



DG Educación y Cultura

Programa de acción en el ámbito
del aprendizaje permanente



Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional

Working Papers on European Law and Regional Integration

TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ

**La gestión urbanística y las directivas de contratos:
¿el final de un enredo?**

WP IDEIR nº 3 (2011)

Cátedra Jean Monnet • Prof. Ricardo Alonso García

Publicado por
Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR)
Universidad Complutense
Facultad de Derecho
Avda. Complutense s/n
Madrid 28040 - España

© Tomás Ramón Fernández 2011

ISSN 2172-8542

El presente proyecto ha sido financiado con el apoyo de la Comisión Europea. Esta publicación es responsabilidad exclusiva de su autor. La Comisión no es responsable del uso que pueda hacerse de la información aquí difundida.

La gestión urbanística y las directivas de contratos: ¿el final de un enredo?

Tomás Ramón Fernández*

1. Un enredo, sí, en el sentido estricto de la palabra, esto es, una confusión de ideas, una complicación que ocasiona disturbios, disensiones y pleitos, como explica del Diccionario de la Real Academia Española. En un enredo, monumental además, nos metió a todos la Sentencia del Tribunal Europeo de Justicia de 12 de Julio de 2001 sobre el “Proyecto Scala 2001” (as. C-399/98) que yo critiqué vivamente en estas mismas páginas poco después [vid. Tomás Ramón Fernández, “La Sentencia del TEJ de 12 de julio de 2001 (asunto “Proyecto Scala 2001”) y su impacto en el ordenamiento urbanístico español”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 505, 25 de Octubre de 2001 y *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación* (2001)4, pgs. 119-128].

Desoyendo no sólo los argumentos de las partes demandadas, sino también y sobre todo los imparciales y sensatos razonamientos del Abogado General Philippe Leger contenidos en sus conclusiones presentadas el 7 de diciembre de 2000, la Sentencia se empeñó en encajar a martillazos en el concepto de contrato de obra y, por lo tanto en el ámbito de la Directiva 93/37/CEE el convenio suscrito por el Ayuntamiento de Milán, Pirelli S.A., propietaria de los terrenos en la antigua zona industrial de La Bicocca, la Fundación del Teatro alla Scala y la sociedad Milano Centrale para la construcción de un nuevo teatro llamado a sustituir temporalmente al de la Scala, desconociendo que el negocio en cuestión no sólo no era un contrato público de obra, sino que ni siquiera podía ser calificado de contrato en sentido estricto, porque su objeto era el propio de un convenio urbanístico de gestión en el que todos los afectados por una determinada operación urbanística se ponen de acuerdo sobre el modo y el tiempo de llevar ésta adelante en las condiciones previstas por la Ley. Entre esas condiciones la Ley italiana 10/77, de 28 de Enero, incluía la obligación que pesa sobre todo aquel que promueve una transformación urbanística o inmobiliaria de pagar a la Administración municipal una contribución proporcional a los gastos de equipamiento y de la construcción en el momento del otorgamiento del correspondiente permiso de construir, obligación de pago en metálico de un tributo que el convenio se limitaba a convertir en un pago en especie (la construcción del nuevo teatro).

La cuestión era bastante simple, al menos para todos aquellos que estén mínimamente familiarizados con el Derecho Urbanístico, en el que son frecuentes y en cierto modo inevitables este tipo de convenios destinados a facilitar la gestión, que es siempre compleja, tanto en Italia, como en Francia, en Alemania o en España y,

* Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Complutense de Madrid

presumiblemente, en todos los demás Estados de la Unión. El Tribunal, en cambio, no acertó a verlo, porque se negó incluso a dirigir la mirada un momento sólo, que más no hacía falta, a la legislación italiana.

En su ánimo pesó más el afán de preservar su proclamada autonomía para remodelar los conceptos jurídicos en función de los intereses que al ordenamiento jurídico comunitario le corresponde tutelar y, sobre todo, el miedo a verse envuelto en las complejidades propias de una legislación nacional, la urbanística, que, como ocurre entre nosotros, no forma parte todavía del núcleo duro de la formación de los juristas europeos, que el análisis sereno que le presentó el Abogado General. En efecto, con un lenguaje sencillo y claro el Abogado General Philippe Léger puso de manifiesto la inexistencia de lo que constituye un elemento esencial de toda relación contractual, la facultad de elegir al cocontratante, que en este caso venía directamente designado por la Ley como sujeto pasivo de una obligación tributaria, la ausencia de relación contractual entre la Administración y la empresa que construye la obra, que está vinculada sólo al promotor, que es quien le paga, y, en fin, la falta absoluta de todo carácter oneroso entre el promotor y la Administración, ya que en ella no hay otra cosa, como ya se dijo, que la conversión de un pago en metálico en un pago en especie para el cumplimiento de *la obligación legal, no contractual*, de naturaleza tributaria que pesa sobre todo promotor.

La tergiversación del problema provocó una inseguridad y una incertidumbre general en toda Europa porque proyectó una amenaza general de hacer caer todos los convenios urbanísticos en el cesto de un contrato de obras monstruosamente ampliado mucho más allá de los seculares límites de la *locatio operis*, lo que no sólo hubiera acabado con ambas figuras, la del contrato y la del convenio, sino también con la posibilidad misma de ejecutar los planes urbanísticos por un sistema distinto al de expropiación, que es, por cierto, el único sistema del que la Administración no puede echar mano, como no sea bajo la fórmula concesional, porque carece no sólo de dinero para financiar la adquisición de los terrenos y la realización de las obras de urbanización, sino también de capacidad de gestión para actuar como empresario inmobiliario. La experiencia de la Gerencia de Urbanización en la España de los años sesenta del pasado siglo es en este sentido definitivamente aleccionadora.

El Tribunal Europeo de Justicia no se dió cuenta de algo tan elemental como que en el urbanismo, el de Italia, el de aquí y el de cualquier otro país, la Administración no pone nunca un céntimo. No gasta, ingresa. No da, recibe, ya sea el dinero correspondiente al pago de un tributo por cada licencia de obras que otorga, ya un teatro de nueva planta, el 10% como mínimo del aprovechamiento urbanístico, en suelo o “monetarizado” a través de un convenio de gestión, las obras de urbanización, en todo caso, etc, etc, etc. Y si no hay desembolso de dinero por su parte (o renuncia a cobrar el que pueda corresponderle, que tanto da), no puede haber contrato público de obra.

2. A la inseguridad y la incertidumbre producidas por la Sentencia del Proyecto Scala 2001 se unió el desconcierto que provocó en la doctrina jurídico-urbanística y en los propios Tribunales nacionales.

Fueron muchos entre nosotros los comentarios de esa Sentencia que siguieron al mío. Julio C. Tejedor Bielsa los relaciona puntualmente en un trabajo que acaba de publicar en el número 148 de la Revista Española de Derecho Administrativo, correspondiente a Octubre-Diciembre de 2010 [cfr. “Propiedad del suelo, obras de urbanización y excepción licitatoria. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de Marzo de 2010”]. La mayoría de ellos hicieron un alarde de buena

voluntad y se esforzaron en “encontrar” alguna razón en una decisión simplemente errónea, que no merecía ningún crédito. Ello contribuyó a generar un considerable barullo conceptual en el que, so pretexto de la naturaleza de la función urbanizadora, del tan traído y llevado carácter estatutario del derecho de propiedad del suelo, de la depuración de todo contenido urbanístico de dicho derecho, del carácter público de las obras de urbanización y de la progresivamente insufrible letanía del argumentario urbanístico sedicentemente progresista, se terminó perdiendo de vista lo más elemental, incluido el sentido común, que es la brújula que todo jurista debe llevar siempre en la mano para no perder el norte.

Algo parecido les ha ocurrido también a los Tribunales, como lo prueba el complejo repertorio de enrevesadas y retorcidas preguntas que el *Oberlandesgericht Düsseldorf* formuló en vía prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea a propósito de la venta en pública licitación por el *Bundesanstalt für Immobilienaufgaben* (un organismo público semejante a nuestra Gerencia de Infraestructuras del Ministerio de Defensa) a una empresa inmobiliaria de las veinticuatro hectáreas de terreno que había dejado libres el cuartel instalado en ellas hasta poco tiempo antes. Como es natural, la empresa adjudicataria compró esos terrenos con el propósito de desarrollar sobre ellos una operación urbanística (¿para qué si no, si se dedicaba justamente a eso?), lo que, obviamente, requería la conclusión de un acuerdo con el Municipio de *Wildeshausen* y la aprobación por éste del planeamiento correspondiente, cosas que, por supuesto, no podía prejuzgar ni prejuzgaba la compraventa de los terrenos.

El Tribunal de Justicia, en la Sentencia *Müller* de 25 de Marzo de 2010 (as. C-451/08), consideró finalmente que no era aplicable al caso la Directiva 2004/18, dado que todavía no se había tomado decisión alguna por el Municipio de *Wildeshausen* sobre las obras a realizar en los terrenos vendidos por el organismo federal, pero sus respuestas a las cuestiones planteadas por el Tribunal alemán, aunque muestran una cierta liberación de los fantasmas concurrenciales que nublaron su juicio al estudiar el “Proyecto Scala 2001”, revelan todavía una gran incomprensión de la dinámica específica del tráfico urbanístico.

El Tribunal Europeo de Justicia acepta, en efecto, que para que exista un contrato público de obra es preciso que el poder adjudicador que lo haya concluido “reciba mediante el mismo una prestación a cambio de una contraprestación”, de forma que, si no hay intercambio patrimonial, no hay beneficio económico y sin éste falta la onerosidad que es de esencia a dicho contrato (párrafos 48 y 49). Considera, sin embargo, que “este beneficio económico está claramente acreditado cuando se dispone que el poder adjudicador asumirá la propiedad de las obras objeto del contrato” (párrafo 50), lo que, como subraya acertadamente Roberto O. Bustillo Bolado [cfr. “Un nuevo paso (no definitivo) en la determinación de qué relaciones jurídico-administrativas deben quedar sometidas en su nacimiento a las reglas comunitarias de publicidad y concurrencia en la contratación pública: comentario a la STJUE de 25 de Marzo de 2010 (Helmut Müller GmbH v. Administración Federal para asuntos inmobiliarios)”, *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación* (2010)21, pgs. 265-273], obligaría a concluir que las obras de urbanización realizadas por nuestras Juntas de Compensación cumplirían con el requisito de la onerosidad, aunque la Administración las recibe en propiedad sin tener que desembolsar un solo céntimo. Es evidente que esto no tiene el más mínimo sentido.

La Sentencia Müller da, pues, una de cal y otra de arena. Quiere liberarse de sus fantasmas, pero no puede porque sigue sin mirar al Derecho nacional sobre el que la vigente Directiva 2004/18 se proyecta y, por lo tanto, juzgando a ciegas.

3. Las conclusiones presentadas por el Abogado General Niilo Jääskinen el 16 de Septiembre de 2010 en el procedimiento iniciado por la Comisión Europea contra el Reino de España en relación con las Leyes valencianas de 15 de Noviembre de 1994, Reguladora de la Actividad Urbanística, (CLRAV) y de 30 de Diciembre de 2005, Urbanística Valencia (LUV) a propósito de la aprobación de los Programas de Actuaciones Integradas y de la selección del agente urbanizador (as- C-306/98) podrían suponer el final del enredo al que me vengo refiriendo si fuesen aceptadas por el Tribunal Europeo de Justicia.

El Abogado General, que ha estudiado de forma cuidadosa las Leyes valencianas y las ha entendido, acepta, como es lógico, que el contrato público de obra es un concepto autónomo y objetivo del Derecho de la Unión, pero, muy juiciosamente, afirma que, en su opinión, “el Tribunal de Justicia debe hacer uso de una cierta moderación si la interpretación de un concepto de Derecho de la UE parece conducir en la práctica a que un instrumento de Derecho nacional pierda su *raison d’être* o a que un acto legislativo detallado de la UE resulte aplicable a fenómenos en los que no pensó el legislador de la UE durante el procedimiento legislativo” (párrafo 75). “La inclusión de los PAI en la categoría de contratos públicos de obras tendría la consecuencia práctica de desincentivar la iniciativa privada en el ámbito de la ordenación y el desarrollo territoriales”, lo que, como yo mismo advertí más atrás, no dejaría otra opción en el Derecho Urbanístico que “el modelo clásico en el que los poderes públicos diseñan y aprueban todos los documentos relativos al planeamiento y el uso del suelo y financian y organizan su ejecución y puesta en práctica directamente recurriendo a fondos públicos” (párrafo 76).

Tras esta sensata advertencia, que no duda en reiterar poco después con una bella metáfora (párrafo 77: “...el Tribunal de Justicia debe tener cuidado de no estirar excesivamente el significado de determinados criterios incorporados a las Directivas sobre contratos públicos para hacer encajar el presente acuerdo en el ámbito de aplicación de esa normativa. *De hacerse así estaríamos ante una solución procrustiana*”), el Sr. Jääskinen hace suyo el parecer expresado por su colega Mengozzi en el asunto Müller y estima que, “para que exista contrato oneroso es necesario que el poder adjudicador soporte el perjuicio económico, bien positivamente, en forma de una obligación de pago frente al operador económico, o bien negativamente, como una pérdida de ingresos o de recursos que en otro caso se percibirían” (párrafo 86).

“No basta –dice– la mera facultad del poder adjudicador de exigir a un tercero que pague por las obras o servicios, porque no hay relación sinalagmática en forma de intercambio de actuaciones de valor económico tangible entre la entidad adjudicataria y los operadores económicos que ejecutan las obras o servicios de que se trate” (párrafo 87). “La exigencia del carácter oneroso implica que la entidad adjudicataria tiene que hacer uso de sus propios fondos, directa o indirectamente” (párrafo 89), y en el caso de la legislación valenciana encausada –y de la totalidad, añadido yo, de la legislación española desde 1956 hasta hoy– “son los propietarios de terrenos los que costean las obras públicas que precisa la urbanización”, porque el agente urbanizador se limita a financiar dichas obras, pero repercute luego su coste a los propietarios (párrafo 90).

Más claro, imposible. Si no hay dinero público en juego, no puede haber, ya lo he dicho, contrato público de obra. Los conceptos jurídicos pueden, ciertamente, ser amoldados o remodelados al servicio de las necesidades de un ordenamiento determinado o, incluso, de una parte concreta de un mismo ordenamiento. El Código Penal lo hace con el concepto de funcionario, que no coincide, como nos explicaron a todos en los primeros cursos de la Facultad, con el que manejan las Leyes específicas de la función pública. Pero una cosa es remodelar o amoldar y otra alterar la esencia de los conceptos y la propia finalidad de las normas que los utilizan, porque, como también advierte el Sr. Jääskinen, “uno de los objetivos de las Directivas de contratación pública es asegurar que no se distorsione la competencia cuando los poderes adjudicadores hacen desembolsos de dinero en contratos públicos ...”. “*Cuando el poder adjudicador no gasta fondos públicos, no hay riesgo de que se distorsione la competencia en el sentido de las Directivas 93/37 y 2004/18*” (párrafo 88).

El sentido común parece haberse abierto camino, finalmente. A mí no me ha gustado nunca la legislación valenciana, pero espero y deseo que salga indemne de este trance y que el Tribunal Europeo de Justicia, aceptando las razones de su Abogado General, salga, por fin, del laberinto en el que imprudentemente se introdujo por empeñarse en ignorar las legislaciones nacionales. Costear o ejecutar las obras de urbanización es una obligación que la Ley impone con carácter general. No la crea contrato o convenio alguno. Es el legislador quien la establece como contrapartida de las plusvalías que genera el planeamiento (que es también una norma) que la Administración aprueba. No hay aquí fenómeno alguno de intercambio patrimonial configurado por la libre voluntad de las partes de un contrato, sino puro reparto, realizado directamente por la Ley, que fija con toda precisión el *quid* y el *quantum* correspondiente a cada cual de las plusvalías que la transformación urbanística del suelo aflora, en estricto cumplimiento del mandato contenido en el artículo 47 de la Constitución (“La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos”).

No sé por qué le cuesta tanto a Julio C. Tejedor Bielsa aceptar algo tan simple como esto (vid. sus comentarios a las conclusiones des Sr. Jääskinen en la parte final del trabajo que publica en el nº 148 de la REDA), que viene siendo así entre nosotros desde hace ya más de medio siglo. Quizás se deba al desconsiderado y perturbador manoseo legislativo del que ha sido víctima nuestro urbanismo desde la desafortunadísima Sentencia constitucional de 20 de Marzo de 1997, que termina por confundir a todo el que no se mantiene alerta. No es éste el caso de Bustillo Bolado (op. cit.), que ha sabido separar lo que es el mero cumplimiento de una obligación establecida directamente por la Ley con carácter general de los compromisos que, vía convenio, se han venido imponiendo (por la Administración) y asumiendo (por los promotores) por encima del nivel que la Ley establece. En cuanto al exceso se podría, ciertamente, hablar de un contrato de obras sujeto a las Directivas comunitarias de contratos, porque ese exceso es fruto de la autonomía de la voluntad de las partes pero, si no hay exceso alguno (y ya no puede haberlo porque el artículo 16.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 20 de Junio de 2008 ha prohibido establecer, mediante convenios, “obligaciones o prestaciones adicionales ni más gravosas que las que procedan legalmente en perjuicio de los propietarios afectados”, sancionando con nulidad de pleno derecho las cláusulas que contravengan esta prohibición) y el promotor se limita a cumplir la obligación que la Ley le impone y la Administración a recibir las obras de urbanización a las que, según dicha Ley, tiene derecho, no hay intercambio patrimonial, ni, por lo tanto, contrato, sino un simple negocio de fijación (vid. Eduardo García De Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 15ª ed, Madrid, 2011) que

concreta el modo y la forma del cumplimiento de una obligación cuyo *quantum* fija esa misma Ley con toda precisión.

Hay, pues, que esperar que el Tribunal Europeo de Justicia acierte esta vez a poner fin a la confusión creada.