

UN BALANCE DEL URBANIZADOR EN LA COMUNIDAD VALENCIANA Y SU POSICIÓN FRENTE A LA NUEVA DIRECTIVA EUROPEA DE CONTRATACIÓN

Elísabet Guijarro González
Abogada. Doctora en Derecho

Este trabajo forma parte de la tesis doctoral “El agente urbanizador en la Comunidad Valenciana y su relación con el empresario constructor”, ganadora de los Premios del CES-CV para Tesis Doctorales, Convocatoria 2012.

RESUMEN:

La figura del urbanizador en la Comunidad Valenciana y su evolución, se encuentran íntimamente ligadas tanto a la normativa comunitaria de contratación, como a la Jurisprudencia que los Tribunales Europeos han realizado al efecto. La cuestión sobre su naturaleza jurídica como contrato de obra pública o no, las presiones surgidas por protestas ciudadanas y el ritmo de su crecimiento llamaron la atención sobre esta figura, lo que se tradujo en una intervención sobre el desarrollo y aplicación de la misma.

Aprobada por el Parlamento Europeo, una nueva Directiva Europea en materia de contratación*, y en cuanto a los contratos de obra que en materia de urbanismo se realizan, interesa a este trabajo el análisis de su desarrollo así como de la Jurisprudencia europea que se ha adoptado al respecto.

SUMMARY:

The figure of the urbanization agent in the Valencian Community and its evolution are closely linked both to Community procurement rules, and to the jurisprudence that the European Courts have made to that effect. The question of its legal status as a public contract or not, the pressures arising from citizen protests and the pace of growth called attention to this figure, which resulted in an intervention on the development and implementation of the same.

Adopted by the European Parliament a new European Directive on procurement*, and relative contracts in urban planning are done, the interest of this work is the analysis of development as well as the European Court has been taken in this regard.

*Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014.

I. LA FIGURA DEL URBANIZADOR Y SU IMPACTO EN LA ECONOMÍA AUTONÓMICA

La Administración Pública, como tal, tiene como fin la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos. Es decir, su principal obligación y la razón de su existencia, consiste en ofrecer los servicios públicos que se demandan. No obstante, el cumplimiento de tal deber implica un fuerte desembolso económico del que en numerosas ocasiones no dispone. Surge en dicho momento, una búsqueda de la inversión privada.

La aparición de la figura del urbanizador en la Comunidad Valenciana a través de la aprobación de la Ley 6/1994 Reguladora de la Actividad Urbanística (LRAU)¹, dio respuesta a esta necesidad, puesto que puso remedio a la incapacidad gestora de la Administración para llevar a cabo por sí misma las actuaciones urbanísticas, suponiendo al mismo tiempo, una nueva visión del urbanismo con grandes consecuencias jurídicas, económicas y sociales.²

Concretamente, la innovación de la LRAU radicó en que la función de urbanizar pudo ser asumida bien por la Administración; bien por los propietarios agrupados,³ que se colocaban en la posición de un sujeto cuya labor era la gestión y urbanización de un ámbito de actuación; o bien por un tercero totalmente ajeno a la actuación, lo que amplió la posibilidad de sujetos que podían ejecutar, y consecuentemente activó la transformación del suelo.

Surgió así la diferencia entre la gestión directa y la indirecta. Mientras que la primera era, y continua siendo hoy en día, aquélla en la que la totalidad de las obras e inversiones que comporta la actuación son gestionadas por los entes o empresas de la Administración; en segundo lugar, la gestión es indirecta cuando la Administración delega la condición de agente urbanizador mediante la adjudicación, a favor de una iniciativa empresarial seleccionada en pública competencia, de un Programa para el desarrollo de una Actuación Integrada (PAI).⁴

¹ Ley 6/1994, de 15 de noviembre, de la Generalitat Valenciana, Reguladora de la Actividad Urbanística (DOGV núm. 2394, de 24 de noviembre de 1994).

² Hasta dicho momento, el desarrollo urbanístico en el territorio español, bajo la vigencia de la Ley estatal 8/1990 y su posterior Texto Refundido en el año 1992, había sido muy escaso, puesto que la Administración Pública se veía imposibilitada para hacer frente a los gastos que aquel implicaba. Es decir, los sistemas previstos en la norma no eran capaces de asumir la transformación urbana que el suelo demandaba, ni por la escasez de medios de la Administración ni por la dificultad de convertir a los titulares de los terrenos en agentes ejecutores de las decisiones públicas.

³ Los propietarios podían asociarse en una Agrupación de Interés Urbanístico, no siendo necesaria la incorporación a la misma de todos los afectados por un determinado ámbito de actuación.

⁴ Esta afirmación debe entenderse en términos generales, dado que se pueden dar otras circunstancias que quiebren con la misma. Hablamos de los contratos *in house providing* y las sociedades de economía mixta. En los llamados contratos internos se excluye la aplicación de la normativa de contratación europea cuando se dan dos circunstancias: que la autoridad pública ejerza sobre la entidad contratista un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y que esta última realice la parte esencial de su actividad junto con la autoridad. Pues bien, este supuesto se

El esquema era muy sencillo: la Administración autorizaba a que un sujeto, denominado agente urbanizador, llevase a cabo la urbanización de los terrenos, a cambio de recibir de los propietarios afectados el pago por la obra realizada, el cual se podía materializar bien en metálico, bien en especie. El agente urbanizador asumía de este modo la iniciativa del desarrollo y la responsabilidad de llevar a cabo la actuación urbanística, financiando y garantizando la elaboración de las obras.

II. EL URBANIZADOR “LLAMA LA ATENCIÓN” DE EUROPA

Tras la aparición de la figura del urbanizador, la transformación del suelo en la Comunidad Valenciana marchó a pasos agigantados.⁵

Los abrumadores efectos que conllevó la aparición del agente urbanizador fueron rápidamente propagados, teniendo consecuencias de diversa índole. Si a nivel económico, la “liberalización” del suelo permitía la construcción de nuevas viviendas activando de este modo el mercado; a nivel social, la LRAU fue vista de un modo negativo por parte de pequeños propietarios, en cuyas parcelas de terreno ya existían construcciones y a pesar de ello, se veían obligados a participar en un programa de actuación integrada.

Hablamos de aquellas construcciones, edificadas en muchas ocasiones en terreno no urbanizable, carentes de la totalidad de los servicios básicos como por ejemplo, un alcantarillado. La integración de éstas en un ámbito de actuación, con el fin de dotarlas de la totalidad de los servicios y regularizar su situación legal no era entendido por sus propietarios que debían hacer frente a los costes de urbanización y ceder una porción de su terreno al Ayuntamiento. Este malestar por parte de los propietarios, causado principalmente por un desconocimiento del sistema urbanístico español⁶, se veía incrementado por algunas facetas de la propia LRAU como por ejemplo, la brevedad de los plazos concedidos a los propietarios para posicionar sus derechos en la actuación, además de por algunas actuaciones municipales como la falta de un control riguroso sobre la verdadera cuantía de los costes de urbanización.

excepciona, según la jurisprudencia del TJCE en las sociedades de economía mixta. (Sentencias del TJCE de 10 de noviembre de 2005, Comisión contra Austria, Asunto C-29/2004; o de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, Asunto C-26/2003), por lo que en el caso de que la posición del urbanizador fuese adquirida por una de estas sociedades de economía mixta, nos encontraríamos ante una gestión indirecta.

⁵ En el año 1997, fueron sometidos a información pública más de doscientos PAIs en la Comunidad Valenciana, según consta en el DOCV.

⁶ Pese a lo entendido por algunos propietarios, la propiedad privada no es ilimitada, sino que se trata, en palabras de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Manual de Derecho Urbanístico*, El Consultor, 21ª Edición, Año 2008 (Madrid), página 117, de un derecho que define su extensión en función de la clasificación y calificación urbanística de los terrenos. Por ello, la ordenación urbanística no da derecho a una indemnización puesto que no se trata de un recorte o privación de algo previamente definido.

A pesar de que estos últimos aspectos resultaron ignorados en un principio por las autoridades locales y autonómica, el carácter turístico de la Comunidad Valenciana y el hecho de constituir la residencia de numerosos extranjeros⁷, hizo que finalmente las peticiones sociales alcanzasen el Parlamento Europeo⁸, el cual se manifestó acerca de las mismas en el Informe de 5 de diciembre de 2005, también conocido como Informe Fourtou⁹ con una posición negativa hacia la LRAU; en el requerimiento realizado por la Comisión Europea contra el Reino de España el 21 de marzo de 2005, y en la Resolución del Parlamento Europeo de 13 de diciembre de 2005¹⁰. Todo ello hizo que Europa pusiese un punto de atención en nuestra legislación urbanística yendo un paso más y planteándose su conformidad con las Directivas Comunitarias de contratación pública.

El punto de atención se encontraba en el proceso de selección del agente urbanizador. A pesar de que la obra de urbanización en sí misma considerada, tiene un innegable carácter de obra pública, la legislación valenciana no aplicaba las normas nacionales ni comunitarias del procedimiento de contratación de obra pública.

La brevedad de los plazos, la existencia de un “procedimiento simplificado” realizado a través de una Notaría¹¹ y no dirigido por la propia Administración, o

⁷Numerosos eran los periódicos extranjeros que hacían mención a la LRAU como “Land Grab” law, haciendo referencia a la misma como “Ley del expolio urbanístico”.

⁸ El Parlamento fue objeto de remisión de numerosas peticiones (como por ejemplo la Petición nº 609/2003, la nº 107/2004, 985/2002, 732/2003), que dieron lugar a la emisión de un Informe por parte de la Comisión de Peticiones así como una visita de varios miembros de la misma a la Comunidad Valenciana en el año 2004)

⁹ El Informe de 5 de diciembre de 2005 fue elaborado por la eurodiputada francesa Janelly Fourtou, basándose en una visión totalmente desenfocada de la realidad y desconocedora del sistema urbanístico español.

¹⁰ La Resolución del Parlamento Europeo de 13 de diciembre de 2005 (DO C 286 E de 23 de noviembre de 2006, pág. 225), en su apartado 6 dice así: “Con el fin de resolver los problemas que plantea la actual legislación en los aspectos relacionados con la protección de los derechos de propiedad, que suscitan cuestiones relacionadas con los derechos humanos y los derechos fundamentales, así como respecto a la normativa comunitaria en materia de contratación pública, insta a las autoridades competentes a que tengan en cuenta las siguientes recomendaciones: (...) – la revisión en profundidad de las bases de selección del urbanizador, así como del procedimiento de adjudicación de contratos al urbanizador seleccionado, de forma que esta función sea compatible con la legislación europea, dado que- como se desprende del procedimiento de infracción en curso- existen serias dudas al respecto; todo ello en aras de la transparencia del procedimiento de adjudicación de los contratos públicos y con el fin de garantizar la protección de los derechos de propiedad de los ciudadanos europeos.”

¹¹ Artículo 48 LRAU: “Simplificación del procedimiento a instancia de un particular.

1. Los particulares que formulen una alternativa técnica de programa y pretendan su ejecución, podrán obviar las actuaciones reguladas en el artículo 45 dando cumplimiento a lo siguiente:

A. Depositarán una copia de la alternativa ante el Ayuntamiento, acompañada, en su caso, de los proyectos de planeamiento y gestión urbanística que la complementen.

B. Protocolizarán la alternativa y los proyectos que la acompañen mediante acta, autorizada por Notario con competencia territorial en el municipio afectado.

C. La expondrán al público con sus propios medios, publicando anuncios en la forma exigida para los edictos municipales por el artículo 46.3, si bien, antes de ello, deberán remitir los avisos regulados en ese mismo precepto. Estos y aquéllos expresarán claramente: El objeto y características esenciales de su

incluso la posibilidad de una “adjudicación preferente”¹², fueron algunos de los aspectos de la LRAU que pusieron en evidencia que, en muchos casos, ésta dejaba en manos de la iniciativa privada la función pública del urbanismo, con el riesgo de que el desarrollo del suelo respondiese a la ambición de las empresas urbanizadoras y no al interés general.¹³

Ello, junto al fallo del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Luxemburgo) de 12 de julio de 2001, conocido como la Sentencia de la Scala,¹⁴ que planteó la cuestión sobre la necesidad o no de aplicar los principios básicos de la contratación pública a la normativa urbanística,¹⁵ hicieron ineludible la necesidad de un cambio de legislación.

En este contexto se aprobó la Ley 16/2005, Urbanística Valenciana (LUV)¹⁶, que derogó a la archiconocida LRAU. Esta nueva Ley, tal como explica su Preámbulo, nació “con una vocación de respeto a los principios de la legislación estatal, tanto en materia de régimen del suelo y valoraciones, como en materia de contratos de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común”.

Con el objetivo de cumplir las Directivas Comunitarias en materia de contratación pública, la Ley Urbanística Valenciana sometió el sistema de selección del urbanizador a un procedimiento en pública concurrencia, a semejanza del establecido en la legislación de contratos, y separó la figura del urbanizador de la del ejecutor material de la obra de urbanización: el urbanizador era y sigue siendo el responsable del desarrollo

iniciativa; la notaría donde estén protocolizados los documentos que la comprenden; los datos que permitan identificar el ejemplar depositado ante el Ayuntamiento; la advertencia de que, dentro del plazo de veinte días contados desde la publicación del último anuncio, cualquier persona podrá comparecer en dicha notaría para obtener copia del acta a que se refiere el precedente apartado B) o solicitar que se le exhiba la misma. Asimismo se hará constar la posibilidad de consultar en el Ayuntamiento las actuaciones derivadas de la documentación depositada en éste y de presentar ante él, para su incorporación a las mismas, tanto las alegaciones como alternativas técnicas que pretendan competir con la expuesta al público, así como proposiciones jurídico-económicas para ejecutar cualquiera de las alternativas.”

¹² Artículo 50 LRAU: “Régimen de adjudicación preferente.

1. El régimen de adjudicación preferente tiene por objeto fomentar la elaboración de iniciativas de programas por los particulares e incentivar su inmediata ejecución. Para su aplicación es imprescindible que quien lo solicite haya presentado una alternativa técnica de programa propia y original y que se ofrezca a ejecutarla en plazo inferior a tres años. (...)

¹³ El interés general exige que la iniciativa del planeamiento sea de una Administración Pública, siendo esto compatible con no excluir a la propiedad. En todo caso, abrir la opción a otros sujetos resulta contrario a los principios de concurrencia y competencia (Sentencia del TJCE de 3 de mayo de 2005, Fabricom). En el caso de sujetos públicos distintos del Ayuntamiento, no existe infracción de la libre competencia porque en su actuación está implícito el interés general. (Art. 106.2 Tratado sobre el Funcionamiento de la UE, consolidados según Tratado de Lisboa).

¹⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas Luxemburgo (Sala Sexta), de 12 de julio de 2001. Asunto C-399/1998. Ordine degli Architetti y otras personas v. Comunes di Milano. Ponente: V. Skouris (Referencia Westlaw: TJCE 2001\194).

¹⁵ Esta misma cuestión fue planteada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana ante el Tribunal Constitucional desestimando éste último la petición por una cuestión de forma en el Auto de 16 de julio de 2002.

¹⁶ Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana (DOGV núm. 5167, de 31 de diciembre).

y ejecución de la actuación urbanística, que engloba la redacción de documentos técnicos, proposición y gestión del proyecto de reparcelación y contratación del empresario constructor¹⁷, y el contratista de las obras es el ejecutor del proyecto de urbanización aprobado por la Administración.¹⁸

En principio, las causas de dicha separación se justificaron en que si la ejecución de la obra de urbanización se adjudica independientemente, primero se garantiza una mayor igualdad de oportunidades respecto a las empresas que concurren para la obtención de este segundo contrato; y segundo, se ofrece una posibilidad de participación a aquellas empresas que se dedican a la realización de estas obras, y que no tienen capacidad para asumir toda la gestión, ampliando con ello la concurrencia.¹⁹. La práctica ha demostrado que, efectivamente, la ejecución de la obra de urbanización ha recaído en algunas ocasiones en empresas que por sus medios no hubiesen podido acceder a la condición de urbanizador. No obstante, el problema ha radicado en que la elección de dichas empresas ha sido en numerosas ocasiones previamente acordada con el urbanizador, puesto que el mismo es una empresa privada que no tiene obligación de responder a un interés general y cuyo objetivo es la satisfacción de su interés particular.

Mientras que el primero de ellos es escogido a través de un procedimiento de libre concurrencia, anunciado en el Diario Oficial de la Unión Europea y promovido por la

¹⁷ Pese a que la LUV no enumere como funciones del urbanizador la ejecución de la obra de urbanización, éste es responsable de la misma puesto que, además de garantizar su correcta realización ante la Administración, redacta el pliego que va a regir la selección del contratista, y contrata con el empresario constructor su ejecución, implicando tal acto que la materialización de la obra de urbanización es de su competencia. Además de ello, el presupuesto económico del contrato que suscribe con la Administración incorpora la realización de la urbanización; confirmando tal situación que la ejecución de las obras forman parte del objeto de ese contrato que le une a la Administración, y que la garantía que presta es correlativa a dicha obligación.

¹⁸ En relación a la existencia de estos dos procedimientos es necesario recordar la Sentencia TJCE de 20 de octubre de 2005, Comisión contra Francia, Asunto C-264/03, en el que ante una situación con estructura jurídicamente similar a la de la LUV, es decir, dos procedimientos, el primero para la selección del mandatario de la Administración, y posteriormente otro, relativo a la obra, se planteó si el contrato se incluía en el ámbito de las Directivas Comunitarias.

En el supuesto planteado, el Tribunal concluye que la situación analizada constituye un contrato público de servicio, y por lo tanto, sobre el mismo era de aplicación la Directiva Comunitaria 92/50.

No obstante, encuentro que tal pronunciamiento no es aplicable al supuesto de la LUV puesto que se trata de situaciones de hecho diferentes. En el caso francés, el “mandatario” ejercía un servicio de representación, mientras que en el supuesto valenciano, la función del urbanizador no es representar a la Administración, sino gestionar y desarrollar el suelo.

¹⁹ La participación de las llamadas PYMES en la contratación pública ha sido objeto de impulso tanto por la Directiva Comunitaria 2004/18/CE, cuyo considerando 32 declara que “con el fin de favorecer el acceso de las pequeñas y medianas empresas a los contratos públicos, conviene prever disposiciones en materia de subcontratación”; como por la Comisión Nacional de Competencia (CNC) en su “Guía sobre contratación pública y competencia”, en cuya página 28 dice que “la subcontratación puede favorecer la participación de ciertas empresas en la contratación pública, en particular las PYME, sin embargo, en ocasiones, la ejecución del contrato por uno o varios operadores diferentes del adjudicatario original puede dar lugar a una reducción de la competencia efectiva en la fase de licitación, y ello incluso cuando se realiza por debajo del límite establecido en la LCSP”.

Administración, el segundo es seleccionado mediante un concurso²⁰ o subasta, promovido por el propio urbanizador.

En mi opinión, el modelo no es adecuado. La separación realizada quiso dar la impresión de romper con la normativa anterior y realizar algo nuevo, diferente, adecuado tanto a la normativa de contratación estatal como a las Directivas Comunitarias; pero en lugar de ello, mantuvo los fundamentos y principios establecidos en la LRAU, acarreando con ello sus mismos problemas, y sumó algunos a los ya existentes.²¹ El resumen es claro: permanece la base de la anterior ley urbanística pero se complica el procedimiento.²²

Esto mismo debió entender la Comisión Europea, puesto que el 12 de octubre de 2006 dirigió al Reino de España un dictamen, complementario a otro anterior referido a la LRAU²³, en el que manifestaba que la adjudicación de los PAIs con arreglo a la LUV constituía una infracción de la Directiva 2004/18 y de ciertos principios generales del Derecho Comunitario derivados del Tratado de la CE.

Pese al citado dictamen, la LUV se mantuvo en sus términos, y por ello la Comisión Europea decidió interponer un recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia, con el fin de que éste declarase que la adjudicación de los PAIs, con arreglo a la LUV infringía la Directiva Comunitaria relativa al contrato de obras. Dicho recurso se interpuso por demanda de 9 de julio de 2008, dando lugar al Asunto C-306/08.

El contexto existente en Europa apuntaba a que el Tribunal iba a considerar que el procedimiento de selección del urbanizador infringía la normativa europea, concretamente la vigente en dicho momento, Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. No obstante, pese a todo ello, la Sentencia de 26 de mayo de 2011 que resolvió este asunto, evitó entrar en la cuestión principal y declaró que no había quedado probado que la relación que une a la

²⁰ Dado que el proyecto de urbanización está ya definido, en la selección del empresario constructor las ofertas presentadas por los licitadores se centrarán en el precio, los plazos, las garantías de ejecución, y quizás en algunas mejoras

²¹ La LUV apenas dedica un par de artículos – artículo 120 y 160 – a la figura del empresario constructor, dejando sin resolver su estatuto jurídico, del que apenas indica que le unirá una relación de naturaleza privada al urbanizador.

²² PUCHALT RUIZ, M, “La gestión directa de las actuaciones integradas en la Ley urbanística valenciana bajo el prisma de la legislación estatal comunitaria”, en *RDUMA* núm. 236, septiembre 2007; pág. 40, subraya que parte del rechazo a la LUV tiene su origen en el “extravagante” proceso de formación de la misma: “la extravagante tramitación parlamentaria del proyecto de Ley que fue altamente desfigurado por la presentación de enmiendas por el mismo grupo político que sustenta al Ejecutivo valenciano -algo verdaderamente insólito en la práctica parlamentaria- rehuyendo los cauces de participación ciudadana y los controles de ajuste a la legalidad que proporciona el Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, ante el temor de un eventual incumplimiento de la normativa comunitaria en materia de contratación pública; la ausencia de una técnica normativa rigurosa que conecte armónicamente con los sistemas ordinamentales supraautonómicos; las disonancias internas entre algunos de los preceptos de la propia Ley, y, lo que es peor, la falta de encaje y visión de conjunto de todo el paquete normativo que, en materia urbanística, ha emanado el legislador autonómico valenciano.”

²³ Con anterioridad al dictamen complementario, la Comisión había redactado otro dictamen, esta vez el 15 de diciembre de 2005, en el que exigía al Reino de España la adopción de las medidas necesarias para garantizar que la LRAU cumpliera lo dispuesto en la Directiva 93/37.

Administración con el urbanizador en la legislación urbanística valenciana sea la de un contrato de obras públicas.²⁴

Es decir, pese a los cambios introducidos, la cuestión continúa vigente: ¿la relación entre la Administración y el urbanizador se puede identificar con el contrato de obras y consecuentemente debe cumplir la normativa europea y nacional de contratación pública?

Con el fin de responder a dicha cuestión, y a modo puntual, son varias las opciones. En primer lugar, la de su consideración como un contrato de concesión de obra pública. No obstante, falta un presupuesto básico en este tipo de contratos: que la obra urbanizada pudiese ser objeto de explotación, tal como estableció el Dictamen del Consejo de Estado en su informe al Anteproyecto de la Ley de Concesión de Obras Públicas del año 2003.²⁵

Una segunda posibilidad es definir tal relación como un contrato de gestión de servicio público. Es decir, la Administración encomienda al urbanizador la gestión de un servicio de su competencia, manteniendo la titularidad del servicio y disponiendo por ello de facultades respecto al mismo.

No obstante, pese a la apertura que el concepto de servicio público ha ido sufriendo en los últimos años, falla la naturaleza del contrato: el objeto principal de la función urbanizadora es la ejecución de las obras públicas y esta labor, como tal, no constituye un servicio público. Es decir, estamos ante un contrato de resultado, por lo que su objeto no puede ser identificado con el del contrato de gestión de servicio, puesto que este último es un contrato de actividad. Además, en la gestión y ejecución del planeamiento, tampoco concurren dos elementos básicos e inherentes a todo servicio

²⁴ La Sentencia de 26 de mayo de 2011, que será analizada posteriormente, desecha la idea de identificar la relación Administración-urbanizador con el contrato de obras públicas, sin entrar a calificarla jurídicamente:

“95 Sobre este particular, y por lo que respecta a la naturaleza de las actividades a cargo del urbanizador, es preciso señalar que, pese a los elementos de análisis proporcionados por el Reino de España, la Comisión no intentó apoyar sus propias alegaciones ni refutar las del Estado miembro demandado mediante un examen profundo de dichos elementos.

96 No se ha demostrado en absoluto que las obras de conexión e integración de los terrenos con las redes de infraestructuras, energía, comunicaciones y servicios públicos existentes constituyan el objeto principal del contrato celebrado entre la entidad territorial y el urbanizador en el marco de un PAI en gestión indirecta. La ejecución del PAI por el urbanizador comprende, como resulta concretamente de los apartados 21 y 23 de la presente sentencia, actividades que no pueden calificarse de «obras» en el sentido de las Directivas invocadas por la Comisión en su escrito de demanda.”

²⁵ El Dictamen del Consejo de Estado de 5 de diciembre de 2001, en las observaciones generales al Anteproyecto “considera impertinente la inclusión de una previsión como la del artículo 12.1, que permite la posibilidad de que puedan ser objeto de la concesión de obras públicas la construcción y mantenimiento de una obra “no susceptible de explotación económica”, pues ello, además de constituir en realidad un contrato administrativo de obra (construcción de la obra) y otro de asistencia técnica o de servicios (mantenimiento de la obra), desvirtúa injustificadamente la verdadera esencia y naturaleza de la concesión de obra públicas, corolario de una arraigada tradición jurídica que la configura como instrumento al servicio de la acción administrativa y que ahora se pueden menoscabar.”

público, como son la continuidad y la regularidad.²⁶ Por otro lado, el contrato de gestión de servicio público está dirigido a la colectividad, mientras que en la obra de urbanización la receptora es la Administración Pública. Por último, el artículo 275 del TRLCSP²⁷ incluye, en el objeto de este contrato, a todos los servicios de competencia de la Administración siempre que sean susceptibles de explotación por particulares; y este requisito tampoco se da en el supuesto de la LUV, motivos por los cuales tampoco se puede identificar la relación entre el urbanizador y la Administración con el contrato de gestión de servicio público.

El modelo escogido por la LUV, vigente en la actualidad, la define como un contrato administrativo especial, en los términos establecidos por la legislación estatal reguladora de la contratación pública²⁸.

En relación a tal declaración, es evidente el hecho de que nos hallamos ante un contrato administrativo porque uno de los sujetos que participa es la Administración Pública, y porque existe una vinculación directa con el interés público, puesto que el objeto del mismo es el desarrollo urbanístico del suelo. No obstante, tal definición es insuficiente, y por ello es necesario un estudio que nos aclare el encaje que la figura del urbanizador tiene dentro de las Directivas Comunitarias.

El punto de partida es el concepto de contrato público que la normativa comunitaria, en vigor en el momento de la aprobación de la LUV, recogía.

En este aspecto, y según la Directiva 2004/18/CE, bajo cuya vigencia fue sancionada la LUV, los contratos públicos se definen como contratos onerosos, celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, y cuyo objeto es la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios (Art. 1). Por tanto, las circunstancias que deben concurrir en el mismo para ser considerado contrato público son las siguientes:

²⁶ GARRIDO FALLA, F. "Concepto de servicio público en Derecho Español" en *Revista de Administración Pública* nº 135, año 1994, Pág. 21; define el servicio público como aquél "servicio técnico prestado al público de una manera regular y constante mediante una organización de medios personales y materiales cuya titularidad pertenece a una Administración pública y bajo un régimen jurídico especial."

²⁷ Artículo 75 del TRLCSP: *Ámbito del contrato (de gestión de servicios públicos)*. 1. La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

²⁸ La calificación de "contrato administrativo especial", se recoge tanto en el Preámbulo de la Ley Urbanística Valenciana, que además hace referencia al artículo 7.1 del RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio, como en el modelo de Bases Generales anexas al Reglamento de Ordenación y Gestión Territorial y Urbanística.

El artículo 7.1 del TRLCAP, actualmente derogado, establecía el régimen jurídico aplicable a los contratos administrativos, disponiendo en su inciso final que los contratos administrativos especiales, definidos en su artículo 5 como contratos de las Administraciones Públicas que diferentes a los típicos, tenían naturaleza administrativa por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, se regirían por sus propias normas con carácter preferente.

Actualmente, la regulación del contrato administrativo especial se encuentra en el artículo 19 del TRLCSP que mantiene el mismo régimen jurídico que el antiguo TRLCAP.

- Que tenga por objeto bien la ejecución, bien conjuntamente el proyecto y la ejecución de obras relativas a una de las actividades mencionadas en el anexo I²⁹ o de una obra, bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador (una obra es el resultado de un conjunto de obras de construcción o de ingeniería civil destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica).
- Que tenga carácter oneroso
- Que se celebre entre un contratista y un poder adjudicador

“La definición que da el legislador comunitario corrobora la importancia que revisten estos requisitos, habida cuenta de la finalidad de la Directiva. De ello resulta que tales requisitos deben desempeñar un papel preponderante cuando se trata de apreciar si se está en presencia de un contrato público de obras en el sentido de la Directiva” (STJCE 12 de julio 2001, Scala).

En principio y en relación al cumplimiento de tales condiciones, el esquema de la relación agente urbanizador (operador económico) y la Administración (poder adjudicador), encaja en el supuesto de hecho establecido en la norma; no obstante, ante las cuestiones dilucidadas en la práctica en relación al concepto de contrato público es la Jurisprudencia Comunitaria, la encargada de puntualizar dicho concepto y despejar dudas al respecto.

III. JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

Definido el concepto de contrato público de obras según la normativa comunitaria de contratación vigente en el momento de aprobación de la LUV, es necesario perfilar dicha noción, de conformidad con la interpretación que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha realizado al respecto.

Dado que la regulación comunitaria es limitada, y tal como se ha pronunciado dicho Tribunal,³⁰ en las situaciones en las que se plantea la existencia o no del contrato en el sentido de la Directiva, la apreciación de los requisitos mencionados en ésta debe realizarse de manera que se garantice que la eficacia de dicha norma no quede menoscabada, sobre todo cuando dichas situaciones presenten particularidades debidas a las disposiciones del Derecho nacional que le son aplicables.³¹

²⁹ Anexo I: Actividades de construcción e ingeniería civil, correspondientes a la división 45 de la Nomenclatura de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas

³⁰ Apartado 55 de la STJCE de 12 de mayo de 2001, de la Scala.

³¹ Véase BAÑO LEÓN, J.M^a: “La influencia del Derecho Comunitario en la interpretación de la Ley de Contatos”, *RAP* nº 151, enero-abril 2000, págs. 11 a 36, y la referencia que realiza a la Sentencia del TJCE de 20 de septiembre de 1988, Asunto 31/87, Beentjes. Dicha Sentencia, en su apartado 39 dice así: “A este respecto, debe recordarse en primer lugar que, como ya declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia de 10 de abril de 1984 (Von Colson y Kamann, 14/83, Rec. 1984, p. 1891), la obligación de los Estados miembros, derivada de una Directiva, de alcanzar el resultado previsto por ésta, así como su

Además de la archiconocida Sentencia de la Scala, anteriormente comentada, que comenzó a tambalearse los cimientos de la figura del urbanizador, existen otras Sentencias comunitarias que abordan la cuestión de la naturaleza de los contratos de obra que se realizan en materia urbanística, siendo interesante su estudio con el fin de lograr una visión general sobre la misma, así como sobre su evolución.

En relación al objeto del contrato:

En este aspecto, la Jurisprudencia se ha encargado de perfilar el concepto, definiendo cuándo un contrato debe calificarse como de obra en aquellos casos en que su objeto no ha estado plenamente identificado con el supuesto de hecho recogido en la norma.

Es el caso de la cuestión que nos afecta. Es evidente que la ejecución de la obra de urbanización encaja perfectamente en el concepto de obra pública que la Directiva 2004/18 contemplaba cuando fue aprobada la LUV. Se considera la existencia de un contrato público de obras cuando sus características funcionales sean aptas para satisfacer las exigencias de urbanización que van más allá de la simple vivienda habitual; y cuando la Administración competente tenga el control de las mismas mediante un título jurídico que le asegure su disfrute por todos los usuarios de la zona. (Sentencia Scala 12 de julio 2001)

La cuestión se centra en el resto de funciones que el urbanizador asume, como por ejemplo, la redacción del instrumento de planeamiento en su caso, o la redacción y ejecución de un proyecto de reparcelación, en el caso de ser éste también necesario.³²

En este aspecto, resulta de interés la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de enero de 2007,³³ que en relación a un convenio realizado entre el Ayuntamiento de Roanne (Francia) y una sociedad mercantil de capital mixto para la creación de un centro de ocio, afirmó que la relación era en realidad un contrato público de obras, pese a las afirmaciones en contra realizadas por el Ayuntamiento francés, que

deber con arreglo al artículo 5 del Tratado de adoptar todas las medidas generales o particulares necesarias para asegurar el cumplimiento de esta obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros incluidas, en el ámbito de su competencia, las autoridades judiciales. De ello se deriva que al aplicar el Derecho nacional, y en particular las disposiciones de una ley nacional dictada precisamente para dar ejecución a una Directiva, el órgano jurisdiccional nacional está obligado a interpretar su Derecho nacional a la luz del texto y de la finalidad de la Directiva para lograr el resultado previsto en el apartado 3 del artículo 189 del Tratado.”

³² Las funciones que pueden ser asumidas por el urbanizador, además de la relativa a la obra de urbanización, fueron utilizadas por el legislador valenciano para justificar la no identificación de la relación urbanizador-Administración con el contrato público de obras, evitando de este modo la aplicación de la normativa de contratación pública.

³³ Sentencia del TJCE de 18 de enero de 2007, asunto C 220/05. Auroux y Commune de Roanne contra SEDL. En esta sentencia se discutió sobre el convenio del Ayuntamiento de Roanne (Francia) con una sociedad mercantil de capital mixto para la creación de un centro de ocio en tramos sucesivos. El Tribunal, priorizando la finalidad de la actuación, consideró que la prestación principal del contrato se constituía por la ejecución de unas obras, siendo el resto de actividades “adicionales”.

había argumentado – entre otras cosas - que el objeto de la relación no se identificaba con dicho contrato puesto que era mucho más amplio:

“Es cierto que, además de la ejecución de obras, el convenio confía a la SEDL tareas adicionales que, como se señala en algunas de las observaciones presentadas, son constitutivas de prestaciones de servicios. Sin embargo, en contra de lo que afirma el municipio de Roanne, de la simple inclusión en el convenio de elementos que van más allá de la mera ejecución de obras no se deriva que tal convenio quede excluido del ámbito de aplicación de la Directiva”.³⁴

La conclusión que alcanza el Tribunal fue la solución prevista para los contratos mixtos en el antiguo TRLCAP³⁵. Es decir, aunque a nivel europeo no se regule la figura de los contratos mixtos, la consecuencia práctica que se alcanza es la misma: en caso de existir prestaciones de dos o más tipos de contratos públicos, la prestación principal decidirá la calificación del contrato y el régimen jurídico aplicable al mismo (Art. 25 TRLCSP).

Por lo tanto, a nivel comunitario, sería de aplicación el sistema de absorción, en el cual, la regulación a tener en cuenta es la del objeto principal del contrato.³⁶ Se trata por tanto, de un concepto funcional, que atiende al resultado de la actuación. Si el producto final es una obra de urbanización, ésta encaja en el concepto de obra pública, y por ello, el contrato debe ser calificado como tal.

No obstante, este concepto funcional fue criticado en las conclusiones del Abogado General, Sr. Mengozzi,³⁷ en el asunto C-451/08, Müller, el cual demandó la existencia de un “vínculo directo” que determinase la aplicación de la normativa comunitaria. En relación a este vínculo, el citado Abogado General consideró que son tres los supuestos que indican su existencia: cuando la Administración obtiene la propiedad del bien que se va a realizar o dicho bien supone una ventaja económica directa para ella; cuando la Administración utiliza recursos públicos para la realización

³⁴ En el mismo sentido, la STJCE de 11 de mayo de 2006, C-340/04; así como en sentido contrario, es decir excluyendo la aplicación de las Directivas Comunitarias al aplicar la teoría de la absorción y considerar la ejecución de obras públicas como la prestación accesoria, la STJCE de 19 de abril de 1994, asunto C-331/1992

³⁵ Como posteriormente se analizará en el estudio de la normativa nacional de contratación, el TRLCSP prevé la absorción en la fase de adjudicación de los contratos.

³⁶ En relación a la definición del objeto principal del contrato, la Sentencia del TJCE de 18 de enero de 2007, C-220/05, al igual que la Sentencia del TJCE de 21 de febrero 2008, asunto C-412/04, indican que el objeto principal de un contrato deberá ser determinado en función de un examen objetivo del conjunto de dicho contrato; mientras que el artículo 12 del TRLCSP aludía a la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico.

³⁷ Sin tratar de sacar del contexto sus argumentos, el Abogado General Sr. Mengozzi llegó a declarar que una lectura exclusivamente funcional de la Directiva podría llevar a considerar que todo aumento de valor de un bien inmueble, derivado de una actividad de los poderes públicos, debería estar sujeto a la misma. Obviamente, tal expresión es una llamada de atención al Tribunal con el fin de que éste no se extralimitase en sus funciones, dado que en el caso enjuiciado no había “obra”, y se trataba de una cuestión prejudicial.

de los trabajos y/o obras; y por último, cuando tales obras son el resultado de una iniciativa de la propia Administración Pública.³⁸

Este planteamiento fue acogido por el Tribunal a la hora de decidir su fallo, que, en aplicación del artículo 1, apartado 2, letra b) de la Directiva 2004/18, relativo a que los contratos de obras deben tener por objeto la realización de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador, declaró que es necesario para la existencia de este tipo de contratos que haya habido una adopción de medidas tendentes a definir las características de la obras, o al menos un ejercicio de influencia determinante en su proyecto por parte de la Administración.³⁹

Por tanto, parece darse un cambio en la concepción finalista de la noción de contrato de obras, puesto que además de la existencia de una obra final se van a considerar otros criterios, como la existencia de determinada posición (necesidades específicas), por parte de la Administración (en este punto debe tenerse que el TJCE estaba condicionado por el supuesto de hecho).

En el sistema urbanístico valenciano a través de Programas de Actuación Integradas la ejecución de la obra es, sin duda, la prestación principal tanto a nivel económico como en cuanto al conjunto de actividades que engloban las funciones del urbanizador, puesto que constituye el fin de todo proceso de desarrollo urbanístico, en el que se reflejan las decisiones adoptadas a nivel de planeamiento y de gestión.

Como expresó Parejo Alfonso,⁴⁰ nos encontramos ante una actividad compleja cuyo objeto no consiste pura y simplemente en urbanizar un determinado espacio territorial. Pese a ello, aunque la actividad sea diversa, la finalidad es la ejecución de una obra pública.

Es decir, lo que debemos tener en cuenta es el hecho de que, por muchas prestaciones que el urbanizador asuma, la prestación principal siempre es la ejecución de la obra de urbanización. Ello se justifica no sólo en el hecho de que tal prestación sea la más elevada económicamente, sino también en que la obra de urbanización es el

³⁸ Apartados 55 a 60 de la Sentencia de 25 de marzo de 2010, Müller.

³⁹ Apartados 66 a 69 de Sentencia Müller, de 25 de marzo de 2010:

“66 Pues bien, en la tercera modalidad enunciada en el artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18, se establece que los contratos públicos de obras tienen por objeto la realización de una «obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador».

67 Para que se pueda admitir que el poder adjudicador ha especificado sus necesidades en el sentido de dicha disposición, es preciso que este último haya adoptado medidas tendentes a definir las características de la obra o, cuando menos, a ejercer una influencia determinante en su proyecto.

68 El mero hecho de que un poder público, en el ejercicio de sus competencias en materia de normativa urbanística, estudie algunos planes de construcción que le hayan sido presentados o adopte una decisión en el ejercicio de competencias en esta materia no cumple con la exigencia relativa a las «necesidades especificadas por el poder adjudicador», en el sentido de dicha disposición.”

⁴⁰ PAREJO ALFONSO, L.: “La cuestión de la constitucionalidad de la figura urbanística del urbanizador en su concreta versión original, la de la legislación valenciana”. *Documentación Administrativa*, Edit. INAP; año 2002; número 261 – 262; pág. 77. “Se está no ante el fenómeno simple de la Administración “yendo al mercado” para obtener lo que ella normalmente no tiene medios para hacer (la obra pública), sino más propiamente ante una compleja actividad (aunque incluya la realización de la obra urbanizadora) comprensiva desde luego del ejercicio de autoridad.”

elemento necesario en la transformación del suelo: la única función del urbanizador que siempre es necesaria en todo Programa de Actuación Integrada es la relativa a la obra de urbanización. Además, sobre el proyecto de las obras, la Administración tiene una influencia directa en el mismo puesto que su voluntad es la que marca la tipología de desarrollo y además, es ella quien decide cuándo se va a llevar a cabo el desarrollo del suelo.

Carácter oneroso del contrato

La segunda de las exigencias requeridas por la normativa comunitaria para identificar la existencia de un contrato de obras públicas es su carácter oneroso.⁴¹

De conformidad con ello, el carácter oneroso del contrato implica que el contratista que haya celebrado un contrato público de obras reciba mediante el mismo una contraprestación.⁴²

En el supuesto que nos ocupa, la contraprestación que recibe el urbanizador a cambio de la transformación del suelo, es asumida por los propietarios. Es decir, son éstos los que hacen frente a los costes de urbanización y los que abonan su precio al urbanizador, no por tanto la propia Administración contratante de las obras, lo que, en principio, podría suscitar alguna duda.

Tras una evolución interpretativa del TJCE⁴³, la conclusión a la que se ha llegado, en relación al carácter oneroso del contrato, es que en el tema de la contraprestación lo importante no es la forma de pago sino la existencia de beneficios recíprocos para las partes. En este aspecto, el TJCE, en las Sentencias de 18 de enero de 2007, asunto Auroux C-220, apartados 45 y 57, y de 25 de marzo de 2010, Asunto Müller, asunto C-451, consideró la existencia de contraprestación y por ende, de onerosidad en el contrato, cuando se dispone que el poder adjudicador asumirá la propiedad de las obras objeto del contrato, y el contratista, un beneficio en contrapartida. “De cuanto precede resulta que el concepto de «contrato público de obras», en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra b) de la Directiva 2004/18, requiere que las obras objeto del contrato se ejecuten en beneficio económico directo del poder

⁴¹ El tema del carácter oneroso del contrato nos plantea la causa de su inclusión como una de las condiciones que deben concurrir para considerar que nos hallamos ante un contrato público de obras. De la interpretación realizada al respecto por la Jurisprudencia del TJCE entiendo que la exigencia de que la relación sea onerosa se justifica en el fin de excluir del ámbito de la Directiva a aquellas actuaciones que se realizan a título gratuito. Dicho lo cual, el carácter oneroso del contrato debiera entenderse siempre y cuando el contratista recibiese una retribución, con independencia del sujeto que la abone. Esta interpretación se confirma con el contrato de concesión de obra pública, en el que por ley, la retribución que recibe el contratista proviene de la explotación de la obra realizada.

⁴² Véase en este sentido las Sentencias de 25 de marzo de 2010, Helmut Müller C-451/08, apartado 48; Sentencia de 18 de enero de 2007, Auroux y otros, C-220/05, apartado 45 y Sentencia 12 de julio de 2001, Scala, C-399/98, apartado 77)

⁴³ Posteriormente será analizada dicha evolución interpretativa en el apartado siguiente.

adjudicador sin que, no obstante, sea preciso que la prestación revista la forma de adquisición de un objeto material o físico”.⁴⁴

En nuestro caso, el poder adjudicador (Administración Pública), recibe la urbanización ejecutada, así como el suelo destinado a dotaciones y a Patrimonio Municipal, lo que implica necesariamente un beneficio para la Administración por cuanto:

- La propia Directiva Comunitaria 2004/18/CE así lo contempló, puesto que en su artículo 1.3 consideró la concesión de obra pública como un contrato; y ello significa que la entendió onerosa. La contraprestación que recibe la Administración tanto en la concesión como en el supuesto del urbanizador es la misma: unas obras ejecutadas. La especialidad del contrato de concesión de obras públicas reside en la forma en la que el concesionario obtiene el beneficio; por lo que el hecho de que la Administración reciba un beneficio parece incuestionable.

- En segundo lugar, cuando es la propia Administración quien ejecuta las obras de urbanización por gestión directa no existe duda alguna de que nos hallamos ante un contrato de obras y de que existe una reciprocidad, y tanto en la gestión directa como en la indirecta, la Administración y el urbanizador reciben, objetivamente hablando, la misma contraprestación.

Ésta es la interpretación que el TJUE realizó de la propia LUV en la Sentencia de 26 de mayo de 2011, asunto C-306/08 en la que se pronunció del siguiente modo: “Por lo que respecta al carácter oneroso de la adjudicación y aprobación de los PAI, la Comisión observa que la LRAU y la LUV aplican un régimen en el que existe un contrato bilateral entre el urbanizador y el ayuntamiento en virtud del cual la contraprestación para éste está en relación directa con la ejecución de las obras públicas y la prestación de determinados servicios conexos”.⁴⁵

En mi opinión, a nivel comunitario, el carácter oneroso de un contrato debe entenderse en un sentido abierto, tal como lo ha considerado la Jurisprudencia del

⁴⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de 25 de marzo 2010, Asunto C-451/08:

“(48) El carácter oneroso del contrato implica que el poder adjudicador que haya celebrado un contrato público de obras reciba mediante el mismo una prestación a cambio de una contraprestación. Esta prestación consiste en la realización de las obras que la entidad adjudicadora prevé obtener (véanse las sentencias de 12 de julio de 2001, Ordine degli Architetti y otros, C-399/98, Rec. p. I-5409, apartado 77, y de 18 de enero de 2007, Auroux y otros, C-220/05, Rec. p. I - 385, apartado 45). (49) Tanto por su naturaleza como por la estructura y los objetivos de la Directiva 2004/18, dicha prestación debe conllevar un beneficio económico directo para el poder adjudicador. (50) Este beneficio económico está claramente acreditado cuando se dispone que el poder adjudicador asumirá la propiedad de las obras objeto del contrato.”

⁴⁵ El pronunciamiento del TJCE de considerar la existencia del carácter oneroso del contrato se opone a las alegaciones realizadas por el Abogado General, que niega tal carácter porque considera que para tener carácter oneroso, la Administración Pública tendría que hacer uso de sus propios fondos, directa o indirectamente; que el urbanizador no tiene derecho a explotar las obras; por último, en el caso de que los propietarios optasen por retribuir en especie al urbanizador, este hecho no se podría considerar explotación de las obras públicas porque, tras la cesión obligatoria que tuviera que realizarse, los mismos pasarían a propiedad del urbanizador.

TJCE, abarcando la existencia de cualquier tipo de contraprestación o ventaja; puesto que la finalidad de las Directivas Comunitarias es evitar privilegios entre contratistas, la discriminación, promover la libre competencia; y por ello, la relación del urbanizador con el poder adjudicador-administración debe ser calificada como onerosa.⁴⁶

Una interpretación en sentido contrario atentaría contra las propias Directivas. Si, tal como se ha comentado anteriormente, la apreciación del carácter oneroso del contrato debe realizarse de manera que garantice la eficacia de la Directiva. Entender que un simple contrato público de obras de urbanización entra dentro del ámbito del Ordenamiento Comunitario y la relación del urbanizador-poder adjudicador no, atenta directamente contra dicha posición jurisprudencial y también contra la finalidad de la Directiva. En este mismo sentido lo entiende Gimeno Feliu que considera que la contraprestación que recibe el urbanizador se efectúa por decisión pública del poder adjudicador. El urbanizador es elegido en un proceso de selección por la Administración – poder adjudicador -, y recibe de los propietarios el pago de unas cuotas de urbanización a las que se encuentran obligados por la ejecución de una actividad pública como es el planeamiento.⁴⁷ Por ello, el hecho de que los propietarios realicen el pago directamente al urbanizador no debe hacernos olvidar que dicha deuda tiene su origen en una actuación administrativa, como es la decisión de adjudicar el Programa, la cual permite al urbanizador ser retribuido a través de la aprobación de las cargas y cuotas de urbanización.⁴⁸ Es más, es la Administración quien debe aprobar la gestión y el cobro de las cuotas de urbanización; y en el caso de un impago quien actuará contra el propietario, por lo que se confirma la contraprestación indirecta. Si el urbanizador no recibe el pago de los propietarios, y por dicho motivo debe paralizar las obras de

⁴⁶ Esta interpretación ha sido la mantenida por el TJUE desde entonces, y ejemplo de ello se encuentra en la Sentencia de dicho Tribunal de 11 de julio de 2013 (Asunto C-576/10) que dice así: “En el escrito de demanda, reiterando el mismo reproche, la Comisión hace referencia a la Sentencia de 25 de marzo de 2010, Helmut Müller, en la que el Tribunal precisó el concepto de contrato oneroso”.

⁴⁷ GIMENO FELIU, J. M^a : “Actividad Urbanística y contratos públicos: la lógica de la publicidad y concurrencia en las infraestructuras públicas”. *Revista Aragonesa de Administración Pública* núm. IX, 2007 pág. 165: “Pues bien, esa onerosidad se manifiesta en el dato de que la Administración urbanística puede comprometer, al aprobarse un Programa, el gasto público necesario para financiar determinadas infraestructuras de apoyo a la Actuación que considere de interés general prioritario. En caso de que la Administración no hiciera uso de la previsión anterior el carácter oneroso de este contrato ha de provenir de la decisión de adjudicación del Programa por parte del Ayuntamiento, ya que la ejecución de las Actuaciones Integrada es siempre pública y la Administración decide si la gestión de dichas actuaciones es directa o indirecta. Dicha decisión (...) permite que el urbanizador sea retribuido a través de la aprobación de las cargas y cuotas de urbanización que han de ser pagadas por los propietarios.”

⁴⁸ ESCRIVÁ CHORDÁ, R.: “La figura del urbanizador”. *Cuadernos de Urbanismo*. Editorial Montecorvo, 2003, pág. 58 comenta que en el supuesto español, la retribución del urbanizador se hace con fondos de derecho público aportados por un propietario “que ha adquirido previamente una deuda con la Administración, desde el momento en que ésta ha aprobado la programación del ámbito de territorio donde se halla encuadrada su propiedad.”

urbanización, el perjudicado finalmente es el poder adjudicador; por lo que es clara la contraprestación que recibe la Administración en este caso.⁴⁹

Para concluir, si el fin de las Directivas Comunitarias es lograr la igualdad, una libre circulación, la concurrencia y la no discriminación en la contratación, entiendo por ello que el carácter oneroso del contrato existe cuando el contratista recibe una contraprestación cuyo origen sea la suscripción de un contrato, y el cumplimiento de su objeto. Es decir, el carácter oneroso del contrato debe responder a una interpretación abierta del concepto.⁵⁰

Sujetos

De lo dicho hasta ahora, la relación entre la Administración y el urbanizador regulada en la LUV coincidiría con el contrato de obras regulado en la Directiva 2004/18/CE, en el que se exigió para su existencia que se celebrase entre un contratista y un poder adjudicador.

En relación a este requisito, la identidad de sujetos es plena: por un lado la Administración y por otro un contratista, que coincide con el urbanizador de la normativa urbanística valenciana. La Administración Pública contrata voluntariamente, eligiendo al contratista libremente, aunque sometido a unas reglas; mientras que la cualidad de urbanizador puede recaer en todas las personas, naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, sean o no propietarias de terrenos afectados y reúnan las condiciones de solvencia económica y financiera, técnica y profesional exigibles en cada caso.

⁴⁹ Éste es uno de los argumentos esgrimidos por la Comisión Europea en el asunto C-306/08 (LUV), para confirmar la onerosidad del contrato entre la Administración y el urbanizador regulado por la LUV. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 26 de mayo de 2011, Comisión contra Reino de España, dice así:

“72 Según la Comisión, el carácter oneroso del contrato se expresa en la decisión de la Administración de aprobar el PAI y de seleccionar al urbanizador, así como en el ejercicio de sus prerrogativas públicas para garantizar el respeto de las disposiciones del PAI aprobado.

73 La Comisión añade que, cuando la Administración decide gestionar directamente el PAI, debe realizar ella misma los proyectos y desembolsar las cantidades necesarias para las obras. En este caso, incurre en unos gastos que repercute después sobre los propietarios, de forma que cuando opta por la gestión indirecta la Administración no desembolsa nada, pero tampoco percibe nada. Llega a la conclusión de que, cuando opta por la gestión indirecta, la Administración deja de ingresar completamente ciertas cantidades, sin que el hecho de que no corra ya con determinados gastos atenúe en absoluto esta afirmación.”

No obstante, tal posición se apoya en los argumentos utilizados por el TJCE en la Sentencia de la Scala, cuyo supuesto de hecho trataba un supuesto diferente al que nos ocupa al no tratarse de un contrato.

⁵⁰ STJCE 18 de enero de 2007, asunto C-220/05 y conclusiones del Abogado General Sra. Juliane Kokott en el mismo asunto: “De acuerdo con los objetivos perseguidos por la Directiva 93/37, a saber, abrir los mercados para los contratos públicos de obras y contribuir a la realización de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios en este sector, el concepto de onerosidad debe interpretarse ampliamente. Este concepto abarca no sólo las contraprestaciones monetarias, sino también todo tipo de obligación asumida por el poder adjudicador como contrapartida a la ejecución de las obras, como, por ejemplo, el compromiso de aportar determinadas cantidades para la financiación del proyecto o para la cobertura de posibles riesgos en su ejecución.”

Es decir, los términos contratista y urbanizador se ajustan a nuestro sistema, puesto que la Directiva Comunitaria únicamente requiere que en ellos se dé una obligación de presentar garantías suficientes ante la Administración.

Además, este supuesto estaría legitimado por el Derecho Comunitario, ya que la Directiva 2004/18 no exigía que la persona que celebra un contrato con una entidad adjudicadora sea capaz de realizar la prestación directamente con sus propios medios. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de Luxemburgo en varias ocasiones, como en la Sentencia de 25 de marzo 2010, asunto C-451/08, apartados 59 a 63, en los que se declara que carece de relevancia que el adjudicatario ejecute las obras con medios propios o recurriendo a subcontratistas, constituyendo su obligación ejecutar directa o indirectamente de las obras⁵¹.

Lo expuesto hasta ahora, indica que existe una línea jurisprudencial a nivel europeo que si bien, se ha mantenido en términos generales, también ha evolucionado y requiere de una normativa paralela que la corrobore.

Por ello, se ha hecho necesaria la redacción de una nueva directiva comunitaria en materia de contratación pública, que se adapte a las nuevas situaciones y modifique en algunos casos sus valores.⁵².

⁵¹ Sentencia TJCE de 25 de marzo 2010, Asunto C-451/08, Müller:

“59 Mediante sus cuestiones tercera y cuarta, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el concepto de «contrato público de obras», en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18, exige que el adjudicatario asuma, directa o indirectamente, la obligación de realizar las obras objeto del contrato y que se trate de una obligación exigible judicialmente.

60 Como se ha recordado en los apartados 45 y 47 de la presente sentencia, el artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18 define los contratos públicos como contratos onerosos. Este concepto descansa en la idea de que el adjudicatario se compromete a realizar la prestación objeto del contrato a cambio de una contrapartida. Al celebrar un contrato público de obras, el adjudicatario se obliga, pues, a ejecutar, o hacer ejecutar, las obras que constituyen su objeto.

61 Carece de relevancia que el adjudicatario ejecute las obras con medios propios o recurriendo a subcontratistas (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Ordine degli Architetti y otros, apartado 90, y Auroux y otros, apartado 44).

62 Al ser las obligaciones dimanantes del contrato jurídicamente vinculantes, su ejecución debe ser exigible judicialmente. En ausencia de normativa propia del Derecho de la Unión, y de conformidad con el principio de autonomía procedimental, se dejan al Derecho interno las modalidades de ejecución de dichas obligaciones.

63 En consecuencia, procede responder a las cuestiones tercera y cuarta que el concepto de «contrato público de obras», en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18, requiere que el adjudicatario asuma, directa o indirectamente, la obligación de realizar las obras objeto del contrato y que se trate de una obligación exigible judicialmente de conformidad con las modalidades previstas por el Derecho interno.”

⁵² En el propio texto propuesto por la Comisión para la nueva Directiva se recoge específicamente lo siguiente: La jurisprudencia pertinente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido objeto de interpretaciones divergente por los distintos Estados miembros e incluso los distintos poderes adjudicadores. Por tanto, hace falta aclarar en qué casos los contratos celebrados entre los poderes adjudicadores no están sujetos a la aplicación de las normas de contratación pública. Esta aclaración debe guiarse por los principios establecidos en la jurisprudencia pertinente del Tribunal de Justicia.

IV. NUEVA DIRECTIVA EUROPEA DE CONTRATACIÓN.

El cambio de circunstancias, y la evolución del derecho comunitario han requerido la aprobación de una nueva directiva en materia de contratación pública. De este modo, en el año 2011 se redactó la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo relativa a la contratación pública (COM/2011/0896 final 2011/0438 (COD), con un plazo de trasposición previsto para el 30 de junio de 2014.

Tras un largo proceso de elaboración,⁵³ el 15 de enero de 2014 el Parlamento Europeo aprobó la nueva Directiva que, veinte días después de su publicación en el DOUE, entra en vigor y deroga la hasta ahora vigente Directiva 2004/18/CE.

La nueva norma tiene por objeto, al igual que las anteriores, facilitar el acceso al mercado al mayor número de operadores económicos; no obstante, el camino recorrido hasta este momento ha llevado a que algunos conceptos sean más perfilados y se amplíe su ámbito de regulación. En este sentido, por ejemplo, si en un principio la normativa europea de contratación fijaba su punto de atención en el proceso de selección del contratista, ésta avanza poco a poco, y ya no se queda en los umbrales del procedimiento de adjudicación sino que los sobrepasa.⁵⁴

A modo de apunte, pues no se trata en este trabajo de realizar un análisis de la nueva Directiva de contratación, entre las novedades de la nueva legislación comunitaria pueden destacarse la relativa a los criterios de adjudicación del contrato, o la aplicación de restricciones en el ámbito de la subcontratación. En cuanto a los criterios de adjudicación, si hasta ahora éstos se definían bien por la oferta económicamente más ventajosa o bien, solamente por el precio más bajo, la nueva Directiva prioriza el primero de ambos, lo que permite que la adjudicación del contrato

⁵³ El procedimiento de elaboración de la nueva Directiva ha requerido, a grandes rasgos: de un período de Consulta Pública, que en el caso de la Directiva de Contratación se llevó a cabo en el año 2010, constanding de dos fases, la primera para el público en general y la segunda, más técnica, para empresas, poderes y entidades adjudicadoras. Tras este período de Consultas, se adoptó la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública. El 20 de diciembre de 2012, la Comisión Europea adoptó la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública (COM (2011) 896 final) y la remitió al Parlamento. Le prosiguieron los Informes de los Parlamentos Nacionales, del Comité Económico y Social Europeo de 26 de abril de 2012, del Comité de Regiones de 9 de octubre de 2012 (DOUE 18.12.2012 C391/49), del Consejo de la Unión Europea y de la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor, así como opiniones de diferentes órganos. Finalmente, el Parlamento Europeo, aprobó la nueva Directiva de Contratación el 15 de enero de 2014.

⁵⁴ VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA. "Proyecto de Directiva de Concesiones". *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* (32-2012), página 63: El Derecho comunitario ya no solo se centra en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, sino que trasciende ese momento de la vida contractual, adentrándose en la ejecución del contrato. Esta senda, que se inició con la Directiva 2000/35/CE, que ya contenía previsiones relativas a la obligación de pago de los poderes públicos, resulta ya plenamente confirmada al socaire de la defensa de las libertades y principios comunitarios. Además, sobre el proyecto de las obras, la Administración tiene una influencia directa en el mismo puesto que su voluntad es la que marca la tipología de desarrollo y además, es ella quien decide cuándo se va a llevar a cabo el desarrollo del suelo.

se efectúe a favor de la “mejor” oferta en todos los sentidos, es decir, no sólo en cuanto al precio se refiere, sino también respecto a otros aspectos *cualitativos, medioambientales y/o sociales*. En cuanto a la subcontratación, se sujeta al subcontratista al cumplimiento de determinadas obligaciones, y lo más llamativo es la posibilidad que otorga la norma de que el poder adjudicador transfiera directamente al subcontratista las cantidades que se le adeuden por los servicios prestados, suministros entregados u obras realizadas para el operador económico al que se haya adjudicado el contrato público (contratista principal). En este caso, tal como expuso el dictamen emitido por el Comité de Regiones, “el subcontratista que realice un encargo contra pago para el poder adjudicador se convierte automáticamente en contratista”. Por último, debe hacerse una mención al nuevo régimen de las concesiones de servicios públicos, el cual ha sido tramitado de forma conjunta a la Directiva de Contratación Pública. Respecto a las mismas, éstas deberán ajustarse a la nueva normativa europea cuando superen determinadas condiciones.⁵⁵

No obstante, dejando a un lado estos apuntes acerca de las novedades de la nueva Directiva de Contratación, interesa a este trabajo analizar cómo esta norma puede afectar a la relación entre el urbanizador y la Administración:

- En primer lugar, la referencia expresa que la nueva Directiva realiza respecto a los “contratos mixtos”. La anterior legislación comunitaria no hacía una específica mención a los mismos, aunque sí aplicaba el sistema de absorción por el cuál la regulación a tener en cuenta era la del objeto principal del contrato. La nueva regulación, dispone que las normas aplicables en el caso de contratos mixtos deben determinarse en función del objeto principal del contrato cuando las distintas prestaciones que lo constituyen no sean objetivamente separables. Para concretar el modo en el que los poderes adjudicadores deben determinar si las distintas prestaciones son separables o no se acude a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, según la cual, la determinación debe realizarse en cada caso concreto, apoyándose en pruebas objetivas capaces de justificarla y establecer la necesidad de un único contrato, teniendo en cuenta que los motivos que justifiquen el contrato mixto podrán ser tanto de carácter técnico como económico.⁵⁶

“Cuando el poder adjudicador opte por incluir otros elementos en la contratación, independientemente de su valor y del régimen jurídico al que en otro caso estarían sujetos los elementos añadidos, el principio fundamental debe ser que cuando el contrato haya de adjudicarse con arreglo a lo dispuesto en la presente Directiva, si se

⁵⁵ En relación al tema de la nueva Directiva relativa a las Concesiones de servicios públicos, ver LAZO VICTORIA: “El futuro del mercado concesional en Europa”, *Revista CEFLEGAL*, CEF núm. 154 (noviembre 2013, Págs. 137-174); VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA. “Proyecto de Directiva...” Op. Cit.; SOSA WAGNER. “Nueva Directiva sobre las concesiones de servicios (I) y (II)” en el *blog de Tejedor Bielsa*, 20 de abril de 2012 y 8 de mayo de 2012. www.administracionpublica.com.

⁵⁶ Un ejemplo de dichas Sentencias serían la STJCE de 11 de mayo de 2006, asunto C-340/04 y STJCE de 19 de abril de 1994, asunto C-331/1992.

adjudica como tal, entonces la presente Directiva debe seguir aplicándose al contrato mixto en su totalidad”.

Es decir, la relación entre el urbanizador y la Administración, por la cual el primero de ambos, además de la prestación relativa a la obra de urbanización, realiza otras prestaciones de gestión y/o redacción de documentos, encaja en la específica regulación relativa a la contratación mixta, que la nueva Directiva de contratación realiza.

- En segundo lugar, el concepto de contrato: la nueva Directiva mantiene la definición del contrato público, identificándolo con aquel contrato oneroso, celebrado por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios. Es decir, se mantiene la calificación de contrato que establecía la Directiva 2004/18/CE, y por tanto todo lo dicho respecto al encaje de la relación de la Administración con el urbanizador puede ser extrapolado.

Llama la atención en este aspecto, la definición que la nueva Directiva establece acerca de la “contratación”, concepto que anteriormente no era definido. En este sentido, la nueva norma dice así: “se entenderá por contratación la adquisición mediante un contrato público, de obras, suministros o servicios por uno o varios poderes adjudicadores a los operadores económicos elegidos por dichos poderes adjudicadores, con independencia de que las obras, los suministros o los servicios *estén o no destinados a un fin público*”.

En todo contrato público, bien regulado en la normativa comunitaria, bien en la normativa nacional, el fin público es inherente al contrato, forma parte de su esencia, por lo que entiendo que la nueva definición es poco acertada. Además, si la “contratación” se realiza mediante un contrato público, tal como se especifica, y éste ya de por sí implica un interés general, no va a poder existir tal “contratación” sin fin público. Por otra parte, tal como expuso el Comité de Regiones en su dictamen a la propuesta de la Directiva, *la adquisición de obras, bienes o servicios que no van a ser utilizados con fines públicos no debe incluirse en la Directiva sobre contratación pública*.

- En tercer y último lugar, la nueva Directiva, al igual que la anterior, define el concurso de proyectos *como el procedimiento que permite al poder adjudicador adquirir planes o proyectos, principalmente en los ámbitos de la ordenación territorial, el urbanismo, la arquitectura y la ingeniería o el tratamiento de datos; dichos planes o proyectos serán seleccionados por un jurado...* La diferencia que existe entre la Directiva 2004/18 y la nueva Directiva de Contratación, se deduce del Preámbulo de esta última, en el que se menciona la posibilidad de estipular en el concurso de proyectos, que los ulteriores contratos de servicios para la ejecución de dicha ingeniería financiera se adjudiquen al ganador o a uno de los ganadores del concurso de proyectos

mediante un procedimiento negociado sin publicación. Sea como fuere, entiendo que es clara la voluntad de incluir en el ámbito de la Directiva Comunitaria de Contratación Pública los complejos contratos realizados en materia urbanística, y por tanto, el planteamiento de la Ley Urbanística Valenciana que trata de evitar la aplicación de la normativa comunitaria de contratación, es erróneo.

En conclusión, pese a que la nueva Directiva de Contratación Pública de la Unión Europea plantea muchas cuestiones y aporta nuevas ideas, éstas no afectan a priori a la vigente legislación valenciana sobre urbanismo, la cual parece mantenerse en el limbo, a la espera de una nueva regulación que si bien comenzó con mucha premura, la situación económica y la ignorancia por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se encargaron de apaciguarla. Por tanto, deberán ser otros los condicionantes que finalmente den el empujón para que la nueva legislación valenciana finalmente vea la luz.

V. BIBLIOGRAFÍA:

- BAÑO LEÓN, J. M^a: (2000) “La influencia del Derecho Comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.” *Revista de Administración Pública*, número 151. Enero-abril. Editorial: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ESCRIVÁ CHORDÁ, R.: - (2003) “La figura del urbanizador”. *Cuadernos de Urbanismo*. Editorial Montecorvo.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: (2008) *Manual de Derecho Urbanístico*. Editorial: El Consultor. Madrid. Vigésimo primera Edición.
- GARRIDO FALLA, F.: (1994) “Concepto de servicio público en Derecho Español” en *Revista de Administración Pública* nº 135.
- GIMENO FELIU, J. M^a: (2007) “Actividad urbanística y contratos públicos: la lógica de la publicidad y concurrencia en las infraestructuras públicas”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, número IX.
- LAZO VICTORIA (2013): “El futuro del mercado concesional en Europa”. *Revista CEFLEGAL*, CEF. Núm. 154 (noviembre 2013).

- PAREJO ALFONSO, L. (2002) “La cuestión de constitucionalidad de la figura urbanística del urbanizador en su concreta versión original, la de la legislación valenciana.” *Revista: Documentación Administrativa*; números 261-262. Año 2002. Editorial: INAP.
- PUCHALT RUIZ, M.: (2007) “La gestión directa de las actuaciones integradas en la Ley urbanística valenciana bajo el prisma de la legislación estatal comunitaria”, en *RDUMA* núm. 236.
- SOSA WAGNER (2012): “Nueva Directiva sobre las concesiones de servicios (I) y (II)”. *Blog de Tejedor Bielsa*. 20 abril y 8 de mayo de 2012.
- VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA: (2012) “Proyecto de Directiva de Concesiones”. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*. (32-2012).