

José María BAÑO LEÓN, *Derecho Urbanístico Común* (Editorial Iustel, Madrid, 2009).

por

ALEJANDRO HUERGO LORA

Profesor Titular (acreditado para Catedrático de Universidad) de Derecho Administrativo (Universidad de Oviedo)

Aunque es habitual afirmar que cada vez se publica más y, por ello, es más difícil seguir las novedades bibliográficas, estoy convencido de que, aunque lo primero es cierto, lo segundo no responde a la realidad, porque los libros que pretenden ir más allá de la exposición de un régimen jurídico sectorial son muy pocos, seguramente menos que hace diez años, y constituyen una lista abarcable en la que desde luego destaca esta obra de José María BAÑO LEÓN, uno de los libros más importantes que se han publicado en el Derecho Administrativo español de los últimos años.

Se ha reflexionado muy poco sobre la evolución reciente de la bibliografía jurídica española (en particular en Derecho Administrativo), y me parece que no sobra decir algo al respecto, aunque no vaya referido directamente a la obra que se comenta. Por circunstancias internas de la vida universitaria, que no es del caso exponer (pero que son conocidas por la mayoría de los lectores de esta u otras revistas jurídicas), ha decrecido mucho la producción de obras de procedencia e intenciones académicas, gran parte de las cuales suelen tener su origen en tesis doctorales y ejercicios de oposiciones y concursos. Ahora, y con alguna excepción, las editoriales jurídicas se concentran en comentarios legislativos y en obras «prácticas», que incluso ya no desdeñan la inclusión de materiales ajenos al discurso doctrinal (como la transcripción de sentencias), y que sin duda resultan mucho más lucrativas. Junto a las antes aludidas causas universitarias, parece razonable ver en ello una respuesta a la proliferación legislativa y a la demanda de comentarios legislativos por parte de la práctica. No sé si comienza a producirse el siempre añorado diálogo entre la doctrina y la jurisprudencia, pero no parece dudoso que «la práctica» (o, al menos, una parte de ella) compra más libros que antes y que las editoriales publican pensando en ella y no en los anaqueles de las bibliotecas universitarias. Las editoriales también han comenzado a impartir cursos para la formación permanente de los abogados y otros juristas, abriendo así un nuevo mercado, complementario del estrictamente bibliográfico, al modo en que, por ejemplo, las editoriales alemanas vienen trabajando intensamente desde hace bastantes años.

Tras una etapa en la que la mayoría de las tesis eran de «parte especial», y en buena medida se dedicaban a exponer un régimen jurídico sectorial con

la pretensión de ser al mismo tiempo académicas y «prácticas», en una mezcla difícil de admitir en otros pagos, parece que el mercado ha impuesto sus exigencias y se le proporcionan obras prácticas escritas directamente para él, sin pretensiones académicas. Con todo, desconfío de la mayor parte de esa literatura «práctica», porque tengo para mí que nada hay más útil —en el campo jurídico— que una buena teoría, y que un gran número de esas obras supuestamente prácticas ni siquiera proporcionan información exhaustiva sobre el estado de las respectivas cuestiones, incumpliendo así su primera e inexcusable función.

El libro del profesor BAÑO LEÓN es muy útil precisamente porque parte de los fundamentos teóricos del Derecho Urbanístico, que revisita desde nuevas perspectivas, y en ese sentido es un libro verdaderamente práctico que, además de proporcionar mucha información, arriesga soluciones concretas sobre múltiples cuestiones dudosas que van desde la aplicación práctica de la evaluación de impacto ambiental hasta la incidencia del Derecho europeo de la contratación a los procedimientos de gestión urbanística. A juicio del autor de estas líneas el libro pasa a unirse a dos clásicos en la materia como el *Manual* del profesor Tomás-Ramón FERNÁNDEZ (que es mucho más conciso e introductorio, naturalmente) y las desactualizadas, aunque todavía tan útiles, *Leciones de Derecho Urbanístico* de los profesores Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Luciano PAREJO (1).

El *Derecho Urbanístico Común*, de José María BAÑO es, pese a su título, un libro de la parte general del Derecho Administrativo (con aperturas hacia el civil) y no la exposición de un régimen jurídico sectorial. El Derecho Administrativo debe construirse, en mi opinión, alrededor de los instrumentos jurídicos de la actuación administrativa (el reglamento, el acto, el contrato, la actuación material o técnica, etc.), más que sobre el régimen jurídico de los sectores, que en muchas ocasiones no tiene ninguna peculiaridad jurídica digna de un estudio académico, sin perjuicio de la necesidad de exponerlo de manera precisa y actualizada. El Derecho Urbanístico va mucho más allá, sin embargo, de lo puramente sectorial por múltiples razones. Así, en él se estudia el contenido del derecho de propiedad y es en él donde se han desarrollado instrumentos jurídicos (como los planes) ahora de ámbito general, sin olvidar la densa práctica que ha generado en su aplicación, en la que han ido surgiendo múltiples reglas de interés, como ocurre, por ejemplo, en materia de licencias. El libro que se recensiona une a estas razones otra más, como es la integración del Derecho Urbanístico en el ambiental, lo que significa, entre otras cosas, y ello es digno de mención, que la obra es fiel al espíritu de la legislación de 2007-2008, sin pretender, como en tantas otras ocasiones, interpretarla desde la normativa anterior o ignorar sus nuevos enfoques en lo que respecta a los grandes principios, algo muy digno de ser destacado y que se aprecia en muchísimos aspectos concretos, con resultados, por cierto, no siempre en línea con los supuestos principios de la nueva Ley del Suelo. A la larga, una interpretación normativa «cómoda», que busque en la nueva legislación todo lo que suene a la antigua, puede ser penalizada por la jurisprudencia si ésta

(1) Cabe destacar también, por su gran valor en la interpretación de la nueva legislación estatal, los *Comentarios al Texto Refundido de la Ley del Suelo*, del profesor PAREJO y Gerardo ROGER, así como la obra colectiva, amplia e informativa, *Fundamentos de Derecho Urbanístico*, dirigida por el profesor LUIS MARTÍN REBOLLO y coordinada por el profesor Roberto BUSTILLO.

resulta, como parece últimamente, más sensible a ese nuevo paradigma ambiental (véase, por ejemplo, el claro «desmontaje» del silencio administrativo positivo en materia de licencias, pese a la teórica aplicación general de la Ley 4/1999), entre otras cosas por el influjo, que sin duda irá en aumento, de la jurisprudencia penal, muy sensibilizada en esta materia y que ya ha insinuado su disposición a actuar ante la supuesta inoperancia de la ordenación administrativa urbanística.

Escribir un *Derecho Urbanístico Común* supone partir de la base de que la asunción de las competencias legislativas por las Comunidades Autónomas no ha supuesto un cambio radical ni la aparición de diecisiete modelos urbanísticos diferentes. Se trata de una evidencia sobre la que tuve ocasión de reflexionar hace años (BOCANEGRA SIERRA-HUERGO LORA, *El Derecho Urbanístico del Principado de Asturias*, 2005, 3.^a ed.), y que el proceso de reforma de 2007-2008 ha vuelto a corroborar, en la medida en que se ha demostrado una vez más que la legislación urbanística gira alrededor de la normativa estatal (entre otras cosas por la peculiaridad del título competencial del art. 149.1.1.^a, a la que se refiere el profesor BAÑO en las págs. 74-76). Pero este libro se construye desde el conocimiento de la legislación autonómica, en particular de las más originales (dentro de lo que cabe), como es precisamente la valenciana.

Sería imposible, dadas las dimensiones y ambición del libro recensio-nado, desgranar aquí, siquiera mínimamente, su contenido. El profesor BAÑO ha escrito una obra sistemática que expone la totalidad del Derecho Urbanístico, del que sirve como obra de referencia y como introducción, y a la vez lo ha hecho exponiendo muchos puntos de vista originales, algunos de los cuales quiero destacar en el resto de estas notas, y que me han interesado especialmente porque en ocasiones enlazan con perspectivas críticas que tuve ocasión de exponer en su momento (BOCANEGRA SIERRA-HUERGO LORA, *op. cit.*, pág. 15 y sigs.). Sirva esta explicación para justificar el carácter incompleto y arbitrario de los apuntes que siguen. Repito que con ellos no pretendo resumir el libro, del que me limito a añadir que, por las razones ya expresadas, no debería faltar en ninguna biblioteca de Derecho Administrativo o Urbanístico.

Así, el profesor BAÑO deja anotada una característica llamativa del modelo urbanístico español, como es el marcado protagonismo del planeamiento, mucho más utilizado e importante entre nosotros que en otros ordenamientos. En el plan y sus características jurídicas se encuentra la respuesta a muchas de las cuestiones que se discuten en el ámbito urbanístico. El plan es una figura fronteriza cuyos linderos con otras instituciones encierran otros tantos problemas abordados en el libro, desde la posible inconstitucionalidad de las Leyes que aprueban planes concretos, no por los motivos aludidos más habitualmente (concepto material de Ley, derecho a la tutela judicial), sino por vulnerar la autonomía local, hasta las especialidades del planeamiento frente a la potestad reglamentaria, con la que a veces se confunde (págs. 129-130). En esta misma línea cabe destacar la sugerencia de que algunas de las partes habituales de los planes puedan regularse en otras ordenanzas, formalmente separadas del propio plan. En este mismo apartado del encaje jurídico y dogmático de la figura del plan, deben destacarse las importantes consideraciones sobre la reserva de Ley (págs. 116-118), en las que se plantea el problema, habitualmente pasado por alto como algo inevitable de sí, y en qué medida, el legislador puede delegar en el planeamiento la tarea que le asigna el artículo 33.2 CE de delimitar el contenido del derecho de propiedad.

Junto a las fronteras de los planes urbanísticos con la Ley, se examinan sus linderos con el reglamento, no siempre claros y que probablemente no pueden recibir una respuesta única. Algunos de los planes urbanísticos (aquellos que, más que diseñar la estructura general de la ciudad, son necesarios para hacer efectivas las potencialidades edificatorias del derecho de propiedad), aparecen dotados de características absolutamente opuestas a las típicas de la potestad reglamentaria, en la medida en que, por ejemplo, el procedimiento para su aprobación puede iniciarse a instancia de parte (no sólo de oficio) y pueden ser aprobados por silencio administrativo positivo. Como sucede en otros campos, aplicar un mismo traje (el del reglamento) a todos los planes urbanísticos produce resultados claramente disfuncionales, en la medida en que, o no se atienden las necesidades planteadas por algunos de esos planes (por ejemplo, de estabilidad o de limitación de la eficacia invalidante de los vicios de forma) o se hace, pero deformando una figura general —la del reglamento—, al extrapolar a toda ella problemas estrictamente sectoriales.

Todavía en materia de fuentes del Derecho Urbanístico me parecen de especial importancia las consideraciones sobre la legislación autonómica que acaba siendo incompatible con leyes estatales aprobadas con posterioridad y sobre la posibilidad de recurrir en casación sentencias que apliquen Derecho autonómico que reproduzca legislación estatal (págs. 157-159). La alternativa entre la inconstitucionalidad sobrevenida (que sólo puede ser apreciada por el TC) y la aplicación de la cláusula de prevalencia (art. 149.3 CE), que permite a cualquier Tribunal descartar la aplicación de una Ley autonómica que haya devenido incompatible, de manera sobrevenida, con la legislación estatal, es uno de los problemas pendientes de nuestro sistema de fuentes, en el que, como recuerda el autor, el Tribunal Supremo defiende una tesis distinta a la del TC y mucho más práctica en la medida en que evita pasar necesariamente por la cuestión de inconstitucionalidad en todos aquellos casos en que, como ha sucedido con la aprobación de la nueva legislación del suelo estatal de 2007-2008, muchas Leyes autonómicas dejen de ajustarse al marco estatal y necesiten una reforma. También hay que decir que la doctrina con la que el TC fundamenta su tesis de la inconstitucionalidad sobrevenida —según la cual una Ley postconstitucional sólo puede ser inaplicable si hay una previa sentencia del TC que la declare inconstitucional o bien del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, al resolver una cuestión prejudicial, obligue a considerarla contraria al Derecho Comunitario—, resulta discutible por lo que se refiere al flanco comunitario, al trasladar a éste, indebidamente, el modelo de la jurisdicción constitucional concentrada.

También es muy interesante reparar en que la transferencia de competencias legislativas a las Comunidades Autónomas supone evitar el acceso a la casación y, por lo tanto, al establecimiento de una doctrina unitaria, incluso en aquellos casos en que la Ley autonómica reproduce el texto de la estatal (pág. 159).

Uno de esos puntos, a los que antes me refería, en los que la sensibilidad de este libro con los nuevos principios de la legislación de 2007-2008, en lugar de interpretarla desde las categorías tradicionales de nuestro Derecho Urbanístico, conduce a resultados contrarios a los que se esperarían de una lectura lineal o superficial de esos nuevos principios, es la muy bien argumentada interpretación restrictiva de la potestad de aplicar la expropiación como sistema de actuación, frente a la libertad que muchas leyes autonómicas otorgan a la Administración (págs. 274-275), y que claramente se quiere configurar

como un derecho «libre» de opción entre los distintos sistemas por parte de la Administración. Precisamente esa alegría (por lo menos teórica) en la aplicación de la expropiación forzosa, sobre la base de la tradicional declaración como causa de utilidad pública o interés social de la ejecución de *cualquier* plan urbanístico, con independencia de su contenido, constituye una de las características de nuestro Derecho Urbanístico más difíciles de justificar fuera de España, tanto en el ámbito europeo (véase el informe Auken) como en el norteamericano (y así lo demuestra la intensa reacción registrada contra la sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de junio de 2005, en el caso *Kelo v. New London*, que es la que más se aproxima a una concepción de la expropiación forzosa similar a la que desde siempre reconoce nuestro Derecho Urbanístico).

En esta misma línea, el libro destaca igualmente cómo la nueva legislación estatal otorga a todo propietario de suelo incluido en una unidad de actuación el derecho a conocer, antes de tener que optar entre participar en la gestión urbanística o ser expropiado, el coste que tendría dicha participación, una previsión ésta de gran importancia porque en la práctica impide que propietarios minoritarios se integren en una Junta de Compensación y al final se vean abocados al abono de gastos de urbanización muy superiores a los inicialmente previstos, que al final se revelan como una previsión puramente teórica.

Ya he dicho que una de las características más destacadas de esta obra es la de integrar el Derecho Urbanístico y el Ambiental, y ello no por una preferencia personal del autor, sino, una vez más, porque ésta es claramente una de las decisiones fundamentales que ha adoptado el legislador de 2007, tanto en la selección de los títulos competenciales que invoca para justificar el nuevo texto legal, como en el contenido de éste. Como dice el profesor BAÑO, lo que podemos denominar el control ambiental de los planes urbanísticos tiene un alcance muy amplio, al incluir las afecciones a la propiedad privada y a valores como el patrimonio histórico y cultural. Entiendo que, en cierto modo, de la mano de la evaluación estratégica y ambiental vuelve a intentarse, con nuevos instrumentos jurídicos más incisivos, la utopía de la integración de las decisiones urbanísticas (y de las demás decisiones sectoriales, como las de infraestructuras) en un marco más amplio en el que se tengan en cuenta todos los intereses afectados, algo que en su día se intentó a través de la ordenación del territorio pero con poco éxito, ya que ésta, aunque sigue formalmente en vigor, ha tenido una eficacia limitada por la prevalencia de las competencias estatales sectoriales sobre las autonómicas de ordenación del territorio. La evaluación de impacto ambiental aparece dotada de mayor eficacia jurídica porque la declaración de impacto ambiental vincula al órgano sustantivo, aunque esa mayor eficacia se ha conseguido al precio (aceptado por el TC) de entregar a la Administración del Estado la competencia para evaluar el impacto ambiental de sus propios proyectos.

Dentro de este apartado ambiental, se insiste en el libro en el carácter virtualmente irreversible (págs. 230-231) de la protección de los espacios naturales incluidos en la Red Natura 2000, que resulta especialmente importante si se tiene en cuenta que todos los actualmente incluidos en ella lo fueron sin respetar las garantías procedimentales mínimas que la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y la Biodiversidad, exige ahora para dicha declaración, como es su sometimiento previo a información pública y la publicación posterior (art. 42.2).

Serían muchísimos los puntos de este *Derecho Urbanístico Común* que por su interés merecen ser destacados y comentados (por ejemplo, los relativos al

Derecho Comunitario de la contratación, al que el autor somete, en una tesis contracorriente pero en mi opinión convincente, a las Juntas de Compensación, y también los relativos a las sociedades urbanísticas de economía mixta, que en algunas Comunidades Autónomas pretenden, sorprendentemente, vivir al margen de la normativa comunitaria), pero, para no alargar en exceso esta recensión, basta recordar el juicio antes expresado: nos hallamos ante uno de esos pocos libros que no puede dejarse escapar, y ante una exposición del Derecho Urbanístico que, además de ser enormemente útil para todos los interesados en él, incorpora decenas de aportaciones originales (que habrían justificado otros tantos artículos o varias monografías) que seguramente se consolidarán en nuestra doctrina y con las que tendrá que contarse, en todo caso, a partir de ahora.

Antonio Manuel MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Thomson-Civitas, Navarra, 2010, 192 págs.

por

BEATRIZ FERNÁNDEZ GREGORACI

*Investigadora Ramón y Cajal
Universidad Autónoma de Madrid*

La editorial Thomson-Civitas publica el discurso leído el día 8 de febrero de 2010 en el acto de recepción pública como Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación del Profesor Doctor don Antonio Manuel Morales Moreno.

1. ESTRUCTURA

El libro trata exactamente lo que su título indica: el lucro cesante derivado del incumplimiento contractual.

La obra se estructura en tres partes, precedidas de una *Introducción* (págs. 17 a 38). La primera parte es un análisis de las *Manifestaciones del lucro cesante en la responsabilidad contractual* (págs. 38 a 87); a continuación MORALES MORENO procede a la *Delimitación del daño indemnizable* (págs. 93 a 179); el autor concluye analizando los *Límites en la indemnización del lucro cesante* (págs. 180 a 192).

Cada una de las partes es una pieza cuya colocación no es fruto de la casualidad, sino que responde a una construcción doctrinal muy precisa, vertebrada por una idea: la del fin de protección del contrato.

2. PRECISIONES CONCEPTUALES Y TERMINOLÓGICAS

Para delimitar el objeto de estudio, en la *Introducción* se abordan algunas cuestiones conceptuales y terminológicas, cuya comprensión resulta imprescindible para situar al lector en el supuesto de hecho concreto que el autor desgrana a lo largo de todo el trabajo.