

Tomás Ramón Fernández Rodríguez

*Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid*

La Sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001 (asunto «proyecto Scala 2001») y su impacto en el ordenamiento urbanístico español*

SUMARIO: 1. UNA DECISIÓN EXPLOSIVA. 2. LA LEGISLACIÓN CUESTIONADA. 3. LOS TÉRMINOS DEL DEBATE Y LA ARGUMENTACIÓN DE LA SENTENCIA. 4. SOBRE EL IMPACTO DE LA SENTENCIA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.

1. UNA DECISIÓN EXPLOSIVA

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea acaba de dictar con fecha 12 de julio de 2001 una importante Sentencia en la que, resolviendo una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Administrativo Regional de Lombardía al amparo del artículo 177 (hoy 23) del Tratado, termina declarando 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

* Publicado inicialmente en el nº 505 de *Actualidad Jurídica Aranzadi*, de 25 de octubre de 2001 y en el nº 4 de la *Revista Urbanismo y Edificación*, de dicha editorial, que ha autorizado expresamente su reproducción.

los procedimientos previstos por esta Directiva, 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 adecuada por la concesión de la licencia, cuando el valor de dicha obra sea igual o superior al umbral fijado por la Directiva».

Dados los términos, radicales y rotundos, en los que está formulada la declaración y la similitud (aunque no identidad) de la legislación italiana y española en este punto, la Sentencia ha producido entre nosotros una importante conmoción y reclama por ello un análisis detenido con el fin de averiguar el exacto alcance de la misma sobre nuestra legislación y nuestra práctica urbanística cotidiana y de evitar, en consecuencia, el riesgo de conclusiones apresuradas a las que la generalidad de la declaración invita.

2. LA LEGISLACIÓN CUESTIONADA

La cuestión prejudicial se promovió por el Tribunal de Lombardía en el marco de dos recursos, interpuestos por dos Arquitectos, por el Colegio de Arquitectos de las Provincias de Milán y Lodi y por el Consejo Nacional de los Arquitectos contra sendos acuerdos del Ayuntamiento de Milán relativos a la ejecución del proyecto «Scala 2001». El primero de dichos acuerdos aprobó un convenio específico entre el Ayuntamiento, Pirelli, S.A. (propietario urbanizador de los terrenos de «La Bicoca», antigua zona industrial objeto de un proceso de reconversión prácticamente ultimado en las fechas de ese acuerdo en la que el Ayuntamiento decidió construir un nuevo teatro llamado a sustituir temporalmente al de la Scala), la Fundación Teatro alla Scala y la sociedad anónima Milano Centrale Servizi, en cuya virtud se precisaban los compromisos respectivos de las citadas entidades, asumiendo la última de ellas, en calidad de mandataria de los promotores del proyecto de urbanización, el de construir la estructura exterior del nuevo Teatro alla Bicoca, que aquéllos se comprometían a ceder al Ayuntamiento como obra de urbanización secundaria a cuenta del importe de las contribuciones a las cargas de urbanización que les imponía la legislación nacional y regional aplicable a la que luego se hará referencia.

El segundo acuerdo introdujo determinadas modificaciones en el convenio anterior para aumentar, entre otras cosas, el aforo del nuevo teatro y fijar un nuevo plazo para su construcción y confirmó que la obra habría de realizarse, en parte (la estructura externa), mediante ejecución directa por los encargados de la urbanización «en cumplimiento de sus obligaciones relativas al plan de urbanización».

En los recursos interpuestos, que fueron acumulados en un solo proceso, los demandantes postulaban la invalidez de los acuerdos en cuestión por entender que el Teatro alla Bicoca presenta las características de una obra pública y que por esa razón el Ayuntamiento hubiera debido observar el procedimiento de licitación comunitario en lugar de adjudicar directamente el contrato. El alegato suscitó la duda del Tribunal de Lombardía sobre la conformidad de la legislación urbanística italiana, que, en su opinión, había sido aplicada correctamente por el Ayuntamiento, con la Directiva comunitaria, por lo que decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia dos cuestiones prejudiciales, la primera de las cuales (la segunda fue declarada inadmisibles) del siguiente tenor: «¿Son contrarias a la Directiva 93/37/CEE, a la luz de los principios de rigurosa concurrencia que el ordenamiento jurídico comunitario impone a los Estados miembros para todos los contratos públicos de obras de importe superior a 5.000.000 de euros las disposiciones nacionales y regionales que permiten al constructor (titular de una licencia urbanística o de un plan de urbanización aprobado) la realización directa de obras de urbanización con imputación total o parcial a cuenta de la contribución adeudada (art. 11 de la Ley nº 10/1977; arts. 28 y 31 de la Ley nº 1150, de 17 de agosto de 1942; arts. 8 y 12 de la Ley regional nº 60, de 5 de diciembre de 1977, de la Región de Lombardía)?».

La legislación cuestionada por el Tribunal italiano establece que «toda actividad que implique una transformación urbanística o inmobiliaria del territorio municipal conlleva una participación en los gastos correspondientes y la ejecución de las obras está supeditada a la concesión de una licencia por el alcalde» (art. 1 de la Ley 10/1977), cuyo otorgamiento «da lugar al pago de una contribución proporcional a los gastos de urbanización y a los costes de construcción» (art. 3 de la Ley 10/1977).

Dispone también que «el titular de la licencia puede comprometerse a realizar directamente las obras de urbanización respetando el procedimiento y las garantías establecidas por el Ayuntamiento, con imputación de la totalidad o parte de las obras a cuenta de la contribución adecuada» (art. 11 de la Ley 10/1977), a cuyos efectos puede solicitar la correspondiente autorización, que el alcalde otorgará «cuando considere que dicha realización directa es conveniente para el interés público» (art. 8 de la Ley de Lombardía 60/1977).

En el caso de que se trate de un conjunto de obras integrantes de un plan de urbanización, la autorización de las mismas por el Ayuntamiento «está supeditada a la celebración de un convenio... que establezca la cesión a título gratuito de los terrenos necesarios para las obras de urbanización secundaria (de la que forman parte "los centros sociales y las instalaciones culturales y sanitarias")» y «el compromiso del

propietario de soportar las cargas inherentes a las obras de urbanización primaria, así como una parte de las obras de urbanización secundaria correspondientes a la urbanización o de las obras necesarias para la conexión de la zona con los servicios públicos», «cuyo importe será proporcional a la magnitud y a las características de las instalaciones previstas en el plan» (art. 28.5 de la Ley 1150/1942). La Ley de Lombardía 60/1977, en su versión modificada por la Ley 31/1986, reitera la exigencia en estos casos de la celebración de un convenio que habrá de prever, entre otras cosas, «la realización, a cargo de los propietarios de las referidas obras y reconoce al Ayuntamiento la posibilidad de exigir, en lugar de la realización directa de las obras, el pago de una suma proporcional al coste efectivo».

Como puede observarse, esta legislación coincide en lo esencial (las cargas de urbanización que la Ley hace recaer sobre los propietarios de un suelo a transformar) con la nuestra, de la que difiere, en cambio, en los aspectos instrumentales, que en este caso resultan especialmente importantes.

3. LOS TÉRMINOS DEL DEBATE Y LA ARGUMENTACIÓN DE LA SENTENCIA

El íter argumental a través del cual la Sentencia llega a su clamorosa declaración final se desarrolla de un modo lineal sobre la base exclusivamente de la Directiva 93/97 y de su pretensión de «eliminar las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios en materia de contratos públicos de obras con el fin de abrir tales mercados a una concurrencia de ofertas efectiva», única luz, según el Tribunal, a la que hay que contemplar las situaciones en las que se plantea la ejecución o el proyecto y la ejecución de obras para una entidad adjudicataria en el sentido de la Directiva para que quede garantizado que la eficacia de ésta no quede menoscabada «sobre todo cuando dichas situaciones presenten particularidades debidas a las disposiciones del Derecho nacional que les son aplicables».

Esto sentado, la Sentencia pasa revista a cada uno de los requisitos exigidos por el artículo 1 a) de la Directiva. Los dos primeros no se prestan a ningún tipo de discusión. El Ayuntamiento de Milán es inequívocamente una entidad adjudicadora y la realización de una obra urbanizadora como la construcción de la estructura exterior de un teatro está comprendida en las obras que contempla el artículo 1 b). Tampoco suscita controversia, obviamente, la exigencia de forma escrita. A partir de aquí, sin embargo, todo se hace problemático.

¿Existe contrato? Los demandados sostuvieron que este requisito no se cumplía porque la realización directa de las obras de urbanización está prevista, como regla general, por la legislación italiana en materia de urbanismo, cuyo objeto, finalidad y características, así como los intereses que pretende proteger, son diferentes de los de la normativa comunitaria en materia de contratos públicos. Por lo demás —subrayaron también—, la autoridad local carece de la facultad de elegir quién se encargará de ejecutar las obras, ya que la ley designa a esta persona por su condición de propietario de los terrenos objeto de la urbanización, a la que hay que unir que, aunque se considerase que la realización directa de las obras arranca de un convenio de urbanización, tampoco podría verse en éste un auténtico contrato, ya que dicho convenio es un convenio de Derecho público, que resulta del ejercicio del poder público y no es fruto de la autonomía privada, por lo que no concurren en él los requisitos constitutivos de la causa contractual que son propios del contrato de empresa.

La respuesta de la Sentencia a estas objeciones es, como se verá, insatisfactoria en extremo. Comienza por negar la mayor, es decir, por blindarse *a priori* tras la afirmación dogmática de que «la circunstancia de que una disposición de Derecho nacional que prevé la realización directa de las obras de urbanización forme parte de un conjunto de reglas en materia de urbanismo que tiene características propias y que persigue una finalidad específica, distinta de la de la Directiva, no basta para excluir la realización directa del ámbito de aplicación de la Directiva cuando se cumplen los requisitos exigidos para incluirla en dicho ámbito» (ap. 66). El Tribunal de Justicia se instala así en una suerte de fundamentalismo sumamente inquietante, porque se niega *a radice* a tomar en consideración cualesquiera otros intereses públicos dignos de protección que no sean los vinculados a la concurrencia empresarial, ese nuevo ídolo que, contradiciendo su propia esencia, no admite la competencia de ningún otro, ni permite siquiera plantearla como hipótesis. Con ello despeja, sin duda, de un plumazo el camino de los obstáculos mayores que hubieran podido dificultar su marcha, pero se priva también de conocer y valorar la realidad sobre la que su decisión incide renunciando a «descubrir» lo que hay de singular en ella, lo que es siempre muy grave porque implica una renuncia también a hacer justicia, deber y aspiración última de todo Tribunal.

Esta renuncia a conocer y tener en cuenta la realidad subyacente repercute negativamente, por otra parte, en su propia argumentación, que dista mucho de ser fluida y que carece del necesario poder de convicción. La simplificación inicial se vuelve así, como suele ocurrir siempre, contra el propio juzgador, cuya decisión termina siendo excesivamente simplista y por ello insatisfactoria en la medida en que, al querer resolver

un problema (más supuesto que real, por otra parte, como luego se verá), viene a crear muchos otros de gravedad y transcendencia notoriamente mayores.

En efecto, la Sentencia pasa como sobre ascuas por la segunda de las objeciones formuladas, a la que no da realmente respuesta, porque, reconociendo como reconoce explícitamente que «es verdad que la Administración municipal no tiene la posibilidad de elegir a su contratante, porque, según establece la ley, esta persona debe ser necesariamente el propietario de los terrenos que se van a urbanizar» (ap. 0), no vale decir que «dicha circunstancia no basta para excluir el carácter contractual de la relación que se establece entre la Administración municipal y el urbanizador», supuesta la existencia de un convenio de urbanización entre ambos. Si no existe posibilidad de elegir al contratista, como la Sentencia admite, ¿qué sentido tiene proseguir hasta imponer a ese Ayuntamiento que no puede elegir la obligación de publicidad y la apertura de una licitación?

Más aún, como muy bien subraya el Abogado General, Ph. Leger, en sus conclusiones, la facultad de elegir al contratante «constituye un elemento esencial de la relación contractual», a falta de la cual no puede concebirse siquiera la figura del contrato, en cuanto expresión de la libertad de decisión, de la autonomía de la voluntad decimos los juristas, de las personas que lo concluyen.

La ausencia de esa posibilidad de elegir atenúa, por lo demás, como también dice con acierto el Abogado General, «considerablemente los riesgos de discriminación que emanan de los poderes adjudicadores cuando pretenden favorecer a los operadores nacionales o locales», en perjuicio de los restantes Estados miembros, que es, justamente, lo que la Directiva 93/37 pretende evitar y lo que justifica en último término las medidas de coordinación de los procedimientos de adjudicación que establece. La libertad de elegir es también la libertad de discriminar, dice el Sr. Leger. Si aquélla no existe, ésta desaparece y con ello la justificación de la sujeción a dichos procedimientos.

Tampoco es más afortunada la réplica del Tribunal a la tercera y última objeción opuesta por los demandados y coadyuvantes a la existencia de contrato. Dice la Sentencia que «la circunstancia de que el convenio de urbanización se rija por el Derecho público y resulte del ejercicio del poder público no se opone al cumplimiento del requisito contractual previsto en el artículo 1, letra a), de la Directiva, es más aboga en su favor», porque «en efecto, en varios Estados miembros, el contrato celebrado entre una entidad adjudicataria y un contratista es un contrato administrativo, regulado como tal por el Derecho público» (ap. 73).

Al razonar así, la Sentencia ignora o pretende, más bien, ignorar las diferencias conceptuales que separan el contrato administrativo a la

francesa de los convenios de Derecho público, que no son propiamente contratos, porque no hay en ellos mecanismo alguno de intercambio o cruce de prestaciones soportado por una auténtica causa contractual, que es a lo que apuntaba con todo rigor la objeción de los demandados y coadyuvantes. De esos convenios de Derecho público no surgen, como es obvio, obligaciones nuevas y distintas para los particulares que los concluyen (las que pesan sobre el propietario de un suelo en transformación –ceder una parte del mismo y costear la urbanización– tienen su origen en la ley, que las establece con carácter general), ni, por supuesto, prestaciones correlativas a cargo de la Administración (sobre ello *vid. in extenso*. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. 1, 10ª edición, Madrid 2000, págs. 671 y ss.). El convenio de urbanización al que la Sentencia se refiere no tiene, pues, el más mínimo parecido con el contrato de obras al que el artículo la) de la Directiva alude y en él no puede apoyarse, por lo tanto, la aplicación de ésta sin deformarla y extenderla más allá de lo que quiso ser su ámbito propio. Es un simple negocio jurídico de fijación, en el que se fija y concreta una obligación legal preexistente y se precisa la forma y el plazo en el que habrá de ser cumplida, lo mismo que los convenios urbanísticos que regulan nuestras propias leyes.

Si el Tribunal de Justicia hubiera admitido la segunda cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Administrativo de Lombardía que le interrogaba sobre la compatibilidad con la Directiva 93/37 de los convenios entre la Administración y los particulares que autoriza la legislación italiana de procedimiento administrativo (art. 11 de la Ley 241/1990, de 7 de agosto: la Administración «puede celebrar, sin perjuicio de los derechos de terceros y, de cualquier modo, en aras del interés público, acuerdos con los interesados con el fin de determinar el contenido discrecional del acto final o bien, en los casos previstos por la ley, sustituirlo por aquéllos»), las diferencias entre una y otra figura, los convenios de Derecho público y los contratos públicos de obras, se le hubieran hecho evidentes.

Afirmada sobre esta base, conceptualmente errónea, la existencia de contrato, el resto del razonamiento de la Sentencia se resiente hasta convertirse en un puro bizantinismo. Frente al alegato de demandados y coadyuvantes de que, aun en el supuesto de que se diera por existente una relación propiamente contractual, seguiría faltando en todo caso el carácter sinalagmático de la misma al no existir contraprestación a cargo del Ayuntamiento, la Sentencia se limita a oponer (ap. 81) que, «al aceptar la realización directa de las obras de urbanización, la Administración municipal renuncia al cobro del importe adeudado en concepto de la contribución prevista en el artículo 3 de la misma Ley» («la concesión de la licencia da lugar al pago de una contribución proporcional a

los gastos de urbanización y a los costes de construcción»), lo que no pasa de ser un burdo sofisma, impropio de tan alto y prestigioso Tribunal. El Ayuntamiento no renuncia a nada en absoluto. Se limita a aceptar que el propietario cumpla la obligación alternativa que la Ley le impone de una de las dos formas que la propia Ley considera posibles: ejecutando él mismo las obras de urbanización o pagando en metálico su coste. En ambos casos el Ayuntamiento recibe lo mismo —las obras de urbanización— sin hacer ningún desembolso, puesto que la eventual diferencia entre ambas formas de cumplimiento de la obligación legal ha de cubrirse con un pago en metálico. No hay, pues, repito, renuncia alguna.

La Sentencia termina constatando que el requisito relativo a la condición de contratista se cumple también, aunque, como alegaron los demandados y coadyuvantes y el propio Gobierno italiano, el urbanizador no se identifica por ser empresario, sino simplemente tomando como base el título de propiedad de los terrenos de la urbanización, ni se le exige que reúna los requisitos particulares relativos a la capacidad técnica, patrimonial, etc., sin perjuicio de la obligación de presentar las garantías suficientes al Ayuntamiento, ya que —dice en su ap. 90— el artículo 1.a) de la Directiva tampoco requiere que la persona que celebra un contrato con una entidad adjudicadora sea capaz de realizar directamente la prestación pactada con sus propios recursos para que pueda ser calificado como contratista.

De todo ello concluye que «la realización directa de una obra de urbanización en las condiciones previstas por la legislación italiana en materia de urbanismo constituye un contrato público de obras en el sentido del artículo 1, letra a) de la Directiva» (ap. 97), que, en consecuencia, «la Administración municipal tiene la obligación de respetar los procedimientos previstos por dicha Directiva cada vez que celebra un contrato público de obras de este tipo» (ap. 99) y que la eficacia de la Directiva «se garantiza igualmente si la legislación nacional permite que la Administración municipal obligue al encargado de la urbanización titular de la licencia, mediante los acuerdos que celebra con él, a realizar las obras convenidas recurriendo a los procedimientos previstos en la Directiva para cumplir las obligaciones que incumben a la Administración municipal en virtud de dicha Directiva» (ap. 100), lo que la lleva a responder a la cuestión prejudicial planteada con la rotunda declaración que al comienzo quedó transcrita, en abierta oposición con la propuesta que le fue formulada por el Abogado General.

En la decisión del Tribunal ha pesado, sin duda, más que los argumentos jurídicos el temor, al que ya aludió el Abogado General en su escrito de conclusiones, a que los Estados miembros puedan verse tentados a insertar en su legislación urbanística categorías enteras de obras públicas a fin de sustraerse al Derecho comunitario de contratos públi-

cos. Ante el riesgo de verse «enredado» en la malla de una legislación compleja que desconoce el Tribunal de Justicia ha optado por cortar por lo sano en el sentido literal de la expresión.

Es una mala decisión, a mi juicio, que nos sitúa sin quererlo en el comienzo de una larga batalla, muy semejante a la librada estos últimos años hasta encontrar un punto de equilibrio entre el concepto tradicional de servicio público y las exigencias del mercado. El resultado de esa nueva lucha no podrá diferir mucho del arreglo logrado en la anterior con la cristalización de los nuevos conceptos de «servicio universal» y de «obligaciones de servicio público» con los que finalmente se ha conseguido asegurar la pacífica coexistencia entre dos ideas-fuerza opuestas y contradictorias a ninguna de las cuales es posible renunciar. El *fiat competentia et pereat mundus* no fue entonces, ni puede ser ahora la solución.

Es, pues, necesario matizar y distinguir por qué los intereses públicos que la tarea de «hacer ciudad» pone en juego no pueden ser sacrificados sin más en el altar de la competencia. Si el Tribunal de Justicia no lo hace en las ocasiones que puedan presentársele en el futuro, será imprescindible modificar la Directiva 93/37 añadiendo a la lista de excepciones de su artículo 7 otras nuevas en las que la competencia no tiene nada que decir.

Todo esto se verá con claridad en el breve análisis que sobre la base del Derecho urbanístico español intentaré a continuación.

4. SOBRE EL IMPACTO DE LA SENTENCIA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Hecha ya la crítica de la Sentencia interesa ahora comprobar su impacto en las estructuras de nuestro ordenamiento urbanístico que, de un tiempo a esta parte, no gana para sustos, como suele decirse.

En lo que a las obras de urbanización se refiere, nuestro Derecho urbanístico adopta una posición ambivalente en la que unas veces prima la lógica de la obra pública y otras, en cambio, tiende a prevalecer la lógica de la propiedad. Esto es una huella de la vieja distinción entre gestión pública y gestión privada que hizo en su día la Ley del Suelo de 1956 y que luego se difuminó al mezclarse y confundirse con los distintos sistemas de actuación.

No hace falta decir, porque es obvio, que cuando es la propia Administración la que corre a cargo de la financiación de esas obras (ejecución de los sistemas generales o de obras aisladas) la lógica de la obra pública se impone sin discusión, lo que remite normalmente a la aplicación de la vigente legislación de contratos de las Administraciones Públicas, adaptada a la Directiva 93/37 y a las demás normas comuni-

tarias, salvo que la Administración decida ejecutar las obras en cuestión por sus propios medios por cualquiera de los modos de gestión directa de los servicios públicos que las Leyes de Régimen Local ponen tradicionalmente a su disposición, incluida la creación de entes públicos *ad hoc* y de sociedades mercantiles. Mientras aquéllos y éstas no den entrada a terceros en esa ejecución, la Directiva 93/37 queda al margen, porque es la propia Administración la que está actuando a través de entes instrumentales suyos.

En el extremo opuesto a éste se sitúa el caso del propietario que pretende edificar en una parcela de suelo urbano de su propiedad cuya urbanización está incompleta y necesita, por lo tanto, un complemento para poder adquirir la condición de solar edificable. Las obras a realizar en este caso son también, obviamente, obras de urbanización y, por lo tanto, obras públicas. Sin embargo, la solución que tradicionalmente vienen dando a este supuesto las normas aplicables [arts. 13 y 14 de la Ley estatal 6/1998, de 13 de abril, los arts. 40 y 41 del Reglamento de Gestión Urbanística de 1978 y el art. 21.1 c) del viejo Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955] se sitúa en la línea lógica del derecho de propiedad, ya que autorizan al propietario a edificar, siempre que se comprometa a ejecutar al mismo tiempo la urbanización pendiente y asegure el cumplimiento de esa obligación prestando la correspondiente fianza. El artículo 13 de la Ley 6/1998 es terminante a este respecto cuando dice que «los propietarios de suelo urbano *tienen derecho a completar la urbanización* de los terrenos para que adquieran la condición de solares edificables y a edificar éstos».

A nadie se le ha ocurrido nunca exigir en este caso, sobre la base del carácter de obra pública de toda obra de urbanización, que el Ayuntamiento o el propietario de un terreno convoquen una licitación pública para adjudicar su ejecución a un tercero. Si el propietario fuese una empresa inmobiliaria, como es lo normal, sería sencillamente insensato que se le obligara a contratar con otra empresa del sector unas obras que él mismo puede hacer. Si no lo fuese, resultaría también inimaginable que el Ayuntamiento le impusiera tal obligación, violentando su libertad y su derecho a elegir la empresa de su confianza, supuesto que ha de pagar la obra con su propio dinero. El sentido común que es la primera regla de Derecho (*ad absurdum nemo tenetur*) condenaría sin remedio una tal pretensión. En nombre de la libre competencia entre los médicos no puede obligarse a ninguna persona a ponerse en manos de un cirujano que ella no ha elegido, cuando es ella y sólo ella quien ha de hacer frente al pago de los honorarios, so pena de convertir un sistema de libertades como es el de la Unión Europea en un monstruo totalitario en nombre de una de las libertades que el sistema proclama.

Si insisto en ello no es para justificar que este supuesto de realización directa de las obras por el propietario queda fuera del alcance de la Directiva 93/37, que eso no tiene duda por muchas razones [estas obras difícilmente podrían alcanzar hoy por hoy el umbral de los 5.000.000 de euros; no hay tampoco sombra alguna de convenio o contrato y, además, son obras complementarias, lo que remitiría a la excepción contemplada en el artículo 7,3,d) de la Directiva], sino para mostrar que el dogma de la obra pública y de la libre competencia, aplicados hasta sus últimas consecuencias, con abstracción de todo lo demás, pueden producir auténticos disparates.

En la zona intermedia entre estos dos extremos se sitúan todos los demás supuestos imaginables. En todos ellos el pago de las obras de urbanización corre a cargo de los propietarios, aunque esa obligación adopte diversas formas. Los artículos 14.2 e) y 18, apartados 3 y 6, de la Ley 6/1998 emplean la expresión, que viene del Texto Refundido de 1992, «costear y, en su caso, ejecutar». No se precisa en qué casos la obligación consiste en «costear» y en cuáles en «ejecutar», pero parece claro que la primera variante apunta al sistema de cooperación, hoy considerado de gestión pública, y la segunda al sistema de compensación, prototipo de la gestión privada.

La distinción entre «costear» y «ejecutar» no es del todo indiferente a la vista de la argumentación de la Sentencia del Tribunal de Justicia y, en cualquier caso, marca una distancia de nuestro Derecho con el italiano, ya que si la ejecución se encomienda directamente por la Ley al propietario o propietarios del suelo a transformar no podrá decirse, como la Sentencia dice, que cuando el Ayuntamiento autoriza a los propietarios a ejecutar directamente las obras está renunciando al cobro de contribución alguna. En nuestro caso, por otra parte, no media, ni en el sistema de cooperación, ni en el de compensación, convenio alguno entre el Ayuntamiento y los propietarios, por lo que siempre faltaría uno de los requisitos determinantes de la aplicación de la Directiva.

Nuestra legislación y nuestra práctica al respecto es pacífica en lo que al sistema de cooperación se refiere. «En el sistema de cooperación—dice el art. 131.1 del Texto Refundido de 1976 y repite el art. 186.1 del Reglamento de Gestión Urbanística— los propietarios del polígono o unidad de actuación aportan el suelo de cesión obligatoria y la *Administración ejecuta las obras de urbanización*». La Administración ha de cumplir, pues, las normas de la Directiva 93/37 y las de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas si pretende contratar la ejecución con terceros. Prevalece aquí, por lo tanto, la lógica de la obra pública, si bien hay que recordar que la Ley del Suelo de 1956 se preocupó, muy sabiamente por cierto, de matizarla estableciendo en su artículo 139 la ex-

cepción licitatoria, para los casos en que los propietarios afectados se reunieran en asociación y a través de ésta llegaran a controlar el 60% de la superficie del ámbito o unidad a urbanizar.

Está claro, en todo caso, que, eliminada tal excepción por la legislación posterior, no hay en la actualidad posibilidad de colisión alguna con la Directiva 93/37 con la que la legislación y la práctica cotidiana son plenamente conformes. El impacto de la Sentencia es aquí nulo, excepción hecha de la eliminación de la posibilidad de que el Ayuntamiento encargue directamente a la Asociación de propietarios la ejecución de las obras, posibilidad que algún sector de la doctrina venía admitiendo, a pesar de que el Texto Refundido de 1976 limita las funciones propias de dicha Asociación a la «colaboración en la ejecución», es decir, a una función auxiliar de vigilancia de las obras de cooperación al cobro de las cuotas de urbanización básicamente.

En el sistema de compensación la legislación y la práctica han experimentado variaciones notables a lo largo del tiempo. Bajo el imperio de la Ley del Suelo de 1956 la solución era la misma que la establecida para el sistema de cooperación con idéntica posibilidad de aplicar la excepción licitatoria, que en el sistema de compensación se convertía en regla, dado que para ponerlo en marcha era —y es— preciso el acuerdo de los propietarios del 60% de la superficie.

De ahí se pasó a reconocer a las Juntas de Compensación libertad completa para contratar las obras de urbanización (art. 176.2 del Reglamento de Gestión Urbanística), optando así por la lógica de la propiedad, supuesto que las Juntas son organizaciones de base privada cuya naturaleza administrativa sólo adquiere relieve en el ámbito de las funciones públicas que la Ley les confía. Se aceptó, pues, sin problema que su contratación se regía por el Derecho privado, lo mismo, por poner un ejemplo expresivo, que la de los Colegios profesionales, cuya naturaleza jurídica es en todo semejante.

Una Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1994, dictada en un supuesto marginal de reclamación a una Junta de Compensación por un contratista suyo del pago de determinadas cantidades derivadas del contrato concluido entre ambos para la ejecución de las obras de urbanización, se inclinó, sin embargo, al resolver sobre la incompetencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de una reclamación de este tipo alegada por la Junta demandada, por la lógica de la obra pública, afirmando el carácter administrativo del contrato por esta razón.

A tenor de esta jurisprudencia las Juntas de Compensación *que decidan contratar con terceros* las obras de urbanización habrán de observar las reglas de publicidad y concurrencia que la Directiva 93/37 y nuestra propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas esta-

blecen. Esto supuesto, también aquí el impacto de la Sentencia del Tribunal de Justicia es nulo.

Puede ocurrir, sin embargo, y ocurre cada vez con más frecuencia, que las Juntas de Compensación decidan ejecutar las obras de urbanización por sí mismas si cuentan con medios para ello. Así será cuando se hayan incorporado a ellas como miembros de pleno derecho empresas urbanizadoras con este fin, tal y como autorizan el artículo 127.2 del Texto Refundido de 1976 y los preceptos correspondientes del Reglamento de Gestión Urbanística, que, incluso, estimulan esta posibilidad porque asegura desde el primer momento el buen fin de todo el proceso al garantizar desde el punto de vista técnico y financiero que éste podrá llevarse a cabo en su integridad, de lo que en otro caso no podría haber plena seguridad porque el desarrollo normal de las obras quedaría al albur de las imprevisibles e inevitables vicisitudes por las que pudieran atravesar en el curso de las mismas las personas y las familias de los múltiples propietarios afectados que son los que habrían de ir aportando, mediante las correspondientes derramas, el dinero con el que las Juntas habrían de pagar a la empresa que hubieran contratado. El artículo 176.4 del Reglamento de Gestión es explícito en este sentido cuando establece que «si a la Junta de Compensación se hubiera incorporado alguna empresa urbanizadora que aporte, total o parcialmente, los fondos necesarios para urbanizar el suelo, la ejecución de la obra podrá realizarse directamente por dicha empresa si las bases lo hubieran así previsto».

El supuesto no entra en colisión con la Directiva 93/37, ni con la doctrina que acaba de establecer el Tribunal de Justicia, como es evidente, porque en este caso la Junta de Compensación, que es un *alter ego* de la Administración que asume la ejecución de las obras «por encomienda legal», como dice hoy expresivamente el artículo 110.3 a) de la novísima Ley del Suelo de Madrid de 17 de julio de 2001, está ejecutando las obras por sus propios medios, a través de sus propios miembros, igual, exactamente igual, que ocurre cuando la Administración municipal se hace cargo de la ejecución mediante los propios funcionarios y agentes en ella integrados. Las empresas urbanizadoras incorporadas a la Junta de Compensación no son terceros con respecto a ésta, sino miembros de pleno derecho de la misma, integrantes de su propio *corpus*.

Adicionalmente hay que subrayar que esa incorporación de empresas urbanizadoras puede producirse «en cualquier momento», después de la constitución de la Junta de Compensación o, incluso, antes de que ésta adquiera existencia legal como persona jurídica de naturaleza administrativa, lo que sólo ocurre tras el otorgamiento por los propietarios de la correspondiente escritura pública de constitución, la aprobación de ésta por la Administración y la inscripción final de la Junta así constituida en el Registro de Entidades Colaboradoras. Si la incorporación

se produce antes de este momento, como es lo normal, el acuerdo con los propietarios en orden a esa incorporación es un puro pacto *inter privados*, lo que elimina *a radice* cualquier posible duda al respecto.

He dejado para el final un supuesto, el de propietario único del ámbito o unidad a urbanizar, porque me permite volver al principio y destacar una vez más la insuficiencia del radical dogmatismo en el que ha querido situarse el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Decía al comienzo de este análisis que sería sencillamente absurdo, tanto que hasta ahora a nadie se le ha ocurrido sostenerlo, exigir al propietario de una parcela de suelo urbano cuya urbanización hay que completar para que adquiera la condición de solar edificable que contrate con un tercero la ejecución de esas obras. Pues bien, ahora tengo que añadir que lo es igualmente y por las mismas razones imponer tal exigencia al propietario de una finca de 200 ha que pretende desarrollar en ella una urbanización (turística, como hay miles en nuestro país, o simplemente comercial, industrial, deportiva, de ocio, etcétera).

¿Qué sentido tendría exigirle a ese promotor, que ha adquirido la finca justamente para eso, que convoque un procedimiento de licitación para contratar con un tercero la ejecución de las obras de urbanización? ¿Cómo se le puede pedir a este empresario que entregue a un competidor suyo una parte del negocio que él mismo ha ideado y que él mismo también está en condiciones de desarrollar con sus propios medios porque eso, precisamente, es su quehacer cotidiano? Sería absurdo igualmente, tan absurdo como lo anterior y, si llegara a hacerse, además, en nombre de la libre competencia, resultaría, incluso, una auténtica burla. La cuestión es tan evidente que me atrevo a pensar que hasta los propios jueces del Tribunal de Justicia habrán de estar de acuerdo con ello.

Y si, en lugar del 100% de la superficie, el promotor al que me refiero ha conseguido reunir el 60% o el 80% de la misma, comprando poco a poco partes o porcentajes de la finca para poder llevar adelante idéntico objetivo empresarial, la solución no tendría por qué ser diferente. La óptica de la obra pública y su vinculación a la libre competencia, llevadas a sus últimos extremos, prescindiendo de cualquiera otras consideraciones, puede llevar y de hecho lleva en muchos casos a soluciones inaceptables por contradictorias con la racionalidad económica y con la libertad de mercado que pretenden preservar. Como GOYA, nuestro genial pintor, acertó a vislumbrar, «el sueño de la razón produce monstruos».

Hay que defenderse contra los dogmatismos que se vuelven intolerantes y amenazan con tiranizarnos. La gestión urbanística es muy compleja y se resiste a este tipo de simplificaciones. Pone en juego intereses públicos muy importantes cuya satisfacción plantea dificultades

muy grandes que no es posible solventar con ellas. La pluralidad de propietarios afectados por una operación urbanística no es la menor porque añade una complejidad adicional a algo que ya es de por sí suficientemente complicado. Eso explica que los legisladores se hayan esforzado siempre en reducirla y en conseguir por esa vía un interlocutor válido con el que poder entenderse que asegure, además, el desarrollo del proceso hasta su final.

La excepción licitatoria y el derecho de tanteo del artículo 139 de la Ley del Suelo de 1956 fue en su día el estímulo ideado para favorecer y facilitar los procesos de asociación, que no se producen espontáneamente si no hay por medio alguna ventaja. El medio siglo de experiencia transcurrido desde entonces no ha hecho sino confirmar la bondad –y aun la necesidad– de esta fórmula y sus variantes, como lo atestiguan las leyes autonómicas más recientes y en mayor medida, incluso, las más impregnadas del espíritu de los tiempos, esto es, aquellas que han buscado en la concurrencia empresarial la solución a los problemas que plantea la gestión urbanística cotidiana.

La Ley valenciana reguladora de la actividad urbanística de 15 de noviembre de 1994, que ha introducido la figura del «agente urbanizador» con este propósito, es un buen ejemplo de lo que digo. Permite, como es sabido, a quien no es propietario formular propuestas de programas de urbanización con la finalidad de movilizar el suelo, que los simples propietarios de éste pueden verse tentados a retener propiciando con ello una escasez artificial de la oferta capaz de tensionar los precios al alza. La iniciativa remite a un concurso en el que el autor de aquélla, que es quien ha «descubierto el negocio», puede verse desplazado por un mejor postor. El sistema no podría funcionar, como es evidente, si la Ley no reconociera al autor de esa iniciativa el derecho a subrogarse en el lugar de ese mejor postor y obtener así la adjudicación final del programa (art. 47.5) ¡Nadie acepta trabajar para que otro se lleve el resultado de su trabajo!

A ese derecho de subrogación se une el sistema de adjudicación preferente que la propia Ley citada diseña (art. 50), fórmulas ambas que han acogido igualmente la Ley de Castilla-La Mancha de 4 de junio de 1998 (arts. 122.5 y 123), la de Canarias (art. 102.4) y la novísima Ley del Suelo de Madrid de 17 de julio de 2001 (art. 113).

Estas y otras fórmulas semejantes, que tienen tras de sí una larga historia y son fruto de una experiencia de gestión muy amplia también, no pueden dèscalificarse a bote pronto sin conocerlas y negándose, incluso, a tomarlas en consideración siquiera, como ahora ha ocurrido. Pero ése parece ser el sino del Derecho urbanístico, tanto en Madrid, como en Luxemburgo. Como es complicado y no se deja entender a la primera, lo más cómodo es ignorarlo haciendo alarde de rigor concep-

tual. Lo hizo nuestro Tribunal Constitucional en su Sentencia de 20 de marzo de 1997 en nombre de una de las acepciones de la palabra competencia y ha vuelto ahora a hacerlo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea invocando otra acepción distinta de la misma. Competencia, imaldita palabra!