorruptibility from those articles, confirming that the same Constitution expresses specific obligations for the Administration to combat corruption among its employees and public officers, an obligation which, in the light of the international law incorporated into our system, we can state that would be specified on the duty to adopt both preventive and punitive measures.

At a statutory and legal level, the recognition of the right, duty and principle of good administration and good government also imposes an obligation to act according to certain rules, in all respects contrary to corruption. Likewise, at the legislative level, we find, disseminated, a variety of legislation responsible for regulating specific instruments or techniques usually included among the anticorruption tools, which undoubtedly impose specific obligations opposed to corruption (such as transparency legislation, the regulation on incompatibilities for public employees or the regulation of conflicts of interests of members of government and senior officials).

Specifically, in land use matters we cannot ignore that, as evidenced by the Government on the case of systemic corruption in Marbella, a corrupt urban development may violate the provisions of Articles 45.2 and 47 of the Spanish Constitution, that impose on public authorities a duty to ensure the rational use of natural resources, preserving the right of everyone to enjoy an adequate environment, as well as the obligation to promote appropriate measures in order to guarantee that land use is done in accordance with the general interest (Royal Decree 421/2006, of April 7).

Consequently, given the effects and policy violations, in addition to the explicit mandates that derive from the system, the fight against corruption (urban) is a legal imposition on government inexcusable.

2. The national anti-corruption policy should adapt to international instruments in this field, fulfilling the requirements and recommendations arising from them, if possible.

The international framework provides binding legal instruments for States (such as UNCAC) and also provides mechanisms for assessing the regulation and implementation at national level of the various techniques that are considered effective in fighting corruption, pointing vulnerabilities or, where appropriate, breaches of the relevant international treaties, indicating good practices, and aim for the purposes of promoting the best techniques of combating corruption among States (as EU anti-corruption report or GRECO reports).

Consequently, we understand that the national anti-corruption policy must take into account the obligations under the concluded international treaties, and it is recommended that, where possible, respond by incorporating the best practices to shortcomings identified in the assessments by evaluators from international bodies.

3.- The anti-corruption policy should leave two dynamics wide rooted in our State in order to implement a proper fight against the phenomenon of corruption: the reactive regulation against notorious scandals and the use of criminal law as the primary response.

The increasing involvement of criminal law and the tightening of its penalties to treat the illegalities committed in the exercise of administrative public powers, and an anticorruption policy only partially and hastily developed as a reaction to notorious corruption scandals, have led to a non recommendable situation: preventive measures are scarcely trusted and barely developed. However, when preventive measures are adopted, it is done as a reaction to a scandal, and, given the urgency of the publication

of these measures, that legal reform do not offer a comprehensive treatment of the problem, based on a previous study of the corruption risks and the consideration of priorities for action. Anti-corruption policy must stop relying almost exclusively on addressing the problem through the Penal Code or ill-considered and fragmentary measures.

4.- The Spanish administrative law has already incorporated the vast majority of mechanisms required or recommended internationally to combat corruption, but have proved ineffectiveness in practice.

National anti-corruption legislation is complete, since it covers almost every recommended mechanism to effectively fight corruption. Indeed, both the criminal and administrative law sufficiently fulfill its role to prevent and punish corruption. In particular, the administrative law offers a broad range and variety of legal instruments covering the vast majority of international requirements to effectively fight against this phenomenon, particularly after the adoption of the often required general regulation of administrative transparency and the right of access to public information.

Although in some aspects it presents some deficiencies that may allow the emergence of corruption, also good practices that point in the right direction can be appreciated. However, these mechanisms present serious problems of efficiency, and control of corruption appears to be limited to a mere formality. This question leads us inexorably to a new and different conclusion:

5.- It is necessary for administrative law to increase the effectiveness of the tools and techniques available to combat corruption.

Accordingly and pursuant to the principle of incorruptibility, and in pursuit of good administration and good governance, we understand the need to strengthen anti-corruption mechanisms trying to improve their effectiveness. Following this approach, we have made proposals like changing the regime of precautionary measures in court when administrative acts subject to high risks of corruption are challenged, or strengthening the figure of officials of local government with national qualification, especially regarding the control of legality of acts subject to high risks of corruption; both aimed to increase the effectiveness of the control exercised by these organs.

6.- Although criminal repressive measures also have a preventive effect, the ideal way to conduct a preventive anti-corruption policy is through administrative law.

The severity of the penalty and the possibility of its imposition may deter the commission of corruption offenses, but certainly the best prevention is through a proper regulation of the sector affected by corruption in order to fewer vulnerabilities to corruption in the procedures that aim a correct and weighted elaboration of administrative acts, or by establishing organizational measures to introduce or strengthen bodies with control functions. These measures are essentially matter of administrative law.

7.- Prevention is the ideal way to address the phenomenon.

We should not forget the need for repression to fight corruption because impunity fosters corruption, but at the same time we must not forget that the best way to reduce the number of cases of corruption is not punishing those cases that are discovered, but preventing the possibility for further commission.

An anti-corruption policy based on repression certainly may encounter serious problems: it is only effective for a part of the corruption cases, as many corrupt exchanges are never discovered; and may allow irreparable damage if the recovery of corruption assets is insufficient or has generated irreversible effects on other goods, as usually happens on land in many cases of urban development corruption. Consequently, we understand that the anti-corruption policy should preferably prime preventive measures.

8.- The administrative law must be a fundamental part of any anti-corruption policy.

If we accept that the best way to fight corruption is through prevention, and also accept that it correspond to administrative law to establish tools and techniques for preventive purposes, the conclusion is clear: the preferred tool in the fight against Corruption should be the administrative law, and anti-corruption policy should include a significant portion of administrative measures for prevention.

9.- Factors unrelated to anti-corruption policy can also contribute to the temporary reduction of corruption.

As it has come to light across the data indicating the decline in cases of urban development corruption with the data that indicate the collapse of building market, the health of the markets can affect decisively the level of corruption, so corruption descent

may not necessarily be due to the adoption of measures against corruption. It is therefore appropriate that the adoption of anti-corruption measures include a monitoring mechanism able to find if the occasional reduction of corruption cases is whether the effect of a good anti-corruption measure or, on the contrary, the decline is due to an external factor, which could mean that, once that factor disappear, the level of corruption will grow again. In consequence, it is very important to analyze constantly corruption levels and their possible causes. Then, if it appears plausible that the decline of cases has responded to external factors, it would be advisable to continue adopting anti-corruption measures in that area thus possibly the lowering in cases will not be permanent.

IV. Conclusions and proposals on improving the fight against corruption in urban development

1.- The best manner to set the policy against corruption, with its respective measures to reduce it, is to conduct regular vulnerability analysis (risk of corruption), the adoption of appropriate measures to neutralize the vulnerabilities detected and the subsequent evaluation of the effectiveness of the measures taken.

So have been stated by the main supranational bodies and much of the doctrine. For example, Art. 10.c) UNCAC requires States parties to take measures to increase transparency in government, among which includes the publication of information, which, expressly states the UNCAC, «may include periodic reports on the risks of corruption in its public administration». The European Union, in the Annex on Spain to its anti-corruption report recommends to pay more attention to a number of aspects, among which includes to «develop strategies tailored to the regional and local administrations, preceded by corruption risk assessments».

2.- The procedures subject to greater risks of corruption should have an *ad hoc* risk assessment of corruption in order to incorporate specific measures to manage such risks.

The assessment and management of corruption risks by incorporating preventive measures is, in our view, a necessary step for procedures subject to greater risks of corruption, which should incorporate the necessary safeguards to prevent corruption and lead to administrative acts consistent with the requirements arising from the Constitution and the obligations of good administration. In addition, it would be beneficial to evaluate the degree of compliance with those measures; and in any case,

both the proposed assessment and risk management systems should be public, because if the maximum number of people, both from the same organization and outside it, know the real risks of corruption in a particular case, it will increase deterrence, to the extent that it extends the control of corruption to more participants.

3.- It is necessary to promote and facilitate the adoption of precautionary measures in court when activities or administrative acts particularly vulnerable to corruption are challenged.

Judicial practice and the physical reality of Spanish urban development show that the stoppage of building activities is something quite extraordinary in court and, unfortunately, judgments may not be enforced on their own terms. Encouraging the use of these measures is important (now it is less important, but certainly even nowadays, in a context of economical crisis, there exists a certain degree of building activity), because preventing the building from the beginning will help to reduce or eliminate the benefit that encouraged the owner or developer who has engaged in a practice of corruption.

4.- It is necessary to establish mechanisms for strengthening related values and principles of public ethics and compliance reminder of strict legality, between staff subject to greater risks of corruption.

As we said, the cause of corruption that is decisive is related to (public) ethics. Therefore, if values of those involved in the exercise of public functions subject to risk of corruption are reinforced, it is likely that fewer people succumb to corruption. Consequently, we understand that this point would be an essential element of the anti-corruption policy, which should pay special attention and commitment to ethics, and should also consider continuous training mechanisms.

5.- In order to implement an effective anti-corruption policy, a real commitment of governments is necessary.

If governments and senior officials do not commit in the effective implementation of anti-corruption measures, by allocating the necessary means and independence to the bodies in charge of prevention (including control) and punishment and adhering to its decisions, reform will have no significant effect on the problem of corruption.

Proposals:

In the light of the findings synthesized in the previous conclusions, we have proposed, in particular, the following measures to improve the fight against corruption in urban planning:

1.- The Spanish legal system should incorporate the obligation to draw up a periodic report on the state of corruption (report of corruption risks), through the adoption of specific legislation in the fight against corruption.

This instrument should, first of all, identify the activities, acts and provisions of public authorities subject to greater risks of corruption, so it can be ordered properly and efficiently the fight against corruption, paying more attention and resources on those activities most vulnerable. Secondly, we cannot forget the informational effect that a report of this nature can have on citizens, as stipulated in article 10.c) UNCAC. This report should be drawn up regularly, perhaps annually, to prevent new acts of corruption go unnoticed for a period of time. We also understand that the obligation to produce this report should be on one or more bodies specialized in corruption matters created in anticipation of and compliance with the provisions of art. 6 (as the Anti-Fraud Office of Catalonia) and 36 (as the Anti-Corruption Prosecutor) UNCAC.

2.- The urban planning rules should provide that all procedures identified as particularly subject to corruption risks in the annual report of corruption risks are subjected to a particularized evaluation using the detailed regulation of such procedures in the regional planning legislation.

Notwithstanding the provisions that can incorporate a national law when exercising the powers of art. 149.1.18 Spanish Constitution, it is proposed to planning legislation a procedure for corruption risk assessment consisting of two phases. The first one, to adopt at an early stage of the vulnerable procedure, would consist of a mandatory report on the specific corruption risks identified in the case, and the measures that are proposed in order to manage them properly. The second phase would consist of a new mandatory report, and non-binding, based on the effective implementation of the proposed measures. The reports referred to this assessment should be incorporated to the file in question, taken into consideration at the time of adopting the resolution and, in any case, be published, in order to also strengthen social control of corruption. Although essential aspects of this evaluation could be incorporated into national land use law, it is the regional legislation which should detail how these procedures are specified in the planning procedures set by each autonomous community.

We propose that, at the local level, the development of the aforementioned reports in

this assessment procedure and corruption risk management are assumed by the Secretary. In case that practical implementation discourages the assignment of this function to the Secretary, it should be considered to attribute it to the bodies of prevention of corruption made in compliance with the obligation contained in art. 6 UNCAC.

3.- It is proposed that no local authority should have attributed disciplinary powers over the Secretary of local administration, by amending the LRBRL.

The disciplinary regime changed in 2013, in a re-centralizing turn on controls for further homogenize, among others, the attribution of sanctioning powers throughout the country. However, local bodies, the controlled bodies, still have attributed the exercise of some disciplinary powers over the controlling body, as provided in the existing art. 92 bis. 10) and 11.c) LRBRL, so definitely we propose to suppress local authority powers in this field. It would be a reinforcement for impartiality in the exercise of the functions of the staff. Since at the moment local authorities can impose minor sanctions to their Secretary, we propose to modify those paragraphs of art. 92a LRBRL.

4.- It is proposed that no local authority should have attributed the power to freely appoint and dismiss the Secretary of local administration, by amending the LRBRL.

Although the appointing authority does not exercise a specific pressure or free appointment has not responded to a concurrence of wills between designating and designated in order to impose a corruption network in a municipality, the fact that free designation is accompanied by the power of free dismiss constitutes an impediment, although it may be diffused, for the fairness of the Secretary in the performance of their duties. We propose, in this sense, a modification of the fourth paragraph of Art. 92 bis.6 LRBRL in order to not allow in any case that controlled bodies holds the power to freely dismiss the controller; or, at least, we propose for the secretariat functions an equivalent protection to that deserved for the functions of economic-financial and budgetary control with regard to free appointment and removal.

5.- It is proposed that no local authority should have allocated an excessive discretion to determine the allowances and bonuses of the Secretary of local administration through the establishment of a detailed overall remuneration scales to ensure homogeneity.

The Court of Auditors has warned many times that unjustifiable disparities are observed

in respect of allowances (in particular in regard of the specific supplement) in municipalities and positions with similar characteristics, and jurisprudence includes cases where mere enmity or clashes, or friends and complicity with members of the municipal government, results in fluctuations in the amount allocated in the form of specific supplement to the salary. Therefore, we propose, following the Court of Auditors, to reduce the margin of discretion provided, by adopting detailed general objective bases for the entire State, which must necessarily be observed, leaving reasonable margins for that supplements to be undertaken within the budget of each local authority. It would be desirable to accompany the approval of scales with a modification of the regulations regarding the allowances of local officials with national qualification (arts. 3 and ff. Royal Decree 861/1986), in order to introduce the scales proposed.

6.- Sufficient provision of the post of secretariat should be guaranteed in all municipalities, by encouraging the involvement of the supra municipal administrations, such as provincial councils.

Not all municipalities have a full-time secretary, and we understand that it must play a key role in controlling the legality and preventing corruption at the municipal level. It should be reinforced the role of supra municipal administrations to coordinate the functions attributed to the Secretaries in grouped entities, and generally assist or, where appropriate, provide the service with their own means in municipalities that cannot afford these functions properly, and in particular in grouped or exempt entities for the post of Secretary.

7.- Control of legality should be ensured, as mandatory and exercised by the Secretaries, in all procedures subject to significant risks of corruption. Consequently, urban regional regulations should require the legality report of the Secretary in procedures of elaboration and modification of planning instruments, in the procedures for granting planning permission and in the field of inspection procedures and sanctions in the urban area.

We believe that the Secretary is the official at the local level that shows greater independence (although clearly improvable, as highlighted in prior proposals), and also has enough preparation to assess on the legality of acts and agreements to approve. To the extent that many corrupt practices seek the adoption of agreements contrary to urban planning, we understand that one way to fight corruption can be to ensure the need for a report on all vulnerable procedures, and that it should be drawn up by a body with the greatest degree of independence possible.

8.- The legality control exercised by the autonomous communities in the final adoption of certain planning instruments should consider the mandatory report of legality by the Secretary proposed in the previous section.

The file of development of planning instruments should necessarily include a legal report of the Secretary, which should note, of course, all those illegalities that constitute corruption. Considering, among other documents, the report, the regional body for final approval would make its legality control and may, where appropriate, deny the final approval for reasons of legality.

9.- It should be guaranteed the knowledge of the proposed mandatory reports of legality by the members of the Plenary.

It is necessary to ensure that the results of the work of ensuring compliance with the law entrusted to the Secretary is known by the members of the Plenary, sufficiently and in appropriate time. To avoid that mayors hinder the access to these reports, it should be taken measures imposing an obligation to raise to the Plenary the unfavorable legality reports made in the course of proceedings subject to corruption risks.

10.- The legislation applicable to urban planning procedures subject to significant risks of corruption should include the obligation to publish, along with the other documents that must be posted in each procedure, the report of legality proposed.

To ensure social control in a field of technical complexity, as urban planning, we propose that it should be published the report of legality proposed, in order to, through the exercise of urban public action, help any citizen to exercise a better control of the performance of urban administration.

Under the transparency law, that information would be subject to transparency requirements, which should be published in the manner prescribed in art. 5.4 Law 19/2013 («in the corresponding electronic sites or web pages and clear, structured and understandable to stakeholders, and preferably in reusable formats»).

11.- It should be restricted the private intervention in urban planning, by including limits on the rights to make proposals for urban planning and to participate in planning agreements.

In particular, the regional planning legislation, without prejudice to the possible

consideration in the national land use law, a suitability clause of the subject that is related to urban management should be introduced. We understand that planning rules should not allow natural or legal persons involved in public corruption practices to formulate development plans or sign planning agreements. The responsible for verifying compliance with the requirement to submit plans of private initiative or to sign agreements could be, once again, the Secretary.

12.- To ensure the rapid adoption of precautionary measures in urban development, especially in cases of corruption, a LRJCA amendment is proposed.

A measure that we believe it is appropriate to improve judicial control of corruption and at the same time, prevent the profit result of corrupt practices, would be an amendment of LRJCA in order to establish that, when it is challenged an administrative act subject to risk corruption, it must be agreed in any case any precautionary measures necessary to prevent its execution if the challenge of it relates to the commission of corrupt practices. These measures should be able to be taken by the judge even if they are not claimed by the plaintiff.

13.- It should be promoted public ethics in the exercise of urban functions through a code of ethics and conduct specific for sector urban public activities.

We propose the development of sectoral codes related to public urban matters. These codes should be observed by all persons engaged in urban public functions and should contain clear clauses, explicit provisions on frequent cases of corruption in urban planning (and how to act appropriately to prevent their occurrence), provisions on the reporting of corruption and referred to the compliance of the Code and the formulation of questions about its content and form of implement its provisions. Both its content and its method of production should follow the recommendations of international organizations.

14.- It should be promoted public ethics in the exercise of urban functions by training the people developing these functions.

It is important to establish training programs to learn how to act properly in the exercise of planning functions. We propose that these programs should be coordinated and, if possible, provided by agencies for prevention of corruption in art. 6 UNCAC. We also propose to address specific training on the code of ethics and conduct in urban development (including training on the need -and how- to report corrupt practices and, in general, all kinds of violations of the code itself), that should include in any case

people working or in charge of positions that implies to perform functions related to urban development procedures subject to significant risks of corruption, and also should include the bodies responsible for carrying out the particularized assessment and risk management of corruption proposed above.

If possible, it would be convenient that the beginning of the exercise of public urban functions vulnerable to corruption was conditional on the accreditation of having completed the proposed training.

15.- It should be reduced the potential for abuse of the technical complexity of planning by ensuring an adequate response to urban queries.

The planning regulations could regulate in detail the legal regime applicable to consultations on the matter, and such work could even be addressed in the proposed codes or charters of service. In any case, the established regulation should impose the obligation to respond to urban queries within a reasonably short time and in an understandable manner.

It is also recommended that responses are publicly accessible by digital means. We understand, for some urban queries, that this requirement is met pursuant to transparency legislation, since some of these consultations will interpret the law applicable.

16.- It should be reduced the chances of abuse the necessary intervention of certain bodies within the planning procedures subject to risk of corruption by ensuring the development of urban charters of service.

These charters should be easily accessible to the public. They should identify the different stages of the proceedings, the rights of citizens interested in them, the deadlines of the procedures and the bodies responsible for them, also pointing out the possibility of public responsibility in case of failure to meet quality standards contained in the charter. These charters should be able to be used to challenge or complain to poor service delivery, and in case it is needed to satisfy some responsibility, the Administration should, in any corruption case, proceed to demand the liability of the authorities and the service staff on Public Administrations.

BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTOS CITADOS

ABBINK, Klaus; IRLBUSCH, Bernd y RENNER, Elke, “An experimental bribery game”, *The journal of law, economics and organization*, vol. 18, núm. 2, 2002, pp. 428-454.

ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz, “Del indicio a la prueba de la corrupción urbanística”, *Auditoría pública*, núm. 46, 2008, pp. 85-96.

- “Instrumentos de la Ley 8/2007 para reaccionar contra la corrupción urbanística”, en VVAA, *Corrupción y urbanismo*, Universidad de Deusto Publicaciones, Bilbao, 2008, pp. 217-240.
- “La corrupción mal endémico del urbanismo español”, *Revista de Derecho urbanístico y medio ambiente*, nº 257, abril-mayo 2010, pp. 145-166.

ALMEIDA CERREDA, Marcos, “¿Es necesario un nuevo modelo de controles sobre los entes locales?”, *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 6, abril 2008, pp. 187-232.

ALONSO MAS, María José, “Responsabilidad patrimonial de la Administración por incumplimiento de los convenios urbanísticos en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de Estudios de la Administración Local*, núms. 271-271, 1996, pp. 853-875.

ALVAR EZQUERRA, Alfredo, *El Duque de Lerma. Corrupción y desmoralización en la España del siglo XVII*, La Esfera de los Libros, Madrid, 2010.

AMEZCUA ORMEÑO, Emilio, “Génesis y evolución de la corrupción urbanística en España en el bienio 2006-2007. Aproximaciones a la nueva Ley de suelo en el contexto de la corrupción”, *Práctica urbanística*, núm. 68, febrero 2008, pp. 32-53.

AMISANO, Franco, “La corruzione amministrativa in una burocrazia di tipo concorrenziale: modelli di analisi economica”, *Economia Pubblica*, 2003, fasc. 5, pp. 31-59.

ANDENAES, Johannes, “The general preventive effects of punishment”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 114, núm. 7, 1966, pp. 949-983.

ANDERSON, John E., “Land development, externalities and pigouvian taxes”, *Journal of Urban Economics*, núm. 33, 1993, pp. 1-9.

ANDVIG, Jens C. y MOENE, Karl O., “How corruption may corrupt”, *Journal of Economic Behavior & Organization*, vol. 13, núm. 1, 1990, pp. 63-76.

ANECHIARICO, Frank y JACOBS, James B., *The Pursuit of Absolute Integrity. How Corruption Control Makes Government Ineffective*, The University of Chicago Press, Chicago, 1996.

ARAGONÉS BELTRÁN, Emilio, “La cuestión prejudicial administrativa desde la perspectiva del ordenamiento administrativo”, en ORTIZ BLASCO, Joaquín y MAHILLO GARCÍA, Petra (coords.), *La responsabilidad penal en la Administración Pública. Una imperfección normativa*, Fundación Democracia y Gobierno Local-Diputació de Barcelona, 2010, pp. 127-219.

ARANA GARCÍA, Estanislao, *Las sociedades municipales de gestión urbanística*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

ARGULLOL I MURGADES, Enric, “La Ley 8/2007, una nueva ley urbanística”, *Anuario del Gobierno Local 2007*, Fundación Democracia y Gobierno Local-Institut de Dret Públic, pp. 33-44.

ARNEDO ORBAÑANOS, Miguel Ángel, “El control de la corrupción por el Tribunal de Cuentas: posibilidades y limitaciones”, *Revista Española de Control Externo*, núm. 3, septiembre 1999, pp. 61-90.

AZFAR, Omar, “Disrupting corruption”, en SHAH, Anwar (ed.), *Performance accountability and combating corruption*, World Bank, 2007, pp. 255-284.

BACIGALUPO, Mariano, “El sistema de tutela cautelar en el contencioso-administrativo alemán tras la reforma de 1991”, *Revista de Administración Pública*, núm. 128, mayo/agosto, 1992, pp. 413-452.

BACIO TERRACINO, Julio, *The International Legal Framework against Corruption. States' obligations to prevent and repress corruption*, Intersentia, Cambridge, 2012.

- “Linking corruption and human rights”, *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, vol. 104, 2010, pp. 243-246.

BANCO DE ESPAÑA, *Informe Anual, 2007*, Banco de España, 2008.

BAÑO LEÓN, José María, *Derecho urbanístico común*, Iustel, Madrid, 2009.

BARBERÁ ARANGÜEÑA, Pablo y FERNÁNDEZ-VÁZQUEZ, Pablo, “Los electores ante la corrupción”, en ORTIZ, Javier y EMBID, Julio (coords.), *Informe sobre la democracia en España 2012*, Fundación Alternativas, 2012, pp. 75-101.

BARR, Abigail y SERRA, Danila, “Corruption and culture: an experimental analysis”, *Journal of Public Economics*, vol. 94, núms. 11-12, 2010, pp. 862-869.

BASSOLS COMA, Martín, “Inconstitucionalidad final de la normativa sobre liberalización del suelo y reapertura del debate sobre la competencia del Estado en materia urbanística: a propósito del Voto particular a la STC 137/2011, de 14 de septiembre”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 30, octubre de 2012, pp. 37-57.

- *Génesis y evolución del Derecho urbanístico español (1812-1956)*, Montecorvo, Madrid, 1973.
- “Presentación”, *Documentación Administrativa*, nº 288, septiembre-diciembre

2010, pp. 13-18.

BECKER, Gary S., "Crime and punishment: An economic approach", *The Journal of Political Economy*, vol. 76, núm. 2, 1968, pp. 169-217.

BENITO SÁNCHEZ, Demelsa, *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, Iustel, Madrid, 2012.

- "Algunas consideraciones en torno a la corrupción urbanística en España", en SANZ MULA, Nieves (coord.), *El Derecho penal y la nueva sociedad*, Comares, Granada, 2007, pp. 37-69.

BOEHM, Frédéric y GRAF LAMBSDORFF, Johann, "Corrupción y anticorrupción: una perspectiva neo-institucional", *Revista de Economía Institucional*, vol. II, núm. 21, 2009, pp. 45-72.

BOIX PALOP, Andrés, "Modelos de financiación de partidos políticos y corrupción", en JAREÑO LEAL, Ángeles (Dir.), *Corrupción pública: cuestiones de política criminal (I)*, Iustel, Madrid, 2014, pp. 161-195, p. 162.

- *Las convalidaciones legislativas*, Iustel Madrid, 2004.

BUENO ARMIJO, Antonio y RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, Manuel A., "El fumus boni iuris como criterio contrario al solicitante de medidas cautelares. ¿Un traidor entre los aliados? : comentarios a los autos del TSJ de Cataluña, de 16 y 17 de junio de 2006, sobre suspensión cautelarísima del referéndum sobre la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña", *Revista de Administración Pública*, núm. 172, enero/abril 2007, pp. 227-253.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco, "Autonomía local y Constitución. Razones para recuperar la causalidad perdida", *Anuario del Gobierno Local 2003*, Fundación Democracia y Gobierno Local-Institut de Dret Públic, 2004, pp. 47-70.

CAIDEN, Gerald E. y CAIDEN, Naomi J., "Administrative corruption", *Public administration review*, vol. 37, núm. 3, mayo-junio 1977, pp. 301-309.

CAMERER, Colin y THALER, Richard H., "Anomalies: ultimatums, dictators and manners", *Journal of Economic Perspectives*, vol. 9, núm. 2, 1995, pp. 209-219.

CANALS I AMETLLER, Dolors, "Las entidades colaboradoras de las administraciones públicas catalanas: rasgos definitorios, actuación y régimen de intervención administrativa", en TORNOS MAS, Joaquín (coord.), *Comentarios a la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 593-626.

CAPDEFERRO VILLAGRASA, Oscar, "Nuevas respuestas judiciales a la corrupción pública. Análisis desde el Derecho administrativo y el Derecho penal", *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 112, 2013 (nº 4), pp. 891-918.

CARBONELL PORRAS, Eloísa, "Artículo 66", en REBOLLO PUIG, Manuel (dir.) e

IZQUIERDO CARRASCO, Manuel (coord.), *Comentarios a la Ley reguladora de las bases del régimen local*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 1579-1591.

CARMONA SALGADO, Concepción, “Tratamiento penal de la ordenación del territorio y el urbanismo tras la reforma de 2010. Fracaso del control preventivo administrativo y corrupción urbanística”, *La Ley Penal*, nº 103, julio, 2013.

CARRILLO MORENTE, José A., “Corrupción frente a ordenación urbanística”, en NIETO MARTÍN, Adán y MAROTO CALATAYUD, Manuel (dirs.), *Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2014.

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis, “Ética pública y normativa administrativa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 181, Madrid, enero-abril (2010), pp. 9-37.

CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí, “Transparencia administrativa y lucha contra la corrupción en la Administración local”, en VVAA, *Anuario del Gobierno local 2011*, 2012, pp. 277-313.

- *El principio de integridad en la contratación pública. Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*, Aranzadi, Navarra, 2014.

CIS (Centro de Investigaciones Sociológicas), *Ética pública y corrupción. Estudio nº 2826*, diciembre 2009.

CLAROS PEINADO, Rocío, “Urbanismo y financiación municipal”, en IGLESIAS, Felipe (Dir.), *Urbanismo y democracia. Alternativas para evitar la corrupción*, Fundación Alternativas, Madrid, 2007, pp. 133-145.

COCCIOLO, Endrius Eliseo, «Las mutaciones del concepto de corrupción. De la ambigüedad de las sociedades arcaicas a la complejidad en la época del Estado regulador y de la sociedad del riesgo», *Revista de llengua i Dret*, núm. 50, 2008, pp. 17-51.

- “La regulación de la ética de los empleados y cargos públicos. Régimen de incompatibilidades, conflictos de intereses y códigos de conducta”, en ESPUNY TOMÁS, María Jesús y PAZ TORRES, Olga (coords.), *Quince años de reformas jurídicas (1993-2008)*, Dykinson, 2010, pp. 265-290.
- “El règim jurídic administratiu dels conflictes i registres d’interessos dels membres i directius de les corporacions locals”, en MOLES PLAZA (Dir.), Ramon-Jordi, *Anàlisi dels elements del bon govern local*, Associació Catalana de Municipis i Comarques, Barcelona, 2011, pp. 7-28.

COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE*, COM(2014) 38, 2014.

- *Anexo: España, al Informe de lucha contra la corrupción de la UE (COM(2014)*

38 final, Anexo 9), de 3 de febrero de 2014.

- *Annex: Portugal. To the EU Anti-corruption report*, (COM(2014) 38 final, Anexo 22), de 3 de febrero de 2014.
- *Annex: Greece. To the EU Anti-corruption report*, (COM(2014) 38 final, Anexo 8), de 3 de febrero de 2014.
- *Special eurobarometer 397. Corruption*, 2014.
- *Flash Eurobarometer 374. Businesses' attitudes towards corruption in the EU*, febrero de 2014.
- *Spain statistical factsheet*, disponible en http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/index_en.htm
- *Decisión de la Comisión de 28 de septiembre de 2011 por la que se crea el Grupo de expertos en corrupción*, publicada en el DO C 286 de 30 de septiembre de 2011.
- *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo. Lucha contra la corrupción en la UE*, COM(2011) 308 final, de 6 de junio de 2011.

COMISIÓN GENERAL PARA LA CODIFICACIÓN (SECCIÓN ESPECIAL PARA LA REFORMA DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA), *Informe explicativo y propuesta de anteproyecto de ley de eficiencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2013. Consultable en: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292386941851?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DInforme_explicativo_APL_Jurisdic._Contenc.Admva.PDF (última fecha de consulta 25 de febrero de 2015).

COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA, *Problemas de competencia en el mercado del suelo en España*, 2013.

COMISIÓN PARA EL ESTUDIO Y PREPARACIÓN DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO, *Estatuto básico del empleado público. Informe de la Comisión*, INAP, 2005.

COMMISSIONE PER LO STUDIO E L'ELABORAZIONE DI PROPOSTE IN TEMA DI TRASPARENZA E PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE, *La corruzione. Per una politica di prevenzione*, Governo Italiano, 2013.

CONFERENCIA DE LOS ESTADOS PARTE EN LA CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCION, *Los conflictos de intereses, la denuncia de los actos de corrupción y las declaraciones de activos, en particular en el contexto de los artículos 7 a 9 de la Convención*, CAC/COSP/WG.4/2012/1, de 22 de junio de 2012.

CÓRDOBA RODA, Juan y TORNOS MAS, Joaquín, "El indulto y el control judicial de su

concesión”, *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 113, núm. 1, 2014, pp. 39-78.

CORRAL ESCARIZ, Vicente, *La lucha contra la corrupción urbanística en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

CORTINA ORTS, Adela, “La regeneración moral de la sociedad y de la vida política”, en VVAA, *Corrupción y Ética*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1996, pp. 29-37.

COSCULLUELA MONTANER, Luis, “Acción pública en materia urbanística”, *Revista de Administración Pública*, núm. 71, 1973, pp. 9-58.

COSITAL, *Declaración de la Asamblea del Consejo General de Colegios Oficiales de Secretarios/as, Interventores/as y Tesoreros/as de Administración Local. Propuesta de medidas contra la corrupción*, documento consultable en: http://www.cosital.es/attachments/171_propuesta-medidas-frente-corrupcion.pdf, fecha de última consulta 25 de febrero de 2015.

COSTAS-PÉREZ, Elena; SOLÉ-OLLÉ, Albert y SORRIBAS-NAVARRO, Pilar, “Corruption scandals, voter information, and accountability”, *European journal of political economy*, vol. 28 (4), 2012, pp. 469-484.

DE BENEDETTO, Maria, “Administrative corruption”, BACKHAUS, Jürgen Georg (ed.), *Encyclopedia of law and Economics*, Springer, 2014. La edición digital es consultable en <http://link.springer.com/referencework/10.1007%2F978-1-4614-7883-6> (fecha de última consulta: 25 de febrero de 2015).

- “Corruption and controls”, *European Journal of Law Reform*, vol. 1, 2016, en prensa.

DE ALFONSO LASO, Daniel, “La corrupción pública a través del delito de cohecho. Doble perspectiva: la del particular, y la del funcionario público”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 24, octubre 2010, pp. 58-64.

- “Cuestiones prácticas en el orden penal sobre los delitos contra la ordenación del territorio”, en VVAA, *La normativa urbanística desde la perspectiva administrativa y penal*, CGPJ-CEJFE, Barcelona, 2008, pp. 119-134.

DE GRAAF, Gjalt, “Causes of corruption: towards a contextual theory of corruption”, *Public administration quarterly*, núm. 31, 2007, pp. 39-86.

DE GRAAF, Gjalt; VON MARAVIĆ, Patrick y WAGENAAR, Pieter, “Introduction: causes of corruption-The right question or the right perspective”, en DE GRAAF, Gjalt; VON MARAVIĆ, Patrick y WAGENAAR, Pieter (eds.), *The good cause: Theoretical perspectives on corruption*, Barbara Budrich, Leverkusen, 2010, pp. 13-20.

DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., “Urbanismo y corrupción”, en MARTÍN REBOLLO, Luis y BUSTILLO BOLADO, Roberto O. (coords.), *Fundamentos de Derecho urbanístico*, Aranzadi, 2ª ed., vol. 2, 2009, pp. 1380-1398.

DE LA IGLESIA PRADOS, Eduardo, “El derecho al honor de los políticos frente a las

acusaciones de corrupción en materia de urbanismo”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, julio-agosto 2012, pp. 81-114.

DE LA SIERRA, Susana, *Tutela cautelar contencioso-administrativa y Derecho europeo. Un estudio normativo y jurisprudencial*, Aranzadi, Navarra, 2004.

DELGADO BARRIO, Javier, *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, Civitas, Madrid, 1993.

DESDENTADO DAROCA, Eva, “El control de la legalidad urbanística. ¿Qué legalidad?”, en VVAA, *El control de la legalidad urbanística. El estatuto básico del empleado público*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2009, pp. 73-123.

- “Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico”, en MARTÍN REBOLLO, Luis y BUSTILLO BOLADO, Roberto O. (coords.), *Fundamentos de Derecho urbanístico*, Aranzadi, 2ª ed., vol. 1, pp. 295-318.
- *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial*, Aranzadi, 2ª ed., Pamplona, 1999.

DE SOUSA, Luís, “Anti-corruption agencies: between empowerment and irrelevance”, *Crime, Law and Social Change*, vol. 53, núm. 1, 2010, pp 5-22.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis y GÓMEZ CÉSPEDES, Alejandra, “La corrupción urbanística: estrategias de análisis”, en MENÉNDEZ REXACH, Ángel (ed.), *Urbanismo y corrupción*, cit., pp. 41-70, en especial, pp. 49-54.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; GÓMEZ-CÉSPEDES, Alejandra; PRIETO DEL PINO, Ana María; STANGELAND, Per y VERA JURADO, Diego J., *Prácticas ilícitas en la actividad urbanística. Un estudio de la Costa del Sol*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

DION, Michel, “What is corruption corrupting? A philosophical viewpoint”, *Journal of money laundering control*, vol. 13, núm. 1, 2010, pp. 45-54.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, “¿Deberían las autoridades y los empleados públicos responder civilmente por los daños causados en el ejercicio de sus cargos?”, *Revista de Administración Pública*, núm. 180, septiembre-diciembre 2009, pp. 103-159.

- “Geología constitucional del Derecho urbanístico”, *Revista española de Derecho constitucional*, núm. 89, mayo-agosto 2010, pp. 357-372.
- “Las plusvalías urbanísticas en el Derecho español. Un sistema de incentivos perversos”, en JAREÑO LEAL, Ángeles (Dir.), *Corrupción pública: cuestiones de política criminal (I)*, Iustel, Madrid, 2014, pp. 197-214.

ESNAOLA, José Ángel, “Control de legalidad de las licencias municipales y usos del suelo”, en VVAA, *Corrupción y urbanismo*, Universidad de Deusto Publicaciones, Bilbao, 2008, pp. 189-202.

ESTEVE PARDO, José, *Lecciones de Derecho administrativo*, Marcial Pons, 2ª ed.,

Madrid, 2012.

FANLO LORAS, Antonio, “El control de los actos locales ¿modelo cerrado? Reflexiones críticas sobre una dogmática consolidada”, *Revista de Administración Pública*, núm. 130, enero-abril 1993, pp. 171-204.

- *Fundamentos constitucionales de la autonomía local. El control sobre las Entidades locales: el funcionamiento del modelo constitucional de autonomía local*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

FERNÁNDEZ AJENJO, José Antonio, *El control de las Administraciones públicas y la lucha contra la corrupción. Especial referencia al Tribunal de Cuentas y a la Intervención General de la Administración del Estado*, Aranzadi, Pamplona, 2011.

- “El control interno y externo en la lucha contra la corrupción: su nuevo papel en el entorno de la gobernanza y la *accountability*”, *Cuenta con IGAE*, núm. 27, diciembre 2011, pp. 8-19.

FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIÓ, José María, *La imparcialidad en el procedimiento administrativo: abstención y recusación*, Aranzadi, Navarra, 2012.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, “Presupuestos de eficacia de la disciplina urbanística”, *Revista de Derecho urbanístico*, núm. 35, 1973, pp. 13 y ss.

- *Manual de Derecho Urbanístico*, La Ley-El Consultor, 20 ed., Madrid, 2007.

FERRÁNDIZ MAGAÑA, José Pablo y LÓPEZ VALDÉS, Fernando, “Visiones de profesionales y expertos”, en IGLESIAS, Felipe (Dir.), *Urbanismo y democracia. Alternativas para evitar la corrupción*, cit., pp. 27-42.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria 2007*, Centro de estudios jurídicos-Ministerio de Justicia, Madrid, 2007.

- *Memoria 2008*, Centro de estudios jurídicos-Ministerio de Justicia, Madrid, 2008.
- *Memoria 2010*, Centro de estudios jurídicos-Ministerio de Justicia, Madrid, 2010.
- *Memoria 2011*, Centro de estudios jurídicos-Ministerio de Justicia, Madrid, 2011.
- *Circular 1/2011. Relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código penal efectuada por la Ley orgánica número 5/2010*, Madrid, 2011.
- *Memoria 2012*, Centro de estudios jurídicos-Ministerio de Justicia, Madrid, 2012.
- *Memoria 2013*, Centro de estudios jurídicos-Ministerio de Justicia, Madrid,

2013.

- *Memoria 2014*, Centro de estudios jurídicos-Ministerio de Justicia, Madrid, 2014.

FONSECA FERRANDIS, Fernando, *La liberalización del suelo en España. Presupuestos y marco jurídico-constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

- “El silencio administrativo y las licencias de obras y actividades; incidencia de la legislación sobre libre acceso a las actividades y servicios”, en PAREJO ALFONSO, Luciano (dir.), *El silencio en la actividad de la Administración pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 325-390.

FONT I LLOVET, Tomàs, “Autonomía local y estatutos: crónica de un compromiso”, *Anuario del Gobierno Local 2006*, Fundación Democracia y Gobierno Local - Institut de Dret Públic, 2007, Madrid, pp. 13- 35.

- “Órganos consultivos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 108, septiembre-diciembre 1985, pp. 53-86.

FONT I LLOVET, Tomàs y GALÁN GALÁN, Alfredo, “Compás de espera para la reforma del gobierno local”, *Anuario del Gobierno Local 2007*, Fundación Democracia y Gobierno Local-Institut de Dret Públic, pp. 13-28.

FONT I LLOVET, Tomàs y MIR PUIGPELAT, Oriol, “Discrecionalidad administrativa y alcance del control judicial”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y ALONSO GARCÍA, Ricardo, *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Civitas, Navarra, 2012, vol. I, pp. 1147-1156.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Actuación pública y actuación privada en el Derecho Urbanístico”, *Revista española de Derecho administrativo*, núm. 1, 1974, pp. 79-99.

- *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Civitas, Madrid, 1992.
- *Democracia, jueces y control de la Administración*, Aranzadi, 6ª ed., Navarra, 2009.
- “La nulidad de los actos administrativos que sean constitutivos de delito ante la doctrina del Tribunal Constitucional, sobre cuestiones prejudiciales administrativas apreciadas por los jueces penales. En particular, el caso de la prevaricación”, en ORTIZ BLASCO, Joaquín y MAHÍLLO GARCÍA, Petra (coords.), *La responsabilidad penal en la Administración Pública. Una imperfección normativa*, Fundación Democracia y Gobierno Local-Diputació de Barcelona, 2010, pp. 241-268 (originalmente publicado en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 98, 1998).

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho administrativo, I*. Civitas, 15ª ed., Madrid, 2011.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho urbanístico, I*, Civitas, Madrid, 1979.

GARCÍA FERNÁNDEZ, Silvia M., *Procedimientos urbanísticos y procedimiento administrativo común*, Montecorvo, Madrid, 2007.

GARCÍA MEXÍA, Pablo, *Ética y gobernanza. Estado y sociedad ante el abuso de poder*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

GARCÍA-MORENO, Beatriz, “Whistleblowing como forma de prevención de la corrupción en la Administración pública”, en MARTÍN, Adán y MAROTO CALATAYUD, Manuel (dirs.), *Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2014, pp. 43-60.

GARCÍA QUESADA, Mónica; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Fernando y VILLORIA, Manuel, “Building local integrity systems in Southern Europe: the case of urban local corruption in Spain”, *International review of Administrative sciences*, vol. 79, núm. 4, pp. 618-637.

- “Can’t control/won’t control: opportunities and deterrents for local urban corruption in Lanzarote”, *Crime, law and social change*, noviembre 2014, pp. 1-20.

GARCÍA RUBIO, Fernando, “Ética pública, corrupción y urbanismo”, *Actualidad Administrativa*, núm. 6, marzo 2007, pp. 660-672.

- “Urbanismo y financiación municipal”, en MENÉNDEZ REXACH, Ángel (ed.), *Urbanismo y corrupción. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 12 (2008)*, UAM-BOE, Madrid, 2008, pp. 185-206.

GARRIDO FALLA, Fernando; PALOMAR OLMEDA, Alberto y LOSADA GONZÁLEZ, Herminio, *Tratado de Derecho administrativo. Parte General*, vol. 1, Tecnos, 14ª ed., Madrid, 2005.

GEIS I CARRERAS, Gemma, *La ejecución de las sentencias urbanísticas*, Atelier, Barcelona, 2009.

GIL IBÁÑEZ, José Luis, *Las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo. Una visión práctica*, Colex, Madrid, 2001.

GIMÉNEZ GARCÍA, Joaquín, “El urbanismo como escenario delictivo”, en VVAA, *Corrupción y urbanismo*, Universidad de Deusto Publicaciones, Bilbao, 2008, pp. 163-188.

GIMENO FELIÚ, José María, “La Ley de contratos del sector público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública”, *Revista española de Derecho administrativo*, nº 147, julio-septiembre 2010, pp. 517-535.

GIURE LE CARESSANT, Javier A., “La recusación en el ámbito de la Administración local

urbanística”, *Revista Electrónica CEMCI*, núm. 3, abril-junio 2009, pp. 1-10.

GONZÁLEZ DE ASÍS, María, “Reduciendo la corrupción a nivel local”, *Gestión y análisis de políticas públicas*, núm. 21, mayo-agosto 2001, pp. 151-156.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Corrupción, ética y moral en las Administraciones públicas*, Civitas, 2ª ed., Navarra, 2014.

- *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2001.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (dir.), *Comentarios a la Ley de suelo. Texto refundido aprobado por Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio*, Aranzadi, 2ª ed., vol. 1, Pamplona, 2008.

GONZÁLEZ ROMANILLOS, José Antonio, *La corrupción política en época de Julio César. Un estudio sobre la lex Iulia de repetundis*, Comares, Granada, 2009.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago J., *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Civitas-Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

GÓRRIZ ROYO, Elena M., “Corrupción urbanística: análisis criminológico y respuestas jurídico-penales”, en JAREÑO LEAL, Ángeles (Dir.), *Corrupción pública: cuestiones de política criminal (I)*, Iustel, Madrid, 2014, pp. 89-148.

GRECO (GRUPO DE ESTADOS CONTRA LA CORRUPCIÓN), *First Evaluation Round: Evaluation Report on Spain*, aprobado en la 5ª reunión plenaria del GRECO, celebrada en Estrasburgo los días 11-15 de junio de 2001.

- *First evaluation round: Compliance report on Spain*, aprobado en la 15ª reunión plenaria del GRECO, celebrada en Estrasburgo los días 13-17 de octubre de 2003.
- *First evaluation round: Addendum to the compliance report on Spain*, aprobado en la 24ª reunión plenaria del GRECO, celebrada en Estrasburgo los días 17-20 de mayo de 2005.
- *Second evaluation round: Evaluation report on Spain*, aprobado en la 23ª reunión plenaria del GRECO, celebrada en Estrasburgo los días 27 de junio-1 de julio de 2005.
- *Informe de evaluación relativo a España: Incriminación (ETS 173 y 191, GPC 2) (Tema 1)*, aprobado en la 42ª reunión plenaria del GRECO, celebrada en Estrasburgo los días 11-15 de mayo de 2009.
- *Tercera ronda de evaluación: Informe de Evaluación sobre Transparencia en la Financiación de Partidos Políticos en España (Tema II)*, aprobado en la 42ª reunión plenaria del GRECO, celebrada en Estrasburgo los días 11-15 de mayo de 2009.
- *Joint first and second evaluation round. Evaluation report on Italy*, aprobado en

la 43ª reunión plenaria del GRECO, celebrada en Estrasburgo los días 29 junio-2 julio 2009.

- *Third Evaluation Round Compliance Report on Spain “Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2)” and “Transparency of Party Funding”*, adoptado en la 50ª reunión plenaria, celebrada los días 28 de marzo-1 de abril de 2011.
- *Third Evaluation Round: Second Compliance Report on Spain “Incriminations (ETS 173 and 191, GPC 2)” and “Transparency of Party Funding”*, adoptado en la 60ª reunión plenaria, celebrada los días 17-21 de junio de 2013.
- *Cuarta ronda de evaluación. Informe de evaluación: España*, aprobado por el GRECO en su 62ª Reunión Plenaria celebrada los días 2-6 de diciembre de 2013.

GREENPEACE, *Destrucción a toda costa 2009. Situación del litoral español y sus espacios protegidos*, Greenpeace, 2009.

GUICHOT, Emilio, “La nueva regulación legal de la transparencia, el acceso a la información pública y el buen gobierno como mecanismo de lucha contra la corrupción y regeneración democrática”, en JAREÑO LEAL, Ángeles (Dir.), *Corrupción pública: cuestiones de política criminal (I)*, Iustel, Madrid, 2014, pp. 215-238.

HARDIN, Garrett, “The Tragedy of the Commons”, *Science*, vol. 162, 1968.

HUBER, Barbara, “La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional”, *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 19, diciembre de 2002, pp. 95-115.

HUBERTS, Leo, “A multi approach in corruption research: towards a more comprehensive multi-level framework to study corruption and its causes”, en DE GRAAF, Gjalit; VON MARAVIĆ, Patrick y WAGENAAR, Pieter (eds.), *The good cause: Theoretical perspectives on corruption*, Barbara Budrich, Leverkusen, 2010, pp. 146-165.

HUBERTS, Leo, y SIX, Frédérique E., “Local Integrity Systems. Toward a Framework for Comparative Analysis and Assessment”, *Public Integrity*, vol. 14, núm. 2, 2012 pp. 151-172.

HUERGO LORA, Alejandro, *Los convenios urbanísticos*, Civitas, Madrid, 1998.

HUNTINGTON, Samuel P., *Political order in changing societies*, Yale University Press, New Haven-Londres, 1968.

IBÁÑEZ SORRIBES, Bartolomé, *Controles de legalidad en la actuación administrativa*, conferencia presentada el 17 de diciembre de 2012 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, en el marco del seminario “Estrategias reactivas y preventivas contra la corrupción”.

IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel y MEDINA ARNÁIZ, Teresa, “Herramientas preventivas en la

lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea”, *Revista Penal*, núm. 14, 2004, pp. 49-69.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (INE), *Notas de prensa. Censos de población y viviendas 2011*, 18 de abril de 2013, consultable en www.ine.es.

JAIN, Arvind K., “Corruption: a review”, *Journal of economic surveys*, vol. 15, núm. 1, 2001, Oxford.

JEREZ DARIAS, Luis M.; MARTÍN MARTÍN, Víctor O. y PÉREZ GONZÁLEZ, Ramón, “Aproximación a una geografía de la corrupción urbanística en España”, *Ería*, núm. 87, 2012, pp. 5-18.

JIMÉNEZ, Fernando, “Boom urbanístico y corrupción política en España”, en PÉREZ-DÍAZ, Víctor (coord.), *Modernidad, crisis y globalización: problemas de política y cultura*, Cajamar, 2008, pp. 263-285.

- “Building boom and political corruption in Spain”, *South European society and politics*, vol. 14, núm. 3, 2009, pp. 255-272.
- “Corrupción urbanística”, *Economía. Revista en cultura de la legalidad*, núm. 6, marzo-agosto 2014, pp. 217-223.
- (cit.) JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Fernando, “La trampa política: la corrupción como problema de acción colectiva”, en PASTOR SELLER, Enrique; TAMEZ GONZÁLEZ, Gerardo; y SAENZ LÓPEZ, Karla Annett Cynthia (eds.), *Gobernabilidad, ciudadanía y democracia participativa: análisis comparado España-México*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 157-174.
- “La corrupción en un país sin corrupción sistémica”, en ESTEFANÍA MOREIRA, Joaquín (dir.), *Informe sobre la democracia en España 2014. Democracia sin política*, Fundación Alternativas-Catarata, Madrid, 2014, pp. 165-188.

JIMÉNEZ, Fernando; GARCÍA-QUESADA, Mónica y VILLORIA, Manuel, “Integrity systems, values and expectations: explaining differences in the extent of corruption in three Spanish local governments”, *International Journal of Public Administration*, núm. 37, 2014, pp. 67-82.

JIMÉNEZ, Fernando y VILLORIA, Manuel, “Political finance, urban development and political corruption in Spain”, en MENDILOW, Jonathan (ed.), *Money, Corruption and Competition in Established and Emerging Democracies*, Lexington Books, Lanham, 2012, pp. 115-136.

JIMÉNEZ PLAZA, Carmen, *El fumus boni iuris: Un análisis jurisprudencial*, Iustel, Madrid, 2005.

JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos, “Corrupción, su prevención y persecución en España”, *Jueces para la democracia*, núm. 67, marzo 2010, pp. 3-19.

- “Democracia contra corrupción”, *Jueces para la democracia*, núm. 27, 1996, pp.

10-15.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R. y THALER, Richard, “A behavioral approach to Law and Economics”, *Stanford law review*, vol. 50, 1998, pp. 1471-1550.

JUNE, Raymond; CHOWDHURY, Afroza; HELLER, Nathaniel y WERVE, Jonathan, *Guía del usuario para medir la corrupción*, Global Integrity-Programa de Desarrollo de Naciones Unidas, Oslo, 2008.

KALDOR, Nicholas, “Speculation and economic stability”, *Review of Economic Studies*, vol. 7 (1), 1939, pp. 1-27.

KAUFMANN, Daniel, *Human rights and development: Towards mutual reinforcement*, 2004, conferencia consultable en:
<http://siteresources.worldbank.org/INTWBIGOVANTCOR/Resources/humanrights.pdf>.

KLITGAARD, Robert, *Controlando la corrupción. Una indagación práctica para el gran problema de fin de siglo*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1994. Traducción del también manejado y citado KLITGAARD, Robert, *Controlling corruption*, University of California Press, Berkeley, 1988.

- “International cooperation against corruption”, *Finance & Development*, núm. 1, 1998, pp. 3-6.

KLITGAARD, Robert; MACLEAN-ABAROA, Ronald y PARRIS, H. Lindsey, *Corrupt cities: a practical guide to cure and prevention*, ICS Press-World Bank Institute, Oakland, 2000.

KOHLBERG, Lawrence, *Essays on moral development, II. The psychology of moral development: the nature and validity of moral stages*, Harper & Row, Nueva York, 1984.

KUMAR, C. Raj, “Corruption, Human Rights, and Development: Sovereignty and State Capacity to Promote Good Governance”, *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, vol. 99, 2005, pp. 416-419.

KURER, Oscar, “Corruption: an alternative approach to its definition and measurement”, *Political studies*, núm. 53, pp. 222-239.

LAPUENTE GINÉ, Víctor, “Por qué la corrupción no se castiga”, *Política comparada*, núm. 2, 2011, pp. 1-16.

- “Problemas institucionales y corrupción”, en ESTEFANÍA MOREIRA, Joaquín (dir.), *Informe Sobre la Democracia en España 2009. Hacia un New Deal global*, Fundación Alternativas, 2009, pp. 191-224.

LEAL, Antonio, *El crepúsculo de la política*, Lom ediciones, Santiago de Chile, 1996.

LEFF, Nathaniel H., “Economic development through bureaucratic corruption”, *American Behavioral Scientist*, vol. 8, 1964, pp. 8-14.

LEÓN, Carmelo J., DE LEÓN, Javier, y ARAÑA, Jorge E., “Relación entre corrupción y satisfacción”, *Revista de economía aplicada*, núm. 64, vol. XXII, 2014, pp. 31-58.

LLORENS FERRER, Marta, “El principio de transparencia en el planeamiento urbanístico”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 97, septiembre-diciembre 2013, pp. 139-182.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *Introducción al Derecho urbanístico*, Marcial Pons, 2ª ed., Madrid, 2007.

LORA-TAMAYO VALLVÉ, Marta, *Urbanismo de obra pública y Derecho a urbanizar*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

LOZANO CUTANDA, Blanca, “Urbanismo y corrupción: algunas reflexiones desde el Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, nº 172, enero-abril 2007, pp. 339-361.

MARTÍN MATEO, Ramón, *La gallina de los huevos de cemento*, Aranzadi, Navarra, 2007.

- “El estatuto de la propiedad inmobiliaria”, *Revista de Administración Pública*, núm. 52, 1967, pp. 101-150.

MARTÍN REBOLLO, Luis, “Presente y futuro del derecho urbanístico: una reflexión crítica”, *Anuario del Gobierno Local 2002*, Fundación Democracia y Gobierno Local-Institut de Dret Públic, 2003, pp. 41-56.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “Lo público y la acción administrativa: el fantasma de la corrupción”, en VVAA, *Don Luis Jordana de Pozas, creador de ciencia administrativa*, Facultad de Derecho y Fundación Banco Santander Central Hispano, Madrid, 2000, pp. 79-91.

- “Pervivencias del *spoil system* en la España actual”, *Anuario de derecho constitucional y parlamentario*, núm. 4, 1992, pp. 31-60.
- “Del control de la discrecionalidad administrativa al control de la discrecionalidad judicial”, *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, enero/diciembre 1983, pp. 1083-1099.

MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián, “Reflexiones sobre la «huida» del Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 140, mayo-agosto 1996, pp. 25-67.

MATTARELLA, Bernardo Giorgio, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Il Mulino, Bolonia, 2007.

MATTARELLA, Bernardo Giorgio y PELISSERO, Marco (coords.), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, 2013.

MAURO, Paolo, “Corruption and Growth”, *The Quarterly Journal of Economics*, núm.

110, vol. 3, 1995, pp. 681-712.

MENÉNDEZ REXACH, Ángel, “El fomento de las buenas prácticas administrativas en la nueva Ley de suelo y otras normas estatales recientes”, en MENÉNDEZ REXACH, Ángel (ed.), *Urbanismo y corrupción. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 12 (2008)*, UAM-BOE, Madrid, 2008, pp. 135-168.

- “Autonomía municipal urbanística: contenido y límites”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 5, enero-junio 2006, pp. 13-36.

MERLONI, Francesco, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2012.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., Reppertor, Barcelona, 2011.

- *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, Bosch, Barcelona, 1982.

MOOR, Jay, “On good behaviour: corruption and ethics”, *Habitat Debate*, vol. 4, núm. 4, 1998.

MORCILLO MORENO, Juana, *Teoría y práctica de las cuestiones prejudiciales en el ámbito del Derecho administrativo. Las posibles contradicciones entre resoluciones de distintos órdenes jurisdiccionales*, La Ley, Madrid, 2007.

MUNGIU-PIPPIDI, Alina, “The good, the bad and the ugly: controlling corruption in the European Union”, *European Research Centre for Anti-corruption and State-building. Working paper n. 35*. Consultable en: <http://www.againstcorruption.eu/wp-content/uploads/2013/04/WP-35-The-good-the-bad-and-the-ugly.pdf>

MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general, I. La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al Derecho*, Iustel, 2006.

NETTEL BARRERA, Alina del Carmen, *Obligación de resolver, silencio administrativo y responsabilidad patrimonial por inactividad*, Atelier, Barcelona, 2012.

NIETO, Alejandro, “Impugnación jurisdiccional de actos y acuerdos de las entidades locales”, *Revista de Administración Pública*, núm. 115, enero-abril 1988, pp. 7-26.

- *La corrupción en la España democrática*, Ariel, Barcelona, 1997.
- “¿Es inevitable la corrupción?”, en VVAA, *Responsa iurisperitorum digesta*, vol. IV, Universidad de Salamanca, 2004, pp. 101-114.
- *El desgobierno de lo público*, Ariel, 1º ed., Barcelona, 2008.

NIETO MARTÍN, Adán, “La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo)”, *Revista Penal*, núm. 12, 2003, pp. 3-26.

OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), *Recommendation of the Council on Bribery in International Business Transactions*, C(94)75/FINAL, 1994.

- *Managing conflict of interest in the public service. OECD guidelines and country experiences*, OCDE, París, 2003.
- *Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, 2009.
- *Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics, and Compliance*, 2010.
- *Phase 3 report on implementing the OECD Anti-bribery Convention in Spain*, 2012
- *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, OECD Publishing, 2013, consultable en: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf>
- “*The rationale for fighting corruption*”, 2014, consultable en: www.cleangovbiz.com.

OFICINA ANTIFRAUDE DE CATALUÑA, *La corrupció a Catalunya: percepcions i actituds ciutadanes 2010*, consultable en: <http://www.antifrau.cat>.

- *Identificar i gestionar els riscos de corrupció. Orientacions per a directius públics*, Oficina Antifrau de Catalunya, 2010.
- *La corrupció a Catalunya: percepcions i actituds ciutadanes. Baròmetre 2012*, consultable en: <http://www.antifrau.cat>.
- *Memoria anual 2013*, Oficina Antifrau de Catalunya, 2013.
- *Deu anys de la Convenció de les Nacions Unides Contra la Corrupció (UNCAC) 2003*, p. 3; consultable en: <http://www.antifrau.cat> (fecha de última consulta: 20 de febrero de 2015).

OLKEN, Benjamin A., “Monitoring corruption: evidence from a field experiment in Indonesia”, *Journal of political economy*, vol. 115, núm. 2, 2007, pp. 200-249.

ONU (Organización de las Naciones Unidas), *Metodologías, incluidos enfoques basados en pruebas, para evaluar las esferas de vulnerabilidad particular a la corrupción en los sectores público y privado*, ref. CAC/COSP/WG.4/2010/4, de 4 de noviembre de 2010.

ONU -CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, Sr. Miloon Kothari*.

Adición Misión a España, A/HRC/7/16/Add.2, de 7 de febrero de 2008.

ONU (CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL - COMISIÓN DE PREVENCIÓN DEL DELITO Y JUSTICIA PENAL), *Promoción y mantenimiento del imperio de la ley y la buena gestión de los asuntos públicos. Medidas contra la corrupción y el soborno*, E/CN.15/1997/3/Add.1, ONU, 8 de abril de 1997.

ONU (DEPARTAMENTO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y SOCIALES), *Cuarto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Kyoto (Japón), 17 a 26 de agosto de 1970: informe preparado por la Secretaría*, A/CONF.43/5, ONU, Nueva York, 1972.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, “El Derecho penal económico desde el análisis económico del Derecho penal: ¿es posible la disuasión?”, en DEMETRIO CRESPO, Eduardo (dir.) y MAROTO CALATAYUD, Manuel (coord.), *Crisis financiera y Derecho penal económico*, Edisofer, Madrid-Buenos Aires, 2014, pp. 113-148.

PALAU, Anna M., y DAVESA, Ferran, “El impacto de la cobertura mediática de la corrupción en la opinión pública española”, *Revista española de investigaciones sociológicas*, núm. 144, octubre-diciembre 2013, pp. 97-126.

PALAZZO, Francesco (cur.), *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze University Press, Florencia, 2011.

PARADA, José Ramón, “La segunda descentralización: del Estado autonómico al municipal”, *Revista de Administración Pública*, núm. 172, enero/abril 2007, pp. 9-77.

- *Derecho del empleo público*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- *Derecho administrativo III. Bienes públicos. Derecho urbanístico*, Open, 14ª ed., Madrid, 2013.

PARDO GARCÍA-VALDECASAS, Juan José, “El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales”, *Documentación Administrativa*, nº 288, septiembre-diciembre 2010, pp. 19-41.

PAREJO ALFONSO, Luciano, “La contribución de la Ley 8/2007, de Suelo, al remedio del arbitramento urbanístico y su secuela de corrupción”, *Cuadernos de Derecho público*, nº 31, mayo-agosto 2007, pp. 51-78.

- “La deriva de las relaciones entre los derechos administrativo y penal. Algunas reflexiones sobre la necesaria recuperación de su lógica sistemática”, *Documentación Administrativa*, nº 284-285, mayo-diciembre 2009, pp. 273-304.
- “Urbanismo y corrupción: un problema no solo de legalidad”, *Temas para el debate: revista de debate político*, núm. 223, 2013, pp. 35-41.

PARLAMENTO DE CATALUÑA, *Diari de sessions del Parlament de Catalunya*, de 16 de noviembre de 2005, serie C, núm. 262, sess. 26.

PARLAMENTO EUROPEO, *Informe sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política de la Unión en materia de lucha contra la corrupción (COM(97)0192 - C4-0273/97)*, de 24 de julio de 1998.

- *Informe sobre el impacto de la urbanización extensiva en España en los derechos individuales de los ciudadanos europeos, el medio ambiente y la aplicación del Derecho comunitario, con fundamento en determinadas peticiones recibidas (2008/2248(INI))*, de 20 de febrero de 2009.
- *Declaración por escrito 0002/2010 sobre los esfuerzos de la Unión Europea en la lucha contra la corrupción*, adoptada por el Parlamento Europeo el 18 de mayo de 2010.
- *Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de junio de 2013, sobre la delincuencia organizada, la corrupción y el blanqueo de dinero: recomendaciones sobre las acciones o iniciativas que han de llevarse a cabo (informe provisional) (2012/2117(INI))*.

PÉREZ FERRER, Fátima, “Algunas reflexiones sobre el fenómeno de la corrupción y su extensión al ámbito punitivo”, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Dir.) y SUÁREZ LÓPEZ, José María (Coord.), *Urbanismo y corrupción política, (una visión penal, civil y administrativa)*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 135-162.

PÉREZ FRANCESCH, Joan L.; COCCIOLO, Endrius E. y EYRE DE LORENZO, José A., “Disolución de los ayuntamientos en España y corrupción sistémica. Aproximación al «caso Marbella» y comparación con la normativa italiana en materia de disolución en supuestos de emergencia extraordinaria”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 305, 2007, pp. 299-324.

PERSSON, Anna; ROTHSTEIN, Bo y TEORELL, Jan, “Why Anticorruption Reforms Fail—Systemic Corruption as a Collective Action Problem”, *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, vol. 26, núm. 3, 2013, pp. 449–471.

PIÑAR MAÑAS, José Luis, “Transparencia y derecho de acceso a la información pública. Algunas reflexiones en torno al derecho de acceso en la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 49, diciembre 2014, pp. 1-19.

PONCE SOLÉ, Juli, “La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito local (con referencias al Proyecto de Ley de transparencia, de acceso a la información pública y buen gobierno). Reflexiones a raíz del actual proceso de reforma”, *Anuario del gobierno local 2012*, Madrid, 2013, pp. 93-140.

- *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, INAP, Madrid, 2013.
- “El derecho a una buena administración: Derecho administrativo y lucha en pos de una buena gestión pública”, en TORNOS MAS, Joaquín (coord.), *Comentarios*

a la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña, Iustel, Madrid, 2012, pp. 225-266.

- *Deber de buena administración y derecho al procedimiento debido. Las bases constitucionales del ejercicio de la discrecionalidad y del procedimiento administrativo*, Lex Nova, Valladolid, 2001.
- *Discrecionalidad urbanística y autonomía municipal*, Civitas, Madrid, 1996.

PONCE SOLÉ, Juli y CAPDEFERRO VILLAGRASA, Oscar, “El Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña: un nuevo avance en la garantía del derecho a una buena administración”, *Documentación Administrativa*, nº 288, septiembre-diciembre 2010, pp. 193-206.

POZUELO PÉREZ, Laura, “La respuesta penal a la delincuencia urbanística”, en MENÉNDEZ REXACH, Ángel (ed.), *Urbanismo y corrupción. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 12 (2008)*, cit., pp. 71-98.

PRATS I CATALÁ, Joan, “Del clientelismo al mérito en el empleo público. Análisis de un cambio institucional”, *Documentos y Aportes en Administración Pública y Gestión Estatal*, núm. 2, 2002, pp. 1-22.

- “La lucha contra la corrupción como parte integrante del Derecho, el deber y las políticas de buena administración”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 31, mayo-agosto 2007, pp. 13-29.

PRIETO ROMERO, Cayetano, “Medidas de transparencia y ética pública: los códigos éticos, de conducta o de buen gobierno”, *Anuario del Gobierno local 2011*, pp. 315-347.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, «El concepto penal de funcionario público», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 27, 1985.

- *Derecho penal español. Parte especial*, 6ª ed., Atelier, Barcelona, 2010.
- “Reflexiones marginales sobre la corrupción”, *Revista crítica penal y poder*, núm. 2, 2012, pp. 18-35.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Urbanismo y corrupción en la Administración local”, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Dir.) y SUÁREZ LÓPEZ, José María (Coord.), *Urbanismo y corrupción política, (una visión penal, civil y administrativa)*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 21-58.

RIDAO MARTÍN, Joan, “Las recientes medidas para la transparencia y la probidad del sistema político y administrativo español. Alcance y valoración”, *Estudios de Deusto*, vol. 62, enero-junio 2014, pp. 285-310.

RIVERO ORTEGA, Ricardo, *Instituciones administrativas, desarrollo y control de la corrupción. El caso colombiano*, Unión Iberoamericana de Municipalistas, Granada, 2006.

- “Derecho administrativo, reformas de segunda generación, desarrollo y control de la corrupción: proyecciones sobre el caso colombiano”, *Ensayos del CLAD sobre reforma del estado y modernización de la Administración pública*, Caracas, 2004-2005, p.1. Consultable en <http://www.clad.org>.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa en España”, en CIENFUEGOS SALGADO, David y LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro (coords.), *Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz. Derecho procesal*, UNAM, México, 2005, pp. 301-324

- *La dimensión ética de la función pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2013.
- “Sobre la corrupción: un análisis multidisciplinar”, *Rivista do direito*, UNISC, núm. 41, nov.-dic., 2013, pp. 110-168.

ROGER FERNÁNDEZ, Gerardo, *Para comprender el urbanismo español. (De una vez por todas)*, Iustel, Madrid, 2011.

ROMERO TEJADA, José María, “Prejudicialidad penal. Incidencia en la actividad administrativa”, *Cuadernos de Derecho Local*, Fundación democracia y Gobierno Local, núm. 20, 2009, pp. 153-159.

ROSE-ACKERMAN, *Corruption: A study in political economy*, Academic Press, Nueva York, 1978.

- *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*, Siglo XXI, Madrid, 2001.
- “The law and economics of bribery and extortion”, *Annual review of law and social science*, 2010, vol. 6, pp. 217-238.
- “The institutional economics of corruption”, en DE GRAAF, Gjal; VON MARAVIĆ, Patrick y WAGENAAR, Pieter (eds.), *The good cause: Theoretical perspectives on corruption*, Barbara Budrich, Leverkusen, 2010, pp. 47-63.

ROSSI, Antonio Papi y CASARTELLI, Gabriele, *Le misure anticorruzione. Legge 6 novembre 2012, n. 190*, Giappichelli, 2013.

ROMERO, Juan; JIMÉNEZ, Fernando y VILLORIA, Manuel, “(Un)sustainable territories: causes of the speculative bubble in Spain (1996-2010) and its territorial, environmental and sociopolitical consequences”, *Environmental and planning C: Government and policy*, 2012, vol. 30, pp. 467-486.

ROTHSTEIN, Bo, “Anti-corruption: the indirect ‘big bang’ approach”, *Review of international political economy*, núm. 18, vol. 2, 2011, pp. 228-250.

RUBIO LARA, Pedro Ángel, “Corrupción urbanística y corrupción pública en el Derecho

penal: un estudio de la situación tras la reforma de 2010”, en VVAA, *La corrupción a examen*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 17-58.

RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo, "El Derecho a una buena administración. Dimensiones constitucional y estatutaria", en ÁVILA RODRÍGUEZ, Carmen María y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Francisco J. (coords.), *El derecho a una buena administración y la ética pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 55-76.

SABÁN GODOY, Alfonso, *El marco jurídico de la corrupción*, Civitas, Madrid, 1991.

SÁNCHEZ LERMA, Gemma Angélica y CABEZA DEL SALVADOR, Ignacio, “Fiscalización externa de los convenios urbanísticos de las Administraciones Públicas con particulares”, *Revista Española de Control Externo*, núm. 27, 2007, pp. 89-140.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “La corrupción y los problemas del control de las administraciones públicas”, en LAPORTA, Francisco J. y ÁLVAREZ, Silvina (eds.), *La corrupción política*, Alianza editorial, Madrid, 1997, pp. 189-210.

- *Derecho de la función pública*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2011.
- *Derecho administrativo. Parte general*, Tecnos, 10ª ed., Madrid, 2014.

SANDULLI, Aldo M., “Urbanistica e Costituzione”, *Rivista giuridica dell’edilizia*, fasc. 6, 1975, pp. 211-214.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, “La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública”, en CANO CAMPOS, Tomás y BILBAO ALEXIADES, Elena (coords.), *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2013, pp. 19-40.

SANZ MULAS, Nieves, “Corrupción urbanística (la mezcla de cemento, ayuntamientos y comisiones ilegales)”, *La Ley Penal*, núm. 45, enero 2008, pp. 66-91.

SCHULZ-DORNBURG, Julia, *Ruinas modernas. Una topografía del lucro*, Àmbit, Barcelona, 2012.

SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel, “El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 33, mayo 2014, pp. 1-25.

SEPBLAC (SERVICIO EJECUTIVO DE LA COMISIÓN DE PREVENCIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITAL E INFRACCIONES MONETARIAS), *Tipologías de blanqueo de capitales*. Informe consultable en www.sepblac.es.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, 2ª ed., Madrid, 2001.

SISSENER, Tone Kristin, *Anthropological perspectives on corruption*, series CMI Working papers, nº 5, Chr. Michelesen Institute, Bergen, 2001.

SOMMERMANN, Karl-Peter, “El papel de la Ley alemana de la justicia administrativa

para la realización del Estado de Derecho”, en ABERASTURY, Pedro (Coord.), *Ley de la justicia administrativa alemana*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, pp. 1-20.

SORIANO GARCÍA, José Eugenio, “Urbanismo y corrupción: medidas cautelares, única solución”, en RUIZ OJEDA, Alberto Luis (coord.), *El gobierno local: estudios en homenaje al profesor Luis Morell Ocaña*, Iustel, 2010, pp. 677-694.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos; JUDEL PRIETO, Ángel y PIÑOL RODRÍGUEZ, José R., “Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, en VVAA, *La corrupción a examen*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 159-166.

TÁBOAS BENTANACHS, Manuel, “La imposibilidad de ejecución material y jurídica de las sentencias firmes contencioso-administrativas en materia de urbanismo. Una visión desde la conflictividad contencioso-administrativa en Cataluña”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 35, junio de 2014, pp. 183-236.

TANZI, Vito, “Corruption around the world. Causes, consequences, scope and cures”, *International Monetary Fund Staff papers*, vol. 45, núm. 4, diciembre, 1998, pp. 559-594.

TAYLOR, Paul (dir.), *Tools to support transparency in local governance*, Transparency International-United Nations Human Settlements Programme, Nairobi, 2004.

TEACHOUT, Zephyr, “The anti-corruption principle”, *Cornell Law Review*, vol. 94, 2009, pp. 341-413.

TEJEDOR BIELSA, Julio César, “Reflexiones sobre el estado de los urbanístico. Entre la anomalía y la excepción”, *Revista de Administración Pública*, núm. 181, enero-abril 2010, pp. 83-133.

- “La función inspectora en el ámbito urbanístico”, en DÍEZ SÁNCHEZ, Juan J. (coord.), *Función inspectora*, INAP, Madrid, 2013, pp. 117-170.

TORNOS MAS, Joaquín, “¿Quién debe ejercer el «ius puniendi» del Estado?”, *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 161, enero-marzo 2014, pp. 11-16.

- “Las cartas de servicios”, *Quaderns de Dret Local*, núm. 10, febrero de 2006, pp. 72-82.
- “La actividad de control sobre los entes locales”, en FONT I LLOVET, Tomàs (dir.), *Informe sobre el Gobierno Local*, MAP, Madrid, 1992, pp. 97-122.

TORRES COBAS, Ferran, “La cruz de la ejecución de sentencias en materia urbanística: ponderación o ejecución de las sentencias en sus propios términos”, en *Anuario del Gobierno Local 2007*, Fundación Democracia y Gobierno Local-IDP, pp. 165-205.

TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, *Local Integrity System (LIS) Assessment Toolkit*, TI, 2014.

- *Money, politics, power: Corruption risks in Europe*, Transparency International,

Berlin, 2012.

- *Greece: the cost of a bribe*, Transparency International, 2012, consultable en: <http://www.transparency.org>.
- *Guía de lenguaje claro sobre lucha contra la corrupción*, 2009, consultable en: <http://www.transparencia.pt/wp-content/uploads/2012/03/Plain-Language-Guide-ES.pdf> (última fecha de consulta 25 de febrero de 2015).

TRANSPARENCIA INTERNACIONAL ESPAÑA; VILLORIA, Manuel (Dir.) y BEKE, Mike, B. (Coord.), *El marco de integridad institucional en España. Situación actual y recomendaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

TRAYTER, Joan Manuel, *Derecho urbanístico de Cataluña*, Atelier, 4ª ed., Barcelona, 2013.

- *El control del planeamiento urbanístico*, Civitas, Madrid, 1996.

TREISMAN, Daniel, “The causes of corruption: a cross-national study”, *Journal of public economics*, núm. 76, 2000, pp. 399-457.

TREVIÑO, Linda K.; DEN NIEUWENBOER, Niki A. y KISH-GEPHART, Jennifer J., “(Un)Ethical behavior in organizations”, *Annual Review of Psychology*, vol. 65, 2014, pp. 635-660.

TREVIÑO, Linda K.; WEAVER, Gary R. y REYNOLDS, Scott J. “Behavioral ethics in organizations: a review”, *Journal of Management*, vol. 32, núm. 6, 2006, pp. 951-990.

TRIBUNAL DE CUENTAS, *Informe de Fiscalización de las retribuciones y de la gestión de los sistemas de provisión y promoción de los puestos de la Intervención de las Entidades Locales*, núm. 1032, de 24 de abril de 2014.

UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime), *Travaux préparatoires de las negociaciones para la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, Nueva York, 2012.

- *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción*, Naciones Unidas, Nueva York, 2ª ed., 2012.
- *Mecanismo de Examen de la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción — Documentos Base*, ONU, Nueva York, 2011.

URBANI, Paolo, “L’urbanistica”, en MERLONI, Francesco y VANDELLI, Luciano (coords.), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Passigli Editori, Florencia, 2010, pp. 423-436.

- “Urbanistica consensuale, pregiudizio del giudice penale e trasparenza dell’azione amministrativa”, *Rivista giuridica dell’edilizia*, fasc. 2, 2009, pp. 47-57.

URQUIZA MORALES, José Manuel, *Corrupción municipal. Por qué se produce y cómo evitarla*, Almuzara, Córdoba, 2005.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia, “La responsabilidad patrimonial de la Administración por anulación de licencias urbanísticas ilegales, demora injustificada en su otorgamiento y denegación improcedente (el artículo 44.2 de la LRSV a la luz de la jurisprudencia)”, *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, núm. 229, 2006, pp. 55-110.

VANNUCCI, Alberto, “L'evoluzione della corruzione in Italia: evidenza empirica, fattori facilitanti, politiche di contrasto”, en MERLONI, Francesco y VANDELLI, Luciano (coords.), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Passigli Editori, Florencia, 2010, cit., pp. 37-68.

VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “El urbanismo supramunicipal”, *Revista de Derecho urbanístico y medio ambiente*, núm. 279, enero-febrero 2013, pp. 13-44.

- “El desgobierno del territorio”, en PIÑAR MAÑAS, José Luis (ed.), *Crisis económica y crisis del Estado del bienestar. El papel de Derecho administrativo*, Reus, 2014, pp. 257-294.

VILLORIA MENDIETA, Manuel, *Ética pública y corrupción: curso de ética administrativa*, Tecnos-UPF, Madrid, 2000.

- “Lucha contra la corrupción en la Unión Europea: el caso de España”, *GAPP*, núm. 21, mayo-agosto 2001, pp. 95-115.
- “Corrupción judicial e influencia política en España”, en TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, *Informe global de la corrupción 2007: corrupción en los sistemas judiciales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, pp. 232-235.
- “Corrupción, la amarga verdad”, en ESTEFANÍA, Joaquín (ed.), *Informe sobre la democracia en España 2010*, Fundación Alternativas, Madrid, 2010, pp. 81-105.
- “La ética pública y los códigos de conducta administrativos vs. Corrupción y escándalos políticos”, en ÁVILA RODRÍGUEZ, Carmen María y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Francisco J. (coords.), *El derecho a una buena administración y la ética pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 179-201.
- “Crimen organizado y corrupción: causas y consecuencias”, en VVAA, *La lucha contra el crimen organizado en la Unión Europea*, Ministerio de Defensa, 2012, pp. 63-82.
- “Corrupción pública”, *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, núm. 5, septiembre 2013 – febrero 2014, pp. 159-167.

VILLORIA, Manuel y JIMÉNEZ, Fernando, “¿Cuánta corrupción hay en España? Los problemas metodológicos de la medición de corrupción (2004-2011)”, *Revista de estudios políticos*, núm. 156, abril-junio, 2012, pp. 13-47.

- “La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos”, *Revista*

española de investigaciones sociológicas, núm. 138, abril-junio 2012, pp. 109-134.

VILLORIA, Manuel, VAN RYZIN, Gregg G., y LAVENA, Cecilia F., “Social and political consequences of administrative corruption: a study of public perception in Spain”, *Public administration review*, vol. 73, 2012, pp. 85-94.

VVAA, “En dirección contraria a una democracia ejemplar”, en ESTEFANÍA MOREIRA, Joaquín (dir.), *Informe sobre la democracia en España 2014. Democracia sin política*, Fundación Alternativas-Catarata, Madrid, 2014, pp. 229-251.

WEBB, Philippa, “The United Nations Convention against Corruption. Global achievement or missed opportunity?”, *Journal of International Economic Law*, núm. 8, vol. 1, 2005, pp. 191-229.

WEI, Shang-Jin, “How taxing is corruption on international investors?”, *The Review of Economics and Statistics*, vol. 82, núm. 1, pp. 1-11.

ZIMRING, Franklin E. y JOHNSON, David T., “On the comparative study of corruption”, *British Journal of Criminology*, vol. 45-6, 2005, pp. 793-809.

ANEXO: JURISPRUDENCIA UTILIZADA

SENTENCIAS Y AUTOS UTILIZADOS

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 2/1981, de 30 de enero.
- STC 4/1981, de 2 de febrero.
- STC 18/1981, de 8 de junio.
- ATC 528/1986, de 18 de junio.
- STC 99/1987, de 11 de junio.
- STC 227/1988, de 27 de noviembre.
- STC 170/1989, de 19 de octubre.
- STC 46/1992, de 2 de abril.
- STC 36/1994, de 10 de febrero.
- STC 218/1994, de 18 de julio.
- STC 61/1997, de 20 de marzo.
- STC 73/2000, de 14 de marzo.
- STC 235/2000, de 5 de octubre.
- STC 98/2001, de 5 de abril.
- STC 164/2001, de 11 de julio.
- STC 2/2003, de 16 de enero.
- STC 178/2004, de 21 de octubre.
- STC 240/2006, de 20 de julio.
- STC 77/2010, de 19 de octubre.
- STC 137/2011, de 14 de septiembre.
- STC 160/2012, de 20 de septiembre.
- STC 130/2013, de 4 de junio.
- STC 182/2013, de 23 de octubre.
- STC 203/2013, de 5 de diciembre.
- STC 141/2014, de 11 de septiembre.
- STC 166/2014, de 22 de octubre.
- STC 29/2015, de 19 de febrero.

TRIBUNAL SUPREMO

- STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 29 de marzo de 1980, ponente D. Fernando De Mateo Lage.
- STS (Sala de lo Penal) de 9 de junio de 1980, ponente D. Luis Vivas Marzal.
- STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 17 de marzo de 1981, ponente D. Luis Cabrerizo Botija.
- STS (Sala Penal) de 8 de febrero de 1982, ponente D. Francisco Cotta Márquez de Prado.
- STS (Sala de lo contencioso-administrativo) de 20 de diciembre de 1983, ponente D. Manuel Gordillo García.
- STS (sala de los Contencioso-administrativo) de 21 de marzo de 1984,

- ponente D. Aurelio Botella Taza.
- STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 30 abril de 1984, ponente D. Manuel Gordillo García
 - STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 29 de septiembre de 1986, ponente D. Vicente Marín Ruiz.
 - STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 22 de diciembre de 1986, ponente D. Manuel Garayo Sánchez.
 - STS (Sala de lo Penal) de 8 de octubre de 1992, rec. núm. 1712/1991, ponente D. Luis Román Puerta Luis.
 - STS (Sala de lo Penal) de 27 de noviembre de 1992, rec. núm. 561/1990, ponente D. Justo Carrero Ramos.
 - STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 5ª) de 15 de marzo de 1993, rec. núm. 9397/1990, ponente D. Francisco Javier Delgado Barrio.
 - STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 5ª) de 19 octubre 1993, rec. núm. 544/1991, ponente D. Jaime Barrio Iglesias.
 - STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 6ª), de 28 de febrero de 1995, rec. núm. 2485/1992, ponente D. Juan Manuel Sanz Bayón.
 - STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 6ª) de 2 de marzo de 1995, rec. núm. 2486/1992, ponente D. José María Sánchez-Andrade y Sal.
 - ATS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 6ª), de 28 de marzo de 1995, rec. núm. 10203/1991, ponente D. Pedro Antonio Mateos García.
 - STS (Sala de lo Penal) de 5 de febrero de 1996, rec. núm. 1366/1995, ponente D. Luis Román Puerta Luis.
 - ATS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 6ª), de 22 de mayo de 1996, rec. núm. 2230/1993, ponente D. Manuel Goded Miranda.
 - STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 5ª) de 11 marzo 1997, ponente D. Juan Manuel Sanz Bayón.
 - STS (Sala de lo Penal) de 18 de julio de 1997, rec. núm. 1312/1996, ponente D. Cándido Conde-Pumpido Tourón.
 - STS (Sala de lo Penal) de 16 de diciembre de 1998, rec. núm. 2885/1997, ponente D. José Antonio Martín Pallín.
 - STS (Sala de lo penal), de 21 de diciembre de 1999, núm. de recurso 1174/1998, ponente D. Cándido Conde-Pumpido Touron.
 - STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 5ª) de 5 de abril de 2001, rec. núm. 3655/1996, ponente D. Pedro José Yagüe Gil.
 - STS (Sala de lo Contencioso-administrativo, Secc. 5ª) de 18 de noviembre de 2003, rec. de casación núm. 5735/2001, ponente D. Segundo Menéndez Pérez.
 - STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 5ª) de 4 de mayo de 2004, rec. núm. 1949/2002, ponente D. Segundo Menéndez Pérez.
 - STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 6ª) de 31 de mayo de 2004, rec. núm. 1136/2000, ponente D. Francisco González Navarro.
 - STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 7ª) de 23 noviembre 2004, rec. núm. 3438/2001, ponente D. Nicolás Maurandi Guillén.
 - STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 5ª) de 28 marzo 2006, rec. núm. 2222/2002, ponente D. Jesús Ernesto Peces Morate.
 - STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 5ª) de 26 de septiembre de 2006, rec. núm. 8712/2003, ponente D. Jesús Ernesto Peces Morate.
 - STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 5ª) de 6 febrero 2007,

- rec. núm. 692/2004), ponente D. Jesús Ernesto Peces Morate.
- STS (Sala de lo Penal, secc. 1ª) de 21 de mayo de 2007, rec. núm. 2472/2006, ponente D. Luis Román Puerta Luis.
 - STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 13 de junio de 2007, rec. núm. 1337/2005, ponente D. Rafael Fernández Valverde.
 - STS (Sala de lo Penal, Secc. 1ª) de 28 de junio de 2007, rec. de casación núm. 1293/2006, ponente D. Joaquín Giménez García.
 - STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 10 de abril de 2008, rec. núm. 11506/2004, ponente D. Rafael Fernández Valverde.
 - STS (sala de lo penal, secc. 1ª) de 25 de abril de 2008, rec. núm. 2054/2007, ponente D. Julián Sánchez Melgar.
 - STS (sala de lo social, secc. 1ª) de 28 de mayo de 2008, rec. núm. 4913/2006, ponente D. Jordi Agustí Julià.
 - STS (sala de lo penal) de 11 de julio de 2008, rec. núm. 2017/2007, ponente D. Luis Román Puerta Luis.
 - STS (sala de lo penal, secc. 1ª) de 4 de noviembre, rec. núm. 1639/2007, ponente D. José Ramón Soriano Soriano.
 - STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 5ª), de 28 de enero de 2009, rec. núm. 45/2007, ponente D. Jesús Ernesto Peces Morate.
 - STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 5ª) de 28 octubre 2009, rec. núm. 3279/2005, ponente D. Rafael Fernández Valverde.
 - STS (Sala de lo Penal) de 27 de noviembre de 2009, rec. núm. 1539/2009, ponente D. Siro Francisco García Pérez.
 - STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 5ª) de 23 de abril de 2010, rec. núm. 3648/2008, ponente Dª. Pilar Teso Gamella.
 - STS Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 5ª) de 29 de abril de 2011, rec. núm. 1755/2007, ponente D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.
 - STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 5ª) de 11 de mayo de 2011, rec. núm., ponente D. Jesús Ernesto Peces Morate.
 - STS (Sala de lo Civil) de 7 de noviembre de 2011, núm. de recurso 1420/2009, ponente D. Juan Antonio Xiol Ríos.
 - STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 14 de marzo de 2012, rec. núm. 1087/2011, ponente D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.
 - STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 4 de julio de 2012, rec. núm. 3673/2009, ponente D. Juan Carlos Trillo Alonso.
 - STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 5 de julio de 2012, rec. núm. 2704/2011, ponente D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.
 - STS (Sala de lo Penal) de 4 de diciembre de 2012, rec. núm. 32/2012, ponente D. Francisco Monterde Ferrer.
 - ATS (Sala de lo Social, secc. 1ª), de 24 de enero de 2013, ponente D. Fernando Salinas Molina.
 - STS (Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 7ª) de 18 de febrero de 2013, recurso núm. 5059/2009, ponente D. José Díaz Delgado.
 - STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 5ª) de 5 de abril de 2013, rec. núm. 5785/2009, ponente D. Ernesto Peces Morate.
 - STS (Sala de lo Penal) de 19 de julio de 2013, rec. núm. 261/2013, ponente D. Perfecto Agustín Andrés Ibáñez.
 - STS (sala de lo penal, secc. 1ª), de 30 de diciembre de 2013, rec. de casación núm. 434/2012, ponente D. Luciano Varela Castro.

- STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, secc. 4ª), de 29 de mayo de 2014, rec. de casación núm. 3182/2013, ponente D. Segundo Menéndez Pérez.
- STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, secc. 4ª), de 23 de septiembre de 2014, rec. de casación núm. 3935/2013, ponente D. Ramón Trillo Torres.
- ATS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 3ª), de 13 de octubre de 2014, medidas cautelares núm. 484/2014, ponente D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.
- STS (Sala de lo Penal, secc. 1ª) de 4 noviembre de 2014, rec. núm. 611/2014, ponente D. Julián Sánchez Melgar.

AUDIENCIA NACIONAL

- SAN (Sala de lo Penal, secc. 1ª) de 27 de abril de 2007.
- AAN (Juzgado Central de Instrucción núm. 5), de 26 de noviembre de 2014, diligencias previas del procedimiento abreviado 275/08, ponente D. Pablo Rafael Ruz Gutiérrez.
- AAN (Juzgados centrales de instrucción) de 18 de diciembre de 2014, rec. núm. 372/2009, ponente D. Pablo Rafael Ruz Gutiérrez.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ de Islas Canarias (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 29 de noviembre de 2006, rec. núm. 7/2006, ponente Dª. Carla Bellini Domínguez.
- STSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 2ª) de 7 de mayo de 2007, rec. núm. 534/2006, ponente D. José Antonio Montero Fernández.
- STSJ de Andalucía (Sala de lo contencioso-administrativo, secc. 2ª) de 5 de febrero de 2008, rec. núm. 2822/2007, ponente Dª. María del Rosario Cardenal Gómez.
- STSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 4ª) de 10 de octubre de 2008, rec. núm. 936/2004, ponente Dª. María Luisa Pérez Borrat.
- STSJ de Murcia, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 2ª) de 27 de julio de 2009, rec. núm. 20/2008, ponente D. Joaquín Moreno Grau.
- STSJ de Andalucía (Sala de lo Civil y Penal, Secc. 1ª) de 17 de marzo de 2011, rec. núm. 3/2011, ponente D. Miguel Pasquau Liaño.
- STSJ de Navarra (Sala de lo contencioso-administrativo, Secc. 1ª) de 12 de noviembre de 2012, rec. núm. 208/2011, ponente D. Joaquín Galve Sauras.
- STSJ de Andalucía (Sala de lo Civil y Penal), de 21 de marzo de 2013, recurso núm. 9/2013, ponente D. M. Pasquau Liaño.
- STSJ de Islas Baleares, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 1ª), de 1 de octubre de 2014, recurso de apelación núm. 187/2014, ponente Dª. Alicia Esther Ortuño Rodríguez.
- STSJ Asturias (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 18 de marzo de 2015, rec. núm. 402/2013, ponente Dª. María José Margareto García.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP Islas Baleares, sección 2ª, núm. 51/1997, de 22 de marzo de 1997, ponente D. Eduardo Calderón Susín.
- SAP de Zamora (sección única), núm. 25/1999, de 3 de mayo de 1999, ponente Dª. María Esther González González.
- SAP de Granada (Sección 2ª), núm. 159/2000, de 3 de marzo de 2000, ponente D. Eduardo Rodríguez Cano.
- SAP de Las Palmas (Secc. 1ª) de 14 de noviembre de 2001, procedimiento del tribunal del jurado núm. 5/2001.
- SAP de Valencia (secc. 2ª), de 14 de noviembre de 2003, núm. 615/2003, ponente D. Francisco Monterde Ferrer.
- SAP de Granada, (secc. 2ª) de 21 de abril de 1997, rec. núm. 24/1995, ponente D. Carlos Rodríguez Valverde.
- SAP de Madrid (Sección 4ª) de 10 de julio de 2007, núm. 97/2007, ponente D. Juan José López Ortega.
- AAP de Jaén (Secc. 3ª) de 31 de marzo de 2008, rec. núm. 373/2007, ponente D. José Cáliz Covalada.
- SAP de Toledo (secc. 1ª), núm. 22/2008, de 10 de abril de 2008, ponente Dª. Gema Adoración Ocáriz Azaustre.
- SAP de Islas Baleares (Sección 2ª) de 23 de mayo de 2008, proc. abreviado núm. 3501/2006, ponente D. Juan Pedro Yllanes Suárez.
- AAP de Sevilla (secc. 1ª) de 30 de junio de 2008, rec. Núm. 1884/2008, ponente Dª. María del Reposo Romero Arrayas.
- AAP de Madrid (secc. 2ª) de 12 de octubre de 2008, rec. núm. 655/2007, ponente D. David Suárez Leóz.
- SAP de Islas Baleares (Sección 2ª) de 14 de noviembre de 2008, núm. 75/2008, ponente D. Diego Jesús Gómez-Reino Delgado.
- AAP de Madrid de 22 de junio de 2009, rec. núm. 218/2009, ponente Dª. Paz Redondo Gil.
- AAP de Toledo (sección 1ª), núm. 305/2009, de 11 de diciembre de 2009, ponente D. Manuel Gutiérrez Sánchez-Caro.
- AAP de Zamora de 16 de febrero de 2010, rec. núm. 7/2010, ponente D. Andrés Manuel Encinas Bernardo.
- SAP de Baleares de 15 de marzo de 2010, rec. núm. 61/2007, ponente D. Miguel Ángel Arbona Femenia.
- SAP de Logroño de 7 de junio de 2010, rec. núm. 509/2009, ponente D. Losé Luis Díaz Roldán.
- SAP de Pontevedra (secc. 5ª) de 7 de septiembre de 2010, núm. 41/2010, ponente D. José Carlos Montero Gamarra.
- AAP de Sevilla de 2 de noviembre de 2010, rec. núm. 6029/2010, ponente Dª. María Auxiliadora Echávarri García.
- AAP de Ávila (secc. 1ª) de 25 de noviembre de 2010, rec. núm. 234/2010, ponente Dª. María José Rodríguez Duplá.
- SAP de Málaga (secc. 1ª) de 8 de abril de 2011, rec. núm. 90/2011, ponente D. Rafael Linares Aranda.
- AAP de Castellón (Secc. 1ª) de 3 de mayo de 2011, rec. núm. 15/2011, ponente D. María Luisa Cuerda Arnau.
- SAP de Barcelona de 23 de mayo de 2011, rec. núm. 4/2010, ponente D.

Gerard Thomas Andreu.

- SAP Barcelona de 27 de julio de 2011, rec. núm. 73/2008, ponente D. José María Torras Coll.
- SAP de Málaga (secc. 8ª) de 18 de enero de 2012, rec. núm. 1011/2010, ponente D. Pedro Molero Gómez.
- SAP de Barcelona (Sección Segunda) de 21 de enero de 2013 rec. núm. 74/2011, ponente D. Javier Arzúa Arrugaeta.
- SAP de Madrid (secc. 17ª), de 29 de mayo de 2013, rec. núm. 4/2012, ponente D.ª Carmen Lamela Díaz.
- SAP de Sevilla (secc. 1ª) de 28 de junio de 2013, núm. 326/2013, ponente D.ª María Dolores Sánchez García.
- SAP de Murcia (secc. 3ª), de 27 de noviembre de 2014, rec. núm. 1/2012, ponente D. Juan del Olmo Gálvez.

JUZGADOS DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO/ JUZGADOS DE LO PENAL

- Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº1 de Pamplona de 25 de febrero, rec. núm. 119/2005, ponente D.ª María Jesús Azcona Labiano.
- Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Pamplona, de 4 de junio de 2009, sentencia núm. 251/2009, ponente D. Emilio Labella Osés.
- Sentencia del Juzgado de lo Penal de Palma de Mallorca, de 22 de mayo de 2013, núm. 178/2013, ponente D. Juan Manuel Sobrino Fernández.