LA VISCOSIDAD BUROCRÁTICA DEL URBANISMO ADMINISTRACIÓN “DEFENSIVA”

Barcelona, 19 de abril de 2024

Iltre. Colegio de la Abogacía de Barcelona. Calle Mallorca 283, Barcelona 8ª planta ICAB

AETU
ASOCIACIÓN ESPAÑOLA TÉCNICOS URBANISTAS

IL·LUSTRE COL·LEGI D'ADVOCATS DE BARCELONA

En el primer párrafo del MANIFIESTO aprobado por AETU en mayo de 2023 se decía lo siguiente: *AETU, consciente de la progresiva ralentización de los procedimientos de aprobación de los instrumentos de planeamiento urbanístico y territorial a lo largo de las últimas décadas, MUESTRA su preocupación por la falta de una adecuada aplicación de los principios de eficacia y celeridad en su tramitación*...

La regulación pormenorizada destinada a evitar la especulación y la corrupción, al tiempo que, dirigida a proporcionar seguridad jurídica, ha propiciado la enorme complejidad de la tramitación administrativa y de la toma de decisiones, en detrimento de la eficacia. A ello se une la vinculación entre el proceso de planeamiento/gestión y los ciclos económicos. Su conexión en el tiempo es del todo imposible, lo que lleva a la obsolescencia de los planes y a la pérdida de oportunidades de la actividad económica.

El proceso enjuiciador de los tribunales, además de consumir sus propios tiempos, suele acabar en sentencias de nulidad, normalmente por motivos formales.

Se ha llamado también la atención sobre los efectos de una técnica normativa deficiente ante el carácter abierto y complejo de los procedimientos urbanísticos, abonado todo ello por el altísimo nivel de discrecionalidad en la toma de decisiones. Incluso en los casos de procedimientos reglados, *el empleado público acaba armando defensivamente una posición resistente, como respuesta miedosa de autoprotección frente al riesgo*.

La responsabilidad en todo tipo de órdenes se caracteriza por la permanencia del principio de responsabilidad personal, contrariamente a lo que sucede en Francia, donde el sistema jurídico se muestra *especialmente tolerante con el error*.

En definitiva, se ha producido el fenómeno ampliamente estudiado de la *administración defensiva o "miedo a la firma",* caracterizado por el comportamiento pasivo o de abstención y que se vincula a la autoprotección ante una alta percepción de riesgo, que puede llevar incluso a la parálisis. Las decisiones defensivas no se toman nunca en interés de la organización, sino como forma de protección del empleado, y por ello pueden ocasionar más daño.

Partiendo de posiciones proactivas y de apoyo a los gestores públicos y nunca desde la crítica generalizada, el debate que plantean AETU y el Colegio de la Abogacía de Barcelona pretende proponer líneas de actuación para mejorar los procesos decisorios de las administraciones públicas.

Apertura – **José María Ezquiaga Domínguez.** Arquitecto. Presidente AETU y **Alejandro Jiménez Marconi.** Presidente Sección Derecho Administrativo ICAB.	4
***Análisis introductorio al fenómeno de la burocracia defensiva en el urbanismo*. José Mª Baño León.** Abogado. Catedrático de Derecho Administrativo Universidad Complutense de Madrid.	8
***La burocracia defensiva, el factor tiempo y la pérdida de oportunidades*. Miquel Morell Dartell.** Economista. Socio de PROMO Assessors Consultors. Vicepresidente de la Comisión de Economía Territorial y Urbana del Colegio de Economistas Barcelona.	14
***Burocracia defensiva y sistema de responsabilidad*. Gabriel Capilla Vidal.** Abogado. Profesor Doctor Derecho Administrativo y Urbanismo UAO-CEU. Vocal sección Derecho Administrativo ICAB.	22
***La fuga del derecho administrativo: las tipicidades refugio del derecho penal*. Cristóbal Martell Pérez-Alcalde.** Abogado Penalista	29
***Propuestas para aliviar el fenómeno de la burocracia defensiva desde la normativa*. Ángel Marinero Peral.** Arquitecto. Secretario General de Medio Ambiente, Vivienda y Ordenación del Territorio de la Junta de Castilla y León. Miembro de AETU.	36
***Entre el derecho a una buena administración y el chapapote administrativo en el urbanismo*. Juli Ponce Solé.** Catedrático Derecho Administrativo Universidad Barcelona. Co-director de la Cátedra Barcelona de Estudios de la Vivienda.	44

Apertura

Buenos días a todos. Soy Sebastià Grau y os hablo en nombre del *comité* organizador dentro de la Junta Directiva de AETU, formado por Pablo Molina y Laia Soriano-Montagut.

Mi intervención es para presentaros a las personas que van a intervenir para la inauguración de la jornada. Tengo que agradecer especialmente al Colegio de la Abogacía y al presidente de su sección de Derecho Administrativo, Alejandro Jiménez Marconi, aquí presente, las facilidades que nos ha dado para poder celebrar el acto hoy aquí, y también a todos los ponentes que desde el primer momento se han mostrado entusiasmados con el tema. Yo creo que el atractivo no ha sido ni Barcelona, ni el Colegio sino el tema que hemos propuesto para la Jornada y cuyo título lo dice todo. Creemos que nos tiene que aportar cosas muy interesantes.

Tengo que decir también que el título y el tema nació de unas entrevistas con José Maria Ezquiaga, con Pablo y con Laia, y que en principio queríamos contar con las personas que creemos que más han escrito sobre esta cuestión, que son Alejandra Boto, catedrática de la Universidad de Oviedo, y Antonio Bueno, catedrático de Córdoba. También hay otros artículos muy interesantes que conviene en algún momento tener en cuenta, como los de Manuel Marchena y José Luis Alegría. Quiero decir que a partir de ahí todo lo demás ha sido fácil de canalizar.

Por lo tanto, en nombre de la organización quiero agradeceros vuestra presencia, especialmente a mis antiguos compañeros de la Área Metropolitana, que creo que han venido en multitud, y también a los compañeros del Ayuntamiento de Barcelona, que también están por aquí, y especialmente también quiero citar a Sebastià Jornet, que ha podido acompañarnos, como presidente de la agrupación catalana de arquitectos urbanistas con la que estamos desarrollando muchas cosas en común.

Cedo la palabra a José María Ezquiaga, arquitecto, presidente de AETU, y a Alejandro Jiménez Marconi, abogado, presidente de la Sección de Derecho Administrativo del Muy Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona.

Intervención de Alejandro Jiménez Marconi. Presidente de la Sección de Derecho Administrativo del Colegio de la Abogacía de Barcelona

Bueno, pues muchas gracias Sebastià por tus palabras, y la verdad es que cuando me llamaste para proponer la jornada, como bien has dicho, vimos desde la sección de Derecho Administrativo que el título era muy atractivo.

Si quitáramos la referencia al urbanismo, valdría para cualquier otra rama o cualquier otra especialidad del Derecho Administrativo. En la sección Derecho Administrativo tenemos una clara una vocación de servicio público. Cuando le preguntaron ¿qué es esto del Derecho Administrativo?, el profesor Santiago Muñoz Machado contestaba que es una cosa muy sencilla, es el conjunto de normas que sirven para que el Estado funcione bien y pueda conseguir sus objetivos. Con lo cual, estamos en esa vocación de mejorar y de pensar en esas reglas que permitan al Estado un buen funcionamiento.

Lo cierto es que una jornada como ésta suscitaba el interés de todos y no hubo ningún problema en ofrecer el Colegio para organizarla.

Así que, efectivamente, nos encontramos con un Derecho Administrativo que es muy reglamentista y, en ese exceso de reglamentación, a veces la Administración, como bien dice el manifiesto de AETU, actúa con una finalidad un poco defensiva. El objetivo, al final, de la Administración y de los servidores de la Administración es satisfacer el interés general. Nuestra Administración en la Constitución está muy anclada en el principio de legalidad, como no podía ser de otra manera, en el Estado de Derecho, pero ya el artículo 103 de nuestra Constitución habla del principio de eficacia.

Al final, necesitamos también cumplir con ese principio de eficacia, porque si no tenemos una Administración eficaz, una Administración que cumpla con la satisfacción de ese interés general, el ciudadano va a empezar a cuestionar la necesidad de la Administración y va a buscar fórmulas alternativas. Con lo cual, creemos que ese principio de eficacia y principio de legalidad tienen que ir de la mano.

Por lo tanto, una jornada como esta, de reflexión sobre si tenemos una Administración eficaz o con instrumentos que permiten que sea eficaz, era fundamental, no solo en el ámbito del urbanismo, sino también en el ámbito de la contratación. Y lo veremos. Desde la Sección, cuando se hablaba de los fondos Next Generation, una de nuestras preocupaciones era si el derecho administrativo nos permitiría capturar todos esos millones de euros que dice la Unión Europea que nos va a ceder.

Y era realmente un problema, porque la contratación pública también es un problema. La verdad es que hemos visto que, al final, la contratación pública ha sido un fracaso para capturar esos fondos públicos y, sin embargo, la Administración ha optado por otra fórmula, que también es derecho administrativo, que es el mecanismo subvencional. En el mecanismo subvencional, curiosamente, la Administración confía en el ciudadano, confía en las empresas, confía en los proyectos que se presentan, en los procedimientos de concurrencia competitiva para obtener subvenciones. Como no confía, sin embargo, en la contratación, necesita que los licitadores pasen por unos filtros tremendos antes de que puedan devenir adjudicatarios. Con lo cual vemos que hay fórmulas para ser eficaces. Creo que hay que buscar el término medio o reflexionar de por qué unas son más eficaces que otras.

Y quizás una jornada como esta, como digo, es perfecta para hacer ese tipo de reflexiones. Así que muchas gracias a AETU por promoverla.

Intervención de José Maria Ezquiaga. Arquitecto. Presidente de Asociación Española de Técnicos Urbanistas.

Unas breves palabras, en primer lugar, de agradecimiento por acogernos en vuestra casa.

AETU es una organización que recoge a todos aquellos que profesional y académicamente están especializados en el urbanismo, principalmente como una práctica profesional principal, y es quizás de las pocas sociedades civiles en nuestro país que es transversal. Yo mismo también he tenido responsabilidades colegiales en

Madrid durante una temporada y AETU tiene el estímulo, el elemento positivo, de que reúne transversalmente a arquitectos, ingenieros, geógrafos, sociólogos, abogados, funcionarios y profesionales en el libre ejercicio, políticos con responsabilidades eventuales o de larga duración en las administraciones. Y esto le da una cierta salsa especial. Sebastián es un buen exponente digamos de los valores que tiene el mantener a lo largo del tiempo organizaciones de este estilo, de sociedad civil, que no hay tantas en nuestro país.

Yo creo que ahí tenemos efectivamente un déficit. Por eso hemos desarrollado eventos con los colegios de arquitectos, con el colegio en Barcelona, pero tiene para mí particular significado el hacerlo en esta casa, porque representa muy bien ese sentimiento.

En segundo lugar, el tema. Porque bueno hay que decir que siempre detrás de cada vez que algo ocurre y tiene éxito, hay una persona. Sebastián en este caso se ha preocupado, con Lourdes, de esta organización, y ha colaborado con vosotros y con los ponentes, para que estemos aquí ahora y todo esté funcionando correctamente. Quería agradecértelo, porque es parte de nuestro compromiso social. Y por tanto necesita una cierta dosis de entusiasmo, de virtud y de generosidad.

Entonces, en ese sentido, muchas gracias.

Finalmente, este tema, cuando lo sugerimos en un whatsapp, empezó con el título más formal de la administración defensiva, y dijimos, es que efectivamente estamos en un momento, es que cada vez que trabajamos en cualquier tema, en cualquier plan, la viscosidad es creciente. Estoy imaginando casi un rompehielos que va atravesando las capas, pero hay un momento en que se atasca, porque ya la solidez, en este caso, la viscosidad del contexto, hace muy difícil seguir prosperando.

Por eso se quedan en situaciones interrumpidas tantas iniciativas interesantes en el ámbito del urbanismo, tantas reformas legales ambiciosas en el ámbito del urbanismo, etcétera. Y este tema nos preocupa, porque somos un grupo y unas personas muy dedicadas profesionalmente a ello. Muchos de nosotros hemos estado del lado de la Administración y estamos en la sociedad civil y como profesionales, y por tanto hemos visto la cosa en sus perspectivas complejas.

Y yo me atrevería a lanzar una hipótesis que ilumina un poco la introducción y casi ya las conclusiones de lo que esperamos va a ratificarse aquí, con voces muy autorizadas que también quiero agradecer. Es de las jornadas que ha ayudado a generar más impacto en todas partes.

No hay rincón de las administraciones al que no haya llegado esto de la viscosidad burocrática del urbanismo. Y los que llevamos ya tiempo en esto podemos hacer una cierta narración y hemos vivido una evolución reductiva del urbanismo y no expansiva.

El objeto mismo de lo que es nuestra actividad se ha ido reduciendo. El urbanismo es parte de una gobernanza del territorio con el objeto de que sea capaz de expresar a lo largo del tiempo la voluntad de una comunidad humana, la voluntad deseada. La sobre-regulación de estos últimos tiempos, pero también el deslizamiento que se ha ido

produciendo desde la idea de configurar lo que se espera que sea la ciudad, da igual que sea la Barcelona metropolitana, su centro urbano o un magnífico nuevo desarrollo residencial o una regeneración urbana.

El objeto principal durante mucho tiempo ha sido que eso estuviera bien. Estamos en un ensanche, en un proyecto que seguramente el autor tenía más en la cabeza que esto durara siglos, que realmente tuviera las garantías estrictas de buena gestión en el ámbito de la propiedad. Este tema de la sobre regulación y el deslizamiento de la idea de ciudad a la idea de estatuto del derecho de propiedad, principalmente, ha cambiado realmente casi el signo de cómo nació nuestro urbanismo e invito a todos a leer la exposición de motivos de la ley de 1956, de la cual sale todo, y verán que todo esto que ahora nos ocupa era circunstancial.

Realmente venían a decir que, si hubieran podido, hubieran preferido un modelo como el de Ámsterdam o como el de otros contextos europeos, donde el protagonismo público y donde la idea de proyecto de lo que la ciudad querría y debiera ser era el elemento principal. En segundo lugar, decir que con motivo de un número, que invito también a frecuentar, de Ciudad y Territorio dedicado a la situación en nuestro estado del planeamiento en el conjunto del país, tuvimos ocasión de completar una investigación de largo alcance sobre la situación del planeamiento en diversos países y no somos en este punto rara ávis. Esto no me consoló, más bien me hizo constatar que la evolución es semejante incluso en Francia.

Ahora mismo, una de las voces jurídicas más reputadas en el país titula su último libro, como si fuera una cajetilla de tabaco, "*la legislación perjudica seriamente el urbanismo*". Por eso empecé mi propio texto en Ciudad y Territorio recordando la frase de Montesquieu de que las leyes superfluas perjudican a las leyes necesarias. Y esto es un tema para hacernos pensar.

En América Latina, donde hemos visto nacer el derecho urbanístico, estamos constatando los mismos procesos de hiperregulación, burocratización, juridicialización y anulaciones del planeamiento y conflictividad. Todo ello y transversalmente con la corrupción de punto a punto. Porque conforme los planes se imponen a la improvisación, con ellos llega también la arbitrariedad y en muchos casos la irregularidad administrativa.

Es un tema que nos preocupa muy seriamente porque en el fondo creo que lo que nos une a todos en común es que queremos a nuestras ciudades, a nuestros territorios, a nuestros países y queremos también el urbanismo y el planeamiento. Y, o lo modificamos y somos conscientes de sus patologías, o realmente es muy posible que en las siguientes generaciones no lo conozcan como ahora. Yo creo que por una parte lo sufrimos, pero por otra parte sin duda nos beneficiamos.

Análisis introductorio al fenómeno de la burocracia defensiva en el urbanismo

José Mª Baño León. Abogado. Catedrático de Derecho Administrativo Universidad Complutense de Madrid

Muchas gracias a AETU por la invitación y a Sebastián por sus amables y exageradas palabras de presentación. Bien, es un reto hacer una introducción a un fenómeno tan difícil de analizar en media hora. Por lo tanto, como además hay más ponentes que van a hablar de aspectos más específicos, lo que voy a hacer es una pequeña sistematización de lo que todos sabemos.

¿Cuál es el fenómeno? El fenómeno es que **es cada vez más difícil que tanto políticamente como técnicamente se tomen decisiones arriesgadas**. El fenómeno de la burocracia defensiva no es solo en el urbanismo. Voy a poner dos ejemplos.

Todos los que han tratado este tema ponen el primero, pero no el segundo. Debe ser por un respeto sacrosanto a la justicia. Pero como yo soy un poco irrespetuoso, pondré los dos ejemplos.

El primero es el sanitario, que no es público solo. En Estados Unidos es conocido el coste enorme, mucho mayor que el que tienen los sistemas sanitarios europeos, de la medicina defensiva, porque como hay un sistema de responsabilidad judicial muy fuerte, evidentemente los médicos se preservan ateniéndose al procedimiento, que se llama protocolo, pero que en rigor en castellano debería ser el procedimiento. Es un fenómeno mega conocido.

Hay otro fenómeno mega conocido, pero menos denunciado, que es **la burocracia defensiva judicial.** Tenemos un ejemplo clarísimo en el urbanismo. Si se analizara el porqué del éxito de la doctrina de la nulidad de los planes, desde la perspectiva de la burocracia defensiva, se comprendería mucho mejor por qué el Tribunal Supremo y todos los tribunales superiores de justicia son exquisitamente exigentes respecto de cualquier defecto de procedimiento en los planes y no así en otros aspectos.

Bueno, quizá es una percepción, evidentemente no hay pruebas, porque sería imposible obtener pruebas, pero tal vez se deba a que la complejidad creciente de los planes hace mucho mejor una sentencia de nulidad por cualquier defecto que no adentrarse en el fondo del asunto. Cualquier abogado, como estamos aquí en el colegio de abogados, sabe que lo que se llaman excepciones procesales tienen un éxito por la misma razón. Si puedo evitar conocer el fondo del asunto y me cuenta igual a efectos de trabajo, pues es evidente que el incentivo a estimar la excepción procesal, el incentivo a estimar la nulidad es muy grande.

Me voy a referir sobre todo al ámbito urbanístico, donde el tema de la burocracia defensiva es quizá más acusado**. ¿Cuáles son las causas de este fenómeno, a mi juicio?** Hago un resumen de toda la literatura que aquí se ha mencionado y que tiene su origen sobre todo en Italia por una razón que no se menciona. Es que en Italia se hizo

una reforma del procedimiento administrativo en su día, virtualmente para luchar contra la corrupción, que consistió en dar muchas más responsabilidades a los funcionarios a la hora de la decisión y sustraer a los políticos de las decisiones. Ahí hay dos versiones, una la optimista, que decía que era para luchar contra la corrupción, otra la pesimista, que decía de que de esa manera el ámbito político eludía responsabilidades y podía influir por vía indirecta en las resoluciones.

De ahí nace toda la cuestión del miedo a la firma, porque la firma implica una responsabilidad. ¿Qué factores influyen aquí?. Hay factores lógicos, psicológicos, humanos, normales. En primer lugar, normalmente el **funcionario tiene una aversión lógica al riesgo.** Por eso es funcionario y no empresario, porque es un factor psicológico.

Hablamos siempre de media, no me refiero a los héroes, los héroes los son porque son excepciones, si no, no serían héroes, serían personas normales.

En segundo lugar**, la falta de incentivos**. ¿Qué incentivo tiene el funcionario a arriesgarse? Cero.

Más bien el incentivo es a cubrir el expediente, vieja expresión sobre la que hay una enorme literatura, pero que está ahí, en esa razón. Luego hay otros factores que son exógenos y que se han ido incrementando hasta un nivel, yo diría que abusivo. Y es que el derecho público y la relación poder-ciudadano siempre es muy delicada, siempre es un asunto de matices.

Y si, por ejemplo, analizamos la libertad y los derechos, esto tiene un coste en términos de eficiencia y al revés, si le damos mucho peso a la eficiencia, pues quizá pueden sufrir la libertad. Entonces, en estos últimos 25 años aproximadamente y de manera creciente, se ha identificado mal un fenómeno con unas consecuencias gravísimas, no sólo en España, sino mundialmente. Se ha considerado que se puede luchar contra la corrupción o, mejor dicho, que la causa fundamental de la corrupción es, digamos, los defectos normativos.

Yo creo que eso no es así. Basta leer a Séneca, pero creo que está mal identificado el fenómeno. La corrupción tiene dos causas, que son muy diversas, entre otras: el incentivo del corrupto, que es una cosa difícilmente mensurable, pero se ha optado por una política mundialmente de reforzamiento de los controles, pensando que ese reforzamiento de los controles preventivos va a dar lugar a una mayor eficiencia en la lucha contra la corrupción. No entro ahora en si efectivamente todos esos controles han servido para algo, pero lo que está claro es que eso no es gratis, eso tiene un coste, y un coste enorme para el funcionario.

En este escasísimo tiempo voy a hacer un pequeño resumen de lo que todos sabemos, y son las responsabilidades a las que está sujeto actualmente un funcionario.

En el antiguo régimen, y por eso era tan ineficiente el antiguo régimen, la responsabilidad del funcionario era personal, no se reconocía, por eso estaban los alardes, los juicios de cuentas, etcétera, y cuando nació el derecho administrativo y nació la moderna concepción del derecho administrativo y de la administración pública,

se objetivó la responsabilidad en el sentido de que fuera la organización la que respondiera. Pero ahora hemos dado un paso en otra dirección, en el sentido de que tiene sus ventajas pedir la responsabilidad personal del funcionario.

Esa responsabilidad personal primero se tiene por la vía de regreso que se empieza a iniciar, es decir, que cuando la administración responde, según la ley, la administración está obligada a abrir un juicio al funcionario responsable para pedirle la responsabilidad personal. Esto lo estudió muy bien el profesor Gabriel Domenech. Esto a lo mejor tiene más desventajas que ventajas, porque claro evidentemente el funcionario va a actuar a la defensiva.

Pero no solamente es esta responsabilidad personal.

Tradicionalmente el Tribunal de Cuentas había venido siendo un refugio pacífico para personas gloriosas de la judicatura o de la política, con un estatus muy especial en el que nadie había reparado en la posible exigencia **de responsabilidad contable,** pero por diversas circunstancias, no ajenas tampoco al territorio en el que ahora me encuentro, el protagonismo de los tribunales de cuentas ha aumentado extraordinariamente. Por cierto, con una merma absoluta de derechos que yo considero contrario al derecho a la tutela judicial efectiva de la Constitución Española, a la Carta Europea de Derechos Fundamentales y desde luego a la Convención. Y es que en España un funcionario político puede verse condenado a sentencias multimillonarias que arruinan su patrimonio sin que un solo juez vea su caso.

Porque el Tribunal Supremo en una sentencia, que por cierto ha pasado inadvertida, ha dicho que el recurso de casación frente a las resoluciones en segunda instancia del Tribunal de Cuentas se rige por el recurso de casación ordinario, es decir, que sólo si el tribunal considera que debe estudiar el asunto, que hay una causa de interés casacional, es decir, un caso que interesa abstractamente, va a estudiar el asunto. Así, alguien puede ser condenado en España sin que un solo juez lo haya estudiado.

Y les puedo asegurar que el estatuto de los miembros del Tribunal de Cuentas nada tiene que ver con lo que exige tanto la Unión Europea como otros organismos internacionales para considerar que es un juez. Son personas que, sobre todo el juez de instrucción que se nombra, son elegidas por motivos políticos y que no cuentan con ninguna de las garantías de imparcialidad ni de objetividad propias. Yo creo que esto se tendrá que plantear algún día y que requiere una reforma profunda.

No puede ser que alguien que se dedica a la política o al funcionariado responda con todos sus bienes y derechos, sin que un solo juez revise el caso. Es la situación que en España actualmente que me parece tremenda.

Pero no solamente es la responsabilidad civil y la responsabilidad culpable, sino que esto se ha visto añadido por una plétora de organismos a los que llaman **antifraude**.

Evidentemente a ningún funcionario le gusta estar sujeto a una investigación antifraude y aunque teóricamente estas investigaciones son reservadas, lo cierto es que suelen aparecer también en los medios de comunicación.

Y, por último, y esto es muy reciente, la ley de 2.023 que desarrolla la directiva 2019-1937 de protección de las personas que denuncian infracciones normativas y delitos de corrupción, ha introducido una serie de mecanismos obligatorios de denuncias, entre los cuales está la **denuncia anónima**. Anónima. Claro, en los países latinos como España, la delación tiene una vieja historia. No quiero remontarme a la Inquisición, pero me viene inmediatamente a la cabeza.

Claro, esto está muy bien, porque así se puede proteger al denunciante.

Efectivamente, se puede mejorar la lucha contra la corrupción, pero tiene evidentemente una contrapartida. ¿Quién va a tomar una decisión arriesgada si le puede caer toda esta caterva de medios? Porque, además, la denuncia anónima, como es anónima, también permite quitarse de en medio a veces a un funcionario corrupto, pero a veces también a un funcionario diligente, porque esto se puede utilizar también dentro de la administración.

Pero todo esto está muy bien, viva la lucha contra la corrupción, pero tiene un coste. Y hablamos de **la responsabilidad penal**, que es extraordinariamente extensa e intensa. Voy a poner algunos ejemplos que se refieren al urbanismo. Yo creo que la selección del tema de la Jornada es un gran acierto, porque nos permite estudiar los temas desde esta perspectiva.

Tenemos en primer lugar algo que consideramos normal, que es el delito de prevaricación administrativa. El que a sabiendas de su injusticia dicte resolución arbitraria. ¿Y qué es una resolución arbitraria a sabiendas de su injusticia? ¿Cuántos granos tiene un montón? Es la respuesta. ¿Cuánto de grosera tiene que ser la ilegalidad? La prevaricación administrativa es la inhabilitación, pero si se trata de un técnico municipal urbanista ahí no para la cosa, porque en esa lucha contra la corrupción se introdujo el que podemos llamar delito de prevaricación agravada del artículo 320.1 del Código Penal. La prevaricación siempre se ha caracterizado porque es el que dicte a sabiendas resolución injusta, el que dicte a sabiendas, es decir, el que decide algo.

Por tanto, el que propone nunca puede ser sujeto del delito de prevaricación. Pero como se quería luchar contra la corrupción y se consideraba que se iban de rositas muchos funcionarios que hacían un informe o una propuesta, y que no tenían responsabilidad, se introdujo este tipo de prevaricación agravada con pena de cárcel. Ya no es la inhabilitación, que además visto desde la perspectiva de la burocracia defensiva es muy interesante, porque no es la resolución injusta lo que se condena, sino el informe injusto. Y volvemos otra vez. La conducta tipificada es “el que a sabiendas de su injusticia haga un informe” pero no cualquier informe, sino que además es un informe favorable. Fíjense ustedes en este detalle, que yo nunca había caído hasta preparar esta conferencia.

El informe desfavorable, injusto, no tiene pena. Si yo, como funcionario y a sabiendas, emito un informe manifiestamente ilegal, pero desfavorable, desde el punto de vista penal no incurro en el artículo 321 del Código Penal.

Vayamos más allá. La inseguridad jurídica.

El artículo 319 del Código Penal, por ejemplo, dice que se condena por obras no autorizables en suelo protegido, pero también en suelo no urbanizable. Un sistema normal de justicia administrativa y una legislación como la que he propuesto desde hace 10 o 15 años, que reconociera la imprescriptibilidad de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística, haría inútil este delito. Por ejemplo, ¿de qué se ocupa últimamente el Tribunal Supremo? Un caso que conozco muy de cerca, en declarar después de años de instrucción y confirmar la sentencia de la Audiencia Provincial de León, declarando la inocencia, después de cuatro o cinco años, respecto de una cabaña antigua de pastores que había sido rehabilitada.

Por no hablar del artículo 433, la ampliación del delito de malversación, cuyo origen es conocido por todos, y aquí no tengo necesidad de explicar las razones. No se condena a quien con ánimo de lucro desvía recursos públicos, sino a quien dedica los recursos públicos a fines públicos diferentes de la aplicación que estuviera prevista presupuestariamente. Una cuestión que era antes puramente administrativa, porque no hay lucro y porque además no se trata de desviarlo para fines privados, que es otro tipo del delito de malversación. Eso significa que no puedes alejarte lo más mínimo del informe de control de intervención para discutir si un determinado gasto entra en una partida presupuestaria o no. Eso es un delito castigado con cárcel.

Entonces, ¿de qué nos quejamos? **¿Cómo no va a haber burocracia defensiva? Yo desde luego la practicaría si fuera funcionario en activo**.

¿Hay vías de solución? Podría haberlas. ¿Son factibles? Lo veo dificilísimo. ¿Por qué? Porque vamos contra el espíritu del tiempo y contra una legislación que en general, no sólo en el urbanismo, es una legislación aparente y no real. **Luchamos contra la corrupción, pero nadie verifica si esas medidas que hemos tomado que tienen contrapesos son eficientes.** Eso no se discute.

En primer lugar, habría que actuar sobre las causas. Habría que actuar sobre las causas del urbanismo defensivo, de la burocracia defensiva. Por tanto, habría que incentivar, es decir, que el funcionario tuviera incentivos para adoptar decisiones de riesgo.

Por ejemplo, el profesor Bueno dice que habría que ir a una “cultura administrativa en la que no se respondiera tanto personalmente, sino que, empleando el término inglés de la contability, lo que se hiciera fuese ver el resultado final de su trabajo”. Esto va en la línea de lo que ahora dice el Ministro del ramo, que es una persona optimista y que está bien lo que hace, pero que va a ser dificilísimo, que **es la evaluación**. ¿Cómo se evalúa el desempeño de los puestos de trabajo? Pero es que esa visión exigiría una reforma radical del código penal.

¿Cómo vamos a incentivar? ¿Qué incentivo tiene el riesgo con un código penal como el que tenemos? ¿Y quién en España, quién se atrevería en España a decir que, por ejemplo, es discutible desde el punto de vista de la seguridad jurídica el delito de prevaricación? O que es exagerado, desproporcionado el delito de prevaricación agravada. Vamos, lloverían sobre él todo tipo de críticas diciendo que es un defensor

de la corrupción. Pues es lo que tenemos. Otra cuestión que sí que se podría hacer y que quizás se pueda hacer en el futuro es justamente **reducir la discrecionalidad**.

Porque si reducimos la discrecionalidad, si es más reglado el asunto, el funcionario se puede sentir más cómodo. Y yo creo que aquí pueden influir mucho, y para bien, los **sistemas actuales de inteligencia artificial** no generativa, los que permiten un tratamiento de datos mucho más complejo de los que teníamos antes.

Voy a poner un ejemplo de la burocracia ofensiva, que también la hay. No solamente está la burocracia defensiva, sino la menos estudiada, la burocracia ofensiva, que es el poder omnímodo de interpretación del técnico municipal. Esto se da en muchos ayuntamientos.

Todos hemos explicado en clase, en nuestras intervenciones, y además figura en la ley y en toda la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que la licencia es reglada.

No hay nadie en esta sala que pueda corroborar esa afirmación de la ley. La licencia es reglada secundum quid, o mejor dicho, según opine el técnico municipal. Bueno, pues yo creo que los sistemas de inteligencia artificial pueden ayudar muchísimo aquí, y no tenemos que tener miedo a ellos porque, salvo aspectos que tengan que ver con el patrimonio estérico o la estética, que son son subjetivos, el resto deben ser y pueden ser perfectamente tratables por una máquina, y el proyecto cumple la normativa o no cumple. Esto no es tan complejo como parece, era complejo antes, pero ahora los sistemas de inteligencia artificial pueden ayudar. Esto puede ser una ayuda.

Y por último, - y esto lo digo en todas las conferencias, lo decimos todos los administrativistas con experiencia-, todo esto que estamos hablando de la burocracia defensiva, ¿cómo lo aplicamos a un municipio que tiene un técnico eventual, que no tiene arquitecto? ¿Por qué no actuamos sobre las causas de los asuntos? Yo, por ejemplo, propondría a estos organismos de investigación antifraude, la UCO, todos estos organismos que se dedican a la lucha contra la corrupción, que investiguen, por ejemplo, porque municipios importantes en determinadas zonas turísticas no tienen nunca cubierta la plaza de arquitecto municipal.

Es una forma de investigación sencilla y clara. La reforma pendiente de la administración local, que no creo que la veamos nunca, es aquí imprescindible. A partir de un tamaño inferior a 30.000 o 20.000 habitantes, un municipio no tiene recursos y, por tanto habría que buscar técnicas organizativas alternativas.

Concluyo ya, porque no me da más tiempo, pero creo que he hecho una panorámica general. Pretender que pivote la actividad de la administración sobre un vicio de los hombres, no de la norma, **pretender que la administración gire sobre esa pretendida lucha contra la corrupción, tiene un coste**. **La burocracia defensiva es sólo una manifestación de ese coste y, si no cambia el espíritu de los tiempos y pasamos de una demagogia normativa a un análisis real de los problemas, veo muy difícil que tenga una solución a corto plazo**.

Muchas gracias.

La burocracia defensiva, el factor tiempo y la pérdida de oportunidades

Miquel Morell Dartell. Economista. Socio de PROMO Assessors Consultors. Vicepresidente de la Comisión de Economía Territorial y Urbana del Colegio de Economistas Barcelona

Presentación:

Simplemente quiero resaltar que lo que se ha tratado muy ligeramente a nivel introductorio, responsabilidad e inteligencia artificial, va a ser tratado a lo largo de esta mañana con bastante más detalle.

La mejor burocracia ofensiva, por definición, es la tributaria. Entonces, damos el paso rápidamente a Miquel Morell, que nos va a proporcionar un salto en la línea que llevaba la intervención de José María, porque él, como economista urbanista dedicado al mundo de la economía urbana, nos expondrá de una manera mucho más gráfica también el tema que yo le oí una intervención hace unos años hablando del tema del plan director urbanístico metropolitano, donde hablaba literalmente de que es necesario gestionar el coste del tiempo en las actuaciones urbanísticas, gestionar el coste del tiempo.

Y la burocracia defensiva puede tener mucha influencia en el factor tiempo en estos procesos de planeamiento de gestión urbanística. O sea, que adelante, Miquel.

Intervención de Miquel Morell

Gracias al Colegio de Abogados, gracias a AETU, gracias a Urbanistes de Cataluña y, primero de todo, gracias, Sebastián, especialmente, y también a Pablo y a Laia, que sé que estaban en la organización. Muchas gracias por invitarme a compartir con vosotros unos minutos de reflexión.

Una previa. Creo que soy el único economista que debe estar en el auditorio. Entonces, también lo digo porque quiero ser muy cauteloso, porque he enfocado la reflexión de hoy con dos contenidos. Uno es el contenido que estuvimos hablando con Sebastián cuando estuvimos comentando el hecho del factor tiempo. ¿Qué es esto del tiempo, cuando hablamos de planeamiento urbanístico? **Vamos a ver si somos capaces de imaginar cómo es el coste del tiempo.** Si es un coste pequeñito, como yo, metro sesenta y siete, o si el coste del tiempo es más grande de lo que nos pensamos, porque no lo abordamos prácticamente nunca cuando hacemos planeamiento urbanístico. Y yo personalmente me paso el día pensando en el tiempo. Los economistas, cuando hacemos planeamiento urbanístico, pensamos más en el tiempo que los meteorólogos. Siempre estamos pensando en el tiempo.

Y entonces, un poco, lo que me planteaba es **dotar de contenido económico muchos de los debates** y que el anterior ponente ya ha expresado. Es decir, esto se traduce en

un coste del tiempo, y este coste del tiempo podemos prescindir de él o le hemos de hacer un poco de caso, porque si no, no solucionamos los problemas que tenemos. Esto, por un lado, el coste del tiempo.

Y por otro lado, también quiero compartir con vosotros el hecho de que todos los que presentes aquí, o la gran mayoría, estamos en la fase de diseñar planeamiento y gestión urbanística. Estamos en el principio de la cadena de valor de la transformación del suelo. **Cuando salimos fuera, ¿se materializan resultados o no se está materializando en resultados? Y si el planeamiento no se materializa en resultads es que estamos en una situación alarmante.** Lo digo porque esta situación alarmante nos ha de hacer pensar e interiorizar cómo, desde nuestro punto de vista, podemos intentar mejorar esta ineficiencia, esta burocracia defensiva, porque es parte del problema, no lo es todo, pero tiene un punto de parte del problema.

Antes de empezar con la primera diapositiva, Sebastián, has visto que he cambiado título, ¿de acuerdo? Cuando estuve trabajando acerca de la ponencia, al final creo que **es mejor hablar de urgencias ineludibles que de oportunidades perdidas.** Porque estamos en un momento que creo yo que es urgente tomar medidas.

Algunas de las personas que ya me conocéis saben que siempre, prácticamente siempre, empiezo las exposiciones con esta diapositiva. Esta diapositiva es la cadena de valor de la transformación del suelo.

Lo que hacemos los economistas cuando hacemos planeamiento y gestión es dotar de contenido económico a todas las fases de la cadena de valor de la transformación urbanística. Y hoy nos situamos en las dos primeras fases. En términos generales, trabajamos estas dos primeras fases. Son planeamiento y gestión. En cada una de estas fases intervienen costes y, al final, tenemos ingresos por comercialización de productos, etcétera.

Esta cadena de valor de transformación del suelo es importante tenerla en cuenta cuando hablamos de mercado de suelo. Si no estuviéramos en el suelo, estuviéramos en otro sector, seguramente la cadena de transformación sería otra. ¿Pero qué nos pasa? Que el mercado del suelo es un mercado que opera en régimen de competencia imperfecta.

Es un mercado inelástico. Y esto no lo digo yo. Ya se decía en el siglo XIX, David Ricardo. El mercado del suelo es un mercado inelástico que es imposible que pueda trabajar en régimen de competencia perfecta.

Y para saber el valor del suelo hemos de empezar por el final de la cadena. Por qué el valor del suelo depende del producto final. Esto es importante tenerlo en cuenta. ¿Por qué? Porque fijaros que la cadena de valor de transformación del suelo es una cadena de valor horizontal. Los economistas pensamos el planeamiento en horizontal, no en vertical. Y cuando os expongo esta metáfora es por el hecho de que cuando pensamos en el planeamiento y la gestión y los contenidos económicos del urbanismo en vertical, es decir, en hacer sumas y restas, nos estamos olvidando de calcular un coste subyacente que está dentro de la transformación del suelo, que es el tiempo.

Si pensamos en horizontal, empezamos a pensar en calendario. Y cuando empezamos a pensar en calendario, tenemos la capacidad de tomar en consideración el coste del tiempo de esta transformación urbanística. Para nosotros, una de las cuestiones más importantes son los plazos de tramitación, la capacidad de hacer etapas de urbanización o polígonos de actuación. Aparecen los ritmos de absorción.

Todos estos tres contenidos de las distintas etapas implican tiempo. Y el coste del tiempo se mide en función de la última línea horizontal que tenemos en el diagrama, que es en función de la incertidumbre y en función del riesgo. Podríamos decir incertidumbre, podríamos decir confusión, podríamos decir también parte de esta incertidumbre y este riesgo, también podríamos poner la palabra viscosidad.

En función de este tema que estamos hablando hoy, el coste del tiempo puede ser uno o puede ser otro. Es importante tener en cuenta una cosa. Los profesionales de AETU, de ACTU y de los que estamos aquí hoy, hemos dicho que estamos en la fase de planeamiento y gestión urbanística, fundamentalmente.

Y fijaros que la línea última que hemos puesto va de más a menos. Es decir, nosotros **estamos en la fase de la cadena de valor de la transformación del suelo con más incertidumbre y con más riesgo de la cadena de valor, con lo que el coste del tiempo seguramente será mayor.**

Me explico. Tenemos más incertidumbre y más riesgo cuando empezamos a redactar planeamiento. ¿Por qué? Porque el marco legal jurídico nos puede cambiar, porque tenemos que hacer prospecciones arqueológicas cuando hacemos la urbanización y descubrimos sorpresas, etcétera. En cambio, cuando llegamos al final de la comercialización de todo el proyecto, en que solo nos queda una vivienda por comercializar, el riesgo prácticamente es nulo.

Esto va en relación con todo lo que vamos a comentar hoy, que es respecto al tema de la burocracia y la viscosidad. ¿Tenemos la capacidad de medir y de cuantificar el coste del tiempo? Obviamente la respuesta es sí, tenemos varias maneras, Aquí simplemente os pongo la evolución de la deuda pública del Estado, que se puede considerar como un coste de oportunidad de los proyectos o los tipos de interés, de préstamos, de sociedades no financieras, etcétera.

Todo este coste lo podemos mediatizar a través de la incertidumbre, el riesgo y la confusión, incrementándolo a partir de primas de riesgo, etcétera. Vamos a medir el coste del tiempo. Lo digo porque cuando hemos empezado a hablar de este tema, lo que os he comentado es: mide metro sesenta o mide metro ochenta este coste del tiempo.

Y os pongo este ejemplo que lo hemos trabajado hace muy poco y es actual. Este es un ejemplo de la cadena de valor, de la composición de la cadena de valor de un planeamiento urbanístico, que concretamente es un área residencial estratégica de la segunda corona metropolitana de Barcelona. Las áreas residenciales estratégicas, los que somos de Cataluña sabemos perfectamente lo que son, pero simplemente para que lo tengamos en cuenta, los que no son de aquí, las áreas residenciales estratégicas

se iniciaron, se pensaron, se empezaron a pensar en el año 2007 en Cataluña. Se aprobaron definitivamente en el año 2009.

Es importante tener en cuenta los años. Y tenían la motivación de impulsar transformaciones urbanísticas grandes, voluminosas en Cataluña, alrededor de ochocientas mil viviendas en función de cada caso, con la voluntad, en aquella época de burbuja inmobiliaria, de aflorar grandes bolsas de vivienda protegida, fundamentalmente. Aquí os pongo tres análisis de desglose de la cadena de valor en esta área residencial concreta en diferentes momentos. En el año 2009, cuando se aprueba definitivamente el planeamiento urbanístico de esta área residencial estratégica, en el 2013, os pongo el ejemplo de 2013, porque 2013-2014 fue el punto más débil, digamos, el punto más profundo de la crisis económica y financiera después del estallido de la burbuja. Os pongo el ejemplo, para el año 2023, que es el que actualmente estamos trabajando. Lo que os quiero transmitir es que **en el año 2009 el coste del tiempo representaba un 12% de todos los costes de la cadena de valor de la transformación de este sector, sumando el 6%, que es el coste del tiempo en la fase de promoción inmobiliaria, y el 6% del coste de capital en el momento de la transformación del suelo.** Toda la cadena de valor, el 12%.

Si hacemos este mismo análisis el año 2013, el coste del tiempo llegó a representar para este sector un 22% del coste total de la transformación del suelo, con lo que este coste, aparte de otros, nos hacía inviable el sector. Fijaros que el color naranja de menos 2%, lo que nos está diciendo es que el valor del suelo era negativo.

En el año 2023, este sector, el coste del tiempo, representa el 16% de todos los costes de la cadena de valor.

¿Y este 16% es mucho o es poco? Simplemente comparemos a día de hoy. El 16% que representa el coste del tiempo es equivalente al coste de urbanización, que es el 15% del año 2023.

¿Con esto qué os quiero decir? Lo que os quiero decir es que cuando hacemos y pensamos planeamiento y gestión urbanística e intentamos llegar a soluciones para que aquello que proponemos se ejecute, nos fijamos mucho, estamos muy acostumbrados a fijarnos en edificabilidades y en costes. Para que nos funcione este sector, hemos de disminuir la carga urbanística. Para que funcione este sector, hemos de incrementar la edificabilidad.

Y a nosotros, cuando trabajamos estos temas, lo que nos preocupa más es cómo contenemos el tiempo. Es tan importante el tiempo como los costes de urbanización, exactamente igual. ¿Por qué os lo digo? Porque a día de hoy estamos comentando cómo los problemas que tenemos a la hora de tirar para adelante planeamiento y gestión se traducen en alargamientos de tiempo.

Y estos alargamientos de tiempo tienen un coste. Y es un coste equivalente al coste de urbanización.

Un punto importante antes de pasar a la siguiente diapositiva. Para nosotros, **para contener el tiempo tan importante es tener un marco legal urbanístico que me ayude o que me propicie unos plazos determinados, como tener unos instrumentos urbanísticos que me permitan diseñar planeamiento urbanístico que me permita contener el tiempo. Creo que no los tenemos a día de hoy.**

Luego, en las conclusiones, a lo mejor lanzaré alguna pregunta. Dicho esto, sabemos que mide un 16%. También os quiero comentar que este 16%, esta equivalencia entre coste de urbanización y coste del tiempo, es una equivalencia que no solo se nos da en esta área residencial estratégica, sino que lo que os quiero comentar es que, más o menos, en sectores grandes que requieren ritmos de absorción largos, esta equivalencia se nos va repitiendo.

Otra cosa es que cojamos sectores pequeñitos de suelo urbano, que entonces no. Dicho esto, le hemos puesto un parámetro, lo digo porque esto puede servir para ir avanzando en el debate.

Segunda parte de la intervención.

Nosotros estamos en la coraza del planeamiento y la gestión, y estamos dibujando planos, viendo cómo encajamos, viendo cómo queremos que sean las ciudades, vemos cómo queremos aflorar vivienda protegida, queremos que en el urbanismo se acabe replicando el estado del bienestar de las ciudades, que sea inclusivo, etc. Lo que en esta segunda parte os quiero plantear es**: salgamos de nuestra coraza, salgamos del planeamiento y la gestión, y vamos a las últimas fases de la cadena de valor. Es decir, salimos fuera, y lo que nosotros nos debemos preguntar es: ¿vemos que obtenemos resultados? ¿Los obtenemos? Yo pienso claramente que no.**

En esta diapositiva os pongo la evolución de precios de mercado inmobiliario con volumen de mercado. Esto es para Cataluña. Lo hacemos por provincias. Tenemos la provincia de Barcelona, la provincia de Lleida, Tarragona y Girona, acumulado por provincias.

Evolución de precios de mercado y evolución de viviendas acabadas por cada 1.000 habitantes, ratio, viviendas acabadas por cada 1.000 habitantes.

Todas las provincias, provincia de Girona, provincia de Tarragona, provincia de Lleida, la de Barcelona no, en época de burbuja inmobiliaria tuvimos inflación de precios e inflación de cantidades.

Clara burbuja de cantidades y de precios. En la provincia de Barcelona tuvimos burbuja de precios. En la burbuja de cantidades, estuvimos entre 8 viviendas acabadas de obra nueva por cada 1.000 habitantes.

No se pudo decir que hubo una burbuja de cantidades. Estalló la burbuja inmobiliaria y fijaros cómo la caída en la producción de vivienda nueva fue drástica. Lo que os quiero transmitir en esta diapositiva, la conclusión que os quiero transmitir es el problema que tenemos encima de la mesa, no porque cayera a mínimos históricos la producción de vivienda, que en ningún caso hemos de volver a lo que sucedió antes. **Pero tenemos un**

problema grande y luego lo veremos con el hecho de que llevamos 10 años, 10 años, sin que lo que trabajamos los urbanistas lo veamos como resultados en la realidad.

Estos 10 años acumulan unos déficits que es imposible que no produzcan tensiones de precios. Es imposible.

Cuando digo que el mercado del suelo opera en régimen de competencia no perfecta y que es un mercado inelástico, y que es imposible que por mucho que incrementemos la oferta se estabilice el precio porque el mercado del suelo no funciona así, quiero decir que hay que regularlo y hay que intervenirlo para diluir las externalidades negativas. Lo que es evidente desde mi punto de vista es que la no capacidad de recuperar a un ritmo sostenible la generación del trabajo que hacemos los urbanistas nos está llevando a un riesgo importante. Porque fijaros las ratios de viviendas acabadas de obra nueva que estamos entre 1,5, 2, 2, 1,6... Es decir, son ratios realmente peligrosas. Esto en cuanto a volumen de mercado.

¿Y el futuro? Esta diapositiva la contrastamos cogiendo las últimas proyecciones demográficas que disponemos para Cataluña, las más recientes. Las más recientes las tenemos en el Plan Territorial-Sectorial de la Vivienda, del Habitatge, el Plan Territorial-Sectorial de la Vivienda, que se ha aprobado inicialmente, que está pendiente de aprobarse provisionalmente o definitivamente. En esta gráfica **lo que dice el Plan Territorial-Sectorial de la Vivienda es que, en los próximos 20 años, en Cataluña, en el escenario medio, que es el que tenemos aquí, vamos a necesitar medio millón de nuevos hogares netos, es decir, de nueva vivienda principal.**

El propio plan prevé unos 25.000 nuevos hogares anuales. El propio plan dice que estos nuevos hogares, este nuevo saldo neto, se habrá de añadir a aquellos nuevos hogares que se deban, que provengan o el saldo se produzca dentro del suelo urbano. Es decir, estos datos que os estoy poniendo aquí es de neto.

25.000 anuales en Cataluña, 15.800 en el ámbito metropolitano y luego por ámbitos territoriales de Cataluña. En rojo tenemos lo que se prevé según el escenario medio de nuevos hogares, y en color azul-verde lo que os he puesto es la media, la media anual de vivienda nueva producida en cada uno de los ámbitos, la media de los últimos tres años. 19, 20, 21, o 21, 22, 23, ahora no recuerdo, los últimos tres años.

Lo que os quiero decir es que actualmente estamos en una capacidad de dar respuesta, por ejemplo, para que se entienda, en el CAMP de Tarragona un 0,36%. **Estamos produciendo un tercio de lo que el plan territorial sectorial de la vivienda dice como nuevos hogares de cara al futuro.** Pasa una cosa curiosa, simplemente como curiosidad, y es que el único que parece que está más o menos equilibrado es la Vall d'Aran.

Alguna cosa no va bien. En alguna cosa nos estamos equivocando. Hemos hablado de sector con capacidad de producción baja y en el futuro, de momento, no tenemos la capacidad para dar la respuesta. En cambio, todos los que estamos aquí tenemos mucha capacidad, estamos trabajando mucho, pero no vemos resultados. Esta situación, en términos urbanísticos, la hemos de incluir dentro de un argumentario y un

mantra en el que todos los que estamos aquí, todos, y yo incluido, estamos de acuerdo. Y es que **hemos de mirar la ciudad para dentro y el futuro pasa dentro de las ciudades, y el futuro pasa por el reciclaje urbano, y el futuro pasa por la renovación urbana, no pasa por el crecimiento en extensión.**

Como ejemplo, os pongo el Plan Director Urbanístico Metropolitano de Barcelona que se ha aprobado inicialmente hace poco.

El Plan Director Urbanístico Metropolitano apuesta decididamente por un modelo de desarrollo urbano basado en la transformación de los tejidos urbanos consolidados. De hecho, el Plan Director Urbanístico Metropolitano prevé una capacidad de producir 217.000 viviendas. A partir de desarrollar el planeamiento vigente pendiente y a partir de desarrollar unas actuaciones determinadas que sitúa en el ámbito metropolitano. En el futuro Plan Director Metropolitano, el 70% de estas 217.000 viviendas, se prevé en la renovación urbana y el reciclaje urbano, se prevé en el suelo urbano.

Tengamos en cuenta una cosa. El suelo urbano es mucho más costoso de ejecutar que la extensión urbana, es evidente, preexistencias, estructura de la propiedad, indemnizaciones, etcétera. Este reto también os lo quiero contrastar con los únicos, a menos que yo sepa, datos que tenemos sobre la capacidad de rehabilitar, sobre cómo se está comportando el reciclaje y la rehabilitación en el suelo urbano. Pero los únicos datos que tenemos ahora mismo, y os los planteo simplemente como un indicador de referencia, son los datos que publica APCE sobre la oferta de viviendas que actualmente hay en el territorio en Cataluña. En este gráfico de aquí os pongo el porcentaje de viviendas en oferta, que proviene no de la construcción de obra nueva, sino de la rehabilitación integral, es decir, del parque de viviendas que en cada uno de los estudios tenemos en oferta. Fijaros en la capacidad que tenemos de impulsar reciclaje. Es muy baja. Lo único que os quiero decir es que **los que trabajamos en el urbanismo para hacer planeamiento vemos que los resultados no están siendo los esperados, vemos que estamos heredando un déficit importante, vemos que no estamos siendo capaces de dar respuesta al futuro.**

Y vemos que el discurso del suelo urbano no se corresponde con la capacidad de generar ese reciclaje.

Me gustaría lanzaros reflexiones para oír respuestas también. La apuesta por la renovación urbana y el reticulado urbano es el leitmotiv del planeamiento urbanístico, como hemos comentado. Mi sensación es que no tenemos los instrumentos urbanísticos para activar el suelo urbano. Tenemos el marco legal urbanístico en el que somos capaces y sabemos mucho de transformar suelo rústico, pero estamos mimetizando la manera de transformar el suelo rústico con el suelo urbano, y el suelo urbano necesita otras acciones, no las mismas.

Primera, me pregunto si lo que necesitamos son más instrumentos si cuando tocamos una estructura de la propiedad sabemos los problemas que tenemos, pero me pregunto si necesitamos más instrumentos, pensando de la misma manera, o somos capaces de, con los mismos instrumentos, generar un marco más adaptable. Estamos demasiado acostumbrados a revisar el cumplimiento de derechos y obligaciones del

urbanismo de manera individualizada y mediante una plantilla. Cumple los sistemas, cumple la cesión, cumple la reserva, y hemos de cumplir todos los objetivos de manera individual. No sé si hay la posibilidad de activar instrumentos urbanísticos por objetivos más globales, no por cumplimiento estricto de todos los objetivos de manera individualizada.

El coste real que hemos comentado anteriormente, la confusión y la hipernormativización que teníamos representa un 16%. Hemos de hacer lo posible para reducirlo.

Lanzo un problema desde el punto de vista económico.

Hace años que lo vamos reivindicando y siempre topamos con un punto jurídico que me gustaría oír la opinión del colegio. Y es que, si queremos abordar el urbanismo desde la escala real del problema, hay problemas o retos en que la escala real no es municipal, es supramunicipal. Desde el punto de vista económico, nosotros entendemos que para ir a por los retos de carácter supramunicipal, hemos de entrar tarde o temprano en la compensación económica interterritorial.

Y no quiero decir compensación interterritorial en términos de suelo, no, económica, fiscalidad. Cuando esto lo proponemos, siempre hemos oído una barrera que es, “esto no es urbanismo, esto es texto refundido, la ley de haciendas locales, no podemos hacer nada”.

Lo digo así muy rápidamente por si luego puede haber algún punto de debate.

No es urbanismo, es vivienda, pero estando en el colegio de abogados por primera vez hablando con vosotros, quiero exponerlo. Y es el hecho de que necesitamos recursos públicos para la política pública de vivienda. Si consideramos el estado del bienestar, los tres pilares son salud, educación y vivienda. Si analizamos os presupuestos públicos que destinamos a vivienda en comparación con equipamiento y salud, veréis que no podemos avanzar.

Podemos hacer mucha legislación, pero o tenemos recursos públicos o difícilmente podremos cumplir con todo lo que anteriormente hemos dicho. Por último, me voy a poner en el jardín de lo que sea el interés público. Mi sensación es que definimos el interés público dentro del ámbito urbanístico desde un punto de vista excesivamente morfológico, es decir, interés público es cuando incrementamos los equipamientos, cuando incrementamos el suelo de zonas verdes, cuando incrementamos la vivienda protegida.

Yo me pregunto, ¿tenemos margen para evolucionar el interés público e incluirlo como mejorar la integración social? ¿Mejorar la cohesión social? ¿Mejorar la competitividad de un polígono industrial? ¿Por qué lo digo? Lo digo porque si avanzáramos en este recorrido de interés público, tengo la sensación de que podríamos atacar los instrumentos urbanísticos de otra manera, desde un punto más global y menos de cumplimiento de plantilla. Y hasta aquí podríamos llegar.

Gracias.

Burocracia defensiva y sistema de responsabilidad

Gabriel Capilla Vidal. Abogado. Profesor Doctor Derecho Administrativo y Urbanismo UAO-CEU. Vocal sección Derecho Administrativo ICAB

Cuando he sido consciente del auditorio que tenemos y las ponencias que tenemos, voy a intentar aportar mi granito de arena desde el punto de vista vivencial. Mi experiencia es que estoy sufriendo esa burocracia defensiva que antes a lo mejor yo la practicaba también, según qué momentos. Pues bien, las ponencias anteriores, brillantes, por lo cual felicito a los ponentes y agradezco también a AETU, me han surgido muchas ideas.

La última idea es el concepto de interés, interés público, interés general. Bueno, aquí somos mayoritariamente juristas y lo conocemos, pero los que no lo son sabemos que estamos ante el concepto jurídico indeterminado por excelencia. ¿Qué es el interés público, qué es el interés general? Depende del momento, depende de las circunstancias.

Hace dos años, tres años, cuatro años, todos teníamos muy claro cuál era el interés público, cuál era el interés general que predominaba respecto a las necesidades de la sociedad. Y ahora, por ejemplo, en Cataluña tenemos otro interés público, interés relevante, que es toda la problemática que tenemos en relación a la grave situación de emergencia excepcional de sequía. Este martes, pues el Gobierno, a través del decreto ley, - esta fórmula que se ha puesto de moda a raíz del COVID, de secuestrar, si me perdéis la expresión atrevida, la capacidad legislativa de los parlamentos a través de los ejecutivos- ha aprobado una norma de medidas sobre la sequía.

Pero ¿qué es el interés general ¿En el ámbito urbanístico hemos añadido un concepto, que se refiere al urbanismo como una función pública?

¿Qué es una función pública? Pues tampoco la ley nos lo explica, pero sí que tenemos una idea. La función pública podemos decir que **es un plus de exigencia a los poderes públicos en la tutela, en el control, en la salvaguarda de ese interés público respecto a otras políticas públicas. Para mí eso es la función pública urbanística**.

A partir de aquí, acepto evidentemente a buen grado otras opiniones. Y si hablamos de políticas públicas, yo creo que está vinculado con lo que estamos tratando hoy. **Hablamos de decisiones, ya se ha dicho, hablamos de riesgos y si hablamos de riesgos, hablamos de responsabilidades, que es lo que me toca a mí intentar explicar.**

Pero haré alguna reflexión previa. Yo todo esto también **lo conecto con los modelos de gestión pública. Esto de la ciencia de la administración, la que estudia las formas de gestión pública**.

La burocracia que nos ocupa hoy es el reflejo clásico del **modelo burocrático de gestión pública. El modelo se basa en el objetivo de la seguridad jurídica, de la eficacia, de conseguir unos objetivos determinados, pero con la máxima seguridad**

jurídica. Y eso implica una importante presencia de la regulación en la toma de decisiones, una importante presencia del procedimiento antes de esa toma de decisiones. Una gran *expertise* por parte de aquellos que forman parte de este procedimiento, de esta decisión. Es el modelo burocrático que en su momento fue el predominante en el urbanístico.

Frente a este modelo burocrático de gestión, que viene a ser cuestionado, no sé si superado o planteado como una alternativa, **se presenta el modelo gerencial, donde no vamos a la eficacia, vamos a la eficiencia, vamos a conseguir esos objetivos al menor coste posible**. Si hemos de ser capaces de ser eficientes lo que hemos de buscar es aligerar esta carga burocrática, esta carga administrativa, aligeremos procedimientos, aligeremos cargas normativas, pero incrementamos riesgos.

¿Por qué incrementamos riesgos? Porque perdemos seguridad jurídica. Donde había un procedimiento, había una toma de decisiones, había unas garantías, resulta que ahora hemos de ser más rápidos. Hemos hablado de tiempo, de cómo tenemos que ganar tiempo y ser eficientes, y eso implica mayores riesgos, porque va en detrimento de la seguridad jurídica.

A principios de este siglo se empieza a plantear un nuevo modelo, que es la nueva gestión pública, donde lo que se pretende es ganar lo que se llama la calidad democrática. La democracia ha de ser de mayor calidad porque situaciones como la corrupción, las malas prácticas, la mala administración, hacen replantear también este modelo de gestionar. Este nuevo modelo de gestión pública pretende ganar esta calidad democrática y fomentar la participación de los actores, directos e indirectos, y de la ciudadanía en general de manera relevante en la toma de decisiones. Y este modelo –todos lo sabemos- también tiene otro efecto, y es que traslada la responsabilidad de las decisiones en estos terceros que participan con mucho poder en la toma de la decisión.

El traslado de la responsabilidad también lo hemos vivido en materia de intervención administrativa mediante autorizaciones o licencias. Donde la Administración no da el permiso previo, sino que lo que hace es controlar.

Quiero comentar también un aspecto que se ha salido antes. Venimos de un urbanismo planteado en la extensión, en el desarrollo, en la ampliación de la urbe, de la ciudad, y es evidente que ahora el urbanismo se hace en el suelo urbano. La rehabilitación, remodelación ... ¿Cuál es el problema? Pues que estamos inspirados en normas del modelo anterior basadas en la ley del 56. Se habla ahí también de la función social. Los legisladores urbanísticos, los aplicadores, no hemos sido capaces de imaginar un modelo mejor, y bebemos todavía de ese modelo. Y eso hace que sea difícil que la necesidad actual, el interés general actual se vea satisfecho, porque estamos utilizando herramientas que a lo mejor no son del todo las idóneas.

Me voy a centrar un poco en el **sistema de responsabilidad patrimonial**, pese a que la excelente ponencia del profesor Baño León ya ha hecho comentarios sobre esta materia. Cuando hablamos del sistema de responsabilidad como posible causante de esta burocracia creo que no es el único causante. Hay otros elementos.

Hoy en día hemos hablado de esos controles que están vinculados a este sistema de responsabilidad, como el Tribunal de Cuentas, la Oficina Antifraude, los Tribunales de Justicia. Además, hay controles formales, internos, como pueden ser los interventores. Pero también tenemos unos controles informales que condicionan totalmente la política mundial, y me refiero a las redes sociales, los medios de comunicación. Estos medios de control indirecto, informales, si queréis, tienen una importancia muy relevante en la toma de decisiones del ayuntamiento, del regidor, porque eso sale en la radio local, sale en el periódico local, se habla en las asociaciones de vecinos y todo eso tiene su impacto.

Con lo cual, yo creo que también ayuda no solo el miedo a la responsabilidad sino también el hecho de pensar "a ver si voy a ser *trending topic*, porque he dado una licencia o he informado favorablemente una licencia". A lo mejor jurídicamente no tiene ninguna consecuencia, a lo mejor no tiene más relevancia, pero el daño de la polémica en la red social, en el medio de comunicación ya se ha producido. **El daño reputacional existe en las instituciones, pero también existe en las personas y en los profesionales**.

Otro aspecto que ha salido antes en las ponencias: el hecho de que los pequeños municipios no tienen medios, y eso también está directamente relacionado con la exigencia de responsabilidad.

Explico una anécdota real. Hace unos de tres meses me desplazo a un ayuntamiento en el interior de Cataluña, porque me llama el secretario que quería hacer unas consultas. Estuve encantado de conocerlo. En el momento en que hace la introducción del asunto, me dice: "yo vengo del sector de las finanzas y hace una semana que estoy aquí". Y este señor va a tener que informar, va a ser el fedatario jurídico de la corporación, va a tener que hacer informes, va a tener que coadyuvar en la toma de decisiones, con un código penal que se acuerda perfectamente de los funcionarios con estas tipificaciones especiales de según qué delitos.

Desde luego el urbanismo es complicadillo; es apasionante, pero es complicado. Pues exige un nivel de preparación profesional, y de formación de las personas que tienen responsabilidades, a la altura de la complejidad de la materia. En materia de contratación del sector público, como apuntaba el presidente de la Sección, se exige la profesionalización de las unidades de contratación de las Administraciones. De igual manera yo aquí invoco la necesidad de la profesionalización, la tecnificación, la preparación, la formación continua de las personas que tienen entre sus manos las decisiones en materia urbanística, y eso en todas las fases del ciclo de vida del suelo, desde el planeamiento hasta lo que es la intervención o la protección de la legalidad urbanística.

Como decíamos, la burocracia busca seguridad jurídica, porque donde la seguridad jurídica se busca especialmente es ahí donde hay riesgos. En el ámbito urbanístico conocemos que hay riesgos, hay riesgos de todo tipo. Riesgos en cuanto a la persona, riesgos en cuanto a los efectos de esa decisión. Riesgos económicos, sociales, ambientales, de todo tipo. Cuanto mayor es el riesgo, mayor es la responsabilidad.

Eso es el ABC en todos los ámbitos, público y privado. A mayor riesgo, mayor responsabilidad.

Yo eso no lo he perdido. Aún me lo creo lo del servicio público y la vocación de servicio público. Pues bien, en tanto que somos servidores públicos y trabajamos para ese interés general el nivel de riesgo y de responsabilidad es muy alto.

El profesor Baño León ha apuntado los diferentes elementos de responsabilidad que se puede encontrar encima de la mesa un funcionario debido a su actuación. Quien se dedica a eso es que realmente tiene vocación de servicio público.

Se ha hablado de responsabilidad penal, se ha hablado de la responsabilidad derivada de la repetición, que es responsabilidad patrimonial, existe la responsabilidad disciplinaria, y el funcionario tiene la posibilidad de jugar todas las ligas ya que aquí no existe el ni *non bis in idem* ni nada que se le parezca.

Tú puedes recibir por la vía penal, por la vía contable, por la vía disciplinaria y por la vía de regreso, con lo cual quien no está contento es porque no quiere. O sea que son muchos elementos de responsabilidad de manera que casi es mejor vivir en la ignorancia. Quien realmente conoce todos estos riesgos en cuanto a la responsabilidad que se puede derivar no es extraño que se refugie en lo que en Italia llaman el miedo a la firma. Te ponen delante el papel y tú te vas corriendo porque esto yo no lo firmo. Con lo cual el escenario realmente es complejo.

Me voy a centrar sobre todo en la responsabilidad patrimonial que es lo que me ha permitido, conocer un poco más esta materia.

Ya partimos del 9.3 de la Constitución con el principio de responsabilidad de todos los poderes públicos, porque aquí actores urbanísticos son todos los poderes públicos. El que legisla, el que ejecuta y el que juzga. La Constitución también formula otro elemento determinante que es la objetividad, la neutralidad de la Administración.

Todo esto se acaba positivizado en la Ley 40, artículos 32 y siguientes, con un sistema de respuesta patrimonial sobre el papel altamente generoso, porque hace mención al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, que causa unos daños y perjuicios que no tiene el deber de soportar el ciudadano. Eso genera este derecho a la indemnización. Es una responsabilidad que alguien denomina objetiva si bien yo no la veo muy objetiva, la verdad, pero se denomina así. Y ello en contraste con la responsabilidad contractual civil, que en este caso es subjetiva.

También hablábamos de la acción de regreso. Estamos en el marco de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, si bien se plantea esta responsabilidad de manera un poco diferente al sistema de responsabilidad patrimonial por funcionamiento de los servicios públicos. ¿A qué me refiero? Es evidente que hay un mandato que dice que de oficio hay una obligación a repetir contra ese funcionario, respecto del cual se le puede imputar la comisión de una actuación culposa, negligente, con dolo, culpa o negligencia graves.

Es decir, que cuando estamos hablando de esta repetición, ya no estamos hablando de las mismas reglas del juego de la responsabilidad. Aquí no es el funcionamiento normal o anormal del funcionario. El funcionario tiene que haber actuado de manera culposa, con negligencia grave o con dolo administrativo.

Hay que repetir o hay que iniciar expediente de repetición siempre, para precisamente evaluar si se dan estos elementos de culpabilidad, de negligencia grave o no. Esa sería una opción. Y la otra es que cuando la Administración tiene claro que no ha sido un problema que se le puede imputar, directamente ya no va a actuar.

Mi experiencia me dice que apenas conozco con los dedos de una mano los supuestos en que la Administración ha accionado contra un trabajador de su servicio. Cuando los hay, evidentemente generan inquietud y una cierta polémica. Pero no es lo habitual. Recomiendo la lectura de un dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, que ya tiene unos años, y que es el 54-2016, precisamente en relación con la Resolución Patrimonial del Ayuntamiento de Barcelona, por, en este caso, la anulación de una licencia de obras que implica el derribo de un bloque de viviendas con un acuerdo convencional. Se indemnizó con 14 millones de euros, -nos salió caro a los ciudadanos, la verdad- , pero es interesante desde este punto de vista.

Desde el análisis de dónde viene esa causa de nulidad de esa licencia la Comisión se atrevió, y lo digo con toda cautela y cariño en el mundo, a recomendar a la Administración la investigación de la responsabilidad del funcionario.

Otra cuestión relevante a nivel del propio procedimiento. La Administración inicia ese procedimiento de repetición, evidentemente expediente contradictorio, como no puede ser con todas las garantías, trámite de audiencia, propuestas, informes, pruebas, etcétera, etcétera, pero no se prevé en este caso la intervención del órgano consultivo. Bueno, sería interesante que, igual que se prevé la intervención del órgano consultivo cuando se superan los 50.000 euros de reclamación patrimonial, ese servidor público tenga también esta garantía de intervención de un órgano neutral y cualificado. Me parece que es un déficit normativo y no estaría mal que así lo recogiese en su día la norma. ¿Qué va a valorar la Administración cuando inicie este expediente, cuál es su objetivo? Pues precisamente se trata de detectar si se da esa culpabilidad, esa negligencia grave o ese lobo. Y eso, obviamente, es un tema puramente de prueba, con lo cual es garantía de una parte y de la otra, pues participar con todos los elementos de prueba necesarios.

Entonces, hay un añadido que sí que la ley prevé, y es que tenga en cuenta una serie de criterios a la hora de repetir. Hay que tener en cuenta el resultado dañoso producido, sin dar más pistas. El ¿el grado qué quiere decir? ¿El grado del 2%, el 3% o el 50%? ¿de qué grado estamos hablando?. Estamos hablando, y esto lo pongo un poco en relación a lo que decía antes, de la necesidad de profesionalizar, de profesionalizar los servicios técnicos y jurídicos de las administraciones pequeñas y medianas.

Aquí hay un tema interesante, desde el punto de vista jurídico. Cuando un es letrado de la Dirección General de Urbanismo y hace un informe que raya una actuación culposa, negligente, sin llegar a lo penal, en este caso, ¿le *podría cubrir el* seguro de responsabilidad civil que pueda tener ese letrado de la Administración? Los abogados

que defienden las Administraciones Públicas, los abogados del Estado no tienen necesidad de estar colegiados, con lo cual, se supone que, en este caso, no tendrían esta cobertura.

Es una lástima que no haya un desarrollo reglamentario de la normativa de responsabilidad patrimonial, tanto a nivel estatal como catalana. Hubo una avocación del reglamento en su momento por la ley y nos dejaron sin reglamento. Y a nivel de Cataluña, en la ley 26.2010 del régimen jurídico y procedimiento administrativo común de Cataluña, hay un mandato específico al Gobierno de la Generalitat para que redacte un reglamento en materia de procedimiento de responsabilidad patrimonial. Estamos donde estamos y no se ha aprobado ese reglamento.

Bien, ese es el marco que se establece en relación a esta acción de repetición, insisto, que al nivel que yo conozco y el supuesto que conozco en Cataluña, es de muy poco uso.

Vamos a otra cosa, vamos avanzando. Tenemos también la propia ley del suelo, la estatal, que contempla los supuestos especiales en materia indemnizatoria por la actuación urbanística de las administraciones en el artículo 48. Es un sistema de respuesta patrimonial perfectamente compatible, que no desplaza el sistema general. Lo digo porque alguien alguna vez decía que los supuestos de responsabilidad patrimonial en materia urbanística son los del 48 y punto, y se acabó. No. Bajo mi punto de vista, no es así, y la jurisprudencia del Supremo y los autores y la doctrina, lo han descartado en todo momento.

De todo el elenco de supuestos específicos que da el legislador sobre responsabilidad patrimonial quiero destacar el de la letra D, que se hace en relación a la anulación de títulos administrativos habilitantes de obras o actividades.

Esto es un supuesto de responsabilidad, sobre el que podemos conocer más casos (anulación de licencias, etcétera), pero hay dos supuestos que son especialmente interesantes por lo que nos ocupa hoy aquí, como son la demora injustificada en el otorgamiento del título habilitante y su denegación improcedente.

Estos dos elementos se pueden casar con la viscosidad de la burocracia, porque la burocracia y la demora injustificada no pueden tener razón de ser. Me parece del todo injustificado, aunque legalmente o técnicamente lo puedes defender, que la aprobación de un plan general tarde ocho años. Es injustificado por muy participativo que tenga que ser, por mucho que estamos en este nuevo sistema de participación dentro de esta nueva gobernanza. Deben existir informes de todos los tipos, tamaños y colores, pero me parece exagerado ocho años de tramitación o tres años de algunos ayuntamientos para dar una licencia de edificación.

Objetivamente, hay unas realidades municipales que todos conocemos, con unas limitaciones, sobre todo los pequeños y medianos municipios. En los grandes municipios ya tengo mis dudas, pues que se me hace difícil entender esas tramitaciones de tres años para una obra nueva. El tema es qué entendemos por demora injustificada**. El Tribunal Supremo ha intentado darle contenido refiriéndose a cada caso**

concreto. Pero esa demora injustificada ¿proviene de la relajación del funcionario, o de los responsables de esa tramitación ¿. En Italia eso ha provocado la creación del responsable del expediente.

Y de la misma manera eso es aplicable a la denegación improcedente. Aquí ya a mí la cosa se me complica, porque ¿qué quiere decir una denegación improcedente? Claro, toda denegación ilegal es improcedente, de entrada. No se me ocurre otro supuesto de denegación improcedente. Y esto lo pongo en relación con el concepto de la desviación de poder. Es una figura que a mí me da mucho respeto, o al menos lo tendría que tener, pero luego ves la consecuencia jurídica de desviación de poder y está totalmente descafeinada en la norma.

Si nos vamos a los supuestos de invalidez de los actos administrativos, y vemos los del artículo 47, que son los de nulidad de pleno derecho, que es aquel acto administrativo que está condenado a muerte, no encontramos la desviación de poder. La encontramos en el siguiente precepto, en el 48, cuando habla de los supuestos de anulabilidad. Dice la norma que son anulables aquellos actos que contradigan el ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. La desviación de poder es una cosa grave. Creo que la desviación de poder tendría que ser cosa de la Champions, podríamos decir que es una cuestión que casi podría rozar el dolo.

Bueno, quería hablar de la desviación de poder porque tiene un tratamiento un poco singular.

Y dicho esto, quiero referirme a la actividad urbanística, y en concreto a lo que siempre se explica en las universidades en cuanto a **las potestades regladas y potestades discrecionales. Si bien el urbanismo tiene una dotación importante de esa potestad discrecional, sobre todo en la fase de planificación, vuelve a encontrarse esa potestad discrecional en la fase de intervención mediante títulos habilitantes**. La conclusión es que cuanto más discrecional es la potestad hay mayor riesgo y mayor posibilidad de exigencia de responsabilidad. Porque se hace difícil pensar que ante una potestad reglada pueda haber una actuación al margen de la norma, porque entonces sí que estamos hablando de cosas graves ya que la potestad reglada es una cosa casi de inteligencia artificial en el futuro. Vamos a introducir un proyecto en un sistema que conocerá perfectamente toda la legislación urbanística y será capaz, en esta actuación reglada, de comprobar si se cumplen las normas.

En definitiva y como conclusión, ¿cómo podemos de alguna manera contrarrestar la actual situación ¿. Yo lo veo difícil, porque cuesta enderezar las cosas viscosas, cuesta desprenderse de ellas. Yo creo que la solución pasa por un cambio cultural y un cambio legislativo y normativo para propiciar un cambio de visión de lo que es la actuación urbanística por parte de los poderes públicos.

La fuga del derecho administrativo: las tipicidades refugio del derecho penal

Cristóbal Martell Pérez-Alcalde. Abogado penalista

Presentación de Laia Soriano-Montagut

En este segundo bloque empezaremos con la intervención de Cristóbal Martell, reputado abogado penalista, como conocéis, experto en derecho público, en temas económicos y de responsabilidad penal. Va a hacer la primera intervención de esa segunda parte sobre la fuga del derecho administrativo, y en especial sobre las tipicidades del refugio del derecho penal. Así que, sin más, preámbulos, paso la palabra a Cristóbal.

Gracias. Bueno, mi agradecimiento, en primer lugar, a AETU por haber contado conmigo y darme la oportunidad de dirigirme a todos vosotros, y mi agradecimiento muy significado a los que entiendo que son los responsables, que no culpables, de que esté aquí, Pablo Molina, Sebastián Grau y Laia Sorianoi-Montagut. Muy agradecido porque realmente impacta hablar en un ámbito y frente a un auditorio que para mí es atípico, es decir, soy un intruso, soy abiertamente un intruso.

Soy como el invitado incómodo, el invitado impropio, la visita indeseada, pero claro esto es lo que representa el derecho penal en el ámbito administrativo, en el ámbito del urbanismo, esa visita indeseada, el plomo que viene cuando no tiene que venir. Pues esto es lo que hace el derecho penal invadiendo esferas que en principio no le son propias y señaladamente en el nuevo derecho penal de los nuevos bienes jurídicos y este entusiasmo punitivo que todo esto genera. Y claro, vosotros estáis muy habituados a la voz, la fuga, la fuga del derecho administrativo cuando se decía que la administración en determinados sectores, en determinadas actividades podía utilizar, señaladamente a través de las empresas públicas, de capital público, estas formas mercantiles en orden a la eficacia, la agilidad y todo esto.

Y estáis muy habituados a hablar de la fuga del derecho administrativo. **Lo que no es esperable es la fuga del derecho administrativo hacia el derecho penal, fuga hacia el derecho penal, expresión que acuñara Roxin realmente con acierto.** Y es que realmente, y este es el tema y va a ser el *life motive* transversal de mi intervención, vivimos ante una, a ver cómo lo digo sin ofender mucho, ante una indeseada fascinación por el derecho penal, ante una indeseada seducción del derecho penal que lo invade todo, lo invade todo y afecta a todos, afecta al legislador en primer lugar. El legislador, frente a cualquier problema, frente a cualquier conflicto, utiliza el remedio de modificar el código, modificar el código penal o denunciar una laguna intolerable de punibilidad. El tipo penal nuevo invade los medios de comunicación. Los divinos de la tertulia, los charlatanes profesionales son expertos penalistas.

No hay tertuliano que no sea a su vez un penalista de reputada agilidad. ¿Por qué? Porque es lo fácil, porque **en el sentir popular también se vive una sensación en cuyo mérito, si el derecho penal no interviene es que no se ha hecho nada. Si no vienen**

los de la UDEF con las armillas aquellas, aquellos chalecos y se llevan muchas cajas en las que normalmente no hay nada, es que no se ha hecho nada.

Si no hay ese impacto televisivo, si no hay el preso preventivo, si no hay condenas, si no hay derecho penal, la sensación social es de inanidad, no se ha hecho nada, el problema no ha sido afrontado con la energía que las cosas requieren. Este es el estado de las cosas y este estado de las cosas además es doblemente perverso. Diré luego por qué sus efectos serán perversos, pero digo que doblemente perverso porque es antinatura, es decir, es que hasta ofende a los principios configuradores mismos del derecho penal que en rigor nació para otra cosa y lamento, muchos arquitectos, más dirigido a vosotros que a los juristas, porque los juristas lo que voy a decir son realmente rudimentos muy elementales, pero creo que vale la pena recordarlos y es que el derecho penal no nace, ya no para este espectáculo y este circo, desde luego que no, pero es que nace con otra función dentro del conjunto del ordenamiento jurídico.

El derecho penal, decía Von Liszt en el programa de Magdeburgo, dentro de lo que era la llamada ciencia total del derecho penal, es amarga necesidad, es aquel remedio del que tenemos que acudir porque no hay otra solución, porque es una amarga necesidad. Frente a la amarga necesidad de la que hablaba Von Liszt, hoy el derecho penal es el festín punitivo, es la orgía de la pena, es realmente esto, la seducción indeseada. Ante a amarga necesidad que operaba como principio configurador, como el alma misma, acudimos sólo al derecho penal porque no tenemos otro remedio para atajar un problema, lo que iluminó el principio de subsidiariedad.

Cuando frente a un problema, frente a un conflicto, existen otros remedios al alcance del ordenamiento jurídico, el legislador no debe acudir a la cosa fácil de la tipificación punitiva y al castigo, produciendo en el ciudadano la más brutal de las intervenciones y ataques a su vida. Primero en términos de honor, porque el proceso ya es una pena, lo decía Von Liszt. La pena es el proceso, con la brutalidad de la pena, porque hablamos de penas privativas de libertad, cosas importantes. Y frente a esta idea de amarga necesidad, derecho penal mínimo, principio de intervención mínima, se olvida también lo que es el segundo principio configurador, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.

Se decía como principio configurador que el derecho penal va a intervenir, el legislador está llamado sólo a tipificar en defensa y en tutela de aquellos bienes jurídicos esenciales, elementales, imprescindibles para la convivencia. Mi maestro Pérez Victoria Hablaba de los delitos naturales, no de esta cosa de ahora de los delitos artificiales. ¿Y a qué se refería Pérez Victoria con lo de los delitos artificiales? Pues los llamados **nuevos bienes jurídicos, aquellos otros intereses sin duda dignos de tutela, con los que todos creíamos que bastaban otros remedios del ordenamiento jurídico pero que hoy se han incorporado con tipos normalmente abigarrados y atormentados, con tipos penales, con descripciones típicas realmente muy abigarradas, que se han incorporado al código penal; el derecho penal del medioambiente, el derecho penal de la propiedad intelectual, del secreto de empresa y del urbanismo, que está entrado fuerte.**

Esta es la segunda perversión, pero es que estas perversiones además, -discúlpeseme porque me voy a poner muy poco jurista y muy ciudadano- , se producen en un contexto

sociológico tremendo y voy a ser muy políticamente incorrecto. El primer elemento de distorsión que lo intoxica todo es lo que algún sociólogo del derecho alemán llamó la sustantividad de la víctima. Frente al viejo derecho penal donde la norma era la carta magna del delincuente, un marco de garantía en ese diálogo brutal del Estado frente al ciudadano, **hoy la víctima ocupa el eje del sistema.**

Toda solución es una ofensa a la víctima. Cuando hay una solución es un fracaso del sistema, se ofende a la víctima. Se nos hablaba de la tentación de la inocencia. Es que lo que mola ahora es ser víctima. Esto es lo que está bien, ser irresponsables, ser niños toda la vida, ser víctimas. Y esto es un fenómeno sociológico y la víctima en el eje del sistema. La protección a la víctima, más inventada que real, es especialmente sangrante porque cuando hay una solución se ofende a la víctima.

Cuando hay una solución el sistema ha fracasado y esta voz de la víctima va a condicionar la aplicación de derechos.

En el ámbito del urbanismo me voy a referir a las víctimas del urbanismo. ¿A quién me refiero cuando hablo de las víctimas? ¿Quiénes son estas falsas víctimas que invaden el urbanismo con un alarido de dolor? Los llamados gestores de la moral colectiva. Los nuevos gestores de la moral colectiva. Las feministas, los consumidores, los vecinos, los ecologistas, son los nuevos gestores de la moral social colectiva y en un contexto además donde en España existe la acción popular.

En España, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, existen estas asociaciones, estos nuevos gestores de la moral colectiva, depositarios de la verdad, que satanizan al juez que absuelve, que satanizan al juez que defrauda sus expectativas inquisitoriales y archiva.

Estos nuevos gestores de la moral social colectiva además en España tienen voz procesal porque en España existe la acción popular que permite comparecer sin ser el titular del bien jurídico tutelado y protegido en la concreta atipicidad penal. Tienen legitimación activa del proceso y comparecen. Ya sé que todo esto es muy incorrecto, pero esto es el marco que tenemos. Nuevos gestores de la moral social colectiva, la protección de la víctima sobre el procesado para, finalmente, satanizar a aquel juez que lo único que quiere es aplicar al derecho. Y estamos cansados de oír esta frase de estos colectivos de que queremos sentencias valientes. Pero ¿qué quiere decir una sentencia valiente? Digo yo que queremos sentencias que apliquen el derecho en términos de seguridad jurídica, con adecuación al principio de legalidad, que es lo que nos dio la garantía de que la ley penal es el trasunto de la voluntad popular, de la tipificación de conductas que se entienden gravemente lesivas, por arreglo al carácter fragmentario de la protección del bien jurídico, que se estiman gravemente lesivas para el bien jurídico. Y este sencillo esquema preñado de garantía está sencillamente alterado y, es lo más grave, altera al aplicador del derecho, pero sobre todo altera al legislador.

Habéis puesto el acento en las intervenciones anteriores en algo que es el último y más perverso de los resultados, cuando hablabais de este **concepto italiano del miedo a la firma**. **Es que al final el sistema frente al funcionario lo que genera es la parálisis porque no hay nada mejor que el no hacer, esto es lo fácil**. Desde luego si no hago

no voy a ser perseguido penalmente, es decir, cuando hablamos del ejercicio defensivo de la función pública señalamos que el sistema está afectado de parálisis por esta amenaza penal tan brutal. No, es que al final acaban absolviendo, como decía el profesor Baño. Sí, ocho años después. Y el viacrucis de los ocho años este concreto funcionario ya lo ha padecido en su honor, su dignidad.

En la ponencia hablaba de los tipos refugio y voy a hacer referencia en primer lugar a lo impactante que es leer cómo además el legislador invita e incita a esta inactividad. Me refiero a la atipicidad de la prevaricación urbanística. El artículo 320, como lo describió el profesor Baño, es una atipicidad que castiga al que informa favorablemente al desarrollo urbanístico; el que informa negativamente, con dolo de contrariar el derecho, no va a ser perseguido por el 320, tampoco al que vota en sentido negativo que impide el desarrollo urbanístico. No, sólo es el informe favorable el que está en el ámbito de punición objetivo del precepto. **Es sorprendente como el legislador invita a la inanidad, a la inacción, al miedo a la firma.**

No tengas miedo, no hagas nada; o informa negativamente y frena el desarrollo.

Ésta es la primera solución, pero es verdad que después existen tipos penales de recogida. Puede que una conducta no sea constitutiva de un 320 por prevaricación urbanística, pero como tipo de recogida residual tenemos la prevaricación ordinaria, la prevaricación común que nos puede servir de recogida, con algunas dificultades en materia de participación y de inducción y de cooperación necesaria que son complicadas. Pero realmente habría remedios para aquel que omite porque en la prevaricación común cabe la modalidad omisiva. Para aquel que omite o informa negativamente podríamos llevarle otras tipicidades de refugio.

Me voy a referir también a la prevaricación como este tipo penal que del "quiero invadirlo todo". ¿Cómo se mide el carácter grosero, flagrante de la contradicción con el ordenamiento jurídico? Recordemos que la prevaricación tiene dos elementos, un elemento objetivo que es la resolución contraria al ordenamiento jurídico objetivo y en la esfera subjetiva el dolo directo de primer grado de conocer y querer esta contrariedad. Efectivamente es difícil establecer en términos de principio de gradualidad qué contradicciones al ordenamiento jurídico merecen de la reacción punitiva y cuáles deben quedarse en el ámbito de la nulidad administrativa y del ámbito puramente administrativo.

Creo que ésta es una razón de la duración de ocho años después de sufrir el viacrucis del proceso. Pero aquí el Tribunal Supremo ha hecho algo bien y es la ultimísima doctrina en materia de prevaricación. Cuando antes se adjetivaba para dotar de relevancia penal a la infracción objetiva del ordenamiento se decía que hacía referencia a aquella infracción flagrante, grosera. Son palabras y palabras pero hoy hemos dado un pasito más y el Supremo no lo ha hecho mal. **Hoy la doctrina es que existe gravedad cuando la interpretación jurídica del funcionario no responde a ninguno de los sentidos literales posibles dentro de la ley**. Esto nos da un poco de oxígeno porque ya no se está dentro del sentido literal.

Yo creo que en materia de prevaricación venimos a mejor fortuna. Voy a hacer la referencia a tipos penales de los que se ha hecho referencia antes, por ejemplo, la malversación presupuestaria en la aplicación del uso del fondo público a destino público distinto. Lo que es históricamente la malversación presupuestaria.

La reforma ultimísima de la malversación todavía no tiene recorrido jurisprudencial pero quiero dar un mensaje de tranquilidad, sustentado en la vieja doctrina de cuando el tipo penal estaba vigente antes de la reforma del 96, y era una doctrina que se construía a partir de la antifinalidad material, es decir, la conducta delictiva no sólo es la formal subsunción de la conducta en la descripción típica sino que además exige un plus de reproche que se llama antifinalidad material, esto es, la efectiva ofensa, lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado en cada tipicidad de que se trata. Se trata de cuál sería el bien jurídico tutelado por una malversación presupuestaria, no porque hoy el caudal es público o se dé con fin público existiendo como existen además expedientes de modificación de crédito. Lo único que habría hecho el funcionario es no haber tramitado el expediente de modificación de crédito presupuestario y haber tirado a la directa. Había una riquísima jurisprudencia que absolvía en materia de malversación presupuestaria porque se decía no hay ofensa al bien jurídico tutelado ni caudal ni gestión presupuestaria ni de ejecución presupuestaria.

El legislador hizo un disparate que aun no entiendo hoy a qué responde, pero creo que hay razones para la esperanza de que este tipo no tenga una aplicación tan disparada como disparatada fue la redacción del término, con la madre de todos los escándalos, la madre de todas las pistas de circo: el delito de tráfico de influencias. Me da hasta vergüenza referirme a esta tipicidad por determinados grandes funcionarios y grandes arquitectos que hoy están en esta sala que sufrieron la penalidad del proceso y el escarnio del proceso y finalmente fueron absueltos. No sabía que iban a estar aquí, pero me voy a referir un supuesto que les afectó. El tráfico de influencias es un delito que surge del modo más tonto. Estamos a puerta cerrada ¿verdad? Surge del modo más tonto, surge de la presión social frente al caso Juan Guerra.

Juan Guerra tenía una mesita en la delegación del gobierno de Sevilla donde hacía de conseguidor. Se ganaba unos rendimientos de esa actividad de conseguidor y se dieron cuenta de que la actividad de Juan Guerra no conducía a infracciones del ordenamiento, porque se cuidaba muy mucho de que todo aquello que conseguía estuviera dentro de la legalidad. Solo facilitaba, agilizaba, era un dinamizador, no era un infractor del ordenamiento, era solo un dinamizador. Se dieron cuenta de que esta conducta no tiene previsión típica. Fue Minoría Catalana que propuso la tipificación del delito de tráfico de influencias y es un tipo algo abigarrado pero la redacción no estuvo mal. Es un tipo penal que tiene como acción típica, como conducta típica el influjo de uno sobre otro, sobre el funcionario llamado a intervenir en el expediente. Pero no es cualquier influjo, es un influjo que ha de producirse con abuso y ahí empiezan ya los problemas. La etimología de “abuso” significa usar más allá. Es aquella relación entre dos que le da otro una superioridad sobre el uno y ahí empieza mi mensaje de sosiego. Tiene que ser una superioridad que anule la voluntad del funcionario, o sea, que altere su voluntad en tales términos que anule la voluntad. Es un ataque a la voluntad del funcionario, un ataque a la libre formación de la voluntad del funcionario en el momento de tomar su decisión administrativa, en el momento del dictado de su resolución. **Luego resulta**

que el mundo se hace hablando, se construye hablando y la gente se conoce y tiene trato social y esto conduce a la imposibilidad de parlamentar, de interlocutar con el funcionario en términos de peligro de aplicación del tráfico de influencia.

Para determinados talibanes hiperbólicos a lo mejor sí que cabe ejercer la acusación, pero realmente hay que entender que la tipicidad da juego para salir airoso porque, insisto, es abuso.

El sistema constitucional está construido sobre unos entes que vertebran la voluntad política del ciudadano y se llaman partidos políticos, y resulta ser que a efectos penales pertenecer a un partido político es un síntoma y un indicio de sospecha y de criminalidad.

Para volverse loco. Pero si recordamos que algunos partidos políticos se han convertido en agencias de empleo y de colocación pues a lo mejor no está tan errado en los tribunales si alguien en un partido político le quita la razón a su compañero de militancia. A lo mejor esto le genera ser condenado al ostracismo de por vida. De todas maneras, me resulta curiosa esta jurisprudencia que habla de abuso por el solo hecho de pertenecer al mismo partido.

Dicho esto, hay remedios en la tipicidad para para para salir airosos y es que en el tipo penal del tráfico de influencias la conducta que se pide del funcionario no necesariamente ha de ser injusta, puede ser justa e injusta. Es decir, es un influjo para que otro dicte una resolución que puede ser justa. Es que si fuera injusta sería otra cosa, sería una inducción a la prevaricación. En este caso puede ser hasta justa y esta es la carga de peligro que tiene, porque el mundo se construye sobre gente que pide cosas justas y los funcionarios que resuelven cosas justas, pues el resultado justo como como elemento resultante de la tipicidad está ahí.

Frente a esto hay algo que aparece en la segunda sentencia del Tribunal Supremo acerca del asunto del hotel del Palau de la Música que lo dice el ponente Luciano Varela (7 de junio del 2016) *obiter dicta* y que está acudiendo a lo que en Alemania se conoce como el principio de adecuación social. Es una causa de atipicidad. Hay determinadas conductas que son subsumibles en la tipicidad objetiva, pero, dicen los alemanes, son conductas adecuadas socialmente y no pueden ser castigadas**. Esto es el principio de adecuación social y esta sentencia lo acaba diciendo, contradiciendo el redactado típico que habla de resolución justa como elemento del tipo que no sería típica y condenable si la finalidad se refiere a una resolución exigible ilícita, pues podría considerarse socialmente adecuada**. A ver si en otras resoluciones el Supremo se anima a asumir esa mejor jurisprudencia.

Aquí en Cataluña este ha sido un asunto paradigmático de lo que fue una mala utilización del derecho penal. Escribió un artículo magnífico sobre el particular Carlos Pareja en La Vanguardia. Fue el ejemplo paradigmático de la mala utilización del derecho penal. Claro que aparecía el nombre Millet, que representa un icono del mal y esto, como decía Nieche, intoxica todos los pozos y quedó intoxicada una operación urbanística que, sencillamente, era un ejemplo de pureza, de buena técnica urbanística jurídico-administrativa. Era una permuta de usos de residencial por equipamiento. En

México tienen un sistema muy divertido. Cuando acaban un escrito dirigido a la administración siempre dicen “protesto lo suficiente”.

Es un bombazo el daño que puede hacer una aplicación hiperventilada del derecho penal. Alejandro Jiménez Marconi decía ¿qué es el derecho administrativo? Pues es aquello que debe existir para que las cosas de la administración funcionen**. Parece que el derecho penal a veces viene, pero para quedarse y además para que las cosas no funcionen y para destruir vidas y destruir honores y dignidades que después se restañan, pero ocho años después o nueve años después, con dolor de propios extraños.**

Espero no haber sido muy apocalíptico porque creo que también hay una luz para la defensa y para la esperanza, pero este es el cuadro que hoy tenemos

Propuestas para aliviar el fenómeno de la burocracia defensiva desde la normativa

Ángel Marinero Peral. Arquitecto. Secretario General de Medio Ambiente, Vivienda y Ordenación del Territorio de la Junta de Castilla y León. Miembro de AETU

Presentación de Pablo Molina

Continuamos con la sesión. Está bien que haya hablado Cristóbal ahora porque nos ha dejado esta sensación, esta inquietud, este desasosiego sobre la aplicación de los tipos penales y sobre los riesgos que vamos corriendo con comportamientos que efectivamente consideramos ordinarios de nuestro día a día.

Ángel Marinero es secretario general de Medio Ambiente, Vivienda y Ordenación del Territorio de Castilla y León. Es miembro de AETU desde hace muchísimos años y además es la persona que nos facilita las modificaciones normativas del BOE. Es la persona que tiene el derecho urbanístico de las 17 comunidades autónomas en su cabeza y es una verdadera suerte que podemos tenerlo aquí, hablando de estas soluciones.

Intervención de Ángel Marinero

Gracias a todos por vuestra invitación para compartir esta jornada tan interesante. Es la primera vez que los que estamos en este ámbito del urbanismo hablamos en estos términos. Ha sido acogida con mucha curiosidad. Ya le decía a Cristóbal que la verdad es que hablar después de la intervención del derecho penal da un poquito de suspiro, de ansiedad. Yo por ejemplo estuve imputado un año y creo que tuve suerte. **Pero es verdad que el aspecto de la responsabilidad es uno de los elementos clave en la actitud defensiva del funcionario**.

Yo voy a hablar de otra responsabilidad que tiene el riesgo de ser mal acogida. Porque voy a hablar de hacer más normas, y es posible que en la sala haya gente que diga: "dígale a sus amigos legisladores y a sus amigos administradores que hacen decretos que paren un poco", que ya nos la han liado bastante, que lo pondrán peor todavía. Estamos hablando del conjunto de las comunidades autónomas de España, del número de normas y del número de modificaciones, pero no hablo del número cuantitativo, sino que también está el elemento cualitativo. De la complejidad que da la dispersión formal. Y también está el aspecto de que esos cambios en un periodo breve se hayan hecho mediante leyes de medidas, o mediante decreto ley.

El decreto ley se ha impuesto. Antes estaba reservado al Estado y ahora las Comunidades Autónomas lo utilizan con gran libertad y por tanto son normas que no se han hablado con los sectores implicados, que no han tenido participación pública, que la gente no las conoce, que aparecen de repente, un día en el boletín. O incluso mediante leyes sectoriales. Es decir, la parte más difícil es que la ley de urbanismo de una Comunidad Autónoma se cambia con la ley de vivienda, con la

ley de medio rural, con la ley de medio ambiente, hasta con la ley de la infancia y la adolescencia.

Yo las normas siempre las miro al revés. Lo único que no hago es leer las exposiciones de motivos, que es prosa tóxica y retórica. **Directamente miro las disposiciones finales, para ver, por ejemplo, si la ley de la infancia y la adolescencia en Extremadura ha cambiado la ley de urbanismo. Lo ha hecho, lo hace a veces. Y entonces, el funcionario ¿cómo se va a enterar de las nuevas normas ¿.**

Esto, además, pues pasa en toda España, es decir, hay una cierta igualdad. Simplemente en ese periodo de seis años vemos que cuatro Comunidades han hecho, en términos urbanísticos, una revisión completa de su normativa. Otras siete Comunidades, entre las cuales esta Cataluña, han tenido cambios significativos, relevantes, numerosos, y luego hay otras que han tenido cambios menores, pero todas han legislado. En el año 23, solo en un año, todas menos dos habían hecho algún cambio en su normativa urbanística. Y bueno, vamos a verlo en Cataluña, que esto lo conocerán ustedes perfectamente, pero simplemente para que lo vean desde este punto de vista. El texto refundido de la ley de urbanismo catalana, que es del año 2010, se ha modificado 18 veces, 6 antes de 2018 y 12 después de 2018.

O sea, se ha doblado el ritmo. **Cuando una ley de urbanismo, una ley sectorial importante como es la de urbanismo, una de tantas, pero es una importante, te la cambian más de una vez al año creo que es como rebasar el límite de la toxicidad**.

Es decir, el funcionario bizquea y hace así y ha cambiado la ley. Me voy de vacaciones y han cambiado la ley. Nos contaba Jesús María Ramírez, que está por ahí, cómo un arquitecto municipal de Tudela se negaba a aplicar las leyes. Le decía, oye, pero que esto sale en el boletín oficial. Y él decía, bueno, bueno, ya iremos viendo, porque a lo mejor el mes que viene ha cambiado. Hay que convivir con esta realidad.

Y además, el reglamento se ha cambiado 12 veces y de ellas 6 desde 2018, un poquito menos. Y además se han aprobado desde el año 18 hasta aquí otras cinco normas relevantes con incidencia sobre el ámbito urbanístico. La protección del litoral, la de las áreas de promoción económica, la de mejoramiento urbano ambiental de barrios, el decreto ley de viviendas de alquiler turístico y un decreto ley de acceso a vivienda que es de contenido importante, contenido urbanístico.

Porque claro, luego hay otro tema. Llegamos a las tendencias. Está claro que hay una tendencia en las normativas, que es lo que se llama la gestión motorizada. En todo el ámbito del derecho administrativo, en el urbanismo, esta tendencia es clara. **Los cambios de unas normas te obligan a cambiar otras, hay normas multiobjeto, plurimodificativas, que no se pueden realmente gestionar de ninguna manera**. El efecto nocivo de la normativa COVID y como yo tenía la metodología, me pidieron que también se hiciera el código de la normativa COVID, de la normativa ejecutiva.

Y eso dio lugar a la aprobación en toda España de 3.548 normas, 153 en Cataluña. Normas de usar y tirar, normas que ni siquiera muchas de ellas se han derogado. Entonces, eso genera ese efecto de normativa basura, que ha traspasado fronteras y de alguna forma contamina la práctica normativa con el éxito del decreto ley.

Yo el otro día, en Tenerife, tuve una discusión amigable con un vice consejero de Canarias, donde habían aprobado un decreto ley de medidas urgentes en materia de vivienda, porque le decía que había que ser valiente. Apruebas una norma que no has consultado con nadie, ni con expertos, ni con agentes, ni con ayuntamientos, la norma de vivienda. La has hecho en un fin de semana, te has ido al caserío y has hecho la norma. Va a estar mal, va a estar mal, seguro, porque no la has consultado ni con tu mujer, y por tanto la vas a tener que cambiar al mes.

Bueno, pues **han modificado el decreto ley antes de que el Parlamento lo convalidara. Con lo cual, cuando el Parlamento canario lo ha convalidado, nadie sabe cuál ha convalidado, si el primero o el segundo**. Es un caso real. Además, nosotros también lo hacemos, nosotros también nos salimos del urbanismo. Por supuesto la vivienda es nuestra, el medioambiente es nuestro, el reto demográfico es nuestro, el género, por supuesto, la recuperación económica, todo es nuestro.

Un decreto ley de simplificación es muy necesario. 619 páginas del Código Fiscal. Entramos en bucle. Es que hay que simplificar un montón, pero claro, te llega por la mañana el arquitecto municipal de Tudela, lo digo siempre porque Jesús Marín me ha dado el ejemplo, y claro, el hombre se encuentra con 619 páginas de simplificación, y es que me voy a la cama.

Entonces, vamos al tema que me he ocupado.

Tendencias normativas relacionadas con la burocracia defensiva. La verdad, con esta finalidad explícita, ninguna. Este es un tema tabú, un tema hasta vergonzante. Es decir, no nos podemos meter con los políticos, pero no nos podemos meter con los funcionarios.

Hay, desde mi punto de vista, **cinco líneas de trabajo normativo, que ahora expondré, que tienen esta finalidad implícita, y vamos a asomarnos a las cinco**. Cuando hablo de finalidad implícita, quiero decir que oficialmente se hacen para otros fines, pero hay finalidades explícitas, como cuando dices que la norma está a favor del desarrollo sostenible, o de la igualdad de género, o cualquiera de estas cosas que hay que decir, pero luego también tienes otras finalidades para las que se hace la norma y eso no se dice de forma tan abierta y clara.

La mala noticia, desde mi punto de vista, es que ninguna de estas líneas de trabajo, ni explícita ni implícitamente, buscan o pretenden o aspiran a solucionar el problema. Aspiramos simplemente a convivir, a adaptarnos.

Esto es como el cambio climático. Están los que creen que se puede hacer políticas que te lleven a retrotraer el cambio climático, a eliminar el cambio climático, a revertir el cambio climático, y están los que te dicen, lo que tenemos que hacer es adaptarnos, porque esto va a pasar, tenemos que adaptarnos, tenemos que convivir, y estas dos líneas van en ese sentido. Por lo tanto, si alguien está trabajando en alguna solución del problema, lo desconozco. Pero las normas que se están aprobando son para adaptarnos a una realidad que no sabemos cómo manejar y que está ahí.

Bueno, pues vamos con las cinco líneas de trabajo normativa.

La primera es muy sencilla y obedece al siguiente pensamiento:

Si los funcionarios van tan lentos, es porque tienen mucho trabajo y por tanto vamos a quitarles trabajo.

Por tanto, vamos a llevarnos de la burocracia municipal el tema de la licencia, mediante declaración responsable y así le quitaremos trabajo a los funcionarios. Bueno, pues eso se hace mediante unas normas que someten más proyectos a dedicación responsable. Hay normas que lo limitan al ámbito municipal, hay normas que lo hacen como opcional para el ayuntamiento, otros que dicen que se aplicará en todo el territorio.

Y eso me lleva a lo que llamo el enfoque cualitativo, a cómo hagas la norma.

Como en la elaboración de las normas intervienen los que están a favor, intervienen los que están en contra, al final se llegaa a un pacto, se lleva a un acuerdo, se hace mucho tráfico de influencias. Es la famosa frase atribuida a Otto von Bismarck, comparando la elaboración normativa con la fabricación de las salchichas. Es algo que no vemos de cerca. Modernamente los fabricantes de salchichas protestan, porque dicen, no me compare usted, por favor, que yo las salchichas las fabrico en un proceso moderno, limpio, tecnológico que no tiene nada que ver con las fabricaciones antiguas. Pues lo que ocurre en los procesos normativos es que a veces queremos someter determinada actuación a declaración responsable, pero ponemos tales cautelas, tales exigencias de documentación, de traer tales cosas que al final lo dejas hasta peor. Hay alguna comunidad autónoma que dice, no, mire usted, déjenme con la licencia que ya sabía cómo se hacía, que me lo ha hecho más complicado todavía. O sea, podemos decir que cuando vamos a simplificar o a hacer procedimientos nuevos depende mucho del enfoque que adoptemos.

Vamos a la segunda línea de trabajo, que es un poco más complicada.

Esta es la más noble, porque si la anterior era quitarles trabajo a los funcionarios, esta lo que busca es reeducar a los funcionarios, conseguir una aspiración muy noble, buscar fórmulas para amortiguar ese efecto dilatorio de los informes sectoriales.

Vamos a los matices, que siempre es lo importante. Volvemos a tener cuantitativamente procedimientos susceptibles de someterse a coordinación. Podemos enfocarlo con un objetivo modesto, es decir, simplemente yo lo único que quiero es que todos los informes se pidan en el mismo momento, por los mismos plazos y con los mismos efectos, y tener esa tranquilidad.

Hay normas que son más ambiciosas, que proponen llegar a un informe único de la Administración Autonómica. Pero la Administración Autonómica se pronuncia sobre el Planeamiento Urbanístico Municipal con un solo informe y muy a menudo llega un

informe de patrimonio cultural y se contradice con el informe de telecomunicaciones, con el informe de carreteras. Se trata de intentar que esto no pase. Se crean órganos consultivos especializados, pero yo creo que se necesita una fuerte autoridad interna para mantener esa coordinación, para que la gente no se desmande, y hace falta un cierto esfuerzo en el tiempo, porque esto a lo mejor funciona bien un tiempo y luego empieza a degenerar.
De hecho, ya venimos de un sistema de comisiones de urbanismo, donde participan los técnicos de otras administraciones, de otros departamentos, pero con el tiempo se habían convertido en inoperantes.

Vamos a ver la tercera línea de trabajo.

La primera era quitarles trabajo a los funcionarios, la segunda era reeducar a los funcionarios y la tercera es prescindir de los funcionarios. Vamos a sustituirlos por entidades colaboradoras, que son entidades privadas, que van a hacer los informes que hacen los funcionarios.

Esto está arrasando en la normativa urbanística ahora mismo. Los ejemplos
más recientes se están introduciendo en las leyes, y como esto de la normativa urbanística tiene mucho de moda, yo mismo también estoy ahora arrastrando una variante para poder aplicarla, y vamos a ver sus peculiaridades. De nuevo el enfoque cuantitativo es muy importante. Se trata de ver qué cosas les doy a estas entidades, qué cosas les atribuyo Y también su la aplicación territorial, es decir, en todo el territorio. Puede ser opcional para la administración, si lo determinan las administraciones locales o no, si hago declaración responsable o sujeto a licencia, o si aquí entran las entidades certificadoras, colaboradoras, o no entran.

A mí me da mucho miedo, porque esto de que en una zona se haga de una manera y en otra de otra manera es desigual y la gente es muy sensible a la igualdad

Hay una vía de trabajo que es darle autonomía al ayuntamiento para utilizar o no utilizar. A lo mejor no es lo mismo el problema de un ayuntamiento que está bien organizado y las licencias salen en cuatro meses, en cinco meses, que el ayuntamiento de Ciutadella que están en cuatro años.

En el enfoque cualitativo se trata de identificar las funciones: funciones de verificación y control. Aquí normalmente se da más poder a los ayuntamientos para transferir por ejemplo los certificados de conformidad a una entidad colaboradora, que al final lo va a hacer un personal que tiene la misma cualificación profesional que los funcionarios, pero que no son funcionarios. Lo que se suele decir es que a lo mejor al final echas de menos a los funcionarios, porque no sabemos el éxito que esto va a tener. Yo intento no ser demasiado crítico porque mi idea era hacer simplemente la enumeración objetiva.

Bueno, ¿capacidad para sustituir efectivamente a los funcionarios o solo funciones de apoyo? Por ejemplo, aquí en Cataluña se ha dicho en la norma que el informe de una de estas entidades tiene el mismo valor que el informe técnico municipal. Es digamos de lo que más lejos se ha llegado en ese sentido, pero al mismo tiempo, todas las normas dicen que estas entidades no pueden ejercer protestades públicas. Entonces, aquí nos

falta la práctica de cómo esto va a ir funcionando. Luego están apareciendo también los colegios profesionales, los de arquitectos, que consiguen a veces tener un trato parecido. Entonces hay leyes que dicen que todo esto que pueden hacer las entidades colaboradoras también lo pueden hacer los colegios profesionales mediante un convenio.

La cuarta línea de trabajo es la que a mí me parece más simpática, porque se trata de ayudar a los funcionarios. No quitarles trabajo, no sustituirles ni reeducarles, ayudarles con una base tecnológica mediante la irrupción de los medios tecnológicos, la normalización, que es lo que nos lleva a eliminar la discrecionalidad, y la digitalización, pues avanzan en paralelo, la una nos permite la otra, la otra necesita la una. Instituciones, como se han hecho, como el Plan Básico, que tienen algunas unidades autónomas, para que los ayuntamientos pequeños tengan una especie de plan modelo que aplicar, así como las normas institucionales técnicas.

Actualmente en una media hora puedo ver exactamente qué es lo que se puede hacer en cualquier parcela, y en una hora ya entramos en la catástrofe de Google Maps. Entramos en una serie de instrumentos auxiliares, y tenemos una idea clara de lo que está pasando allí.

Claro, la gente se queda un poco asombrada de que les contestes en un tuit, así rápido. La gente dice, oh, qué guay, tal vez puedo aquí rascar algo; ya se ven, digamos, haciendo caja.
Pero entonces debes aclarar: bueno, esto, a lo mejor, si se va de licencia directa en suelo urbano, en un ayuntamiento bien organizado, cuatro meses, cinco meses. Pero a si te han de cambiar el planeamiento, dos años. Licencias ambientales y ese tipo de cosas, cuatro años. Y ¿si cambia el ayuntamiento ¿, ah, bueno, yo hablo de plazos mínimos; los máximos, no tiene máximo. Entonces, claro, la gente se queda muy sorprendida, y algunos creen que les engañan y desconfían, porque dicen, ¿cómo es posible que tú me digas en una hora qué es lo que se puede hacer aquí?, y luego la administración, para reconocérmelo, me estás hablando de meses o años, entonces. Antes el arquitecto municipal era el intérprete, el guardián del secreto del planeamiento urbanístico. Nadie, salvo él, sabía lo que se podía hacer, había una coherencia entre ambas cosas. La gente acudía allí y sacabas la bola de cristal y decías, pues tú dos plantas, tú cuatro plantas y tal, y nadie cuestionaba esto, pero hoy en día, claro, esto genera mucha tensión. A una amiga mía el otro día le dije lo que podía hacer en una parcela. Se va al ayuntamiento en una actitud agresiva, diciendo ¡es que me ha dicho mi amigo Ángel lo que aquí se puede hacer ¡.

He puesto ahí lo de la inteligencia artificial con un interrogante, porque oigo que se habla, pero desde luego no ha llegado a propuestas normativas.

Vamos a la última línea de propuestas, que es la que me resulta más odiosa.

Es lo que vemos ahora mismo en todos los ámbitos de la vida, pero donde está claro y nadie lo cuestiona es en los aeropuertos. En los aeropuertos, desde que entras para facturar o para el control de seguridad, tienes el carril VIP. Si pagas más, todo es mejor y más rápido.

Entonces, ahora en la administración hemos inventado, -bueno, está inventada hace tiempo, pero ahora está muy difundida- una fórmula administrativa especial, el VIP, para proyectos especiales VIP, que va a ser más rápido y que va a ser mejor. Es decir, ya no es un tema de los funcionarios, ni hay que reeducarles ni crearles trabajo, sino que hacemos un puente de plata. Pero ¿qué ocurre?. Yo creo que esto tiene mucho que relacionar con la intervención del derecho penal.

Antes se llamaba tráfico de influencias, cómo favorecer lo que hacía tal profesional en su despacho. Bueno, pues se cogía el teléfono, y digo mejor con acento extranjero, que voy a crear mil puestos de trabajo. Se despliegan las alfombras, se convocan ruedas de prensa inmediatamente. A esto le hemos dado una forma diferente. Ahora que es un procedimiento. Esto es más modernizar, ¿no?. Es hacer proyectos a la carta para cosas determinadas, un carril VIP. Bueno, esto, como veis, ha tenido un éxito tremendo en toda España y se está aplicando ya.

Vamos a ver los matices, que es lo interesante. Es lo mismo que casi todo lo que hemos estado viendo. Se trata de que metamos más o menos potestades para sustituir al planeamiento urbanístico convencional, o incluso para modificarlo directamente, que incluso le demos efectos expropiatorios, que lo apliquemos sin restricciones a todo el territorio o bien que sea necesario que haya un ámbito, un interés supramunicipal; si le damos una voz vinculante al ayuntamiento o no se la damos, o esto si lo imponemos, o hasta qué punto hay una extensión de controles municipales. ¿ Estamos haciendo una reproducción mimética de un procedimiento urbanístico clásico, o bien estamos haciendo un auténtico carril VIP para iniciados ¿.

Bueno, pues estas serían las cinco líneas en las que se está trabajando.

Hago un pequeño resumen final.

La legislación motorizada está entre las causas del fenómeno de la burocracia defensiva, pero creo que no es la única y que hemos visto otras. La proliferación, la dispersión, la baja calidad normativa crea confusión y temor entre los funcionarios que han de aplicarla. La difusión del decreto ley está teniendo un efecto nocivo en todo el ámbito administrativo porque en la que no hay un proceso de participación, que sirve para que la gente se entere de que hoy se está modificando tal ley. Se genera una cierta inquietud, una cierta curiosidad, se hacen jornadas sobre las novedades del proyecto de ley. Eso desaparece cuando aparece un decreto ley una mañana en el boletín oficial y te dicen, ¿ te has enterado?, ha salido un decreto ley. Y nadie sabe lo que pone porque los decretos de ley, además, tienen 100 páginas. Entonces se tarda un tiempo en saber lo que pone y ha entrado en vigor al día siguiente. Los decretos de ley siempre entran en vigor al día siguiente o incluso, -esto se hace mucho en Cataluña- , el mismo día, como para asustar más todavía. Te dices tenía que haber madrugado más, pero entonces ese día el funcionario no trabaja. No esperéis que el día que se apruebe un decreto ley que entra en vigor ese mismo día un funcionario haga un informe, porque no sabe qué va a poner, no sabe si han modificado la ley, -muy probablemente la han modificado- , pero espera que se lo diga alguien.

No existe ninguna propuesta normativa que yo conozca, con la finalidad explicita de tratar lo que aquí estamos hablando, pero las cinco que he comentado están ahí, con distinto alcance, muy perjudicadas por esa baja calidad normativa, por esa improvisación de los decretos ley. Mientras tanto, termino con esa reflexión: ahora mismo tenemos la propuesta en el Congreso de los Diputados, con una ley básica que dé algo más de seguridad jurídica al urbanismo en España.

Entre el derecho a una buena administración y el chapapote administrativo en el urbanismo

Juli Ponce Solé. Catedrático Derecho Administrativo Universidad Barcelona. Co-director de la Cátedra Barcelona de Estudios de la Vivienda.

Buenos días, un placer estar aquí. Quiero agradecer a AETU y a las personas que han coordinado esta actividad la oportunidad de estar hoy aquí. Lo que se ha tratado hasta ahora me va a permitir pasar por encima de temas que ya se han dicho, ya que no quiero reiterarme. Eso me va a permitir concentrarme en algunas cosas que quizás se han analizado menos y dejar encima de la mesa cosas para hablar luego.

Les voy a hablar de chapapote, este sludge, del que proviene esa idea de viscosidad, y de la **necesidad de generar infraestructuras de buen gobierno y de buena administración, para intentar buscar propositivamente qué se puede hacer a corto, medio o largo plazo**. Aunque, como decía Keines, a largo plazo todos estaremos muertos, entonces es algo que puede suceder.

Yo voy a dividir mi exposición en tres partes, más algunas reflexiones finales. De hecho, recojo cosas que ya se han dicho y voy a añadir alguna cosa nueva. Voy a hablar sobre la viscosidad y la burocracia defensiva, pero nada más que para enlazarlo inmediatamente con el hecho de que la burocracia defensiva, con esa expresión tan bonita, va a tener un éxito tremendo.
Pero no es nada más que una expresión de la mala gestión pública. Esto es el concepto jurídico de mala administración, que es el opuesto al de buena administración. Y ahí voy a entrar en el apartado tercero a explicarles que tenemos ya una consistente jurisprudencia, menos conocida porque no es tan sexy como la burocracia defensiva, en el ámbito del urbanismo sobre el derecho a una buena administración y las obligaciones que impone. ¿Y qué podemos deducir de esa jurisprudencia, de esta construcción doctrinal sobre la buena administración? Pues ahí me voy a centrar y terminaré con algunas conclusiones generales.

Ese es un poco el plan de la obra. Y voy a empezar con ese contexto. Claro, es que venimos de dónde venimos.

Antes hablaba yo con Cristóbal Martell, le decía que los que enseñamos hoy derecho urbanístico en las universidades, enseñamos también un poco derecho urbanístico penal o derecho penal urbanístico, no sabemos muy bien. Pero es que venimos de lo que venimos.

Ahí tienen una sentencia de la sala penal del Tribunal Supremo. Empiezo por el ámbito penal, donde soy también un intruso, un invitado, un cuerpo extraño. **Y lo que viene a decir esta sentencia, - recordarán quizás el caso Andraix- es básicamente lo siguiente: vosotros, administrativistas, lo habéis hecho tan mal y ha servido de tan poco el derecho administrativo que tenemos que venir nosotros a poner un poco de orden aquí. Ese es un poco el resumen de la sentencia, tal como yo lo leo.**

Efectivamente, tenemos ya datos objetivos, más allá de la experiencia profesional de cada uno. Hay estudios de centenares de sentencias y vemos cuáles son los delitos, diríamos, más
asociados al tema de la corrupción. Contratación y urbanismo. Ninguna sorpresa. Los ámbitos territoriales también.

En fin, son unos datos interesantes que yo se los dejo, para que entendamos un poco de dónde veníamos para saber dónde estamos. Porque tenemos una cierta tendencia a la amnesia, a olvidar. Bueno, estamos ahora en esto, pero ¿por qué esto? Pues esto es en parte por eso.

Pero hay que cambiar, no podemos seguir en el mismo camino. O sea, sí podemos seguir en el mismo camino, pero nos conduce es a este chapapote, a este caos normativo, a esta imposibilidad de hacer nada. Y, por tanto, yo creo que hay que cambiar la perspectiva.

El derecho penal es muy importante. El derecho penal tiene también una tarea de prevención. Pero el derecho penal llega tarde, cuando el presunto delito ya se ha cometido. Se ha hablado aquí del tráfico de influencias. Es muy difícil en ocasiones, aunque se pudiera haber cometido el delito, probarlo. Por tanto, si queremos luchar contra la corrupción, hay que adoptar otras estrategias. Y hay quedescargar esa intervención del derecho penal.

Son cosas bastante evidentes. Mejor prevenir que curar. Yo creo que tenemos que prevenir y curar, pero prevenir también. **Porque no solo es que haya habido un problema de corrupción del cual venimos, sino que ha habido y hay un problema de mala administración, no corrupta**. Y ahora lo sabemos, porque desde hace tiempo hemos podido medir el buen gobierno y la buena administración. Y gracias a que podemos medir, como decía Lord Kelvin, podemos intentar mejorar. Y las mediciones son evidentes. Yo se las dejo aquí también, cuando desde el Instituto de Calidad Institucional de Goteburgo se analiza la calidad institucional de las regiones europeas. Se pintan en azul las que tienen mejor calidad institucional y se pintan en colorado las que tienen menos calidad institucional.

Ya lo ven ustedes ahí, las regiones españolas. Cada uno saca sus conclusiones. Las conclusiones son evidentísimas. Incluso dentro del Estado, por comunidades autónomas, en el último análisis de 2021 algunas suben y se mantienen, otras bajan y muestran su bajada pronunciada. De igual forma hay estudios sobre la mala calidad normativa, no solo sobre la proliferación de normas en el ámbito del urbanismo sino también en el ámbito de la vivienda. Yo creo que no hay un ser vivo en Cataluña que sepa cuál es la normativa aplicable en materia de vivienda, entre normas, derogaciones, subderogaciones, sentencias del tribunal.

Pero aparte de la proliferación hay un problema de calidad, de medida de los impactos que pueden generar esas normas. Y tienen impactos sociales, ambientales y económicos importantes.

El urbanismo a veces parece que opera como un sector independiente, no independentista, independiente, del derecho público en general y del derecho administrativo en particular. Y yo creo que no, que es un sector que tiene sus peculiaridades, pero que no es independiente, ni debe serlo, en un Estado de Derecho.

A todo esto, bueno, pues se le ha puesto algunos nombres, la densidad normativa, el embarramiento, el chapapote, en expresión de Pablo Grande, que expuso en un libro que publicamos colectivamente. Pero sobre todo ha sido el colega Sandstein de Harvard quien ha escrito este libro, Slash, donde le pone el nombre inglés del cual se deduce chapapote, que a mí me parece muy afortunado. En catalán habría más dificultades para hacer la traducción.

A mí lo que me interesa de todo esto es lo que tiene que ver con cosas que también ha explicado el señor Marinero.

Por ejemplo, aquí parte de la doctrina en Cataluña ha dicho que habría que eliminar cargas administrativas. **Tiene que ver con la simplificación, con las cargas administrativas, con el movimiento internacional de *deregulation*, que en el ámbito urbanístico eso suena a mejora regulatoria. Y se ha dicho aquí en Cataluña que, en el ámbito del urbanismo y la vivienda, podríamos eliminar la necesidad de cédula de habitabilidad e integrarla ya con la comunicación previa de ocupación**.

Hay propuestas y se puede caminar en esa línea, línea que otras comunidades autónomas han abordado ya. Se ha intentado hacer y se está haciendo lo que se puede, por ejemplo, diferenciando entre el plano urbanístico y las normas técnicas de urbanización para descargar al primero, trabajando sobre áreas de reparto y el tema del aprovechamiento, diferenciando diversas cuestiones.

Yo lo dejo aquí. Hay que ir en esa línea.

Una de las expresiones de la mala administración, no la única, es la burocracia defensiva. Pero la burocracia defensiva, como yo decía, no es nada más que uno de los nombres que se puede poner a una de las variantes del mal gobierno y de la mala administración. Por tanto, en definitiva, lo que queremos luchar es contra el mal gobierno y contra la mala administración.

Eso incluye la mala administración dolosa, la corrupción, pero también y sobre todo la **mala administración negligente.** Vamos a darle una vuelta a esto. ¿Cómo luchamos contra el chapapote y a la vez contra la corrupción y a la vez contra la falta de suficiente calidad institucional? Esto es un sudoku que ha sido explicado por Kaufman, que es uno de los especialistas mundiales en estos temas.

No se lucha contra la corrupción, y podríamos añadir nosotros, y contra la mala administración negligente y contra el chapapote, luchando contra ella. ¿Cómo que no se lucha contra la corrupción, luchando contra ella**? Lo que quiere decir es que no se la puede vencer de forma directa, en palabras nuestras, a través del solo derecho penal, sino que habrá que desarrollar estrategias preventivas. El derecho administrativo debe volver, y debemos conseguir que no haya otra sentencia de la**

Sala Segunda del Tribunal Supremo que nos hable de la inoperancia de la disciplina administrativa.

Hemos de ser operantes, y para ser operantes hay que seguir unos caminos que se están iniciando, a veces poco conocidos, como es la cuestión del principio de derecho a una buena
administración, recogido en documentos europeos, internacionales, españoles también. Pero a nosotros los juristas nos interesa lo *hard*, y efectivamente hay mucho *hard* en torno al derecho a una buena administración.

García de Eenterría, en paz descanse, y Tomás Ramón Fernández, a partir de su XIX edición de sucurso de Derecho Administrativo, ya han incorporado esta especie de fogonazo. Nos hemos dado cuenta de que no le habíamos prestado suficiente atención, y esto no puede ser. Hay que abrir una nueva etapa.

Vamos a intentar abrir una nueva etapa partiendo de la regulación que ya tenemos, que es internacional. En definitiva, aquí el urbanismo español se integra en el marco europeo. Y en Europa tenemos el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que reconoce a todos los ciudadanos europeos un derecho a una buena administración de forma muy indefinida y de forma abierta. Es la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de más de 1.500 sentencias desde los años 50, la que ha ido perfilando qué quiere decir el derecho a una buena administración. Y hay que ir, lógicamente, a esa jurisprudencia. Luego iremos.

El Estatuto de Autonomía, por ejemplo, de Cataluña, pero también el Canario, el de Castilla y León, el de Baleares, el de Valencia, todos los que se han reformado en los últimos años, han incorporado este derecho a una buena administración, con mayor o menor fortuna, normalmente con menor que con mayor, pero está consagrado ahí. Y en la legislación autonómica, en Euskadi, por ejemplo, en las Islas Baleares también, en Cataluña, se reconoce y se especifica lo que es el derecho a una buena administración.

Yo copio aquí algunos artículos catalanes, pero me servirían de muchas otras comunidades autónomas. En Cataluña y en otras leyes de transparencia y buen gobierno, de hecho, hay muchas previsiones en materia de buena administración.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal Supremo Español, los tribunales de justicia de las comunidades autónomas, incluidos el catalán, **repiten que hay un cambio de paradigma**. Algo ha cambiado desde hace años. Hay una revolución, quizás silenciosa para algunos, pero evidente. El derecho a una buena administración, también en el urbanismo, debe tener un papel desde la perspectiva del derecho administrativo, aunque luego veremos que el derecho penal también se lo está empezando a quedar.

La jurisprudencia es abundantísima, miles de sentencias, y en el caso español abarca muchísimos ámbitos, no solo el urbanístico. Y ahora mismo está en marcha una divertida polémica entre varios catedráticos que estamos discutiendo sobre si el derecho a una buena administración, como dice una sentencia del Tribunal Supremo del año 2020, motiva que una administración no pueda ejecutar un acto si antes no ha

contestado un recurso de reposición. Algunos dicen que no debería ser así, otros decimos que sí. Pero bueno, no importa. Lo importante es que está teniendo impactos concretos también en el ámbito urbanístico.

¿Y qué es el derecho a una buena administración? **Consiste sobre todo en ese deber, esa obligación jurídica de las administraciones públicas, también la urbanística, y ese derecho correlativo de los ciudadanos a que se ejerciten las potestades, en nuestro caso las de planeamiento, las de actualización, todas las potestades urbanísticas**, **con la debida diligencia y el debido cuidado**. En la terminología inglesa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el *due diligence o due care*. Y dice que es un principio constitucional el que impone estos deberes.

Porque el derecho administrativo tiene tareas plurales, y una de ellas es conseguir también
un servicio a los intereses generales con una buena ordenación urbanística, una buena ejecución y una buena disciplina urbanística.

En el ámbito urbanístico yo les dejo aquí algunas sentencias específicas, casos concretos. Por ejemplo, la sentencia 7 de noviembre de 2017, donde hay unas consideraciones sobre la buena administración y ese deber de diligencia. Es un caso de planeamiento urbanístico. Hay muchas otras sentencias muy variadas sobre urbanismo, y quizás porque estamos en Cataluña destacaría esta de 15 de enero de 2020. Se resaltan sobre todo las consideraciones en torno al urbanismo, las potestades, la buena administración y en cómo influye el derecho de la Unión Europea.

Es una realidad consolidada y de aplicación continua. Significa que el derecho administrativo sale un poco del sopor histórico que había tenido respecto a lo que los juristas habíamos llamado sin más la eficacia de la administración. La eficacia y la eficiencia y la economía y la coordinación, es decir, un conjunto de valores y principios que ahora confluyen en esa idea de diligencia debida a la buena administración.

Las leyes más recientes así lo especifican y en definitiva no es suficiente con que las actuaciones urbanísticas no sean arbitrarias, sino que además ahora tienen que responder a esta idea de buena administración. Esto es importante también en el ámbito de la lucha contra la corrupción y la mala administración negligente, porque es un buen antídoto, si se utiliza correctamente. Es un buen antídoto junto con el gobierno abierto para permitir mejorar la administración.

Esa idea que todavía explicamos en las universidades de que la discrecionalidad urbanística es una elección libre entre indiferentes jurídicos ya no es vigente, ha caducado hace tiempo, pero claro, siguen las inercias.

Ahora la discrecionalidad es un poder otorgado para elegir la mejor solución posible con el margen de apreciación debido, en el servicio a los intereses generales, con la diligencia debida. Y eso implica la diligencia. Sí que hay algo nuevo bajo el sol desde hace unas décadas, aunque cuesta mucho descubrirlo. Eso es menos sexy que la burocracia defensiva. Hay algo nuevo aquí que se está aplicando y que cada vez más

los abogados están utilizando y ganando casos, muchos casos. El último de hace unos días frente a la administración tributaria, marzo de 2024.

El problema aquí es cómo de diligente ha de ser la administración urbanística. Y ahí hay trabajo para desarrollar, porque no tenemos ningún estándar de diligencia de los administradores urbanísticos, no tenemos ningún estándar de diligencia de los sectores públicos. Solo tenemos el del Tribunal de Cuentas, que nos dice que cuando se manejan caudales públicos se ha de agotar la diligencia, cosa que no nos dice mucho. En cambio, en otros ámbitos del derecho sí que hay estándares que intentan ser un poco más elaborados, a veces con mayor o menor fortuna, de la diligencia que deben desplegar ciertos gestores de intereses ajenos, sobre todo a los administradores de sociedades empresariales.

Yo creo que aquí se podría avanzar más. No es el momento de analizarlo, pero hay un camino para establecer un estándar de diligencia, sobre todo que también le dé una cierta seguridad jurídica al funcionario, al administrador.

En otras conferencias me dicen los asistentes: sí, sí, ya lo hemos entendido, hemos perdido casos, hemos entendido que hemos de ser diligentes. Pero ¿cuánto de diligente? Mira, yo tengo mucho trabajo, tengo solo tres personas, ¿cuánto de diligente? La respuesta hasta ahora es todo lo que se pueda, dependiendo del caso concreto, concepto jurídico indeterminado. Pero nosotros creo que podríamos avanzar en precisar qué es la diligencia debida en el ámbito general y también en el ámbito urbanista.

Voy a terminar sacando algunas conclusiones de todo esto y algunas propuestas discutibles para comentar luego.

El derecho penal no va a ser la panacea. Es importante, hay que mantenerlo, hay que perseguir a los malos, por supuesto. Pero si tenemos que generar un entorno de prevención que fomente esa diligencia debida a esa buena administración, para evitar tanto la corrupción como la mala administración negligente, incluido la burocracia defensiva**, hemos de buscar otras rutas, y esas otras rutas ya tienen un nombre internacional, que es *compliance***.

También podemos discutir sobre la *compliance* muchísimo.

Básicamente la idea es que las administraciones públicas han fallado. Esa disciplina administrativa inoperante ha fallado en las últimas décadas, en el sentido de no generar una
especie de airbag o entorno de protección de los servidores públicos que permitiera a estos
estar tranquilos y seguros, desarrollar la diligencia debida y poderse proteger frente a hipotéticas acciones penales.

Hay que darles un chaleco antibalas, en cierta manera. Y eso es un poco la idea de las infraestructuras de buen gobierno y de buena administración, de las que habla, por ejemplo, la OCDE, y es un poco, al hilo de esas infraestructuras, la idea de

cumplimiento público, de *public compliance*, si lo queremos decir así. Porque precisamente venimos de dónde venimos, y ha habido una reacción. Ahora el bien jurídico protegido en estos delitos vinculados con el funcionamiento de la administración es el correcto funcionamiento de la administración, o sea, la buena administración. Incluso alguna sentencia del Tribunal Supremo, Sala II, ha asumido el derecho a una buena administración.

Las administraciones públicas lo están intentando, como por ejemplo el de Barcelona. Hay que moverse para generar esos entornos, esas infraestructuras, porque en el ámbito privado, con mayor o menor fortuna, ha habido un incentivo a generar esos sistemas. No hablo de maquillajes, hablo de auténticos sistemas, de *compliance*. ¿Por qué? Por la modificación del Código Penal, 31 bis y siguientes. Si se hace una buena *compliance* tendrás menos problemas, menos responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pero ¿ qué ha pasado con las personas jurídicas públicas? Que prácticamente no se les aplica, no se le aplica a las administraciones territoriales ni a las institucionales, solo a determinados tipos de sociedades mercantiles en manos públicas.

Por tanto, no hay ningún incentivo. ¿Debería incluirse en el Código Penal, a las administraciones públicas? Ustedes me dirán que eso es una locura absoluta. Hay que darle vueltas, hay que pensarlo con calma, pero hay ciertos países que incluyen la responsabilidad penal de las personas jurídicas públicas, y en Francia o Dinamarca locos están, pero tampoco tanto. ¿Puede ser ese un mecanismo para incentivar la potenciación de los mecanismos de *compliance*, esas infraestructuras de buen gobierno, de buena administración? Bueno, no lo sé y lo dejo encima de la mesa, y quizás el derecho penal podría ayudar en esta materia.

Hay otras personas que lo están sugiriendo, y magistrados de la sala segunda de lo penal están diciendo que se habría que ir por ahí. En todo caso, si vamos por ahí, con modificación o no del Código Penal, la *public compliance* o el cumplimiento público es diferente en el sector público que en el privado.

Las administraciones públicas sirven con objetividad los intereses generales. Por tanto, habrá que adaptar estas infraestructuras de buen gobierno, de buena administración, este entorno de *compliance*, a las características y a las necesidades del sector público. La aprobación de la Ley de Protección de los Informantes pudiera ser un buen punto de partida, porque se ha de nombrar, como saben ustedes, un responsable de los canales internos.

¿Por qué no aprovechamos ya y nombramos un responsable de buen gobierno y de buena administración que se ocupe de los canales internos? Sí pero también de muchas otras cuestiones.

Pero como hoy venimos a hablar de urbanismo. Tomo la cuestión de la mejora normativa. No voy a entrar en la polémica de si los planes de urbanismo son normas o no son normas. Simplemente digo que, si estamos regulando en el ámbito urbanístico, tiene todo el sentido aplicar las técnicas, la caja de herramientas de la buena regulación en el ámbito urbanístico.

Y la caja de herramientas de la buena regulación hace muchas décadas que está en marcha. Los expertos en regulación saben que hay técnicas diversas que se han de aplicar de determinadas maneras. Volvemos a hablar de profesionalidad, de conocimiento. Hay cuestiones como las evaluaciones de impacto, midiendo los riesgos de corrupción de la futura regulación. Hablo tanto de normas urbanísticas en el rango legislativo y reglamentario como de los propios planes de urbanismo.

Se trata de la aplicación de estándares de buena administración que la administración urbanística tenga que explicar. Ahí reproduzco alguno de alguna administración desde fuera de Cataluña, donde se establecen estándares urbanísticos de buena administración para que el ciudadano sepa cuál es el nivel de diligencia específica que puede esperar. Hay todo un ámbito aquí importante. La utilización de listas de comprobación, por ejemplo, en la elaboración de las normas, poco utilizado entre nosotros, y mucho más en otros países.

Termino intentando introducir la polémica que tiene que ver con la cuestión de los informes y en general con la cuestión de los requisitos procedimentales en la elaboración de los planes de urbanismo. La cuestión es que todos conocemos el tema de las nulidades radioactiva. Los anteproyectos de ley en marcha que ahora se vuelve a reactivar, sobre la naturaleza jurídica de los planes, distinguen la trascendencia de los vicios de elaboración.

El consenso es que esto no puede seguir así, porque en los planes de urbanismo, por simples vicios de forma insignificantes, se anulan planes de urbanismo y se generan unos problemas tremendos, con lo cual lo que hay que hacer es cortar esto.

Mi pregunta es si, en muchas ocasiones, **los vicios que vemos en el procedimiento de la elaboración de planes son efectivamente simples vicios formales sin trascendencia, porque si analizamos la jurisprudencia, nos encontramos casos en que no solo hay omisiones de trámite, sino que no se responden las alegaciones de las informaciones públicas, o no se generan alternativas en los estudios ambientales, o no hay análisis de impacto económico, o no se toman en consideración los recursos hídricos. ¿De verdad eso son solo vicios de forma? Yo creo que aquí hay una confusión importante.**

Lo dejo para el debate. Pongo aquí señal de peligro. Todos queremos ir rápido, todos queremos evitar las nulidades en cascada y todos estamos de acuerdo en descargar de chapapote a los planes de urbanismo. Pero cuidado en cómo lo hacemos, porque los planes de urbanismo para algo tienen un procedimiento. Otra cosa es que, en España, el tema de los procedimientos no nos guste mucho. ¿Para qué vamos a perder tiempo si ya sabemos lo que queremos hacer? Lo hacemos en un fin de semana y ya está.

Esto probablemente tiene elementos de inercia, falta de cultura democrática, falta de conocimiento sobre calidad normativa. No voy a entrar ahora, pero el procedimiento tiene una función. Yo solo digo que, teniendo en cuenta todo lo que he dicho, cuando se trabaje sobre los vicios de elaboración de los planes, se tengan en cuenta que hay una confusión en España en general, que es que esos vicios de elaboración de

procedimientos no son vicios de forma. El artículo 36 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común nos dice lo que es la forma. Y la forma es la apariencia externa de las decisiones administrativas.

Esos vicios son vicios de procedimiento, no de forma. Por tanto, yo, con poco éxito, abogaría por cambiar desde ya la denominación de vicios de forma. Son vicios de procedimiento.
Y el procedimiento sirve no solo a la defensa de los ciudadanos, sino a conseguir una buena administración con la diligencia debida, ponderando todos los intereses. Y, por tanto, cuidado, porque no basta con que haya una omisión para que haya un vicio de procedimiento sustantivo. Puede haber una falta de diligencia debida o puede haber una incongruencia entre los documentos que obran en el expediente, entre la decisión que se ha
tomado y la motivación de la memoria.

Los franceses lo han hecho, los alemanes lo han hecho, sí, pero cuidado, porque su cultura del procedimiento es otra, las salvaguardas que han puesto en sus regulaciones son otras. Cuidado como entramos aquí, porque volveremos a hacer otro golpe.
¿Qué queremos hacer con las modificaciones normativas? ¿Qué queremos conseguir con congresos sobre esto? Solo eliminar vicios de forma, o nos preocupa algo más global. Yo creo que nos preocupa algo más global, y ahí se puede trabajar.

Ahí se puede trabajar sobre temas de organización administrativa y de procedimiento, de, en cierta manera, modificación normativa, pero a veces no es tanto modificación normativa, es utilización de la organización administrativa de otro modo. **Designación de responsables o gestores procedimentales específicos en el ámbito del urbanismo, y otras estrategias, como el tema de los informes. Ya se ha dicho, yo no voy a insistir. Cre que hay que volver un poco a lo básico. ¿Y qué es lo básico? Lo básico es la ley de procedimiento administrativo común. ¿Y qué dice la ley de procedimiento administrativo común? Pues dice cosas bastante sensatas en el artículo 80, referido a la emisión de informes. Creo que habría que trabajar sobre esa plantilla, introduciendo algunas modificaciones**. El problema es que la legislación sectorial, sobre todo estatal, está ampliando los plazos de emisión de informes y diciendo que, claro, si afectan al dominio del servicio público, pues no se puede continuar el procedimiento.

Habría que repensar eso. El manifiesto de la Asociación había hecho una propuesta Interesante. Cuando no se emita el informe en plazo no se continúa. De acuerdo, pero habrá que arbitrar alguna cosa más para que no se quede ahí en el cajón, ¿no?.

Ahí hay cosas que hablar en el debate, probablemente. Hay algunos intentos autonómicos en materia, por ejemplo, de generación de un nuevo órgano colegiado autonómico para que coordine todo el tema de los informes. Mi pregunta es si necesariamente ha de ser nuevo el órgano o podríamos reaprovechar órganos autonómicos ya existentes para que hicieran esa tarea de gestor procedimental y de coordinación de informes.

Básicamente, les digo lo siguiente. Si le preguntamos a un gestor público en el ámbito del urbanismo cuál de estas dos mesas es más larga, ¿ustedes qué creen que nos contestarán? Yo creo que contestaría la de la izquierda, aunque no soy un gestor urbanístico en estos momentos. Ocurre que los gestores urbanísticos públicos son seres humanos y los seres humanos padecen errores de procesamiento de la información. Las mesas son idénticas. Es la perspectiva. Esos errores se llaman sesgos y provienen de atajos mentales heurísticos.

Los gestores públicos, los promotores privados, mi madre y mis hijas y yo tenemos errores sistemáticos predecibles, sesgos, y eso estaría bien integrarlo en la toma de decisiones urbanísticas. Y estaría bien integrarlo siguiendo trabajos de Sandstein, o de Thaler, Premio Nobel de Economía en el año 2007. Hay mucha literatura sobre esto. Se han creado muchas unidades. Se están incorporando estas perspectivas. España está, por
supuesto, fuera de onda.

No tenemos ninguna unidad. Y esto seguro que a ustedes les sonará esotérico. El ponente ya se ha vuelto loco. No, aquí se pueden utilizar tanto en la regulación urbanística como en la organización con unidades. Se pueden utilizar los llamados azicates o naches. Yo no puedo detenerme aquí en esto.

Solo les digo que Francia o Gran Bretaña están ya aplicando esos azicates gracias a las aportaciones conductuales de casi siete premios Nobel en las últimas décadas. ¿Y qué intentan hacer? Menos normas y más políticas públicas.

En cierta manera, el urbanismo táctico puede ser algo conectado a esas aportaciones conductuales.

Otra cosa es que se haga bien o que se haga mal. Y otra cosa es que una vez hecho, venga una sentencia y nos diga que, en definitiva, flexibilizar está muy bien, pero que no, que va a ser que no, porque para esto tenía que haberse modificado el plan. Esto también es un debate que podríamos tener luego.

Y luego está la inteligencia artificial. Ya me voy, les dejo esto. Todo el mundo dice que va a ser la panacea. Esto es estupendo, no tiene sesgos, es barato, no pide vacaciones, no ingresa en un sindicato, va a ser el salvamento. **Yo creo que va a ser razonablemente útil. Va a tener utilidad en el planeamiento urbanístico, efectivamente, sobre todo si pensamos en la utilización de plataformas digitales, por ejemplo, para la emisión de informes, como asistencia o como apoyo. No tengo ninguna duda.**

Tengo muchas más dudas sobre los límites del uso de la inteligencia artificial en el planeamiento y la sustitución de la discrecionalidad del órgano decisor por una máquina. Ahí hay graves problemas de democracia, hay graves problemas de psicología, hay graves problemas de razonamiento y, de hecho, la ley catalana 26.2010 lo prohíbe. En principio, solo las potestades regladas pueden ser ejercidas mediante inteligencia artificial.

Pero ahí, en las regladas, hay mucho camino. Se hablaba de las licencias. Yo creo que hay un
camino tremendo en las licencias de edificación, al menos. Y, de hecho, algunas ciudades europeas están ya utilizando inteligencia artificial para hacer la lectura de las solicitudes de licencia, la lectura del planeamiento y dar o denegar la licencia.

Eso va a ser cuestión no de años, no sé si de minutos, pero cuestión de horas. Y este es un avance tremendo, también para detectar corrupción, aunque la inteligencia artificial tiene también sus problemas.

Errores, sesgos, alucinaciones. Hay que ir con cuidado, porque aquí también somos entusiastas. Hay que ir con cuidado y debemos estar atentos al reglamento de la Unión Europea que se acaba de publicar hace apenas pocas semanas sobre inteligencia artificial, para ver cómo afectará también a su uso en el ámbito urbanístico.

Yo lo dejo aquí. Quedo a su disposición.