

RESUM:ELS CONVENIS URBANÍSTICS (ATÍPICS), UN BREU ESTUDI JURÍDIC.

PRIMERA PART

1.- EL RÈGIM JURÍDIC. EL MARC GENERAL.

La celebració de convenis entre les diferents Administracions públiques i els particulars ha estat una pràctica habitual en l'àmbit urbanístic.

Tot i el seu auge notable la seva regulació legal ha estat molt minsa, de tal manera que ha estat una institució que s'ha perfilat mitjançant la Jurisprudència del Tribunal Suprem, que progressivament ha anat donat lloc a un cos doctrinal de certa consideració, i que de fet ha estat un dels elements que ha permès integrar la situació d'al·legalitat.

1.2.- El Marc normatiu

1.2.1.- La Constitució

La Constitució Espanyola de 1978, és la norma suprema que estableix els principis i valors constitucionals, els drets fonamentals, llibertats públiques i regula l'organització de l'Estat.

Passarem a enumerar una petita llista dels drets fonamentals i llibertats públiques continguts en la CE, i que són els que han de regir l'actuació de tots els poders públics, la legislació positiva i la pràctica judicial.

Així, l'article 9 CE, postula diversos principis bàsics de l'Estat de Dret: el principi de legalitat, el respecte als drets fonamentals i la submissió de l'Administració a l'ordenament jurídic i al control judicial.

Més endavant és l'article 103.1 CE, qui concreta els principis d'actuació de l'Administració que no són altres que els interessos generals modulats segons el principi d'eficàcia, descentralització, jerarquia i coordinació.

L'article 105 estableix el dret a l'audiència dels interessats com a pedra angular en el procediment administratiu.

Entre els drets reconeguts que "vinculen a tots els poders públics" hi ha la propietat privada. Només per llei (principi de reserva de llei) que en tot cas haurà de respectar el seu contingut essencial, podrà regular-se l'exercici de tal dret (art. 53.1 CE).

La propietat privada, com a dret dels ciutadans, es reconeix expressament en l'article 33 CE.

Per la seva part, l'article 45 CE, com un dels principis rectors de la política social i econòmica, estableix el dret a gaudir del medi ambient i a una adequada qualitat de vida .

Entre els recursos naturals s'inclou el sòl, que ha de utilitzar-se conforme a l'interès general. En efecte, l'article 47 CE, ho regula.

De la part orgànica de la Constitució, (on es regulen els diferents poders i institucions de l'Estat, i la distribució territorial del poder), en el aquí interessa, en destaquem els següents articles:

L'article 137 CE estableix el model territorial:

Pel que fa a la distribució de competències entre l'Estat i les Comunitats Autònomes es regula en els articles 148 i 149 CE.

És l'únic lloc on la Constitució es refereix a l'ordenació del Territori i l'urbanisme .

En efecte, l'article 148 CE ho estableix .

L'Administració Local, és el tercer nivell.

En l'article 140 s'estableix el principi d'autonomia municipal per la gestió dels seus interessos.

El règim jurídic de l'Administració Local, és normativa bàsica i està establert en el mateix article 149.1.18:

La normativa de l'Estat en aquestes tres grans matèries ha estat la següent:

1.2.2.- Les bases del règim jurídic de les Administracions Públiques pel que fa a l'Administració local.

La normativa que regeix les Administracions Locals ve recollida amb caràcter bàsic en la Llei 7/1985, de 2 d'abril, Reguladora de les Bases del Règim Local i en el RD 781 de 18 d'abril, Text Refós de Règim Local.

Així l'article 25.2 de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, Reguladora de les Bases del Règim Local, ho estableix. Aquest precepte consagra la potestat de planejament i d'execució com una potestat pública i reglada per l'Administració local.

En definitiva, la potestat de planejament i d'execució és una competència pròpia, exclusiva i decisòria de l'Administració Local que s'exerceix en règim d'autonomia i sota la seva responsabilitat.

Tanmateix l'article 57 de la mateixa Llei, ens indica que la cooperació de les Administracions Locals amb les Administracions de l'Estat o de les Comunitats Autònomes pot articular-se mitjançant conveni administratiu.

I altrament, l'article 70 del Text Refós de Règim Local disposa la col·laboració de l'Administració Local en la realització de les obres o gestió de serveis de l'Estat, mitjançant conveni.

I finalment és en aquesta Llei, on trobem una primera disposició concreta, article 111 que habilita la formalització del conveni entre Administració Local i particular

En la normativa pròpia de Catalunya, consignem l'article 256 de la Llei 8/1987, de 15 d'abril, municipal i de règim local de Catalunya, que es pronuncia en similar contingut.

1.2.3 .- El Procediment administratiu comú.

La Llei 30/1992, de 26 de novembre, de Règim Jurídic de les Administracions Públiques i del Procediment i la redacció donada per la Llei 4/99, de 13 de gener, de modificació de la Llei 30/1992, és la norma que recull la concepció constitucional dels principis, la distribució de competències, les regles de funcionament intern de les Administracions Públiques, regula el procediment administratiu comú d'aplicació general a totes les Administracions Públiques. L'article 3 estableix els principis generals.

La personalitat jurídica es sinònim de capacitat jurídica i per tant implica simultàniament la capacitat per contraure totes aquelles relacions jurídiques (incloses les contractuals) que no estiguin prohibides per cap regla especial del seu propi règim jurídic.

L'article 6 de la Llei concreta el contingut dels convenis de col·laboració entre l'Estat i les CCAA.

L'article 8 de la mateixa Llei, restringeix el contingut del conveni al marc de competències de les Administracions que intervenen, que no poden renunciar, per conveni, a les seves competències pròpies i remet es qüestions litigioses referents al conveni a la jurisdicció del contenciós- administratiu:

L'article 9 de la mateixa Llei declara aplicable a l'Administració Local aquesta matèria, quedant la pròpia Llei com d'aplicació supletòria.

I l'article 12, declara que la competència es irrenunciable i s'exerceix pels òrgans administratius que la tinguin atribuïda.

Conclusió: la potestat pública de planejament i d'execució de l'Administració és irrenunciable.

No obstant el que hem dit en relació a l'article 111 del Text Refós de Règim Local, no serà fins la promulgació de la vigent llei de procediment administratiu comú que amb caràcter general i per primer cop es regula la possibilitat del pacte, conveni, o concert, en el marc d'un procediment.

En efecte , l'article 88.1 de la Llei Reguladora del Règim Jurídic de les Administracions Públiques i del Procediment Administratiu Comú de 1992, consagra per primera vegada en l'ordenament espanyol, la figura de l'acord, o si es vol del conveni, del contracte, com a fórmula per acabar el procediment iniciat, aspecte que ha estat una autèntica

revolució en el marc del procediment administratiu, atès que en front la tècnica tradicional i hegemònica de l'acte administratiu unilateral es tipifica el que en la pràctica ja es duia a terme en molts casos.

En definitiva, l'article 88.1 suposa que el principi constitucional de participació ciutadana dona un pas molt important en el procediment per sobre de les fórmules vigents fins llavors (audiència, al·legacions, informació pública, etc), ja que converteix als ciutadans en cogestors i coautors de la decisió pública i tanmateix implica una via de control a la discrecionalitat administrativa en la formulació de la decisió final.

1.2.4.-Normativa de contractació

La normativa que regula la contractació de les Administracions és el tercer suport on trobem referències legals als convenis entre Administracions i entre Administracions i particulars, si bé amb caràcter general i de règim normatiu subsidiari.

En efecte, el Reial Decret Legislatiu 2/2000, de 16 de juny, que aprova el Text Refós de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques, acota l'àmbit objectiu i subjectiu dels contractes amb un marcat accent restrictiu, derivat del fet fonamental de que la manera general i normal de relació bilateral de les persones privades amb l'Administració és el contracte administratiu, sent el conveni, com a contracte atípic, una figura que s'escapa en general de la normativa de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques i només s'aplicarà els seus principis per a resoldre dubtes i llacunes. Expressament la llei manifesta en el seu article 3 que queden fora de l'àmbit de la llei. No obstant el que manifesta l'article 3, cal dir que la llei en aquest àmbit objectiu (contractes que regeix), planteja alguns problemes d'interpretació, doncs, en l'article 5, com a contracte privat regulat per la norma, inclou el contractes de compra venda, permuta, arrendament i altres negocis jurídics.

No s'ha d'escapar que molts convenis urbanístics atípics tenen com articulació compra vendes, permutes, arrendaments, etc.

En definitiva amb aquesta regulació una mica confusa, el que la pròpia llei de contractes fa és definir indirectament els convenis (quan diu que són negocis i contractes fora de la pròpia llei) i donar-los cobertura legal (quan diu que s'aplica la llei amb caràcter subsidiari).

La llibertat de pactes pels convenis vindrà queda consagra en l'article 4.

2.- EL CONVENI URBANÍSTIC, UNA DEFINICIO. LA SEVA NATURALESA.

2.1.- Definició de conveni urbanístic.

La primera constatació es que l'expressió "conveni" no té una figura jurídica unitària, sinó que més aviat fa referència a un tipus d'acord homogeni (des del punt de vista sociològic) on domina la idea de col·laboració entre les parts que intervenen.

El que unifica els convenis urbanístics és la seva referència a la legislació urbanística en el sentit que són la manifestació d'una manera d'administrar en que els Ajuntaments reconeixen la insuficiència de les potestats de que són titulars i busquen la col·laboració dels particulars.

La legislació urbanística no ens ajuda en aquesta tasca de definició legal de la figura, doncs mai ho ha fet: només hi ha hagut un reconeixement normatiu a manera de categoria jurídica. No obstant això, tot i la manca d'una definició legal i la dificultat per una definició autònoma, abstracta i universal, de cara a una certa utilitat del present treball formulem una definició, que es basa en les següents consideracions:

- Instrument bilateral o multilateral d'acord de voluntats en l'àmbit del dret urbanístic i en el marc de l'ordenament jurídic .
- Que subscriuen l'Administració i els particulars, (promotors, propietaris, de sòl, Junes de compensació, veïns ...).
- Que té una naturalesa contractual (la majoria) del que se'n deriven efectes jurídics (la majoria).

- Que habitualment comporta contraprestacions o compromisos entre les parts atorgants.
- Que presenta una barreja d'elements del Dret Administratiu i del Dret Privat.
- Que la seva característica fonamental és l'interès públic, i,
- Que s'atorga sens perjudici de les prerrogatives de l'Administració, d'aplicació en el seu cas: interpretació, modificació per raons d'interès públic (*ius variandi*) i executivitat.

2.2.- Naturalesa jurídica

El problema de la naturalesa jurídica dels convenis subscrits entre l'Administració i els particulars ha aixecat molt de debat de caire heterogeni en la doctrina, que ni la LRJPA I PAC ni el TRCAP han ajudat a resoldre.

La naturalesa jurídica del conveni urbanístic vindrà determinada pel seu contingut.

En efecte, dependrà del que s'hi regula i com es regula, per saber si ens trobem bàsicament amb alguna de les següents fòrmules:

simples acords d'intencions/actes jurídics unilaterals/contractes administratius innominats.

En canvi en aquest àmbit urbanístic, per la Jurisprudència del TS ha estat una qüestió que de manera uniforme ho ha resolt en considerar que té naturalesa contractual juntament amb el caràcter administratiu. Pel que fa a la naturalesa contractual ve determinada pel caràcter sinal·lagmàtic en el sentit que es convenen contraprestacions o compromisos de dur-les a terme les parts atorgants.

El caràcter administratiu ve determinat per ser una de les parts l'Administració pública, que té com a finalitat o funció administrar d'acord amb els interessos públics, i per tant la seva actuació en el cas dels convenis urbanístics, no serà procurar-se un bé o un servei a canvi d'un preu (contractes administratius típics d'obres i serveis), sinó *administrar* a través d'aquests i amb la finalitat anterior.

En aquest cas *administrar* urbanísticament el territori, ja sigui planificar o gestionar, esdevé l'objecte del contracte administratiu.

2.3.- La formalització del conveni.

Donada la seva naturalesa administrativa, es caracteritzen per estar sotmesos a procediments de forma que són condició necessària per a la validesa. En efecte, l'apartat 2 de la Llei 88, regula un contingut formal mínim que exigeix, de manera explícita, la forma escrita, que tanmateix és el mitjà per a la seva publicitat.

3.- EL RÈGIM JURÍDIC: EL MARC ESPECÍFIC. RECULL DE CONVENIS URBANÍSTICS EN LA LEGISLACIO.

3.1. El conveni urbanístic en la legislació de l'Estat.

L'ordenament urbanístic de l'Estat, ja des de les primeres normes, s'ha fet ressò de la figura del conveni, si bé amb un contingut mínim: mai s'ha definit legalment el concepte i s'ha limitat a enunciar la figura per aplicar-la a supòsits concrets, però sense cap tipus de regulació com podria ser els límits materials, requisits de forma, de procediment, competència per l'atorgament, establiment de garanties, inscripció al Registre, relació amb els plans, amb els actes administratius, etc.

Vet aquí una relació cronològica: (veure relació en la tesina)

3.2 .- La recepció del conveni en la legislació autonòmica.

Com es conegut, i arran de la famosa STC 61/1997, es va declarar la nul·litat e inconstitucional de bona part dels preceptes del Text Refós de la Legislació del Sòl de 1992. Va quedar consagrat, el que la CE recollia: que en matèria d'urbanisme l'administració competent només ho és la Comunitat Autònoma.

Les conseqüències d'aquesta resolució han estat contundents i radicals en el panorama legal en matèria d'urbanisme: L'Estat no pot crear dret propi, ni tant sols amb caràcter supletori, perquè no té el títol competencial específic.

La producció normativa de les Comunitats Autònomes ha estat molt activa molt abans de la famosa Sentència, atès que en virtut de les previsions constitucionals, els Estatuts varen assumir les competències i els governs autonòmics varen promulgar les seves Lleis. En el que aquí interessa, en relació a la tipicitat dels convenis urbanístics i sent una qüestió de contingut (la matèria correspon a les lleis de cada CCAA), presentem una referència de com algunes de les legislacions autonòmiques han incorporat la figura del conveni i com s'ha començat a regular.

D'antuvi, cal remarcar que del comú de les CCAA que han dictat normes urbanístiques pròpies, cap ha definit la figura, pel que continuem sense tenir un "criteri legal".

Sí, en canvi, que hi ha hagut la introducció de classificacions i una certa regulació.

Amb tot, cal manifestar que continua havent-hi un gran buit legal en el que anomenarem convenis atípics, tal com exposarem més endavant.

Vet aquí la normativa: (veure tesina relació de cada CCAA)

3.2.1.- Canàries /3.2.2.- Comunitat Valenciana/3.2.3.- Navarra/ 3.3.4.- Madrid/ 3.2.5 Catalunya.

SEGONA PART

4.- ELS CONVENIS URBANÍSTICS ATÍPICS. LA COBERTURA LEGAL.

Observem doncs que el problema de la cobertura legal de la figura del conveni, ja sigui entre Administracions o entre Administracions i particulars no es presenta en aquells convenis urbanístics que podem anomenar típics, aquells que estan reconeguts per una norma expressa. El problema es podria plantejar amb els convenis urbanístics atípics, és a dir aquells que no estan "contemplats" en la norma urbanística.

Val a dir que en l'àmbit urbanístic per la seva pràctica generalitzada, els convenis urbanístics atípics són la immensa majoria. En el món de l'urbanisme hi ha un oceà de convenis atípics, alguns autèntics models del que podríem anomenar "enginyeria jurídica". Si la legislació urbanística de l'Estat i la de les CCAA (que hem estudiat) no arriben a definir un concepte de conveni, ni el regulen mínimament, i sols es menciona per aplicar-lo en determinats supòsits concrets, la pregunta és la següent:

Tenen cobertura legal aquells que expressament no recull la normativa urbanística ?

La resposta és rotunda: sí. Són dos el principis bàsics i quatre les normes, que "vesteixen" i habiliten legalment la possibilitat de fer aquests convenis que no tenen previsió legal. Principis:- En primer lloc, el principi d'autonomia municipal de l'article 140 CE habilita a l'Administració Local per la gestió dels seus interessos.- En segon lloc l'article 103.1 CE que eleva a la condició de principi l'exigència d'eficàcia en l'actuació administrativa, és a dir s'habilita a l'Administració Local a actuar de la manera més procedent que cregui, en defensa dels interessos públics.

Normes:- En primer lloc l'article 111 del Text Refós de Règim Local.- A Catalunya, també l'article 256 de la Llei 8/1987, de 15 d'abril, municipal i de règim local de Catalunya, - En segon lloc l'article 4 i com a normativa supletòria l'article 3.1.d) i l'article 5.3 tots del Text Refós de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques.- El propi article 88.1 de la Llei Reguladora del Règim Jurídic de les Administracions Públiques i del Procediment Administratiu Comú de 1992, del que ha hem donat compte. És obvi que en el marc d'un procediment administratiu (ja sigui de modificació de planejament, o de gestió/execució del planejament) permet la formulació d'un conveni per la finalització del procediment:

-I finalment com a tancament la normativa del Codi Civil, que es norma supletòria (article 4), en concret l'article 1255 CC, que regula també l'autonomia privada.

Conclusió: l'admissibilitat dels convenis urbanístics atípics no requereix cap norma de l'ordenament urbanístic que els habiliti expressament atès que aquesta habilitació ja

està inclosa en la capacitat contractual de les Administracions Públiques, que sempre s'ha de moure òbviament dins del marc que legitima aquesta activitat contractual: és a dir, que els pactes que es formalitzin no siguin contraris a l'interès públic, als principis de bona administració i a l'ordenament jurídic.

5.- UNA CLASSIFICACIÓ DELS CONVENIS URBANÍSTICS ATÍPICS.

Si haguéssim de fer una classificació, la doctrina majoritària, la normativa de les CCAA i la darrerament la Jurisprudència del Tribunal Suprem es decanta en classificar-los en dos grans grups:

- Convenis que tenen per objecte la gestió i execució del planejament en vigor, i els
- Convenis que tenen per objecte el contingut de possibles modificacions del planejament en vigor, coneguts com convenis urbanístics de planejament.

5.1.- Convenis que tenen per objecte la gestió i execució del planejament en vigor.

Representen i es plantegen com un mitjà de "col·laboració" dels particulars amb l'Administració en la gestió i execució urbanística .

En aquests convenis hi ha un "concert" entre l'Administració i el particular on es pacta o regula la forma de compliment de les obligacions establertes dins el marc legislatiu urbanístic, amb cert exercici de les potestats administratives però sense elements discrecionals, doncs es limiten a resoldre una situació concreta en un marc legal determinat i on també la legislació urbanística atorga a les parts un ampli marge.

Podem dir que la seva finalitat és solucionar un problema determinat d'acord amb la normativa del planejament ja aprovada.

De fet en aquests tipus de conveni, no estan en joc els interessos públics urbanístics, sinó exclusivament interessos patrimonials de les parts.

Aquests convenis urbanístics de gestió o execució no són en essència un sistema d'actuació o gestió urbanística, són un instrument, una eina, que com a tal "modularà" els sistemes típics previstos en les lleis en matèria d'urbanisme (una altre qüestió seria que la llei autonòmica tipifiqués com a sistema d'execució el conveni, que encara no s'ha produït en cap normativa, si bé la més avançada en aquesta aspecte és la madrilenya).

5.2.- Convenis que tenen per objecte el contingut de possibles modificacions del planejament en vigor (convenis urbanístics de planejament).

Aquest són el que presenten més problemàtica i tanmateix són dels més usuals.

Són aquests els convenis que tenen per objecte l'exercici de la potestat discrecional de planejament, és a dir la finalitat d'aquest és preparar i posar en marxa i una modificació futura de l'ordenació vigent.

El que mou a l'Administració a atorgar aquests convenis, és sovint un finançament i l'obtenció de terrenys que necessita per a la construcció d'infraestructures, també més cessions "gratuïtes" d'equipaments i espais lliure, més obra d'urbanització "gratuïta", i finalment s'assegura una execució ràpida que sempre políticament és rendible.

I el que mou els propietaris a firmar aquests convenis i sovint assumir obligacions que van més enllà del que l'Ajuntament pot exigir d'acord amb la legislació urbanística, és la necessitat de planificar amb temps les seves operacions (adquisició de terrenys, urbanització, edificació, venda dels habitatges), sense haver de suportar la lentitud i la incertesa del procediment administratiu que podria paralitzar la seva activitat i que en el fons són costos. Tot això permet a la fi, racionalitzar l'activitat, quantificar les despeses financeres, i sobretot conèixer d'antuvi el resultat del procediment de planificació urbanística.

6.-HIPÒTESI: EL PER QUÈ DE LA NECESSITAT DEL CONVENI: FONAMENT CONSTITUCIONAL I DE POLITICA ADMINISTRATIVA.

Per una part tenim que la Constitució de 1978 ha canviat la posició del ciutadà davant l'Administració: ja no es d'inferioritat, sinó variable en funció de l'àmbit, de manera que les potestats autoritàries de l'Administració, d'autotutela i l'execució de les seves decisions unilaterals, tenen un àmbit limitat i no constitueixen un privilegi general i absolut. En matèria de llibertats i drets civils fonamentals el contingut essencial és indisponible fins i tot per a l'Administració a més l'exigència al dret fonamental a la tutela judicial efectiva (article 24 de la CE), fa que no quedin àmbits de privilegi per a l'Administració quan s'enfronta a un particular en un plet, tal com es veu quan l'enfrontament arriba al jutge per a la seva revisió, on amb els poders cautel·lars el jutge pot suspendre l'execució de l'acte administratiu.

Per altre part, en el camp urbanístic, la dificultat que porta la gestió urbanística, derivada de la insuficiència del propi text urbanístic, (la norma mai pot donar resposta a tots els escenaris i conflictes possibles), com la pròpia complexitat dels problemes a resoldre, la lentitud en al planificació i gestió, així com el clima enverinat que normalment envolta les relacions entre els protagonistes de la esfera urbanística degut a la magnitud i la intensitat dels conflictes que es produeixen, ha contribuït a que l'Administració i els particulars busquin solucions ràpides que puguin satisfer els seus interessos en joc.

En un altres ordre de coses, la realitat quotidiana demostra que cada dia és més difícils imposar determinades polítiques contra la voluntat dels afectats, més si aquestes polítiques tenen un cost que poden passar factura al càrrec polític.

Avui l'Administració està cridada a dibuixar tècniques que facilitin el compliment dels fins constitucionals i tinguin una finalitat pacificadora.

Per tot plegat, el recurs al contracte (via conveni) per l'Administració és quelcom perfectament legítim i coherent amb l'equilibri de poders disposat pel constituent.

Segons recull DELGADO PIQUERAS, es produeix avui en dia un procés de "contractualització" de les relacions jurídiques administratives, tal com descriuen diversos autors (GIANNI, PAREJO). Amb la tècnica contractual es permet cercar nous instruments operatius més flexibles i adequats al paper central de l'Administració Pública, que busca la satisfacció de les necessitats individuals i col·lectives, en especial tanmateix, en un marc de creixent intervenció en la societat i en la solució dels conflictes socials.

La negociació i composició de la decisió administrativa té a primera vista importants virtuts: major encert en la decisió, en facilitar la seva execució, i en definitiva en l'eficàcia administrativa i en aquest sentit es converteix en un instrument d'acció amb una projecció diferent al tradicional de l'acte administratiu. GARCÍA DE ENTERRIA-FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, defineixen d'aquesta manera les causes que originen aquesta necessitat de negociació de l'Administració.

Tanmateix també via suposa la realització del principi constitucional de participació ciutadana en l'actuació de l'Administració, consagrat en l'article 9.2 CE i l'article 105 CE. Aquest principi constitucional de participació ciutadana en l'actuació de l'Administració té una relació directa amb la fórmula de l'estat social i democràtic de Dret, amb el deure dels poders públics d'aconseguir que la llibertat i la igualtat siguin reals, efectives i plenes i amb els principis d'objectivitat i eficàcia administrativa, consagrats en l'article 103.1 CE.

7.- UNA VISIÓ OPOSADA: PUNTS DE VISTA CRÍTICS.

7.1.- La privatització del Dret Urbanístic, l'anomenada planificació contractual. El conveni atípic com instrument.

Per PARADA la situació arrencada en la pròpia Llei del sòl de 1956 (que va trencar amb l'urbanisme d'obra pública que defensava ILDEFONS CERDÀ i que va estar vigent des

de la Llei d'Expropiació de 1879 fins la Llei del sòl de 1956), ha permès la formació d'oligopolis en relació a la propietat del sòl i la retenció d'aquest a l'alterar l'estat de la propietat immobiliària en favor dels propietaris.

Amb la normativa posterior (Llei de 1975, Llei 8/1990, Llei 7/1997) i les més recents (Llei 6/98 i DL 4/2000, i el ventall d'autòniques) inspirades pels economistes en la línia liberalitzadora del règim del sòl, l'urbanisme comença a veure's únicament com una activitat dirigida a la major producció de solars al millor preu.

Existeix per tant una veritable pressió sobre el sòl, joc que juguen els "poderosos" propietaris del sòl i en certa manera també l'Administració local.

Per PARADA l'urbanisme actual no és més que un "*contubernio*" entre els interessos privats dels propietaris privilegiats i els de recaptació dels municipis, que en el marc d'un procediment, substitueixen el model inicial establert en el planejament pel conveni urbanístic i la següent modificació puntual d'aquest.

Així en l'actualitat es pot afirmar que no es produeix ni una sola modificació puntual de planejament general en la que estigui implicada la iniciativa privada sense que vingui acompanyada del corresponent conveni urbanístic.

Hi ha doncs una veritable crisi i desnaturalització de: la planificació i programació urbanística com a funció pública, i la figura i concepte del Pla com a previsió ordenada i anticipada, racional i integradora, (ideada i concebut en la Llei de 1956) .

Aquests fet ja fa temps que ha estat denunciat per la doctrina més acreditada, així, juristes de gran prestigi com són GARCIA DE ENTERRIA i PAREJO, entenen que amb l'urbanisme concertat hi ha "un greu risc de privatització de la irrenunciable funció pública de l'ordenació urbanística".

Així, no és l'Administració local la que condueix sempre els processos urbanístics, ni tampoc els plans compleixen les funcions que els hi corresponen.

Aquesta missió des de fa anys s'atribueix de fet als convenis urbanístics de planejament, autèntics motors i guies orientadors de les estratègies municipals del planejament, als que segueixen d'immediat les corresponents i múltiples modificacions puntuals del pla. Sí que és cert i és extensible a molts municipis que s'ha instrumentat l'urbanisme sovint no tant per satisfer els drets i interessos constitucionals, com per l'obtenció per l'Administració local d'una via de finançament econòmic ràpida i generosa davant el problema greu de la insuficiència econòmica que pateixen.

Aquest el trist paper en que ha quedat reduïda la funció pública urbanística.

7.2.- Abandonament de l'exercici de les potestats públiques. La potestat reglamentària exercida pel particular. La norma a la carta.

Sí bé es cert que molts convenis són vehicles per aconseguir una finalitat administrativa "neutral", per exemple els convenis de gestió, els altres, els convenis urbanístics de planejament són en certa manera convenis "innecessaris" en el sentit que l'Administració els acorda tot i que les seves potestats l'hi permeten actuar unilateralment tant per l'aprovació com per l'execució dels plans.

En efecte, el conveni representa també la constatació de l'abandonament, fracàs o si es vol ineficàcia, de la utilització per l'Administració de les potestats que té atribuïdes en l'àmbit urbanístic (planejament, executivitat de l'actes...).

En lloc de l'exercici unilateral de les potestats reconegudes legalment i discrecionals (i per això hi ha els Tribunals per a la revisió de l'actuació administrativa), l'Administració "pacta" la seva acció en el desenvolupament urbanístic no sent aquesta, a vegades, la millor manera per satisfer els interessos públics en el mateix sentit HUERGO LORA.

I fins i tot es pot fer una altre consideració més profunda. En el fons el que està fent l'Administració és fer la llei a la mesura d'un particular. Ni més ni menys, i ens atrevim a afirmar que no trobaríem cap altre àmbit en el Dret que es permeti aquesta possibilitat. En el món urbanístic, succeeix quelcom de sorprenent. Aquí és diferent, aquí es pacta ni més ni menys el propi marc normatiu, és a dir la norma pròpiament;

es "contracta" en definitiva el contingut de la modificació del pla que després serà la norma, serà el reglament d'aplicació.

Des d'un punt de vista jurídic en el fons el que hi ha és l' exercici de potestats administratives per part de particulars.

TERCERA PART

8.- EL PLANEJAMENT URBANÍSTIC COM A POTESTAT DISCRECIONAL .

Com hem vist abans el planejament urbanístic és una potestat pública que la llei atorga només a l'Administració local. En l'exercici d'aquesta potestat té un component important la "discrecionalitat". "Discrecionalitat", significa que l'Administració local a través del planejament té llibertat per establir el model de ciutat que vol, d'una manera, que si bé no és il·limitada (hi ha aspectes reglats que s'han de respectar), si que comporta dosis importants de llibertat d'elecció entre les solucions no predeterminades que es basen en criteris extra jurídic: d'oportunitat, de conveniència, econòmics, de política social, política d'habitatges, política industrial, política medi ambiental, etc. segons el seu lliure judici subjectiu i de conformitat amb l'ordenament jurídic. La Jurisprudència per tant, en l'actuació urbanística, no tant sols controla els actes administratius reglats, sinó que també fa extensiu el seu control a l'actuació "discrecional" que és una activitat administrativa, i per tant sotmesa als Tribunals, tal com consagra l'article 106.1 CE.

8.1.- Límits normatius a la discrecionalitat administrativa

Podem establir tot seguit i a tall d'exemple una sèrie de límits "legals" a la discrecionalitat de l'autonomia municipal en el cas del planejament urbanístic.

En efecte, amb la classificació del sòl de la Llei 6/98, podem afirmar que avui juntament amb el sòl urbà, el sòl no urbanitzable també té el caràcter "reglat".

Un altre límit legal són els estàndards urbanístics. Uns altres límits legals són les lleis sectorials que tenen un impacte important en la regulació del territori i que també incideixen en gran manera en la facultats de planejament i en definitiva en la discrecionalitat urbanística. I finalment, el control derivat de les competències concurrents en matèria urbanística. En efecte, com és conegut, el procediment de l'elaboració dels plans urbanístics municipals arriba a la seva fi amb l'aprovació definitiva que correspon a l'òrgan competent de la CCAA (procediment bifàsic).

8.2.- El seu control judicial. Els principis generals del dret com a paràmetres de control.

El control del jutge contenciós-administratiu es basa en considerar si en l'aplicació de les potestats discrecionals s'infringeixen paràmetres que l'Administració ha d'observar d'una manera obligada i que són els principis generals del dret, que extensius en l'àmbit del dret urbanístic, fonamentalment corresponen a

1.- El principi interdicció de l'arbitrarietat. 2.- El principi d'igualtat. 3.- El principi de proporcionalitat.

8.3.- El cas dels convenis.

Els Tribunals poden, han de controlar i controlen tant la discrecionalitat d'atorgar convenis, com la discrecionalitat del contingut dels mateixos en base als anteriors límits legals i principis constitucionals exposats, doncs els convenis són "contractes" voluntaris que subscriu l'Administració, que deriven en actes administratius, que suposen l'exercici de la potestat de planejament amb la finalitat de servir als interessos públics urbanístics i que, per tant, han d'ajustar-se a l'ordenament jurídic.

9.- ELS CONVENIS URBANÍSTICS EN LA JURISPRUDÈNCIA.

Tot i que és aquesta la tutela que correspon als Tribunals, el cert és que en aquest àmbit, aquests han hagut d'assumir el paper d'haver de suplantar el buit legal per donar resposta als molts problemes i interrogants que planteja la seva aplicació: naturalesa jurídica, el seu abast i límits, validesa, efectes, etc... en definitiva crear el Dret. Presentem tot seguit els aspectes més importats d'aquests convenis juntament amb els arguments dels Tribunals que ho validen.(veure l' amplia relació en la tesina dels següents apartats i el seu recull jurisprudencial).

9.1.- Competència en l'atorgament del conveni i aprovació.

9.2.- La no disponibilitat de les potestats administratives i en especial del planejament *(per la importància del punt, adjuten una referència).*

En efecte, tot i el principi legal tant categòric, aquest ha estat objecte per la Jurisprudència, del següent pelegrinatge; així, des d'una primera oposició radical (anys 80), s'ha passat a una "acceptació" modulada de facto (anys 90-00) això sí mantenint formalment el principi, en el sentit que el conveni vindria a ser una gestió concreta sense suposar "la cessió, alienació, o extinció" de la potestat de planejament.

Així en certa manera s'ha arribat al punt contradictori en que la Jurisprudència accepta que l'exercici de la potestat de planejament s'estigui fent via conveni,(al acceptar-ne la validesa de la immensa majoria) però sense voler reconèixer i manifestar expressament, que en el fons s'està fent una disposició contractual d'aquesta potestat pública.

9.3.- Vinculació del conveni per l'Administració. Els cas del conveni de planejament i el cas del conveni de gestió.

9.4.- El conveni com a contracte.

9.5.-El conveni com instrument i no com a sistema de gestió.

9.6.- Els convenis adquireixen vigència quan s'incorporen al Pla.

9.7.- Responsabilitat derivada de l'incompliment i conseqüències jurídiques de la declaració de nul·litat.

9.8.- Els convenis i la competència autonòmica en l'aprovació dels plans.

9.9.- Una sentència resum.

10 .- "DE LEGE FERENDA"

10.1.- Amb caràcter general.

La figura del conveni s'ha "desbordat" en el seu abast i ús.

Per tot això, és urgent, necessari i oportú reclamar l'atenció del legislador tant de les CCAA com el de l'Estat, perquè en l'àmbit de les seves competències, els tipifiquin per "complet".

És de menester una regulació que permetria assolir una major seguretat i garantia jurídica a tots els operadors i no haver d'esperar que sigui, anys després, la Jurisprudència del Tribunal Suprem i ara la dels Tribunals Superiors de Justícia que vagin omplint el buit legal.

En aquest sentit la normativa dictada al País Valencià té el seu mèrit en el sentit que ha trencat al gel en intentar fer compatible el principi de no disponibilitat amb la figura del conveni urbanístic. Sens dubte una bona regulació legal, pacificaria la Jurisprudència i aportaria seguretat jurídica.

10.2.-Aportacions personals a manera de conclusió.

La proposta passa per reclamar un reconeixement normatiu exprés i autònom de la figura del conveni amb una base normativa suficient, que reculli les següents propostes (pensades bàsicament pels convenis de planejament):

- Definir el concepte de conveni, tipus, naturalesa jurídica, procediment per l'atorgament i aprovació, competència règim de publicitat, establiment de garanties o fiances, inscripció al registres, règim de vinculació amb els plans,

amb els actes administratius, valor dels compromisos que s'adopten (efectes jurídics), indemnitzacions en cas d'incompliment

- Que s'establís normativament l'exercici de la potestat de planejament via convencional consignant una formula que conjugué amb el principis de no disponibilitat sense comprometre'l.
- Que s'establís la necessitat de motivar exhaustivament el conveni, i en especial fent una valoració de les alternatives que té l'Administració i que ha renunciat per aconseguir la solució pactada. Aquestes valoracions han d'estar fetes pels serveis tècnics i jurídics municipals i consignades en els antecedents del conveni.
- Que tanmateix s'establís un tràmit previ d'informació pública del contingut total del conveni, abans de l'aprovació per l'Administració (principis de transparència, publicitat i concurrència).
- Que la redacció dels convenis fos clara i entenedora (escapar dels tecnicismes), amb exposició de la normativa a aplicar i el procediment a seguir, i l'obligatorietat d'acompanyar ell conveni amb plànols informatius.
- Identificació completa del particular (empresa, promotor, etc) que convé amb l'Administració.

11.- UN RECULL DE CONVENIS

12.- BIBLIOGRAFIA