

Marcos Vaquer Caballería

*Profesor Titular de Derecho Administrativo  
Universidad Carlos III de Madrid*

# La fuente convencional, pero no contractual, de la relación jurídica entre el agente urbanizador y la Administración urbanística

*SUMARIO:* 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y ACOTACIÓN DE SU ESTUDIO. 2. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS DIRECTIVAS COMUNITARIO-EUROPEAS SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS Y DE LA LEY ESPAÑOLA EN LA MATERIA: EN PARTICULAR, LA NOTA DE LA ONEROSIDAD EN LA NOCIÓN DE CONTRATO QUE MANEJAN. 3. EL CASO *SCALA*, O LA FUENTE CONTRACTUAL DE LA ASUNCIÓN, POR LOS PROPIETARIOS DEL SUELO, DE OBLIGACIONES DE EJECUTAR OBRAS DE «URBANIZACIÓN SECUNDARIA» EN ITALIA. 4. EL DEBER DEL PROPIETARIO ESPAÑOL DE SUELO DE COSTEAR Y, EN SU CASO, EJECUTAR LA URBANIZACIÓN, A LA LUZ DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO. 5. LA RELACIÓN TRABADA POR LA ADMINISTRACIÓN CON EL ADJUDICATARIO DE UNA ACTUACIÓN URBANIZADORA INTEGRADA: SU FUENTE CONVENCIONAL, PERO NO CONTRACTUAL *STRICTO SENSU*. 6. FINAL.

## 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y ACOTACIÓN DE SU ESTUDIO

En su Sentencia de 12 de julio de 2001, dictada en el asunto C-399/98, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha fallado que «la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, se opone a una legislación nacional en materia de urbanismo que permite, apartándose de los procedimientos previstos por esta Di-

rectiva, la realización directa por el titular de una licencia urbanística o de un plan de urbanización aprobado de una obra de urbanización, con imputación de la totalidad o parte de la obra a cuenta de la contribución adeudada por la concesión de la licencia, cuando el valor de dicha obra sea igual o superior al umbral fijado por la Directiva». El asunto fue sometido al Tribunal Europeo mediante una cuestión prejudicial planteada por el *Tribunale amministrativo regionale* de la Región italiana de la Lombardía, ante quien pendía un juicio sobre la conformidad a Derecho de la adjudicación directa de las obras de construcción de un teatro que habría de sustituir temporalmente al *Teatro alla Scala* de Milán, mientras durase su restauración y acondicionamiento. Dicha adjudicación se había otorgado mediante convenio por el Ayuntamiento de dicho Municipio al propietario-promotor de una gran urbanización en la zona de la *Bicocca* en cuyo ámbito se iba a localizar el nuevo teatro.

Como ha advertido prontamente Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, aunque la Sentencia esté referida a una institución típica del Derecho urbanístico italiano, la doctrina contenida en ella podría tratar de ser trasladada, *mutatis mutandis*, al ordenamiento español<sup>1</sup>. Porque, en primer lugar, también nuestro país ha articulado instituciones jurídicas que habilitan directamente a determinados sujetos de Derecho privado a ejecutar la urbanización (así, los propietarios y, en su caso, las empresas integradas en la Junta de Compensación, cuando de este sistema de ejecución se trata). A ello se añade más recientemente, y en segundo lugar, la gestión de las actuaciones urbanizadoras integradas o sistemáticas por un agente urbanizador, que instituyó primero la Ley valenciana del suelo de 1994 y han incorporado después otras muchas, ya sea como forma exclusiva de gestión indirecta o por privados (como ocurre en la citada Ley valenciana o en la castellano-manchega, que suprimen los sistemas de ejecución y ponen en todo caso en concurrencia a propietarios y terceros), ya integrado en la arquitectura tradicional de la pluralidad de sistemas de ejecución, sea como un sistema más de ejecución privada o como forma de gestión indirecta de un sistema de ejecución pública, en ambos casos con carácter alternativo o subsidiario de la gestión por propietarios del suelo (así, en

---

<sup>1</sup> Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, «La Sentencia del TJCE de 12.7.2001 (asunto «Proyecto Scala 2001») y su impacto en el ordenamiento urbanístico español», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n° 505, 25 de octubre 2001, pp. 1-6; de nuevo en *Revista Urbanismo y Edificación*, n° 4, 2001, pp. 119-128. Dicha traslación de los efectos de la Sentencia al ordenamiento urbanístico español ya ha sido defendida, respecto del tradicional sistema de actuación por compensación, por Julio C. TEJEDOR BIELSA, «Contratación de la obra pública urbanizadora y sistema de compensación. La Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2001», *REDA*, n° 112, octubre-diciembre 2001, pp. 597-611.

Aragón, Asturias, Canarias, Cantabria, Castilla y León, Extremadura, La Rioja, Madrid o Murcia, por ejemplo)<sup>2</sup>.

En el caso del urbanizador, no siendo éste necesariamente un propietario del suelo ni concurriendo en él, en consecuencia, la excepción licitatoria que tradicionalmente se ha asociado a tal condición en nuestro ordenamiento, la legislación urbanística española ha requerido, para la adjudicación al mismo de la actuación, la forma de concurso con un procedimiento abierto regido por los principios de publicidad y concurrencia, pero no así la aplicación directa al mismo de las concretas reglas (comunitario-europeas y estatales) que rigen la contratación pública, que más bien se ha tendido a desplazar con una regulación procedimental especial (con la excepción de Aragón y, en menor medida, Cantabria y La Rioja o Murcia<sup>3</sup>).

Pues bien, si la citada Sentencia *Scala* nos obliga a plantearnos la conformidad con el Derecho comunitario-europeo de la contratación pública de la excepción licitatoria atribuida a los propietarios para ejecutar la urbanización del suelo, un reciente Auto de 15 de octubre de 2001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana ha planteado una cuestión de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley valenciana, por el desplazamiento que hacen de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en la regulación de los requi-

---

<sup>2</sup> Peculiar es el caso de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de Urbanismo de Cataluña, que mantiene el monopolio de la iniciativa privada a favor de la propiedad del suelo, que sigue canalizada a través del sistema de compensación, si bien admite una modalidad del mismo, que denomina de «compensación por concertación» (art. 115.2), cuyo quórum de iniciativa rebaja al 25 % de la superficie total del sector o polígono (art. 129) y que se formaliza en un convenio urbanístico que «debe disponer la concesión por concurso, tramitado por el Ayuntamiento, de la gestión urbanística integrada del sector de planeamiento urbanístico o el polígono de actuación urbanística» (art. 130.1), de forma que el concesionario adjudicatario del concurso, y no la Junta de Compensación, adquiere la condición de beneficiario de la expropiación de los terrenos de los propietarios que no se adhieran a la Junta y de los miembros de ésta que incumplan sus obligaciones (art. 130.6) y, en consecuencia, se integra en la comunidad de compensación en su doble condición de propietario y urbanizador (art. 130.8), esta última al ser retribuido mediante la cesión de terrenos edificables (art. 116.1 y 2).

<sup>3</sup> La Ley 5/1999, de 25 de marzo, Urbanística de Aragón, remite directamente en su artículo 153.1 «a las prescripciones de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas relativas a capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación» para el que denomina «sistema de concesión de obra urbanizadora». La misma calificación concesional —en sí misma ilustrativa de la naturaleza que se le imputa— recibe el sistema en las Leyes 10/1998, de 2 de julio, de La Rioja, y 2/2001, de 25 de junio, de Cantabria. Si bien éstas sólo remiten supletoriamente a la legislación de contratos de las Administraciones públicas (en sus artículos 145.4 y 169.4, respectivamente), lo cierto es que la regulación que hacen de tales materias es muy escasa. La Ley 1/2001, de 24 de abril, de la Región de Murcia, por último, proclama expresamente en el párrafo 2º de su artículo 157.3 la naturaleza contractual de la relación de la Administración con el urbanizador en los casos de gestión pública indirecta y su consecuente sujeción a la legislación de contratos de las Administraciones públicas, «sin perjuicio» de lo en ella previsto.

sitos para concurrir y el procedimiento de adjudicación de las actuaciones integradas a los urbanizadores. Por una u otra vía —la europea o la interna— aflora en definitiva un mismo problema: la sujeción o no de la adjudicación de las actuaciones urbanizadoras en España a la legislación sobre contratación pública.

Ante la complejidad de dicho problema y los muchos planos en que puede descomponerse, me ceñiré aquí a una cuestión que creo previa a cualquier otra: si el acto o convenio por el que se habilita a un particular a ejecutar una actuación urbanizadora es un contrato a efectos jurídicos y, en particular, a los de la legislación sobre contratación pública. Lo haré estudiando el caso del agente urbanizador, sin perjuicio de que muchas de las apreciaciones que aquí se harán puedan ser extendidas a otras formas o sistemas de ejecución por privados; y ejemplificaré la exposición con los preceptos de la Ley valenciana —salvo donde sea precisa la cita de otras— por ser la precursora de esta nueva forma de gestión, que ha servido en alguna medida de modelo para las restantes, y sobre la que pende una cuestión de inconstitucionalidad ante nuestro Tribunal Constitucional.

## 2. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS DIRECTIVAS COMUNITARIO-EUROPEAS SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS Y DE LA LEY ESPAÑOLA EN LA MATERIA: EN PARTICULAR, LA NOTA DE LA ONEROSIDAD EN LA NOCIÓN DE CONTRATO QUE MANEJAN

A diferencia de lo que ocurre con algunas legislaciones estatales sobre contratación pública, y en particular la española, las Directivas comunitario-europeas en la materia no persiguen optimizar la gestión de los que denominan los «poderes adjudicadores», sino abrir a la competencia un mercado de capital importancia económica, al menos en algunos sectores económicos como el de la construcción, por ejemplo. Me refiero al mercado de las obras públicas, los servicios y los suministros que los poderes públicos de los Estados miembros demandan y están dispuestos a sufragar. No legislan, pues, desde la óptica del Estado (y del Derecho estatutario de que quepa dotar a sus Administraciones públicas), sino desde la del mercado (y las garantías funcionales de que debe dotarse en él a sus operadores).

Así lo evidencian los títulos habilitantes invocados por dichas Directivas en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea: los artículos 57.2, 66 y 100A (que se corresponden con los 47.2, 55 y 95, respectivamente, de su versión consolidada), puestos todos ellos al servicio de la consecución del mercado interior.

La perspectiva adoptada, en consecuencia, en dichas Directivas es estrictamente funcional, en cuanto que referida al funcionamiento de un mercado (para evitar que con él se distorsione u obstruya el mercado interior y los principios que lo presiden: libertades comunitarias), mientras que la Ley española le añade otra estatutaria o institucional (establecer las exorbitancias en más y en menos de que debe rodearse a la Administración pública cuando contrata, en orden a la eficacia en la prestación que obtenga y la eficiencia en el gasto por el precio o contraprestación que pague). Esta diferente teleología permite explicar la complejidad con que se define el ámbito de aplicación de la Ley española (que combina, como decimos, criterios subjetivos con otros funcionales en sus dos primeros artículos), así como algunas de las principales diferencias técnicas existentes entre el Derecho de la contratación pública comunitario-europeo y el español: así, por ejemplo, que el primero se ciñe a determinados objetos o mercados (el de obras públicas, el de servicios y el de suministros), mientras que el segundo tiene vocación universalizante (aplicación a todos los objetos posibles de la contratación, ya sean típicos o atípicos, ya administrativos o civiles); o que, mientras las Directivas se limitan a ordenar los procedimientos de adjudicación de los contratos, la Ley española se ocupa también de su ejecución y extinción (en el caso de los contratos administrativos).

El aspecto que aquí interesa es el primero de los dos mencionados: el ámbito de aplicación del Derecho de la contratación pública. Respecto de ello, la Directiva de los contratos de obra<sup>4</sup> (en adelante referida también como DCO) define en su artículo 1, letra a) su objeto, los «contratos públicos de obras», en los siguientes términos:

«los contratos de carácter oneroso, celebrados por escrito entre un contratista, por una parte, y un poder adjudicador definido en la letra b), por otra, que tengan por objeto bien la ejecución, bien conjuntamente la ejecución y el proyecto de obras relativas a una de las actividades contempladas en el Anexo II o de una obra definida en la letra c), bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador»

Cuatro son los elementos definitorios que cabe, por tanto, exigir:

- (1º) que se trate de una relación contractual «de carácter oneroso» (elemento que podríamos calificar como *causal*);
- (2º) que se haya formalizado por escrito (elemento *formal*);

---

<sup>4</sup> Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.

(3º) que esté trabada entre un contratista, por una parte, y, por otra, «un poder adjudicador» (elemento *subjetivo*); y

(3º) que tenga por objeto la ejecución, o bien la ejecución y el proyecto de una «obra» a los efectos de la Directiva (elemento *objetivo*).

De estos requisitos, la ausencia de cualquiera de los tres primeros (acaso con la excepción del formal) excluye de forma general la aplicación del Derecho comunitario europeo de la contratación pública<sup>5</sup>, mientras que, si faltara el cuarto, debería analizarse todavía si, siendo diverso de una «obra» el objeto del contrato, encaja no obstante en cualquiera de las restantes Directivas, esto es, constituye un «servicio» o un «suministro» a sus efectos. Procede, pues, detenerse ante todo en el análisis de los tres primeros. Pues bien, supuesto que la entidad adjudicadora de las actuaciones urbanizadoras integrales o sistemáticas suele ser el Municipio, que es a todas luces un «poder adjudicador», pues dicho concepto integra en todo caso a los entes territoriales del Estado, y supuesto además que los convenios entre Municipio y agente urbanizador se formalizan por escrito, no queda sino plantearse si la relación que se traba entre ambos como efecto de la adjudicación y la celebración del subsiguiente convenio constituye un «contrato de carácter oneroso». A ello se dedica este trabajo.

Centrado ya el problema que nos va a ocupar, y antes de entrar a su estudio, conviene tener presente que, si bien el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, TRLCAP) no lo plantea en los mismos términos literales, sin embargo, también él acota de forma similar el elemento que hemos llamado *causal* de su ámbito de aplicación. En efecto, la Ley española es aplicable a «los contratos que celebren las Administraciones públicas» (art. 1.1), donde «contrato» no es, desde luego, cualquier negocio jurídico celebrado por una Administración con un sujeto privado, ya que quedan fuera del ámbito de aplicación de la Ley (del de su aplicación directa, que no de la supletoria, siempre posible: art. 3.2), entre otros negocios jurídicos bilaterales, «los convenios de colaboración que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales» [art. 3.1.d)].

<sup>5</sup> La exigencia de una relación «de carácter» o «a título oneroso» y celebrada por escrito, así como la circunscripción de una de las partes de la relación a una «entidad» o «poder adjudicador» en términos análogos a los de la Directiva de obras, son comunes a la de servicios (Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios) y la de suministros (Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro). Y, por lo demás, no me ocupo de los «sectores excluidos» porque no hacen al objeto específico de este estudio.

El inciso final de esta exclusión obedece a que se está aquí, a diferencia de cuanto ocurre con los convenios de la letra c) precedente en el mismo precepto, ante negocios celebrados con sujetos de Derecho privado, «que como tales pueden cumplir todos los requisitos que la Ley exige a los contratistas». Es por ello que se ha introducido una salvedad final con el inciso «... siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos ...», para evitar que «por la vía del convenio de colaboración «huyan» de la aplicación de la Ley relaciones que pueden perfectamente articularse por la vía del contrato administrativo»<sup>6</sup>. En efecto, el legislador no goza de libertad para deslindar los convenios excluidos de la aplicación del TRLCAP de los contratos incluidos en él: recuérdese que la anterior Ley de Contratos del Estado de 1965 dejaba a su margen los contratos «exceptuados expresamente por una Ley» en su artículo 2.8 y ello fue declarado incompatible con el Derecho comunitario en la materia por la Sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 17 de noviembre de 1993.

¿Cuál es entonces la *ratio* de la exclusión de esta letra d) del artículo 3.1 TRLCAP? Podría argumentarse que esta exclusión no viene determinada por una razón causal (tratarse de convenios de colaboración y no de auténticos contratos) sino objetiva, como parecen indicar sus términos, cuando exige que «... su objeto no esté comprendido ...». Pero, en propiedad, cualquier objeto contractual está regulado por el TRLCAP, ya se trate de los «vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante» (los contratos administrativos, bien típicos o bien especiales: art. 5.2) o «los restantes» (que tienen la consideración de contratos privados de la Administración: art. 5.3). Sólo cabe exceptuar aquellos objetos contractuales expresamente excluidos del ámbito de aplicación de la Ley en su artículo 3.1, como es el caso de los contratos laborales de su letra a), por ejemplo.

No siendo éste el caso de la exclusión del citado artículo 3.1.d), que no especifica objeto alguno, hay que concluir que tal exclusión no obedece en realidad al objeto del contrato, sino que se sitúa en un plano anterior, pues obedece a que la relación no constituya propiamente un contrato, entendido por tal —como de inmediato se verá— un negocio jurídico patrimonial de carácter oneroso, sino un convenio de colaboración, en el que se da también «una concurrencia de voluntades, pero no una correspondencia económica entre lo que cada parte da y recibe; es más, los convenios son ajenos a la idea de *causa solvendi*, por lo que no existe un precio, sino compensaciones o concurso de aportaciones»<sup>7</sup>. Ésta es también la au-

<sup>6</sup> Junta Consultiva de Contratación Administrativa, Informe 42/99, de 12 de noviembre.

<sup>7</sup> Alberto RUIZ OJEDA y Joaquín GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y a su Reglamento de desarrollo parcial*, Madrid, Civitas, 1996, p. 54.

torizada opinión de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, para quien los convenios de colaboración del artículo 3.1 TRLCAP no son «verdaderos contratos en el sentido de intercambio patrimonial que es propio de la figura del contrato en el Derecho privado de obligaciones, sino un acuerdo sobre la medida de una obligación preexistente o de una ventaja, en el seno de una relación jurídico-pública previamente establecida entre la Administración y la otra parte que con ella conviene»<sup>8</sup>.

Este planteamiento nos lleva inevitablemente a tratar de dirimir qué sea, a los efectos del Derecho (comunitario e interno) de la contratación pública, un contrato. Por su historicidad y por su amplitud, el de contrato es un concepto difícil de definir. Podemos decir, con Luis Díez-PICAZO, que en la concepción moderna, «contrato es todo acuerdo de voluntades por medio del cual los interesados se obligan», idea que responde a un supra-concepto (*ober-Begriff*) aplicable a todos los campos jurídicos<sup>9</sup>, pero que, con el objeto de agrupar sólo aquellos fenómenos que puedan ser sometidos a un régimen jurídico de carácter unitario, la doctrina civilista ha restringido al «negocio jurídico bilateral cuyos efectos consisten en crear, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial»<sup>10</sup>.

En mi opinión, también en el Derecho de la contratación pública es ésta más restringida la noción de contrato aplicable. Porque, en definitiva, lo que diferencia a esta contratación de la regulada por la legislación civil no es tanto su objeto (también la ejecución de obras, la prestación de servicios o la entrega de suministros pueden ser objeto de ella; y por ello incluso a los contratos administrativos típicos les es aplicable a título supletorio el Código civil, según el art. 7.1 TRLCAP) ni su naturaleza (la naturaleza negocial, bilateral y patrimonial de la relación que se traba), cuanto la presencia de un sujeto celebrante, «el poder adjudicador» o «la Administración», que decanta la aplicación de un régimen exorbitante. Y aun la excepción a dicha regla, según la cual también deben sujetarse al Derecho de la contratación pública los sujetos privados cuando adjudiquen determinados contratos mayoritariamente financiados por aquéllos (arts. 2.1 DCO y 2.2 TRLCAP), no

---

<sup>8</sup> Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, «Ámbito de aplicación de la Ley», en Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT, dir., *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, Civitas, 1996, p. 116.

<sup>9</sup> También al del Derecho administrativo. Esta acepción lata del término contrato es, por ejemplo, la que utiliza el artículo 88 de nuestra Ley 30/1992, de 30 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, donde contrato equivale a acuerdo, pacto o convenio.

<sup>10</sup> Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*. Volumen primero, *Introducción, Teoría del contrato*, 5ª ed., Madrid, Civitas, 1996, pp. 121-123.

hace sino confirmar cuanto digo: que sólo se están considerando los negocios jurídicos bilaterales patrimoniales, de forma que la interposición de un tercero no enerve la apertura y/o el control del gasto público que constituye, en definitiva, la cuantía o el precio del contrato.

En definitiva, tanto las Directivas como la Ley persiguen al gasto público devengado o, en general, los recursos públicos afectados como precio en los contratos (de ahí, como digo, que extiendan su ámbito de aplicación a los celebrados por sujetos privados, cuando su financiación sea eminentemente pública): las primeras, lo hacen para evitar que distorsione el mercado interior (desde la perspectiva funcional a que antes me refería), la segunda también para evitar que sean dilapidados o malversados caudales públicos (perspectiva estatutaria o institucional).

Luego, las Directivas y la Ley española han sido concebidas para regular exclusivamente los acuerdos de voluntades que son fuente de prestaciones de carácter patrimonial. Pero, además, no cualesquiera de ellos, sino específicamente los de carácter oneroso, esto es, los constitutivos de prestaciones patrimoniales recíprocas a cargo de ambas partes.

Las Directivas son concluyentes al respecto cuando se refieren expresamente al «carácter oneroso» de la relación, que la Sentencia *Scala* ha interpretado justamente que «se refiere a la contraprestación que corresponde a la Administración pública» (ap. 77). La Ley española, por su parte, considera en todo caso el «precio» —esto es, la existencia de una contraprestación patrimonial— como un elemento esencial del contrato. En efecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11.2.d) TRLCAP, uno de los requisitos para la celebración de los contratos de las Administraciones públicas es «la fijación del precio» y, según su artículo 14.1, «los contratos tendrán siempre un precio cierto, que se expresará en moneda nacional, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición transitoria octava, y se abonará al contratista en función de la prestación realmente efectuada y de acuerdo con lo convenido»<sup>11</sup>.

Dicho precio no es, como decimos, cualquier prestación patrimonial, sino justamente una contraprestación, como acredita el que la ejecución y extinción de los contratos administrativos se rija por el

---

<sup>11</sup> Sobre el precio cierto como uno de los «principios esenciales de la contratación» (función que además se atribuye a la tarifa, de acuerdo con lo que se dirá en el párrafo siguiente), véase por todas la STS de 9 de marzo de 1990, R.J.A. 1819.

<sup>12</sup> Aunque Díez-PICAZO discute también la onerosidad de un contrato civil «en que existen atribuciones a cargo de ambas partes (...) pero en que existe una notoria desproporción entre las atribuciones» (*op. cit.*, p. 82), el requisito de su proporción o equilibrio resulta más claro en la contratación de las Administraciones (regidas por los principios constitucionales de la objetividad y la servicialidad al interés general: art. 103.1 CE) que en la civil, regida por la autonomía de la voluntad. Así se observa para los contratos administrativos en el TRLCAP (por todos, su artículo 163.2) y para los contratos privados, como la enajenación de bienes inmuebles, puede verse por ejemplo el artículo 112.2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales.

principio general de equivalencia de las prestaciones, según el cual debe observarse un cierto equilibrio económico entre éstas. Tal es la esencia de la onerosidad, cuando menos en la contratación de las Administraciones públicas<sup>12</sup>. Y ello aun cuando en ocasiones el pagador de dicho precio no sea, total o parcialmente, la Administración adjudicadora del contrato sino los usuarios de la obra o el servicio, como ocurre respectivamente en los contratos de concesión de obra pública en los que «la contraprestación a favor del adjudicatario consista en el derecho a explotar la obra» (art. 130.1 TRLCAP) y en los de concesión de servicios públicos sometidos a tarifa. Porque, siendo la obra o el servicio de la titularidad de la Administración, el conceder el derecho a su explotación y aprobar la tarifa de su prestación, respectivamente, constituyen en propiedad una contraprestación de ella y así los califica expresamente la Ley (en el citado artículo 130.1 y en el 162). En ambos casos, en efecto, la Administración concede al adjudicatario la explotación temporal de un recurso de su titularidad: un bien de dominio público o un precio público. Luego, también en estos contratos existe precio o contraprestación, aunque ya no constituyan a la Administración en la obligación de pagarlo, razón por la cual hemos exigido de los contratos su carácter oneroso, pero no ya necesariamente sinalagmático, en contra de lo que a veces se afirma<sup>13</sup>.

### 3. EL CASO *SCALA*, O LA FUENTE CONTRACTUAL DE LA ASUNCIÓN, POR LOS PROPIETARIOS DEL SUELO, DE OBLIGACIONES DE EJECUTAR OBRAS DE «URBANIZACIÓN SECUNDARIA» EN ITALIA

De conformidad con lo concluido en el apartado anterior, sólo es contrato la fuente convencional de prestaciones patrimoniales recíprocas entre sus partes.

En el caso de la legislación urbanística italiana, que le es sometida a juicio en la cuestión prejudicial resuelta por la Sentencia *Scala*, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas aprecia la concurrencia del «carácter oneroso» de que hablamos. En el caso de Autos, en efecto, y según resulta de la síntesis de la legislación interna italiana hecha en la propia Sentencia, «la concesión de la licencia da lugar al pago de una contribución proporcional a los gastos de urbanización y a los

<sup>13</sup> Según DÍEZ-PICAZO (*op. cit.*, p. 140), la clasificación de los contratos en unilaterales y bilaterales o sinalagmáticos no coincide exactamente con la que distingue entre contratos onerosos y gratuitos, pues, aunque los contratos bilaterales son siempre onerosos, también un contrato unilateral puede serlo (p. ej., el préstamo con interés). La confusión entre ambos términos es, en todo caso, común, pues también nuestro Código civil establece en su artículo 1.274 que «en los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte», lo que el autor citado (*ibidem*, p. 226) entiende aplicable sólo a los contratos sinalagmáticos y conmutativos.

costes de la construcción» (art. 3 de la Ley nº 10, de 28 de enero de 1977), contribución que puede ser pagada en metálico o compensada mediante la ejecución directa de obras de urbanización: «el titular de la licencia puede comprometerse a realizar directamente las obras de urbanización, respetando el procedimiento y las garantías establecidos por el Ayuntamiento, con imputación de la totalidad o parte de las obras a cuenta de la contribución adeudada» (art. 11.1). Quiere esto decir que la ejecución de la urbanización no es una obligación legal del propietario, sino una mera posibilidad que la Ley le ofrece para el pago por compensación de su deuda con el Ayuntamiento.

En Italia, la citada Ley 10/1977 sustituyó la vieja *licenza* por la *concessione edilizia*, que se diferencia sobre todo de la anterior por su carácter oneroso. Dicha onerosidad consiste en el condicionamiento de su otorgamiento al pago de un *contributo* determinado en función de los gastos de urbanización y de construcción, al que la doctrina mayoritaria atribuye una naturaleza tributaria y, por lo que a la cuota de urbanización se refiere (que viene determinada mediante tablas paramétricas), califica como una tasa<sup>14</sup>. Ahora bien, SALVIA y TERESI observan en los últimos años una tendencia a introducir «momentos convencionales» en el procedimiento de la *concessione edilizia*, mediante los cuales los interesados pueden asumir ciertas obligaciones (en la urbanización del suelo, como aquí ocurre, pero no sólo: también, por ejemplo, en la utilización del inmueble) obteniendo a cambio la exención total o parcial del *contributo concessorio*. Dichos autores califican a dichos convenios como «instrumentos sustancialmente contractuales», criterio que parece acertado a la luz de los datos ofrecidos<sup>15</sup>.

También el *Consiglio di Stato* tiene afirmada la «naturaleza negocial» del acto por el que el interesado en la *concessione edilizia* se obliga a realizar determinadas obras de urbanización, un acto «constitutivo de la fuente específica de la obligación contraída por la interesada». En opinión del Alto Tribunal, «el recurso a la compensación (*scomputo*), como consecuencia de la ejecución directa de las obras de urbanización, constituye, por otro lado, una facultad atribuida a la parte solicitante

<sup>14</sup> Seguimos en esto a Filippo SALVIA y Francesco TERESI, *Diritto urbanistico*, 6ª ed., Padova, CEDAM, 1998. Véanse, en particular, las pp. 120-121, 213-214, 234-237. La calificación como tasa del *contributo* no es, sin embargo, pacífica. De ella discrepa, por ejemplo, Giuseppe MORBIDELLI, «Il contributo di urbanizzazione (Aspetti giuridici)», *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 1979, tomo II, pp. 141 y ss. (en particular, 143 y ss.), quien prefiere considerarla como una «prestación impuesta» atípica.

<sup>15</sup> *Op. cit.*, p. 214. Sobre el auge del «urbanismo consensual» en las últimas décadas en Italia, con carácter general, puede leerse en español a Luciano VANDELLI, en GÓMEZ-REINO y CARNOTA, dir., *Ordenamientos urbanísticos. Valoración crítica y perspectivas de futuro*, Marcial Pons, 1998, p. 359; y Federico GUALANDI, «Tendencias de ordenación y utilización del territorio», en *Documentación Administrativa*, nº 248-249, mayo-diciembre 1997, en particular pp. 273-280.

que, si lo estima oportuno, puede obligarse frente a la Administración a realizar obras de urbanización; corresponde, sin embargo, a la Administración, sobre la base de la obligación unilateralmente asumida por la parte, aceptar o no la propuesta y subordinarla a condiciones o prescripciones específicas; sólo una vez intervenida tal aprobación deviene, pues, plenamente eficaz el acto de obligación». La obligación de urbanizar surge, en consecuencia, de un acuerdo de voluntades (emitidas sucesivamente por interesado y Administración) y no de la Ley, que se limita a darle cobertura: «el artículo 11 de la Ley nº 10/77 no excluye en absoluto que entre las partes se pueda, por apreciaciones de conveniencia —conectadas con la plena disponibilidad, por el beneficiario, de la facultad establecida por el legislador—, regular la relación en términos diversos, limitando, si tal es el interés de la parte, la compensación en términos parciales y no totales»<sup>16</sup>.

Este nuevo régimen instaurado por la Ley 10/1977 es aplicable al supuesto de hecho de las actuaciones urbanísticas sistemáticas o integrales regidas por un *piano di lottizzazione* (instrumento que la versión española de la Sentencia *Scala* traduce equívocamente como «plano de urbanización»), que parece ser la hipótesis de que se trata en el litigio *a quo* de la cuestión prejudicial. En estas actuaciones, ya desde la vieja Ley 1150/1942 (modificada después por la 765/67, conocida como «Ley puente») corren por cuenta de los propietarios las cargas de «urbanización primaria» en su integridad (categoría que comprende dotaciones tales como el viario o las redes de alumbrado, abastecimiento de agua, electricidad y gas, etc.), pero sólo una cuota de las de la «urbanización secundaria» del ámbito, concepto que comprende, entre otras obras, las de los equipamientos culturales (como es un teatro). La forma de levantar dichas cargas queda determinada en la *convenzione di lottizzazione*, en la que la propiedad puede acordar con la Administración la ejecución de las obras (modalidad habitual en la urbanización primaria) o el pago en metálico (más habitual para la urbanización secundaria)<sup>17</sup>. Pues bien, estas *convenzioni* se han visto afectadas por la citada Ley 10/1977, que superpone al régimen de las cargas el de la contribución, de forma que «en la nueva disciplina ... el convenio urbanístico podrá servir sobre todo para obli-

<sup>16</sup> *Consiglio di Stato*, sección V, 29 de septiembre de 1999, nº 1209. Puede consultarse el texto y el comentario de Emanuele BOSCOLO «L'esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione e l'attuazione di opere «a scomputo»: elementi di una distinzione tra sfera convenzionale e principio di legalità», en *Rivista Giuridica di Urbanistica*, nº 1/2002, pp. 9 y ss. En su comentario, BOSCOLO (*ibidem*, p. 21) critica la «perspectiva rígidamente «contractualista» seguida por el *Consiglio di Stato*», pero no por discrepar de la naturaleza contractual de la convención celebrada en el caso de autos, que no cuestiona, cuanto porque las obligaciones en ella asumidas, tal y como las interpreta el Alto Tribunal, vulneran a su juicio el principio de legalidad en la actividad negocial de la Administración, cuestión que es ajena ya a la que nos ocupa aquí.

<sup>17</sup> Pierandrea MAZZONI, *Diritto urbanistico*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 268.

gar al privado a ejecutar ciertas obras en lugar de la Administración, cargas éstas que obviamente irán en descuento total o parcial de la contribución correspondiente. El criterio de la nueva ley es el de la monetarización de las obras de urbanización según cánones previamente establecidos (tablas paramétricas). La eventual ejecución directa de las obras de parte del urbanizador puede ser un expediente útil para aligerar a la Administración de las cargas de realizar con sus medios propios (de los que a menudo carece) las obras mismas»<sup>18</sup>.

Debe tenerse además presente que, en el supuesto que ahora estudiamos, no cabe a la Administración la alternativa entre resolución unilateral del procedimiento y acuerdo, sino que las *convenzioni di lottizzazione* son la forma necesaria de terminación normal del procedimiento. Por esta razón, la doctrina tiende mayoritariamente a descartar que constituyan en propiedad acuerdos o convenios «endoprocedimentales» y «sustitutivos» de una resolución unilateral de los contemplados en la nueva Ley 241/1990 de procedimiento administrativo<sup>19</sup>, optando en su lugar por concebirlas como una figura atípica y sectorial, que cabe categorizar como un «contrato de objeto público»<sup>20</sup>.

El convenio urbanístico de que aquí se trata, en suma, (1º) constituye al propietario que lo celebra en la obligación de ejecutar determinadas obras de urbanización «secundaria» (un teatro) en un plazo y (2º) constituiría, en principio, a la Administración en la obligación de pagarle su precio, deuda que sin embargo se compensa, hasta donde alcance el valor de dichas obras, con la deuda que aquél contrae a su vez

<sup>18</sup> SALVIA y TERESI, *op. cit.*, p. 121.

<sup>19</sup> En este sentido, SALVIA y TERESI, *op. cit.*, p. 126, y Pier Luigi PORTALURI («Le funzioni urbanistiche «necessarie» del soggetti privati: aspetti di diritto interno e comunitario», *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1999, pp. 132-133). En opinión de este último, estamos ante una consensualidad particular, bastante distinta de la genérica contractualización de la acción administrativa de la Ley n° 241/90, porque no constituye una «consensualidad como valor» que la Ley proponga a la Administración como alternativa a su decisión unilateral, sino una «consensualidad como necesidad» habida cuenta de la imbricación de interés público y privado, donde los titulares del segundo disponen de los medios precisos para la acción administrativa (medios materiales —propiedad del suelo— y también financieros, sobre todo teniendo en cuenta la escasez de recursos de la Administración municipal) hasta el punto de que sólo la satisfacción del interés privado puede garantizar la realización del interés público.

Precisamente, la segunda cuestión prejudicial planteada en el caso *Scala* se refería a la posible cobertura del convenio en el artículo 11 de la Ley 241/90, cuestión que los recurrentes rechazan por entender inaplicable dicho precepto al caso de autos —en línea con lo aquí sostenido— y que el Tribunal de Luxemburgo inadmite sin entrar a juzgar su fondo.

<sup>20</sup> Tal es la opinión, por ejemplo, de SALVIA y TERESI, *cit.*, p. 126, y Pierandrea MAZZONI (*op. cit.*, p. 269). De forma análoga, Gian Carlo MENGOLI los califica como «contratos de naturaleza peculiar» (*Manuale di Diritto urbanistico*, 4ª ed., Milano, Giuffrè, 1997, nota n° 26 en p. 248). Para los dos últimos citados, se trataría de un contrato unilateral, porque a su juicio no genera obligación alguna para la Administración. Aunque así sea, ello no quita para su onerosidad, como se ha observado en la nota n° 13, ya que la prestación que realizan los propietarios se compensa con una deuda tributaria.

en concepto de contribución a las cargas de urbanización. Luego, hay onerosidad, porque la atribución patrimonial que hace el propietario tiene una *causa solvendi*. Tal es la tesis del *Tribunale amministrativo regionale* de Lombardía, acogida en la Sentencia *Scala* por el Tribunal de Luxemburgo, según la cual el propietario «no efectúa ninguna prestación a título gratuito, puesto que queda liberado de una deuda del mismo valor, salvo que exista complemento en dinero, de la que es acreedor el Ayuntamiento, a saber, la contribución a las cargas de urbanización, sin que el carácter alternativo de la obligación, contribución en dinero o la ejecución directa de las obras, permita diferenciar su causa dependiendo del procedimiento de ejecución escogido (o preestablecido por el legislador)» (ap. 84). Dicho convenio es, en suma, un auténtico contrato, pues es fuente de prestaciones patrimoniales recíprocas entre sus partes.

Analicemos ahora el caso español y, más concretamente, el de aquellas Comunidades Autónomas que tienen configurado un modelo de gestión de las actuaciones urbanizadoras a través de un agente urbanizador, para lo que tomaremos como referencia básica a la Comunidad Valenciana por las razones expuestas al inicio del estudio.

#### 4. EL DEBER DEL PROPIETARIO ESPAÑOL DE SUELO DE COSTEAR Y, EN SU CASO, EJECUTAR LA URBANIZACIÓN, A LA LUZ DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

En España, los propietarios de suelo urbano no consolidado o urbanizable están legalmente obligados, entre otras cosas, a costear o, en su caso, ejecutar la urbanización [arts. 14.2.e) y 18.6 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones, en adelante LRSV]. Esto diferencia el caso español del caso *Scala* italiano, al menos en dos aspectos: en cuanto a la naturaleza y el contenido de la prestación.

Por lo que se refiere a su naturaleza, la prestación no está legalmente configurada, en nuestro país, como una contribución tributaria, sino como un «deber» (término utilizado en los preceptos que se acaban de mencionar) o como una «carga» [término empleado a su vez en los artículos 5, 14.2.c) y 18.4 LRSV] del derecho de propiedad. Este último *nomen legis* ha sido criticado por GÓMEZ-FERRER, porque el concepto de carga responde a la idea de una actuación en cierto modo «voluntaria» del propietario (aunque sea con una voluntariedad condicionada, pues del levantamiento de la carga depende siempre el ejercicio de un derecho), cuando es lo cierto que las cesiones y el costeamiento (y, en su caso, ejecución) de la urbanización son obligatorios y no dependen de la voluntad del propietario, razón por la que propone reconducirla a la categoría de las prestaciones patrimoniales de carácter

público, cuya imposición efectúa unilateralmente la Administración con fundamento en la Ley<sup>21</sup>.

La de las prestaciones de carácter público del artículo 31.3 de la Constitución es una categoría muy genérica, desde luego más amplia que la de los tributos, en principio abierta a todo tipo de prestaciones (personales o patrimoniales y, dentro de éstas, pecuniarias o en especie) de imposición coactiva. Así concebida, bien pudiera dar encaje a las prestaciones patrimoniales que nos ocupan. Ahora bien, hasta donde sabemos ha sido aplicada a los ingresos públicos de Derecho público, ya sean pecuniarios o en especie, devengados como contraprestación de una prestación administrativa de bienes o servicios<sup>22</sup>, mientras que los deberes de que aquí se trata ni constituyen un tributo ni integran una relación jurídico-administrativa onerosa, sino un derecho o instituto de carácter estatutario (esto es, conformado por una mixtura de situaciones jurídicas positivas y negativas) como la propiedad, lo que ciertamente no es lo mismo. Por razón de esta singularidad, su carácter imperativo y la reserva de ley para su configuración no descansan tanto en el artículo 31.3 de la Constitución cuanto en su artículo 33.2.

Ya se la categorice como un «deber», una «carga» o una «prestación patrimonial de carácter público», lo cierto es que se trata en todo caso de una situación subjetiva negativa integrada dentro del contenido estatutario del derecho de la propiedad, como resulta hoy patente no ya sólo porque forme parte del «régimen urbanístico de la propiedad del suelo», que es el nombre que recibe el Título II de la LRSV, sino además porque, siendo exclusivamente autonómica la competencia urbanística, ha sido dictado al amparo del título competencial del artículo 149.1.1ª CE, que habilita al Estado justamente para regular las condiciones básicas de la igualdad en el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales, aquí el de propiedad. El carácter real de la prestación, por lo demás, queda confirmado por lo dispuesto sobre la transmisión de fincas en el artículo 21 LRSV y por la afección de dichas fincas al procedimiento de equidistribución de beneficios y cargas a que se refiere el artículo 4 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, que complementa en materia urbanística al Reglamento Hipotecario.

En cuanto al contenido de la prestación, en segundo lugar, los propietarios no están legalmente sujetos en España a una contribución

---

<sup>21</sup> Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT, en GÓMEZ-REINO y CARNOTA, dir., *Ordenamientos urbanísticos. Valoración ...*, cit., p. 210.

<sup>22</sup> Véase la doctrina constitucional sentada en la capital STC 185/1995, de 14 de diciembre, F.J. 3º, y posteriormente en las SSTC 233/1999, de 13 de diciembre, FF.JJ. 6º y 16 a 18, y 106/2000, de 4 de mayo, F.J. 2º. La primera había sido dictada en relación con la Ley de Tasas y Precios Públicos y las otras dos en relación con la de Haciendas Locales, lo que acaso explique este sesgo.

proporcional a la urbanización, que pueda eventual y voluntariamente compensarse, en su integridad o parcialmente, con la ejecución de obras de urbanización, sino justamente a que la urbanización del ámbito o sector en que queda integrada a estos efectos su propiedad se haga por su cuenta (por ellos, por la Administración o por un tercero: eso ya no integra el estatuto legal de la propiedad sino el régimen urbanístico y, por ende, cumple establecerlo al legislador autonómico).

De la suma de ambos aspectos se sigue que, en España, las prestaciones patrimoniales urbanizadoras de los propietarios no nacen de fuente negocial, sino imperativa: es la propia Ley la que configura su alcance coextenso con la urbanización entera de un ámbito y, todo lo más, remite a una decisión administrativa, normalmente de planeamiento, la delimitación de dicho ámbito y la opción sobre su forma de cumplimiento (costeamiento o ejecución).

Dichas prestaciones son, como decimos, una carga real o, si se quiere, una prestación patrimonial de carácter público que —en lo que aquí importa— integra el contenido estatutario del derecho subjetivo de propiedad. Fue configurada legalmente como tal mucho antes de nuestra incorporación a las Comunidades Europeas<sup>23</sup> y, por tanto, sin ánimo alguno de defraudar los principios del mercado interior y las libertades comunitarias. Ciertamente que puede discutirse la idoneidad dogmática de dicha tradición legal, que integra dentro del contenido de un derecho real ciertas facultades (como el «derecho a promover su transformación instando de la Administración la aprobación del correspondiente planeamiento de desarrollo» del art. 15.1 LRSV, que ha sido reforzado recientemente con un régimen de silencio positivo) y cargas o prestaciones (ejecutar y conservar la urbanización) que superan lógicamente a su contenido y físicamente a su objeto: en cuanto a lo primero, porque consisten en ordenar y ejecutar obras con destino público y, en cuanto a lo segundo, porque van más allá de la cosa objeto del derecho subjetivo (cada finca o fundo) para proyectarse sobre cosas ajenas (la unidad de ejecución o el entero ámbito o sector, incluidos los suelos con destino dotacional público)<sup>24</sup>. De manera que el *ius in re*, como dere-

<sup>23</sup> Sobre dicha configuración, expuesta precisamente a los efectos de su contraste con la Sentencia *Scala*, *vid.* Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 4 y sigs.

<sup>24</sup> El «sobredimensionamiento» del contenido urbanístico del derecho de propiedad ha sido teorizado con autoridad por Luciano PAREJO ALFONSO, *Reivindicación del urbanismo. Liberalización del suelo al servicio del interés general*, Madrid, Instituto Pascual Madoz del Territorio, Urbanismo y Medio Ambiente, 1997, pp. 51 y ss. También Rafael GÓMEZ-FERRER se ha referido a la «confusión entre las funciones públicas y la función social de la propiedad privada» (en VV.AA., *Comentarios a la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística*, Valencia, Generalitat Valenciana, 1995, p. 204) y al «riesgo de que se regule el urbanismo desde la perspectiva del derecho de propiedad, y de los derechos y deberes del propietario» (en GÓMEZ-REINO y CARNOTA, dir., *Ordenamientos urbanísticos. Valoración ...*, *cit.*, p. 189). En la misma línea, Ramón PARADA (*ibidem*, p. 47) ha denunciado que «la historia de la propiedad y de la creación de las ciudades confirma que entre las potestades dominicales nunca se inclu-

cho subjetivo individual de cada uno de los propietarios, acaba incorporando una suerte de *ius ad res alienas*.

Pero, con independencia de dicho debate dogmático, la validez de este estatuto jurídico-urbanístico del propietario del suelo escapa a todo juicio de contraste con el Derecho comunitario europeo, habida cuenta de que el Tratado de la Comunidad Europea, según reza su artículo 295, «no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros».

Aunque este precepto suele ser aplicado a las propiedades públicas, a los efectos de su conciliación con el principio de igualdad de trato entre las empresas públicas y las privadas, su ámbito de aplicación es más amplio, pues impone de forma general la neutralidad frente al estatuto legal de la propiedad en los Estados miembros. En este sentido, el Tribunal de Justicia de las Comunidades tiene ya declarado que cuando «por una parte, no existe una normativa comunitaria específica en [la] materia» —y no la hay en materia urbanística, pese a que la Comunidad Europea tiene título competencial para ello<sup>25</sup>— «y, por otra, que las medidas» —aquí, las de contratación pública— «no tienen como efecto incidir sobre los regímenes de la propiedad» —aquí, la inmobiliaria—, «del tenor literal del artículo 222 del Tratado [el 295 de su versión consolidada] se desprende que la Ley [interna] regula un ámbito que es de la competencia de los Estados miembros»<sup>26</sup>. Lo cual no quita, desde luego, para que dicha competencia deba en todo caso ejercerse de forma conforme con el Tratado: «aunque el régimen de propiedad inmobiliaria sigue siendo competencia de cada uno de los Estados miembros en virtud del artículo 295 CE, esta disposición no sustrae a dicho régimen de las normas fundamentales del Tratado»<sup>27</sup>. Sobre ello volveremos al final de este estudio.

## 5. LA RELACIÓN TRABADA POR LA ADMINISTRACIÓN CON EL ADJUDICATARIO DE UNA ACTUACIÓN URBANIZADORA INTEGRADA: SU FUENTE CONVENCIONAL, PERO NO CONTRACTUAL *STRICTO SENSU*

La legislación urbanística que ha instaurado el modelo del agente urbanizador, si bien ha innovado respecto de esta tradición nuestra en

---

yó el derecho a urbanizar, de crear ciudad, pues la potestad dominical no dio más que para levantar edificaciones, privadas, sobre el propio fundo».

<sup>25</sup> La Comunidad Europea podría regular los usos del suelo tanto a partir de la consideración de éste como un recurso económico, ejerciendo el título general para el establecimiento del mercado común (art. 94 del Tratado), como a partir de su consideración como un recurso natural, invocando la política de medio ambiente, que la habilita específicamente para adoptar «medidas de ordenación territorial y de utilización del suelo» (art. 175.2).

<sup>26</sup> Sentencia de 18 de diciembre de 1997, *Annibaldi*, C-306/96, ap. 23.

<sup>27</sup> Sentencias de 1 de junio de 1999, *Konle*, C-302/97, ap. 38, por la que cito, y de 6 de noviembre de 1984, *Fearon*, C-182/83, ap. 7.

lo que se refiere a la apertura de la actividad urbanizadora a terceros no propietarios del suelo (asumida hoy en el artículo 4.3 LRSV), quebrando así la tradicional disyuntiva entre ejecución pública o ejecución privada por propietarios en el antiguo suelo urbanizable programado y en el urbano, no ha podido sin embargo sustraerse a ella, como es obvio, en lo que se refiere al cumplimiento de las condiciones básicas de la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad, cuya regulación compete en exclusiva al Estado. Luego, aunque sea el agente urbanizador quien realice la urbanización de una unidad de ejecución en suelo urbano o urbanizable, la cesión del suelo dotacional sobre el que se realizan dichas obras y el costeamiento de éstas (incluido ahora el beneficio empresarial del urbanizador<sup>28</sup>) siguen siendo deberes de la propiedad. De un lado, el urbanizador ejecuta obras no estrictamente públicas, pero sí con un destino dotacional público o demanial<sup>29</sup> y, sin embargo, de otro lado, quienes las costean y le retribuyen son los propietarios. Se traba así una relación triangular en los siguientes términos:

- a) La Administración, como titular del destino de las obras y de la función pública urbanística, adjudica la actuación, aprueba los instrumentos de ordenación (Plan Parcial), en su caso, y de ejecución precisos para llevarla a cabo (el programa de ejecución, los proyectos de reparcelación y de urbanización, las liquidaciones de costes de urbanización).
- b) El urbanizador, como empresario promotor y adjudicatario de la actuación, ejecuta las obras y promueve los instrumentos antes mencionados.
- c) Los propietarios, como tales, costean las obras (incluido el beneficio empresarial del urbanizador) y ceden los terrenos en los que debe localizarse el aprovechamiento correspondiente a la Administración.

Dicha relación se traba mediante dos resoluciones (que, aunque se puedan producir en unidad de acto, constituyen decisiones sustantiva-

---

<sup>28</sup> Artículo 67.1.D) de la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, Reguladora de la Actividad Urbanística de la Comunidad Valenciana (en adelante, LRAU).

<sup>29</sup> Suele aceptarse que las obras que ejecuta el urbanizador son obras públicas. Así las califica, por ejemplo, el artículo 34 LRAU. En cualquier caso, debe tenerse presente que, al tiempo de la adjudicación de la actuación y la celebración del convenio y hasta que la aprobación del proyecto de reparcelación produzca el efecto jurídico-real de la cesión de los suelos (conforme a lo dispuesto en los artículos 69.2 LRAU y 124.1 del Reglamento de Gestión Urbanística de 1978), dichas obras se proyectan sobre un suelo de titularidad privada. Más aún, aunque no sea habitual, nada impide incluso que la aprobación del proyecto de urbanización preceda a la del proyecto de reparcelación (por ejemplo, si aquél pero no éste se incluye en la alternativa técnica del programa), pudiendo en consecuencia iniciarse las obras antes de la redistribución dominical y acceder transitoriamente a la propiedad todavía privada del suelo. Luego, más que de obras públicas, habría que hablar en propiedad de obras con destino público.

mente distintas): la aprobación del programa de ejecución y la adjudicación de su gestión a uno de los interesados que hayan concursado para ello<sup>30</sup>. Ambos son actos administrativos unilaterales pero el segundo, para ser eficaz, requiere la celebración de un convenio entre las partes (incluidos, en su caso, los propietarios que se avengan a concurrir a su firma)<sup>31</sup>. Como se observa, en primer lugar dicho convenio tiene por objeto la ejecución de unas obras con destino público<sup>32</sup>, pero no exclusivamente: también tiene por objeto la prestación de unos servicios de redacción y promoción de ciertos instrumentos técnico-urbanísticos cuya aprobación administrativa producirá efectos patrimoniales entre propietarios y urbanizador y jurídico-reales entre propietarios, urbanizador (cuando es retribuido con la adjudicación de solares) y Administración. Por su misma complejidad, no es fácil la calificación o reconducción de este objeto a uno de los típicos de los contratos administrativos<sup>33</sup>. Pero, como ya se ha advertido al principio de este trabajo, no se va a discutir aquí el objeto de la relación, sino su fuente.

Con este objeto, podemos aplicar un método analítico que nos permita reducir la complejidad de la relación, descomponiendo este peculiar triángulo y estudiando cada uno de sus lados:

a) *La relación Administración-urbanizador*. En primer lugar, el convenio no traba ninguna relación patrimonial onerosa entre Administración y urbanizador: es cierto que el urbanizador realiza una obra con destino público, entre otras cosas, pero no percibe por ello precio o contraprestación alguna de la Administración sino de los propietarios; y ello, además, no por decisión del legislador urbanístico, sino del legislador de las condiciones básicas de la igualdad en el derecho de propiedad, como se ha visto.

---

<sup>30</sup> Artículo 47 LRAU.

<sup>31</sup> Artículos 29.6 y 32.C) LRAU.

<sup>32</sup> Véase lo precisado al respecto en la nota nº 29.

<sup>33</sup> Su carácter administrativo parece claro, dada su vinculación con el giro o tráfico propio de la Administración urbanística. Más difícil es determinar si es especial (y, por ende, regido preferentemente por su legislación sectorial: art. 7.1 TRLCAP) o mixto (y, por tanto, reconducible al régimen de uno de los contratos típicos: art. 6 TRLCAP). Rafael GÓMEZ-FERRER (en VV.AA., *Comentarios a la Ley Reguladora ...*, cit., p. 210), después de dar por supuesto que «la concesión de la función urbanística ha de ser calificada como un contrato administrativo» (premisa que se discute en este trabajo), acaba por concluir, en punto precisamente al carácter «amplio y complejo» de su objeto, que se trata de un contrato administrativo especial. Aboga también a favor de esta tesis el precedente sentado en la STS de 29 de marzo de 1999 (RJA 3265), que confirmó la calificación como contrato administrativo innominado (frente a la pretensión de la recurrente de su consideración como una concesión mixta de obras y servicios) de un contrato por el que unos propietarios de suelo se obligaban a construir sobre parte de él un mercado municipal, para su posterior cesión al Ayuntamiento, recibiendo como contraprestación el importe a recibir por aquél de terceros por la primera adjudicación de los puestos del mercado, de los almacenes anexos y de las plazas de aparcamiento, a cuyos efectos la cedente se reservaba la gestión de las adjudicaciones y su cobro.

Tampoco es sostenible que sea un contrato entre Administración y urbanizador donde la contraprestación a cargo de aquélla es pagada por los propietarios, de forma supuestamente análoga a cuanto ocurre con la concesión de obras o con la de servicios públicos cuyo precio pagan sus usuarios mediante tarifa. Porque, siendo los propietarios los legalmente obligados a costear en todo caso la urbanización, no cabe afirmar que su pago es una contraprestación contractual de la Administración. Aquí, a diferencia de cuanto ocurre con las referidas concesiones de obras públicas o de servicios públicos a tarifa, la Administración no afecta, por un acto de su voluntad, al pago del precio del contrato la explotación temporal de un bien de dominio público o de un servicio público, ambos de su titularidad, sino que se produce, por imperio de la Ley, la afectación de una prestación patrimonial estatutaria de los propietarios. La relación onerosa, como ya se ha dicho, no la traba el urbanizador con aquélla sino con éstos. Ello se evidencia en el caso de que los propietarios (o el propietario único) coincidan con el urbanizador adjudicatario: en tal caso, la retribución al urbanizador se identificaría y confundiría con la adjudicación de solares por efecto de la reparcelación, que es un efecto jurídico-real derivado, de nuevo por imperio de la Ley, de un acto administrativo unilateral (el de aprobación del correspondiente proyecto) sin que cupiera identificar pago alguno al urbanizador al que imputar la condición de contraprestación contractual. Tal hipótesis sería impensable en la concesión de servicios públicos a tarifa, pero es posible y hasta frecuente en la adjudicación de pequeñas actuaciones urbanísticas.

b) *La relación propietarios-urbanizador*. Cuando, por el contrario, no se da dicha confusión entre propiedad y urbanizador, nace entre ambos una relación patrimonial onerosa. Pero, como se ve, la Administración no es parte en ella. Podría alegarse que no lo es la Administración, pero sí el urbanizador y, suponiendo que éste sea un concesionario de obras públicas de la misma, tratar de aplicarle al menos lo dispuesto respecto de la publicidad comunitaria en el artículo 133 TRLCAP. Pero, por las razones ya expuestas en la letra anterior, no me parece que su calificación como concesionario sea tampoco totalmente adecuada<sup>34</sup>:

<sup>34</sup> De hecho, es evitada por leyes como la valenciana, la canaria, la castellano-manchega o la extremeña. No así por otras como la aragonesa, la cántabra o la riojana. A mi juicio, y por las razones expuestas en el texto, el urbanizador no es técnicamente un concesionario, a diferencia, por ejemplo, del tradicional concesionario del sistema de expropiación (artículo 114.2 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1976). Éste sí es claramente un concesionario (pues ha contratado con la Administración) de obra pública (pues pública es la obra que ejecuta, obteniendo en contraprestación su uso temporal), y por ello sólo es a este supuesto (u otros análogos que pudiera concebir la legislación autonómica) al que entiendo aplicable la previsión del artículo 120.b), en conexión con el 130.1, ambos del TRLCAP, según la cual son objeto del contrato administrativo típico de concesión de obra pública «las actuaciones urbanísticas». En consecuencia, dispone el artículo 212.1 del Reglamento de Gestión Urbanística de 1978 que «la concesión se otorgará mediante concurso que se tramitará con arreglo al procedimiento de contratación aplicable en razón de la Administración actuante».

el urbanizador es, ciertamente, un agente<sup>35</sup> de la Administración actuante (de ella recibe el título habilitante para actuar, que le legitima por ejemplo para ocupar temporalmente suelos de propiedad privada ajena), pero, dentro de dicho género, obedece su intervención más al tipo de una entidad colaboradora de la Administración (como pueden serlo la banca de la Administración tributaria, las entidades del tercer sector de la social o, de la urbanística, las Juntas de Compensación, las asociaciones administrativas de propietarios en el sistema de cooperación o las entidades de conservación de las obras de urbanización) que al de un concesionario, porque traba con ella una relación de colaboración (a la que no es necesariamente ajena, claro está, la obtención por las partes de alguna ventaja, prestación o atribución patrimonial), pero en ningún caso una relación sinalagmática ni onerosa.

Pero es que, en cualquier caso, tampoco la relación entre propietarios y urbanizador es propiamente contractual, pues en ningún caso surge de un acuerdo de voluntades entre ambos. La prestación que cumple satisfacer a los propietarios se impone por igual a los que suscriben el convenio (pero cuya prestación patrimonial predetermina la Ley, de forma que tampoco es estrictamente contractual<sup>36</sup>) como a los que no lo hacen y acaban siendo objeto de reparcelación forzosa, para los que ni siquiera formal o aparentemente es negocial la prestación, sino efecto de un acto administrativo (aprobación de las liquidaciones de gastos y/o del proyecto de reparcelación) conforme a la Ley.

c) *La relación Administración-propietarios.* Podría tratar de sostenerse, por último, que sí hay contrato público, pero entre Administración y propietarios, si bien éstos realizan su prestación por persona interpuesta: sin embargo, el convenio puede llegar a perfeccionarse sin la participación de propietario alguno y, por lo demás, aun cuando concurren a su celebración, el beneficio o plusvalía que obtienen los propietarios por efecto de la prestación del agente de la Administración (el aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación en los solares que les sean adjudicados) y que a ellos cumple costear no es, técnicamente, una contraprestación de la Administración sino una facultad urbanística de su derecho real cuyo ejercicio se condiciona legalmente al levantamiento de las «cargas» de urbanización y cuya adquisición tampoco se produce por efecto del convenio, sino de la aprobación administrativa (mediante un acto unilateral de autoridad pública) del proyecto de reparcelación.

<sup>35</sup> El artículo 29.6 LRAU lo califica, en efecto, como un «agente público».

<sup>36</sup> Esta hipótesis es asimilable a la de los llamados «contratos forzosos», como la venta forzosa de solares por incumplimiento del deber de edificar, en los que no existe acuerdo de voluntades, sino que la relación patrimonial es de constitución forzosa y heterónoma, por lo que no son verdaderos contratos (DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 134).

Se llega así, cualquiera que sea la vía emprendida, a una misma conclusión: el «convenio» que perfecciona la relación jurídica entre Administración y agente urbanizador no es, técnicamente, un contrato sino, conforme a su *nomen legis*, un convenio urbanístico entre una Administración y una o más personas de Derecho privado, por el que se determinan los términos concretos de la colaboración entre los celebrantes para la ejecución de una actuación urbanística de interés público pero de promoción privada<sup>37</sup>. Dicho convenio de colaboración puede tener por objeto, sin duda, ciertas prestaciones patrimoniales, pero cuando éstas sean obligaciones asumidas por el urbanizador en favor de la Administración (por ejemplo, asunción voluntaria de compromisos adicionales con cargo a su beneficio empresarial<sup>38</sup>) serán gratuitas, mientras que las onerosas se traban entre aquél y los propietarios por cuya cuenta realiza las obras y no constituyen, en propiedad, para estos últimos derechos y obligaciones contractuales, sino facultades y «cargas» o deberes reales de la propiedad –un derecho la mutación de cuyo contenido por el proceso urbanístico está intervenida administrativamente– como acredita que queden determinadas para los propietarios tanto si participan en el convenio como si no lo hacen.

La Administración, como se observa, no contrata con el urbanizador, aunque sí lo selecciona y participa en el convenio, pero lo hace como destinataria del suelo de cesión y las obras sobre él ejecutadas y en ejercicio de las potestades administrativas que tiene atribuidas para la dirección del proceso urbanizador en todo caso, aunque éste sea de iniciativa privada (art. 4.1 LRSV)<sup>39</sup>. Habida cuenta de esta intervención

---

<sup>37</sup> En opinión de PAREJO ALFONSO, se trata en particular de un convenio del artículo 88 de la Ley 30/1992. *Vid.* VV.AA., *Comentarios a la Ley ...*, cit., pp. 300 y sigs.; de nuevo en PAREJO ALFONSO y BLANC CLAVERO, *Derecho urbanístico valenciano*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanc, 1999, p. 395. Aquí lo hemos incluido en la categoría más amplia de los convenios de colaboración del art. 3.1.d) TRLCAP porque se trata de la imposición por la Ley del convenio como forma necesaria de terminación normal del procedimiento, y no del otorgamiento de capacidad a la Administración para celebrarlo como una forma preparatoria o sustitutiva de una resolución final. Una precisión análoga ya ha sido hecha más atrás a propósito del ordenamiento italiano. Aunque, en el caso español, quizás cupiera entender que la habilitación que el art. 88.1 de la Ley 30/1992 hace al legislador sectorial para fijar «el alcance, efectos y régimen jurídico específico» del convenio le permite también especificar dicha capacidad en un deber de terminación convencional, como es el caso.

<sup>38</sup> De conformidad con lo dispuesto en el artículo 30.2 LRAU, «el adjudicatario puede obligarse complementariamente a efectuar aportaciones al patrimonio municipal del suelo, a realizar obras distintas a las mencionadas en el número anterior, a afectar fincas a la construcción con fines sociales –superando las exigencias del Plan General o Especial– o a respetar precios máximos de venta de sus solares».

<sup>39</sup> De ahí que el artículo 29.10 LRAU, al regular las relaciones entre el adjudicatario particular y la Administración en los Programas, mande a ésta ejercer sus potestades públicas (como la expropiación forzosa o la reparcelación forzosa) cuando resulte necesario para desarrollar la actuación.

de la Administración en ejercicio de las potestades de que se halla revestida, el convenio urbanístico debe ser calificado, en consecuencia, como un convenio administrativo: un negocio jurídico de Derecho público, regido por el ordenamiento jurídico-administrativo y sometido al control del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, como sigue mandando el artículo 303 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1992.

La conclusión alcanzada no se ve alterada por la eventualidad de que la Administración tenga que participar en el costeamiento de los gastos de urbanización. Como es sabido, la LRSV prevé la posibilidad de que la legislación urbanística reduzca la participación de la Administración en las «cargas» de urbanización que le correspondan por el suelo correspondiente a su participación en las plusvalías [arts. 14.2 c) y 18.4 *in fine*]. Al amparo de dicha habilitación, algunas Comunidades Autónomas han liberado a la Administración de toda participación en las cargas, estableciendo la cesión del suelo correspondiente al 10 % del aprovechamiento libre de las mismas (así, Canarias o Castilla-La Mancha, por ejemplo), pero otras (como Valencia) no han previsto tal cosa, de modo que debe entenderse que la Administración debe participar en las cargas como cualquier otro propietario. Pero, como acaba de quedar indicado, la Administración no actúa entonces en su condición de «poder adjudicador» sino como un «propietario» más del suelo<sup>40</sup>. Dicho en otros términos, los pagos que pueda hacer por tal concepto no retribuyen las obras públicas que ejecuta el urbanizador, sino que levantan una carga real, por lo que les es aplicable cuanto ya se ha dicho más atrás sobre su naturaleza estatutaria y su fuente imperativa, no negocial.

Por lo demás, aunque en la hipótesis planteada en el párrafo anterior sí cabe identificar una prestación patrimonial de la Administración, ésta sólo asciende al 10 % de los gastos de la urbanización y, por ende, de la cuantía del convenio, por lo que en ningún caso serviría para mutar su naturaleza en la de un contrato oneroso: el valor de la prestación que percibe la Administración por efecto de su cumplimiento (el suelo dotacional, las obras en él ejecutadas y los solares que le corresponden)

---

<sup>40</sup> La diferencia entre una y otra función es bien conocida y relevante para el Derecho comunitario europeo. Así como el Derecho comunitario de la competencia se aplica a las empresas públicas, obligando a diferenciar al Estado cuando actúa como «propietario» de cuando lo hace como «poder público» (como tiene declarado *verbatim* la Directiva de la Comisión 80/723/CEE, de 25 de junio, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, en sus considerandos previos al articulado), así también, inversamente pero por el mismo motivo, las Directivas de contratación pública vinculan al Estado como «poder adjudicador» pero no como «propietario» cuando, en esta condición, no adjudique un contrato con alguno de los objetos típicos por ellas regulados. Ya nos hemos referido más atrás al deslinde entre estatuto de la propiedad (como competencia estatal) y el Derecho comunitario europeo.

la trasciende con mucho, sin que quepa apreciar entre ambas el equilibrio o equivalencia propios de la onerosidad de un negocio jurídico.

El convenio que nos ocupa es, sin duda, complejo y *sui generis* por las razones ya expuestas, pero no parece que pueda ser calificado en ningún caso como un contrato oneroso entre la Administración y su agente urbanizador.

## 6. FINAL

Lo concluido en el apartado anterior conlleva, en fin, la exclusión de la aplicación directa de las Directivas comunitarias y la Ley española sobre contratación pública al convenio de adjudicación de una actuación urbanizadora. Así lo establece nuestra Ley en su artículo 3.1.d) para «los convenios de colaboración que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho privado».

Pero ello no quita, desde luego, ni para la aplicación supletoria de dicha Ley (de conformidad con lo previsto en el propio art. 3.2 TRLCAP)<sup>41</sup> ni para que el convenio deba someterse a las normas fundamentales del Tratado de la Comunidad, tales como las libertades comunitarias y los principios de trato nacional y transparencia. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas así lo tiene declarado respecto de los contratos excluidos del ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratación pública<sup>42</sup> y no hay razón para no afirmar lo mismo respecto de otros procedimientos licitatorios de adjudicación, aunque no sean propiamente contractuales por estar concebida su contraprestación como una carga del derecho urbanístico de la propiedad. Pues, como también se ha observado ya, «aunque el régimen de propiedad inmobiliaria sigue siendo competencia de cada uno de los Estados miembros en virtud del artículo 295

<sup>41</sup> Este precepto sólo impone la aplicación supletoria de «los principios de esta Ley», siendo muy distinto la aplicación de principios que la aplicación concreta de preceptos, como ya ha tenido ocasión de declarar reiteradamente la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (por todos, Informe 42/98, de 16 de diciembre). En términos similares se prevé la aplicación supletoria en el artículo 29.13 LRAU. Algunas leyes, como la 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha (LOTAU) en su artículo 125, van más allá y remiten específicamente a la aplicación supletoria de las reglas del contrato de gestión de servicios públicos. A tal efecto, conviene recordar que lo mismo disponía la antigua Ley de Contratos del Estado de 1965 para los convenios de colaboración con privados excluidos de su ámbito de aplicación y, aunque suprimida dicha regla de la Ley de Contratos de 1995, seguía formalmente en vigor al tiempo de la promulgación de la LOTAU en el artículo 3 del Reglamento General de Contratación del Estado de 1975. Otras Leyes, en cambio, han optado por la aplicación de las reglas del contrato de concesión de obras públicas, ya sea implícitamente al calificar así al sistema de ejecución por urbanizador (en los casos de Aragón o La Rioja, por ejemplo), ya incluso expresamente (en el caso de la Ley cántabra 2/2001, de 25 de junio: art. 169.4).

<sup>42</sup> En este sentido, Sentencias de 9 de septiembre de 1999, *RI.SAN*, C-108/98, ap. 20; de 18 de noviembre de 1999, *Unitron Scandinavia* y 3-S, C-275/98, ap. 31; y de 7 de diciembre de 2000, *Telaustria Verlags GmbH*, C-324/98, aps. 60-62.

CE, esta disposición no sustrae a dicho régimen de las normas fundamentales del Tratado»<sup>43</sup>.

El régimen legal del agente urbanizador ya se sitúa en esta tendencia al instaurar un procedimiento de adjudicación de las actuaciones urbanizadoras regido por los principios de publicidad y concurrencia y, por ende, que concilia la concepción de la urbanización como una función pública, aunque de posible iniciativa privada, con los principios fundamentales de la libertad de empresa de nuestra Constitución y la libre competencia del Tratado de la Comunidad Europea. Pero, al hacerlo, no puede abstraerse de toda una tradición legislativa que durante décadas ha tratado de soslayar la escasez de recursos de los Ayuntamientos insertando en el estatuto jurídico de la propiedad del suelo facultades y deberes urbanizadores, tradición que cristaliza finalmente en la LRSV bajo la forma nada menos que de unas «condiciones básicas de la igualdad» en el ejercicio del derecho de propiedad a las que el legislador urbanístico no puede sustraerse.

De ahí la peculiaridad y el alambicamiento de la relación jurídica constituida por el convenio que nos ocupa, en la que se ven necesariamente envueltos los propietarios, además de la Administración y el adjudicatario de la actuación, porque, en definitiva, éste es seleccionado para ejecutar unas obras cuyo destino es público y prestar unos servicios a la Administración (elaborar unos proyectos técnicos de ella ha de aprobar), pero por cuenta de los propietarios, sobre los que pesa la «carga» real de costearlos. Según he tratado de demostrar, es este último aspecto el que impide considerar a esta relación como de fuente contractual.

En España como en Italia, el modelo legal de la urbanización como una «carga» de la propiedad proviene de mitad del siglo XX y presenta hoy claros síntomas de esclerosis, en un contexto constitucional y socio-económico muy diverso al de entonces en ambos países. En el país transalpino fue alterado por la reforma de 1977<sup>44</sup>, pero en el nuestro las sucesivas reformas de la legislación estatal no han contribuido sino a extenderlo y sublimarlo hasta la Ley de Régimen del Suelo y Valoraciones de 1998. La Sentencia *Scala* y el Auto del TSJ de Valencia acaso sirvan de acicate para completar su crítica y revisión, que la doctrina científica más autorizada ha iniciado hace ya años<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> Sentencias *Kontle* y *Fearon*, cits. en nota n° 27.

<sup>44</sup> La Ley italiana 10/1977, comentada más atrás, fue saludada como «un paso importante en el camino que ha de llevar a una real caracterización del urbanismo como función pública», *vid.* Fernando LÓPEZ RAMÓN, «Introducción» a «La Ley italiana núm. 10/1977 reguladora de concesión para edificar», *RAP*, n° 82, enero-abril 1977, pp. 407 y ss.

<sup>45</sup> Para el caso italiano, véase PORTALURI, *op. cit.*, pp. 121-122 y, para el español, la doctrina citada en nota n° 24.

