

La posición jurídica del urbanizador: urbanismo concertado y contratación administrativa

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 1.1. ACTUALIDAD DE LA CUESTIÓN. 1.2. LA DOCTRINA Y LEGISLACIÓN TRADICIONALES. 1.3. LA EXTENSIÓN DEL DEBATE AL CASO DE LAS JUNTAS DE COMPENSACIÓN. 1.4. LA CAUSA: ELEMENTO DIFERENCIAL ENTRE CONTRATO TÍPICO Y CONCIERTO URBANÍSTICO. 2. DIFERENCIA ENTRE URBANIZADOR Y CONTRATISTA DE OBRAS. 2.1. LA FALTA DE CONTRAPRESTACIÓN ONEROSA DE LA ADMINISTRACIÓN EN FAVOR DEL URBANIZADOR. REFERENCIA AL CASO *SCALA*. 2.2. LAS DIFERENCIAS DE OBJETO ENTRE LA ENCOMIENDA DEL URBANIZADOR Y EL CONTRATO DE OBRAS. 2.3. LA DIFERENTE TIPOLOGÍA INDUSTRIAL ENTRE URBANIZADOR Y CONTRATISTA DE OBRAS. 3. DISTINCIÓN ENTRE EL URBANIZADOR Y EL CONCESIONARIO DE OBRA PÚBLICA. 3.1 LA DISTINCIÓN JURÍDICA ENTRE EL CONCESIONARIO DE OBRA Y EL URBANIZADOR. 3.2. DIFERENCIA TIPOLOGICA ENTRE LA INDUSTRIA URBANIZADORA Y LA CONCESIONARIA DE OBRA. 3.3. INEXISTENCIA DE RAZONES TÉCNICAS QUE OBLIGUEN A UNA IMPROPIA ASIMILACIÓN ENTRE URBANIZADOR-GESTOR Y CONCESIONARIO DE OBRA. 4. CONCESIÓN DE SERVICIOS Y URBANIZADOR-GESTOR: DIFERENCIAS. 4.1. LA ATIPICIDAD DE LA ENCOMIENDA DEL URBANIZADOR. 4.2. DIFICULTADES DE ENCAJE DE LA INICIATIVA URBANÍSTICA PARTICULAR EN LAS REGLAS DE PREPARACIÓN DEL CONTRATO. 5. LA VENDADERA POSICIÓN JURÍDICA DEL URBANIZADOR. 5.1. EL CONCIERTO URBANÍSTICO COMO PREMISA DE LA ORDENACIÓN URBANÍSTICA. 5.2. NATURALEZA DEL CONCIERTO URBANÍSTICO DEL URBANIZADOR-GESTOR: CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN: URBANISMO Y CONTRATACIÓN.

1.1. ACTUALIDAD DE LA CUESTIÓN

El «Urbanizador» o «agente urbanizador» es una de las novedades relevantes que han acompañado la reciente evolución de nuestro Dere-

cho urbanístico. La figura fue desarrollada extensamente por la Ley valenciana 6/1994, partiendo del precedente de los PAU (Programas de Actuación Urbanística) que ya contemplaba la estatal LS76. Posteriormente la acogió la Ley castellano-manchega 2/1998 y se ha incorporado, con distinta intensidad y variedad de matices, a diversas legislaciones autonómicas. Aunque en cada una de éstas cambian sus características, cabe una reflexión general sobre la institución que ilustre esas variantes y deslinde sus contornos de figuras limítrofes, como las concesiones administrativas típicas de servicio y de obras.

Esa reflexión adquiere interés renovado a raíz de dos recientes pronunciamientos jurisprudenciales:

- (i) La Sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001 (caso *Scala*), que declaró la incompatibilidad de la legislación italiana sobre Convenios urbanísticos con la Directiva 93/37/CEE de contratación de obra pública. Proceso suscitado por la urbanización de un polígono, cuyo dueño (casa *Pirelli*) asumió por Convenio urbanístico la obligación de realizarla a cuenta de exonerarse de pagar cuotas de urbanización. Las obras consistían en los servicios urbanísticos habituales junto al más inusual compromiso de construir un teatro lírico. El Convenio fue recurrido por el Colegio de Arquitectos de Milán, opuesto a la adjudicación sin concurso del proyecto del teatro. El Tribunal Administrativo Regional de Lombardía elevó consulta al TJCE por el posible encubrimiento de un auténtico contrato de obra sustraído de las exigencias de publicidad y concurrencia que impone la Directiva, con el resultado indicado.
- (ii) En segundo lugar, citaremos el Auto del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 15 de octubre de 2001, que cuestiona la constitucionalidad sobre ciertos preceptos de la Ley valenciana 6/1994, poniendo en duda la aptitud del legislador autonómico para regular en la ley urbanística la figura del «Urbanizador» en vez de remitir su regulación a la legislación general estatal de contratación administrativa.

Ambos pronunciamientos invitan a situar nuestra reflexión sobre el Urbanizador en el marco general del urbanismo concertado y de sus relaciones conceptuales con la contratación administrativa. Se trata de dirimir hasta qué punto la encomienda de Urbanizador es o no un verdadero contrato administrativo y, de serlo, si presenta o no peculiaridades que justifiquen someterlo a un régimen especial o innominado, diferenciado de los contratos o concesiones administrativas típicas de obra o gestión de servicios.

1.2. LA DOCTRINA Y LEGISLACIÓN TRADICIONALES

Antecedente obvio del Urbanizador articulado por las leyes autonómicas es el adjudicatario de los PAU (Programas de Actuación Urbanística) de la Ley del Suelo de 1976 (LS76). Ésta no lo califica explícitamente como «concesionario», acaso para resaltar la especialidad de su posición jurídica. La doctrina acepta unánimemente que se trata de una concesión «atípica» (LÓPEZ PELLICER¹), que no es encuadrable en los contratos típicos de concesión de obra de gestión del servicio y que —de reputarse propiamente «contrato»— habría que asimilarlo a los administrativos innominados o especiales (así, AROZAMENA SIERRA², o J. GONZÁLEZ PÉREZ³). Como régimen jurídico de los PAU se admite pacíficamente la prevalencia de las normas urbanísticas especiales, reservando a las generales de contratación una función meramente complementaria, como corresponde en los contratos administrativos especiales o innominados *ex* artículo 7.1, *in fine*, de la TRLCAP.

El mismo prisma de especialidad administrativa o atipicidad contractual subyace en el fugaz tratamiento del adjudicatario de PAU de la más reciente Ley estatal 6/1998. Su Disposición Transitoria Segunda «b», habilita una excepción licitatoria referida a la adjudicación del PAU y consiguiente concertación urbanística, posiblemente como medida agilizadora de iniciativas de urbanizadores-propietarios. La explícita declaración de legislación estatal «básica» de ese precepto acredita que, desde ésta, la encomienda de urbanizador es contemplada como convención atípica, susceptible de regulación preferente por su normativa especial y no necesariamente subsumible en el régimen de las concesiones nominadas del TRLCAP.

Legislaciones autonómicas como la valenciana y castellano-manchega⁴ regulan su propia versión del Urbanizador en continuidad con esos precedentes de especialidad inspirados en el «PAU estatal». No lo califican expresamente como «concesionario» ni «contratista» (hablan de «agente» o «adjudicatario»), lo sujetan a reglas urbanísticas especiales y, expresamente (art. 29.13 de la Ley valenciana 6/1994), reservan a la legislación general de contratación administrativa una función relevante pero complementaria, tal y como es propio de los contratos administrativos innominados.

¹ «Naturaleza, supuestos y límites de los convenios urbanísticos», *RDU*, nº 146, 1996. Aclara: «no serán...aplicables las normas de la legislación de contratos en aquellos supuestos de actuación convencional de la Administración que cuentan con una regulación peculiar, como sucede en materia de urbanismo»

² «Algunas consideraciones sobre la institución contractual y el urbanismo», *RDU*, nº 146, 1996.

³ En *Comentarios a la Ley del Suelo*.

⁴ Art. 29.13 de la Ley valenciana 6/1998; arts. 121 y ss. de la Ley castellano-manchega 2/1998.

1.3. LA EXTENSIÓN DEL DEBATE AL CASO DE LAS JUNTAS DE COMPENSACIÓN

La «cuestión contractual» no se suscitó, en cambio, respecto a las Juntas de Compensación. Pese a los numerosos ejemplos de urbanismo concertado con el dueño⁵ el Urbanizador *uti domine* puede explicar su designación «estatutariamente», por ministerio de la ley, no precisando, a diferencia del Urbanizador *uti gestor*, la invocación de un concierto administrativo para fundar su nominación. Ahora bien, si más allá de su designación analizamos cómo se configuran sus obligaciones éstas serían incomprensibles sin un pacto –siquiera tácito– con la Administración.

Así lo ha resaltado la comentada Sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001, señalando que todo urbanizador particular –incluso el dueño– obra por concierto con la Administración al menos en dos aspectos: (i) la admisión por ésta de la iniciativa particular de aquél o elección del «sistema de actuación privado» (parágrafo 70 de la Sentencia), ya que sería imposible aplicarlo sin concierto de ambas voluntades; y (ii) la definición de las condiciones técnicas en que ha de ejecutarse la obra pública urbanizadora (p. 71), pues la iniciativa urbanística particular presupone una aprobación pública discrecional de sus proyectos técnicos (de urbanización u obra pública) a instancia de parte o con anuencia de ésta. Así pues, en todo urbanismo de iniciativa particular –del dueño o del no dueño– hay un fondo de urbanismo concertado y está presente, cuanto menos, una de las notas distintivas (art. 1261 Cc.) del contrato: el «consentimiento». Y si la ley urbanística no trata como contrato un negocio administrativo en el que concurren todas sus notas distintivas defraudaría las exigencias de Derecho comunitario en la materia, como sucedió en el caso italiano examinado en la Sentencia que comentamos.

Así pues, la cuestión que examinamos atañe no sólo al Urbanizador seleccionado en concurso, sino también a las Juntas de Compensación, pues a la postre ambas figuras desempeñan similares funciones y organizan de modo semejante sus relaciones con la Administración. Algunos autores⁶ infieren de ello que las conclusiones de esa Sentencia son extrapolables al Derecho español y a sus Juntas de Compensación. Pero la extrapolación a nuestro Derecho de tales conclusiones es precipitada, puesto que la Sentencia comentada se basa en apreciar que la actuación

⁵ Verbigracia: los PAU adjudicados al propietario, la mayoría de los Convenios urbanísticos o, como recuerda P. MARTÍN HERNÁNDEZ («Los convenios urbanísticos», *RDU*, 1995), los inexcusables compromisos del dueño-promotor de urbanización particular del art. 53 de la LS76. Algunas recientes leyes autonómicas (Castilla y León, Madrid) imponen la sistemática celebración de Conciertos formales que disciplinen las obligaciones del dueño-urbanizador.

⁶ TEJEDOR BIELSA, «Contratación de la obra pública urbanizadora y sistema de compensación», *REDA*, 2001.

urbanístico-privada en ella examinada, además del «consentimiento», presentaba *todas* las demás notas identificativas de un auténtico contrato de obra, incluso la «causa onerosa», en cuya apreciación el TJCE examinó peculiaridades del Derecho italiano muy ajenas al nuestro.

1.4. LA CAUSA: ELEMENTO DIFERENCIAL ENTRE CONTRATO TÍPICO Y CONCIERTO URBANÍSTICO

Aun cuando todo urbanizador particular —propietario o no— opere sobre un trasfondo consensual con la Administración, su encomienda en nuestro Derecho presenta una nota que la diferencia de los contratos administrativos típicos, a saber: la ausencia de prestación onerosa para la Administración.

Las obligaciones que crea, modifica o extingue todo contrato (1254 Cc.) tienen contenido patrimonial. Son, como dice DÍEZ-PICAZO: «cauce de cooperación de las personas dentro de la vida económica... que... posee siempre un carácter objetivamente patrimonial». En el contrato administrativo típico el «precio» (art. 14 TRLCAP) es elemento esencial, pues se caracteriza por su causalidad onerosa y reciprocidad de prestaciones patrimoniales (1274 Cc), como ha indicado la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa o la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁸. Hay causalidad onerosa en el contrato de obra (art. 1 de la Directiva 93/37⁹). La misma Sentencia del TJCE que venimos comentando (p. 77) nos aclara que: «El carácter oneroso del contrato se refiere a la contraprestación que corresponde a la Administración Pública». En el mismo sentido GARCÍA DE ENTERRÍA¹⁰ describe expresivamente la posición contractual de la Administración como la del «cliente» que se abastece en el mercado de bienes y servicios. Esta *causa solvendi* (con sacrificio patrimonial para la Administración) identifica todos los contratos administrativos típicos y, en cambio, está ausente en las diversas modalidades de urbanizador particular que conoce nuestro Derecho, donde nunca media contraprestación patrimonial *de la Administración al Urbanizador* (ni a la Junta ni al seleccionado por concurso).

⁷ En *Fundamentos de Derecho Patrimonial* y cita la máxima de ULPIANO: «*ea enim in obligatione consistere quae pecunia hui prastarique possunt*». *Idem*: CASTÁN en *Derecho Civil*, III, pp. 59 y 60.

⁸ Véase el dictamen 15/1989 o la Sts. 15-3.97 Az. 1677.

⁹ Idéntico distintivo de onerosidad preside los demás contratos típicos regulados por el derecho comunitario: Directivas 92/50 —servicios—, 93/36 —suministros; la concesión de servicios típica aún no regulada en él ha sido doctrinalmente conceptuada como onerosa por la Comunicación interpretativa 2000/C 121/02 de la Comisión (que la circunscribe a la cesión de derechos patrimoniales de explotación de actividades «de carácter económico» —punto 2.4—).

¹⁰ *Curso de derecho administrativo*. Tomo I, Cap. XII.

2. DIFERENCIA ENTRE URBANIZADOR Y CONTRATISTA DE OBRAS

2.1. LA FALTA DE CONTRAPRESTACIÓN ONEROSA DE LA ADMINISTRACIÓN EN FAVOR DEL URBANIZADOR. REFERENCIA AL CASO *SCALA*

Hasta el caso *Scala* la comparativa entre contrato de obras y encomienda de Urbanizador no había suscitado especial interés doctrinal, dado que, a falta de prestación pecuniaria por la Administración, no hay apariencia de contrato oneroso-sinalagmático. Pero el caso *Scala* replantea la cuestión con un nuevo matiz: si el propietario está obligado a sufragar obra de urbanización *en favor de la Administración* y ésta renuncia a cobrarle a cambio de que ejecute obra, ¿no será que media pacto sinalagmático *solvendi causa* con «pago» por condonación de deuda?

Así lo aceptó la Sentencia comentada pero basándose en peculiaridades del Derecho italiano que no son extrapolables al nuestro. Dice la Sentencia: «*La cuestión relativa a si el contrato ...tiene carácter oneroso para la Administración municipal se presenta ...bajo un ángulo específico a causa de las peculiaridades que caracterizan la legislación italiana en materia de urbanismo*» (p.78). Por tanto, es imprescindible analizar la cuestión desde las peculiaridades de cada legislación nacional. La censura contra la legislación italiana estaba avalada por el criterio del propio Tribunal nacional que elevó cuestión al TJCE. Éste, tratándose de un problema jurídico-urbanístico, optó por «...remitirse a la apreciación efectuada ...por el órgano jurisdiccional de remisión» (83). «Según afirma dicho órgano...el titular de una licencia urbanística que realiza las obras de urbanización no efectúa ninguna prestación a título gratuito, puesto que queda liberado de una deuda del mismo valor» (84). Para aceptar esta conclusión, el TJCE se vio ante la disyuntiva de escoger entre dos posibles interpretaciones de la legislación italiana, a saber:

A) *Tesis que prosperó*: hay causa onerosa porque la Administración condona un crédito dinerario al Urbanizador-Dueño a cambio de ejecutar la obra; la obligación del Urbanizador nace del Convenio –no de la Ley– que, por tanto, crea obligaciones patrimoniales recíprocas entre las partes y es, por tanto, un contrato «oneroso».

B) *Tesis alternativa*: «*la demandada y las partes coadyuvantes...alegan que...el pago de la contribución a las cargas de urbanización está previsto como una alternativa a la realización directa de las obras y...es erróneo considerar que existe un crédito pecuniario del Ayuntamiento ...a cuyo cobro renuncia la Administración ...en caso de realización directa de las obras (por el propietario)*». Pagar o ejecutar obra son obligaciones alternativas para el dueño que derivan directamente de la Ley. El Convenio no crea

obligaciones sino que es mero negocio de fijación limitado a escoger cuál de las dos exigencias legales se impone al caso. No hay contrato.

Estamos ante dos semánticas explicativas de un mismo fenómeno cuya divergencia aparentemente sólo es formal, pese a la trascendencia que tiene aceptar una u otra. Sin embargo, tras las dos tesis hay sendas posibles ordenaciones jurídicas de dicho fenómeno que son sustantivamente distintas. La tesis «A» explica claramente lo que sucede en la legislación italiana; la «B», en cambio, se acomoda a la legislación española pero no a la italiana que es muy diferente. Hay que aclarar que en dicha legislación italiana coexisten dos ordenaciones legales distintas en su origen y finalidad que se han superpuesto históricamente:

I. La ley estatal italiana 1150/42, desarrollada por el artículo 12 de la Ley Regional 60/77 de Lombardía. Esta norma, antigua –fascista en origen–, es muy similar a nuestra legislación española (la inspiró directamente en 1956). Viene a disponer que los propietarios afectados por una actuación «sistemática» sujeta a (re)parcelación, están obligados a ceder gratuitamente los terrenos de destino público y a sufragar el coste de la urbanización «poligonal». Esta regulación tradicional *por sí sola nunca hubiera entrado en colisión con la regulación comunitaria del contrato (público) de obra*.

II. La Ley estatal 10/1977 (Ley Bucalossi). Esta segunda norma –sin parangón en España– dispone (art. 3) que el dueño del terreno, para edificar, pagará una «contribución» compuesta de dos cuotas: una proporcional al valor del edificio (hasta el 20%); otra cuota «de urbanización». La cuota de urbanización grava tanto los terrenos carentes de ella como los que ya están servidos (art. 1); por consiguiente, su liquidación no corresponde con el avalúo de ninguna obra pública concreta, ni con las del «polígono» o «solar»; su cálculo obedece a indicadores económicos abstractos similares a un tipo impositivo (p.e.: dinámica poblacional, condiciones geofísicas, usos zonales: art. 5 Ley Bucalossi) que se aplica, a modo de base imponible, al aprovechamiento que se edifica; la recaudación no tiene afeción finalista a una obra específica sino a fines difusos y opcionales (expropiaciones, ejecución de cualesquiera urbanizaciones, operaciones integradas de rehabilitación en todo el centro histórico y –hasta en un 30%– a gastos corrientes: art. 12 Ley Bucalossi).

Las diferencias entre la «cuota de urbanización» italiana (caso *Scala*) y la del Derecho urbanístico español atañen: (i) a su devengo independiente del estado de urbanización de la parcela; (ii) a su destino devinculado de una obra específica; y (iii) a su tasación abstraída de tal especificidad. En España rige auténtica *identidad* entre la obra cuyo coste se deja de pagar y la que se ejecuta; en Italia rige mera *equivalencia* entre el pago que se omite y el coste de la obra que se ejecuta.

Pues bien, el artículo 11.1 de la Ley italiana *Bucalossi* establece: «*el titular de la licencia puede comprometerse (por vía de Convenio) 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*». Es justamente esa frase del artículo 11 de la Ley *Bucalossi* («*con imputación de la totalidad o parte de las obras a cuenta de la contribución adeudada*») la que centra con énfasis el interés del TJCE: «*Los términos con imputación a cuenta utilizados en el art. 11.1 de la Ley 10/77 permiten considerar 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 (81)*».

En España, la llamada «obligación» (dominical) de «sufragar» la urbanización¹¹ no lo es, en principio ni necesariamente, a favor de la Administración. Técnicamente es una «carga», en el sentido procesal del término, que el propietario ha de levantar para beneficiarse de «aprovechamiento urbanístico». La deuda a favor de la Administración o el tercer Urbanizador se devenga cuando éstos acometen la obra y de su pago responde –por afección real– el «aprovechamiento». Eso implica que, antes de determinar el sistema de actuación, no hay todavía obligación pecuniaria a favor de la Administración que ésta pudiese «condonar contractualmente» al autorizar la ejecución particular de la obra¹². Régimen distinto al italiano donde sí existe deuda que se condona al propietario cuando asume ejecutar cualesquiera obras del mismo valor.

2.2. LAS DIFERENCIAS DE OBJETO ENTRE LA ENCOMIENDA DEL URBANIZADOR Y EL CONTRATO DE OBRAS

«Sufragar» la urbanización es, entre nosotros, una «carga» o condición para disfrutar del aprovechamiento referida precisamente a las infraestructuras que, directa o indirectamente, propicien que ese «aprovechamiento» quede ubicado sobre solar finalista. Ese nexo «aprovechamiento-carga» indica que la ejecución de obra pública no es, en España, el verdadero objeto de la encomienda de Urbanizador quien, más bien, tiene por cometido producir *suelo finalista*. Su función (económica) no persigue acrecentar el patrimonio público de obra civil ni enriquecer el acervo colectivo de infraestructuras, pues las que realiza *carecerían de utilidad funcional a no ser para el soporte de los nuevos*

¹¹ Arts. 14 y ss. de la Ley estatal 6/1998.

¹² En cambio, sí hay duda respecto a la cuestión de 10 por cien de aprovechamiento, por lo que ciertos Convenios urbanísticos que la sustituyen por la ejecución de obra civil podrían consolidar con la normativa de contratación como ya pusimos de manifiesto junto al prof. PAJEJO ALFONSO en *Derecho Urbanístico Valenciano*, Ed. Tirant lo Blanc, 1997.

aprovechamientos edificables adyacentes o conexos. Su verdadero cometido es asegurar un crecimiento parejo entre aprovechamientos e infraestructuras, equilibrando funcionalmente los dos elementos físicos –público y privado– del tejido urbano que su acción genera. Eso limita considerablemente la discrecionalidad administrativa para negociar qué tipo de obra civil se somete al patrocinio del Urbanizador particular, al punto de hacer poco concebible entre nosotros un caso tan «teatral» como el asunto *Scala*.

El Urbanizador, como «fabricante de solares», tiene un cometido de objeto *complejo*, que incluye promover la reparcelación o expropiación, financiar justiprecios e indemnizaciones, asegurar equidistribuciones, derechos, garantías y cesiones –de suelo y aprovechamiento–, propiciar realojos y desalojos, procurar tanto el abastecimiento de servicios como la actualización de Registros Públicos y cuantos desvelos hagan posible física y jurídicamente rentabilizar-edificar los solares, a lo que también está obligado en ciertos casos¹³; y siempre desarrolla un modelo de ordenación que él mismo ha propuesto, diseñado o, al menos, postulado. Esta «gestión de suelo» comporta responsabilidades económicas que, con invariable frecuencia, exceden la de las obras que ejecuta, siendo esenciales –no accidentales– a su tarea. La función urbanizadora tiene objeto «complejo» no porque incluya extras respecto a la ejecución de la obra, sino porque ésta y aquéllos son interdependientes subordinándose inseparablemente a un mismo fin: producir suelo edificable; verdadero objeto de su actuación que, por eso, nuestras leyes denominan «sistemática» o «integrada». El carácter auxiliar de la obra pública en la economía global de ese negocio (art. 6 TRLCAP) es otra diferencia respecto al contrato de obra.

2.3. LA DIFERENTE TIPOLOGÍA INDUSTRIAL ENTRE URBANIZADOR Y CONTRATISTA DE OBRAS

El Urbanizador no responde a la tipología industrial del contratista de obra civil, sino a la del promotor que contrata dicha obra (o que la hace para sí). Esto es evidente respecto del Urbanizador-dueño (o Junta de Compensación), pero a veces se ignora respecto al Urbanizador-gestor (por concurso), en la errónea creencia de que es una especie de contratista forzoso impuesto al propietario que costea la urbanización. Lo cierto es que ese perfil no corresponde a su configuración legal-autonómica y, además, no tendría viabilidad económica plantear la figura de esa guisa.

El Urbanizador-gestor es también un promotor, porque la rentabilidad de su tracto empresarial pende, en última instancia, de los solares

¹³ Así, el Urbanizador valenciano (arts. 29.12, 30.2, 71.3 y 85.1 *in fine* de la Ley 6/1994).

que fabrica. Como responsable que es de *financiar* la urbanización se obliga a ejecutarla sin posible excusa en el eventual impago por el propietario que ha de retribuirle. A éste sólo le puede exigir garantías de pago cuando está dispuesto a ser pagado en solares¹⁴. En caso contrario, su única garantía de cobro será la «afección real» de los solares¹⁵, lo que, en caso de impago, le obligará a asumir las contingencias de la liquidación ejecutiva del solar sin enervar o demorar sus obligaciones urbanizadoras. Además, puede verse obligado a sufragar la expropiación de los propietarios que lo pidan o a la compra del 10 por cien de aprovechamiento si así se le impone; y precisa adquirir suelo para ganar puntos con vistas a la adjudicación. Tras ella asume compromisos de promoción sobre el suelo que adquiere¹⁶.

Al ser promotor y no contratista por cuenta de tercero, resulta disfuncional someterlo a reglas impropias de su verdadera industria que están pensadas para fomento de la competencia en otro sector empresarial (la contrata de obra civil). Sería absurdo exigir clasificación de contratista a quien no lo es o aplicarle criterios para su selección limitados a funciones accesorias de su industria. La Directiva 93/37 circunscribe los criterios de selección del contratista a la economía de la obra¹⁷, excluyendo otras consideraciones de interés público ajenas a ella¹⁸, como –por ejemplo– las relaciones del Urbanizador con la propiedad del suelo, que la legislación urbanística autonómica también valora para la selección del Urbanizador-gestor¹⁹. El Auto mencionado del TSJ

¹⁴ En la Ley valenciana 6/1994 el Urbanizador puede proponer el pago de su tarea en solares; el propietario, no obstante, puede invertir la fórmula así propuesta pagando en metálico si lo entiende más conveniente a sus intereses dominicales, pero en este caso –y sólo en él– ha de prestar garantías de pago. El mismo esquema, aunque más desarrollado y preciso puede encontrarse en la Ley castellano-manchega 2/1998.

¹⁵ Que en ese caso quedará afecto con carácter real a sufragar los costes de urbanización (art. 72 de la Ley valenciana 6/1994).

¹⁶ Los Urbanizadores en Valencia o Castilla-La Mancha son invariablemente promotores. No aciertan quienes ven en ellos una nueva clase empresarial. En realidad, «urbanizador» es una mera titulación jurídica que permite a las empresas promotoras gestionar la urbanización de polígonos de mayor amplitud que el alcance de sus propiedades y simultanear la evolución gestora de la urbanización con la adquisición progresiva de suelo.

¹⁷ La jurisprudencia del TJCE –St. de 3 de octubre de 2000 (C-380/98) o 1 de febrero de 2001 (C-237/99)– restringe los criterios aplicables a la selección del contratista a factores circunscritos a la economía de la obra pública (precio, rentabilidad técnica, mantenimiento, tiempo y garantías de realización y los demás previstos en el art. 86.1 TRLCAP pero siempre referidos a la obra). Igualmente la St. de 18 de octubre de 2001 (C-19/00) o la de 27 de noviembre de 2001 (C-285 y 286/99) que dice: «(la Directiva) tiene primordialmente por objeto proteger los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro que deseen ofrecer bienes o servicios a las entidades adjudicadoras establecidas en otro Estado.....excluir tanto el riesgo de que se dé preferencia a los licitadores nacionales...como la posibilidad de que una entidad adjudicadora se guíe por consideraciones que no tengan carácter económico».

¹⁸ Caso *Beentjes* St. de 20 de septiembre de 1988. *Idem*. St. 26 de septiembre de 2000 (C-225/98).

¹⁹ P.e.: arts. 47.3 y 5 y 50 de la Ley valenciana 6/1994.

valenciano considera inconstitucional esa valoración de la propiedad (art. 50 de la Ley valenciana 6/1994) por no atenerse a la legislación básica estatal del contrato de obra, olvidando que dicha obra la paga el propietario y que otra legislación estatal –no menos básica– le confiere derecho a participar en promoverla. Tampoco podrían valorarse las propuestas de Plan en competencia relativas a usos y volúmenes privados que expresan la pluralidad concurrente de proyectos empresariales entre los que la Administración ha de elegir decidiendo su modelo preferido de ordenación urbanística.

3. DISTINCIÓN ENTRE EL URBANIZADOR Y EL CONCESIONARIO DE OBRA PÚBLICA

3.1. LA DISTINCIÓN JURÍDICA ENTRE EL CONCESIONARIO DE OBRA Y EL URBANIZADOR

Como señala GÓMEZ-FERRER MORANT²⁰, examinando la legislación valenciana, el Urbanizador no es un concesionario de obras porque no recibe la contrapartida de explotarlas. En efecto la Directiva 93/37 y –en su trasposición– el artículo 130 LCAP, definen la «concesión de obra pública» como aquella en que el concesionario obtiene el *derecho a explotar temporalmente esa obra*, en pago total o parcial por ejecutarla; esa noción estricta descarta otras figuras concesionales deliberadamente excluidas de la Directiva²¹.

«La principal característica distintiva del concepto de concesión de obras es que otorga el derecho de explotación de la obra como contrapartida de la construcción de la misma», subraya la Comunicación 2000/C 121/02 de la Comisión, resaltando que el derecho de explotación identifica el específico tracto empresarial del concesionario, cuyo riesgo/beneficio deriva de las rentas de la denominada «frecuentación» por el público o intensidad de demanda usuaria que nutre la facturación de la empresa. El concesionario posee, utiliza y sufraga el mantenimiento –conservación y renovación– de la infraestructura a cambio del derecho económico a explotarla.

El Urbanizador por concurso no hace nada de eso. Su tracto empresarial no radica en la contingencia de explotación de la obra –que entrega al concluirse– sino en el rendimiento de los solares adyacentes.

²⁰ *El agente urbanizador en la LRAU*, Valencia 1995.

²¹ La Propuesta de la Comisión Europea de 13 de diciembre de 1990 intentó extender el régimen de la concesión de obras a todas las concesiones de servicios, iniciativa que se vio expresamente abortada por decisión del Consejo por razones que se explican en el documento titulado «Motivación del Consejo» adjunto a la Posición Común de 25 de febrero de 1992. Subraya la Comunicación 2000/C 121/02 de la Comisión: «Las otras formas de concesión, en cambio, no se contemplan explícitamente en las directivas de contratos públicos».

De nuevo aquí falta prestación onerosa por cuenta de la Administración. La Administración paga al contratista con derechos económicos (pecuniarios) actuales y al concesionario con derechos (de explotación) potenciales; al Urbanizador con nada. No sería concesión de obra pública aquella cuyo rendimiento se limitara a las zonas de servicio adyacentes²². El negocio del urbanizador gravita sobre la expectativa comercial del suelo finalista, de la que depende el retorno de su inversión y sin la que su intervención perdería todo sentido económico.

3.2. DIFERENCIA TIPOLÓGICA ENTRE LA INDUSTRIA URBANIZADORA Y LA CONCESIONARIA DE OBRA

Tras la Ley 53/1999 y otras reformas en ciernes el concesionario de obra se configura más como gestor y promotor que como constructor de ella; al igual que el Urbanizador²³. ¿Por qué no someterlo —entonces— al mismo régimen? Así lo han hecho algunas Comunidades Autónomas —Aragón y Cantabria— aunque con resultados prácticos por comprobar. Y es que tales reglas concesionales no son muy adecuadas para propiciar justicia y eficacia en la acción urbanizadora particular, porque el Urbanizador no es un patrocinador de infraestructuras públicas sino un productor de suelo privado finalista.

La concesión de obra se ha regulado con un finalidad protectora de la competencia en la industria constructora de obra civil²⁴. Por eso prima la subcontratación por el concesionario a quien básicamente exige que, si subcontrata la obra, lo haga en pública concurrencia con el fin de prevenir prácticas oligopolísticas en esa industria.

Se ha sugerido²⁵ aplicar ese régimen de contratación con terceros al Urbanizador-gestor con el fin de controlar y moderar los costes de obra que repercute al dueño del suelo. Se trataría de, tras seleccionar en competencia al Urbanizador, obligarle a someter a una segunda licitación la contrata de obra, según los trámites de la concesión. Esa sugerencia, aunque inteligente y válida en ciertos casos²⁶, resulta algo

²² Por utilizar la denominación del Anteproyecto de Ley de Concesión de Obra Pública sometido al Dictamen del Consejo de Estado de 5 de diciembre de 2001, en el cual son tratadas como un posible objeto accesorio de la concesión.

²³ La condición de gestor del concesionario ha sido bien argumentada por GÓMEZ-FERRER. También BASSOLS describiendo el origen histórico de la figura («Aproximación a la normativa comunitaria europea sobre contratación administrativa». *Noticias CEE*, 1986).

²⁴ Esta finalidad unidireccional de la Directiva 93/37 y, por ende, de nuestra legislación básica estatal es destacada en tono crítico por PARADA VÁZQUEZ (*Tratado de Derecho Administrativo*, T. II Sexta Edición, Madrid, 1997), quien lamenta la relegación de otras finalidades tradicionales como la protección garantista de la hacienda pública y el principio de igualdad.

²⁵ Así, LORENTE TALLADA y ROMERO SAURA en *El Régimen Urbanístico de la Comunidad Valenciana*.

ingenua al postularse como regla general. No olvidemos que: (i) los vencidos en la primera licitación podrían concurrir a la segunda con fines más obstruccionistas que cooperativos; (ii) en la segunda licitación los precios de obra podrían encarecerse en vez de moderarse. Lo cierto es que se prolongaría el periodo de incertidumbre sobre los costes de obra, demorando la planificación financiera del propietario que ha de pagarlos.

El Urbanizador-gestor de las legislaciones valenciana o castellano-manchega presenta el inconveniente de repercutir a los propietarios un margen de beneficio sobre los costes de obra y gestión, lo que para los administradores de la Junta de Compensación no es posible (legalmente). La ventaja que ofrece es que ha de cumplir a su riesgo y ventura las condiciones, plazos y precios ciertos comprometidos *ab initio* al ser designado. A diferencia respecto del concesionario-explotador de obra no es un operador de ciclo largo e inversiones recurrentes, ni que opere con tarifas intrínsecamente revisables o de polinomización variable. Sólo en la medida en que repercute costes variables o indeterminados al propietario adquiere sentido sujetar sus contratos con tercero a las reglas de la concesión. Iguales conclusiones merecen las Juntas de Compensación. ¿Por qué admitir la incorporación a ellas de empresas urbanizadoras sin previo concurso?²⁷ La adjudicación directa de obras a dichas empresas también debiera justificarse en sus compromisos previos de asegurar financiación o certeza en los costes.

En cuestiones de procedimiento el arbitrado por aquellas leyes autonómicas para seleccionar en concurrencia al Urbanizador ofrece más garantías al dueño del terreno que el de tramitación de la concesión de obra, más enfocado a la protección de la industria. Las publicaciones en el DOCE no son preferibles a los avisos nominativos a los propietarios exigidos por la legislación urbanística, la cual es más exigente en materia de plazos y garantías²⁸ y no admite el procedimiento restringido ni negociado.

Una última diferencia tipológica entre el concesionario que patrocina-explota obra pública y el Urbanizador que produce-explota solares

²⁶ En particular cuando el Urbanizador pretende la retasación de sus precios originales por causa sobrevenida o por redefinición de la obra. Así, la propia ley valenciana (art. 67.4) sometiendo a publicidad notarial la segunda licitación.

²⁷ Prevista en el art. 127.2 de la LS76 y en el art. 165.1 del Reglamento de Gestión que la desarrolla.

²⁸ En la legislación general el plazo de presentación de proposiciones económicas es de 26 días naturales desde la publicación del edicto oficial de convocatoria en la valenciana o castellano-manchega el plazo nunca es inferior a 29 o 52 días según casos. Las garantías prestadas por el Urbanizador son mayores que las exigidas al contratista por el TRLCAP (un mínimo del 7% de la obra puntuando en la licitación las alzas sin limitación de ese porcentaje; posteriormente dicho urbanizador presta garantías complementarias hasta alcanzarse un 107% del coste de obra).

son las economías de escala que este último obtiene integrando en un mismo proceso industrial la infraestructura pública y la edificación privada. Ello permite al Urbanizador-gestor ahorros en el coste de la obra civil de los que no siempre hace partícipe al propietario que le paga su cuota parte de la urbanización. Pero es dudoso que obligando a licitar la subcontrata de obra pública esos beneficios se trasladasen al propietario; lo probable es que desaparecieran por esa imposición burocrática. Más adecuado es el procedimiento de concurso-subasta arbitrado por las leyes urbanísticas autonómicas, que permite al propietario pujar por todos los proyectos –no sólo propios, sino ajenos– concurrentes a la licitación inicial selectiva del Urbanizador. Ello no impide al Urbanizador-gestor cobrar la obra más cara de lo que la paga, ni asegura al propietario un coste de obra tan económico como el realmente pagado por el empresario, pero obliga a éste a moderar sus precios hasta el límite que sufragaría el propietario de realizar la obra por sus propios medios o a través de otro Urbanizador distinto.²⁹

3.3. INEXISTENCIA DE RAZONES TÉCNICAS QUE OBLIGUEN A UNA IMPROPIA ASIMILACIÓN ENTRE URBANIZADOR-GESTOR Y CONCESIONARIO DE OBRA

Si no hay razones de oportunidad que aconsejen la mimética asimilación entre las dos figuras, tampoco las hay de índole técnico-normativa que obliguen a ello. El Auto del TSJ valenciano de 15-10-2001, que mencionamos al principio, argumenta esa asimilación tras calificar al Urbanizador-gestor como contratista de gestión de servicio, arguyendo que, por reenvío normativo del antiguo artículo 159.2 de la Ley 13/1995, procede aplicarle el régimen de la concesión de obras. El argumento es cuestionable porque el Urbanizador-Gestor no es un contratista de gestión de servicios como veremos en el siguiente apartado. Pero es que, además, a nuestro juicio, se basa en un error técnico.

Se aduce que por el –hoy derogado– artículo 159.2 de la Ley de Contratos de 1995 le es aplicable a la concesión de servicios la normativa de la concesión de obra y, sobre la consideración técnica, se argumenta el juicio de inconstitucionalidad (por no asimilar Urbanizador-gestor y concesionario de obras). Pero esa interpretación del antiguo artículo 150.2 es errónea, como demostró la Junta Consultiva de Contratación, en dictamen nº 24 de 30 de mayo de 1996. En efecto, como la concesión de obras siem-

²⁹ Ese procedimiento, regulado en el art. 47 de la Ley valenciana 6/1994 y art. 122 de la castellano-manchega 2/1998, obliga a adjudicar a la puja económica bajista con independencia de quién sea el titular del proyecto técnico seleccionado.

³⁰ Dictamen del Consejo de Estado de 22 de diciembre de 1998 y Sts. 3 de junio de 1992, Az. 4923, entre otras.

pre es mixta³⁰ (de obra y servicio) esa exégesis de la ley vaciaría de contenido las normas relativas a la concesión de servicios. Por ello, el referido dictamen de la J.C.C. preconizó aplicar alternativamente el régimen concesional de la obra o del servicio atendiendo en cada caso a la mayor importancia económica de la construcción o de la obra o explotación del servicio. Este criterio, avalado por la jurisprudencia del TJCE (St. de 19 de abril del 94 C-331/92), hoy ha sido asumido por la reforma del artículo 130.2 TRLCAP (en su remisión al art. 6). Añádase que, tras la refundición del TRLCAP 2/2000, es sistemáticamente claro que el citado reenvío del hoy artículo 158.2 del TRLCAP alude a la redacción del anteproyecto de explotación de la obra (art. 124.4 TRLCAP) y que, por tanto, sólo es aplicable, al igual que todo el régimen de concesión de obras públicas, a las *susceptibles de explotación* por ser éstas las únicas *susceptibles de concesión* y que nada tienen que ver con las que ejecuta el Urbanizador.

¿Pero si el Urbanizador-gestor no es un concesionario de obra lo es de servicios?

4. CONCESIÓN DE SERVICIOS Y URBANIZADOR-GESTOR: DIFERENCIAS

4.1. LA ATIPICIDAD DE LA ENCOMIENDA DEL URBANIZADOR

El Urbanizador-gestor³¹ podría ser definido como un «concesionario» en la acepción genérica del término sinónima a «ejecutor material de funciones públicas». Pero como advierte LÓPEZ PELLICER³²: «*se trata de una concesión distinta de las tradicionales concesiones administrativas de servicio y obra pública... Se está pues en presencia... de un tipo de contrato administrativo especial...*». Si por «concesión» entendemos, en términos genéricos, una encomienda de colaboración con la Administración que sitúa al concesionario en subordinación especial con ella y de cierta ventaja frente a terceros, el Urbanizador puede ser considerado «concesionario». Pero si específicamente nos referimos a la relación contractual típica regulada en el TRLCAP, dista de serlo. Por eso la legislación valenciana ha obviado calificarlo como «concesionario» y la castellano-manchega descarta su consideración como tal al aclarar

³¹ Nos referimos aquí específicamente al adjudicatario de Programas de Actuación.

³² «Naturaleza, supuestos y límites de los Convenio urbanísticos», *RDU* n.º. 146, 1996. La reflexión se refiere al adjudicatario del PAU en la LD76.

³³ El Auto de 15-10-2001 deduce de este dato de la ley castellano-manchega la consideración del urbanizador de la ley valenciana como contratista típico y la consiguiente inconstitucionalidad por contradicción con la legislación general de contratación administrativa.

que sólo es aplicable el régimen general de la concesión de servicio a título complementario de la ley especial (artículo 125 de la Ley castellano-manchega 2/1998³³).

El contrato típico de «concesión» de servicio –al igual que el de obra– se basa en el recíproco intercambio de prestaciones patrimoniales (sinalagma). Como señalan E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ³⁴, aun cuando el concesionario no pague canon ni reciba subvención media un vínculo oneroso establecido en beneficio de tercero, del público usuario. En su virtud la Administración desplaza al concesionario la responsabilidad directa de prestar el servicio al público y, a cambio, le transfiere posibilidades de actuación mercantil.

Si consideramos que la concesión como «contrato» es por su carácter instrumental respecto al servicio, la Administración tiene una responsabilidad prestacional frente al público que le imponen las leyes, con independencia de la concesión, que la precede e incluso subsiste tras la extinción de ésta. El contrato es el instrumento por el que se desplaza temporalmente al concesionario esa responsabilidad directa de prestar servicio enajenando a su favor los bienes y derechos afectos a él, presentes de antemano en el patrimonio de la Administración. Aun cuando éstos puedan consistir en meras posibilidades de actuación mercantil, su disposición contractual a favor del concesionario dota a la concesión de su carácter oneroso. Por eso los servicios públicos «contratables» han de ser actividades empresariales de «*contenido económico que las haga susceptible de explotación por empresarios particulares*» (art. 155.1 TRLCAP)³⁵.

En urbanismo, la expropiación por concesión regulada en el artículo 114.2 de la LS76 es un contrato típico de concesión de servicio pues recae sobre una actividad mercantil (enajenar o edificar los solares resultantes)³⁶ con desplazamiento patrimonial patente en la entrega al concesionario del beneficio expropiatorio. No sucede así con el Urbanizador-gestor valenciano o castellano-manchego quien, de entrada, cobrará del dueño por la urbanización que realiza mediante reparcelación forzosa, por mediación administrativa y sólo actúa en régimen mercantil cuando media acuerdo *inter partes*³⁷. Falta la nota de desplazamiento patrimonial ya que el «Pro-

³⁴ *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I. Cap. XII.

³⁵ Lo que el *Arrêt Société Commerciale de L'Ouest Africain* denominó –con terminología recurrente– actividades «*industriales o mercantiles*» del Estado; actividades, pues, susceptibles de existir en el mercado al margen de la intervención pública.

³⁶ Sts. 26-10-96 az. 7304 ó 27-1-95 az. 119.

³⁷ El Tribunal Supremo tuvo ocasión de analizar una actividad de esas características ante un Convenio por el que un promotor ejecuta obras de común utilidad para sectores de propiedad ajena y desarrollo progresivo, por las que sólo cobrará a medida que la Administración vaya cobrando a los sucesivos propietarios afectados; la Sts.10-5-2001 az.3768 (casación) lo considera contrato administrativo innominado.

grama de Actuación» por el que se designa Urbanizador no enajena en su favor derechos del patrimonio de la Administración, sino que, con efectos normativos y *erga omnes*, delimita el alcance material de las obligaciones urbanístico-legales del dueño, a la vista de las propuestas empresariales en concurrencia para hacerlas efectivas. La empresa urbanizadora no está reservada al sector público ni caben actos de disposición patrimonial sobre esa hipotética reserva, pues el ordenamiento protege la iniciativa particular a promoverla (art. 4.2 de la Ley estatal 6/1998 y 5.3 de la valenciana 6/1994) a la vez que el debercondición de sufragarla para aprovechar sus beneficios (art. 12 y ss.; Ley 6/1998). El Urbanizador-gestor es un sistema urbanístico para encauzar esa iniciativa.

Tampoco hay desplazamiento de la responsabilidad prestacional. A diferencia de la «expropiación por concesión» en que la Administración viene obligada al desarrollo de la actuación antes de contratarla, no sucede así en el Programa de Actuación antes de adjudicarlo. La concesión se contrata previo planeamiento cierto, con obra proyectada, sistema de actuación decidido y declarada la necesaria ocupación del polígono, pues de lo contrario el contrato sería inválido por indeterminación de su objeto³⁸. La expropiación del polígono está decidida antes de su concesión, cuando sólo resta decidir si la instrumentación gestora será directa o indirecta. En cambio, en el Programa, cuando se designa al Urbanizador se está decidiendo también la oportunidad misma de acometer («programar») la urbanización del polígono de actuación y todas sus condiciones, en decisión conjunta e inescindible de la elección de la modalidad gestora y la de su agente, quien con sus propuestas en licitación habrá contribuido a formar criterio de todo ello. Es como si el servicio se instituyera por la concesión y la oportunidad de implantarlo dependiese de la concurrencia de concesionario adecuado. Tanto es así que cuando cesa éste —por incumplimiento— cabe «desprogramar» el terreno (art. 29.13 de la citada Ley 6/1994), lo que sería tanto como extinguir el servicio por incumplimiento del concesionario. Esto escapa del concepto contractual de la concesión; aquí no cabe considerarla episodio instrumental en la vida del «servicio», sino que tiene alcance constitutivo de él, manifestando así rasgos estructurales diferentes del contrato de gestión descrito en el TRLCAP.

Pero, pese a la diferencia apuntada también hay parecidos con el concesionario del contrato, ¿por qué no someter ambos al mismo régimen?

³⁸ Así lo declaran las Sts. 16-7-97 az. 6418; 28-10-94 az. 8744; 15-10-94 az.8743.

4.2. DIFICULTADES DE ENCAJE DE LA INICIATIVA URBANÍSTICA PARTICULAR EN LAS REGLAS DE PREPARACIÓN DEL CONTRATO

En el contrato administrativo (típico) es siempre la Administración quien asume la iniciativa de contratar, pues sólo ella puede disponer de su propio patrimonio y debe afrontar sus responsabilidades prestacionales. Es lógico que se licite sobre un pliego exhaustivo de cláusulas predefinitorias de las condiciones contractuales que expresen sus deseos como «cliente» que sale al mercado a contratar negocios que, en principio, son de su exclusiva incumbencia y para los que no hay protección legal de la iniciativa privada.

Muy distinta es la iniciativa particular en urbanismo, donde tradicionalmente los particulares tienen «derecho al trámite» de sus iniciativas (incluso de planeamiento). Para mayor efectividad de ese derecho algunas legislaciones autonómicas (valenciana, castellano-manchega) legitiman al particular para suscitar, por sí mismo, la publicidad y concurrencia de sus propuestas (bajo fe pública notarial), de modo que al presentarlas a la Administración sólo reste adoptar la decisión final sobre su aprobación. Esta fórmula da lugar a un proceso licitatorio muy abierto, susceptible de confrontar iniciativas heterogéneas, lo que sitúa a la Administración ante una decisión muy compleja; tanto como ordenar el territorio.

¿Se mitigaría la discrecionalidad sometiendo el concurso de iniciativas urbanísticas a un pliego exhaustivo y previo de condiciones? No: eso sólo trasladaría la discrecionalidad al momento previo de elaboración del pliego y a la crítica decisión de cuándo convocar el concurso haciendo opaca la decisión de por qué se adoptan cláusulas excluyentes de determinadas iniciativas o más proclives a otras y por qué se escoge el tiempo más oportuno a aquellas y desfavorable a éstas; sustrayendo al conocimiento público *otras* iniciativas que la Administración desecha sin dar explicación.

Análoga reflexión cabe sobre la finalización del procedimiento, para el que las leyes urbanísticas citadas admiten la designación de urbanizador por silencio positivo cuando la propuesta única no ha sido controvertida en la fase licitatoria. La adjudicación tácita es extraña a la óptica contractual aunque acorde con la tradición legislativo-urbanística española.

El Auto del TSJ valenciano de 15-10-2001, que mencionamos al principio, reprocha que estas especialidades de la ley valenciana difieran del procedimiento de contratación estatal, suponiendo que se trata de adjudicar un contrato de gestión servicios y pese a que la ley urbanística no lo califica ni define como tal. Sería más correcto el razonamiento inverso: esas especialidades evidencian que *no* se trata de un contrato y atienden pertinentemente a esa diferencia institucional.

Como señala PAREJO ALFONSO³⁹, no estamos ante una figura contractual sino ante un sistema peculiar para organizar la canalización de la iniciativa privada en urbanismo.

5. LA VERDADERA POSICIÓN JURÍDICA DEL URBANIZADOR

5.1. EL CONCIERTO URBANÍSTICO COMO PREMISA DE LA ORDENACIÓN URBANÍSTICA

Legislaciones como la valenciana o castellano-manchega han seguido el modelo de los PAU de la LS76 descartando la figura del contratista para la gestión del planeamiento, también presente en aquella (art. 114.2). Como observa GARRIDO FALLA⁴⁰, asumir o desechar el contrato para articular una determinada relación jurídica depende, no ya de posibilidades teóricas, sino de la alternativa escogida por el ordenamiento positivo. La opción –no contractualista– adoptada por cierta legislación autonómica sólo se entiende examinando el sistema de planeamiento urbanístico que en ellas se diseña.

La legislación valenciana ha disociado lo que ARGULLOL MURGADAS⁴¹ denomina determinaciones «programáticas» de Plan (etapas, fijación del sistema de actuación) de sus determinaciones físicas (calificación estática de qué *cabría* en el espacio). Estas últimas, en el Plan General o Parcial y sin jerarquía entre ellos, son mero diseño propositivo y preliminar, flexiblemente modificable mediante «mejoras» y que, por sí mismos, no consolidan derechos ni legitiman la urbanización. Las determinaciones «programáticas» (la ordenación dinámica de cómo, quién y cuándo *debe* ejecutar el Plan) se condensan en otro tipo de Plan *ad hoc* denominado «Programa».

El «Programa» obliga –a todos– a cumplir un planeamiento ya vinculante y concreto, incluso en proyecto de obra y presupuesto, estipulando método y plazos, derechos y deberes, recursos y objetivos. Y algo más: le Ley prohíbe aprobarlo sin garantías (avales) de su financiación a cuenta de quien, en su virtud, queda designado «Urbanizador». Si la designada fuese la propia Administración se exigiría compromiso presupuestario. El planeamiento no llega a legitimar su propia ejecución, ni termina de definir derechos-deberes dominicales, sino hasta que cuenta con respaldo económico comprometido en firme: hasta que en él se designa su Urbanizador. PARADA VÁZQUEZ⁴² describe este nuevo sistema de ordenación como una traslación del momento álgido en la definición de los derechos de propie-

³⁹ *Comentarios a la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística*, Valencia 1995.

⁴⁰ *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Capítulo II, pg. 38 y ss.

⁴¹ «Programación y Planificación Urbanística», *RDU*, 1983.

⁴² *Op. cit.*, tomo III.

dad de atrás hacia adelante, de modo que la función económica que en el sistema tradicional estatal desempeña el Plan General se desplaza prácticamente hasta el proyecto de urbanización⁴³.

De ese modo, la Administración va «programando» a medida que se afianzan los compromisos inversores que sustentan la efectividad de esa «programación». El Plan no es ejecutable, ni obliga a la ejecución, hasta que, para el correspondiente polígono y trascendiendo meros voluntarismos planificadores, se designe Urbanizador responsable de esos compromisos. Tras ese sistema de planeamiento hay una política decidida de incidir en el mercado de suelo⁴⁴. Condicionando la eficacia jurídica de los Planes a la seguridad económica de su realización se persigue disuadir la revalorización prematura de terrenos carentes de urbanización, procurando acompañar la aparición de plusvalías urbanísticas al ritmo de ejecución efectiva de dichos Planes. Se busca evitar que la producción de suelo finalista se obstruya por anticipación prematura de rentas expectantes; disuadir a las empresas de una excesiva inmovilización de activos sin que medie proceso urbanizador real y moderar la inversión especulativa e intermediadora en suelo fomentando el gasto efectivo en urbanización inmediata.

Así, la Administración planificadora se vale de las ofertas de los licitadores-urbanizadores para pulsar la viabilidad de sus decisiones ordenadoras del territorio que no puede hacer ejecutivas sin contar con un responsable de su financiación-gestión. Ésta, asegurada mediante concierto con él, es lo que permite dotar de ejecutividad las decisiones finales de ordenación del territorio y definir sus cargas-beneficios resultantes. Por consiguiente, el Urbanizador no es un contratista ya que no ejecuta instrumentalmente un diseño predeterminado de antemano por la Administración, sino que sus ofertas licitadoras contribuyen a definir su cometido y hasta la pertinencia de acometerlo. El contrato administrativo es, siempre y por definición, instrumento de ejecución de objetivos públicos, no elemento definitorio o regulador de ellos. La encomienda de Urbanizador, el «Programa», es decisión de planeamiento (reglamentaria,

⁴³ El citado autor encomia la idea como fórmula para evitar la apropiación prematura de plusvalías por el propietario, aunque critica que el sistema valenciano, al no basarse en fórmulas expropiatorias a valor de suelo rústico, se limite a retrasar la apropiación por el dueño de esas plusvalías, sin rescatarlas para el erario público. Pero es difícil compatibilizar esa propuesta del citado autor con el régimen estatuido por la Ley 6/1998. Véase *Tratado de Derecho Administrativo*, 11ª edición, tomo III.

⁴⁴ Puede verse descrita en el Preámbulo de la Ley valenciana 6/1994, con planteamientos similares a los que pueden leerse en la Exposición de Motivos de la reforma de la Ley del Suelo de 2 de mayo de 1975 en la descripción del suelo no programado. El concepto abstracto de «Urbanizador» procede de la Exposición de Motivos de la Ley del Suelo de 1956.

constitutiva de derechos-obligaciones), no instrumento de ejecución por el que se «pague» a un contratista para ejecutar un designio previo del contratante.

5.2. NATURALEZA DEL CONCIERTO URBANÍSTICO DEL URBANIZADOR-GESTOR: CONCLUSIONES

El concierto urbanístico Administración-Urbanizador no se basa aquí en el intercambio recíproco de prestaciones patrimoniales con la Administración porque la decisión planificadora-reglamentaria que ésta aporta ni es «patrimonial» (es *res extra commercium*) ni busca engrosar el patrimonio de ella. El concierto es premisa de la planificación urbana porque aporta la seguridad financiera que la Administración necesita –por exigencia legal– para perfeccionar su planificación. Al particular le aporta seguridad jurídica respecto a su proyecto empresarial al elevar éste a la condición de ordenación aprobada (tanto en sus previsiones de planificación física como jurídica: aprovechamientos, costes, plazos, fianzas, cargas y derechos).

Todo contrato es convencional (*duorum vel plurium in idem placitus consensus*), pero no todo convenio es contractual; lo recuerda la doctrina jurisprudencial respecto a los convenios urbanísticos que involucran decisiones de planeamiento: «*La distinción doctrinal entre contrato y convención resulta ilustrativa al respecto, participando el convenio urbanístico de la naturaleza de la segunda figura, en cuanto no contiene sólo un juego de obligaciones recíprocas ... (contraprestaciones) ... sino también compromisos paralelos de la Administración y de la entidad mercantil que lo concierta... tales compromisos tratan de fijar el régimen de una situación futura que puede tener relieve para terceros... la posibilidad de terminación de un procedimiento de forma negociada... resulta del art. 88.2 de la Ley 30/92...*». Idéntico fundamento legal atribuye PAREJO ALFONSO⁴⁵ a la encomienda al Urbanizador del caso valenciano. La misma postura negatoria de la calificación «contractual» fue sos-

⁴⁵ En la obra citada.

⁴⁶ «Régimen y naturaleza de las actuaciones concertadas en materia de urbanismo». RDU n° 73, 1981.

⁴⁷ Obra antes citada.

⁴⁸ El Supremo se resiste a admitir el carácter contractual de los convenios de planeamiento, por el carácter indisponible de las potestades de planeamiento, pero acepta tratarlos como si contratos fuesen para sujetarlos al Código civil: sentencias de 9 de mayo de 2000 –Az. 4351– (para aplicar las reglas de interpretación) o la de 29 de febrero de 2000 –Az. 5760– (para determinar el sistema de perfeccionamiento por acto posterior aceptación de oferta). Las de 17 de diciembre de 1998 –az. 1998– y de 6 de febrero de 1999 –Az. 1776– fundamentan el *pacta sunt servanda* sobre el principio de buena fe administrativa. Se acepta la responsabilidad contractual por incumplimiento (Sts. 23 de junio de 1994 –az. 5339–, 18 marzo de 1992 –az. 3376–, 13 de febrero de 1992 –az. 2828– o 21 de septiembre de 1991 –az. 6818–) y, en ocasiones, son calificados como contratos administrativos a efectos procesales de atribución jurisdiccional (30 de octubre de 1997 –az. 7638–).

tenida respecto a los Convenios Urbanísticos por LÓPEZ PELLICER⁴⁶, así como GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ⁴⁷, describiéndolos como «negocio de fijación». Numerosas sentencias (la transcrita de 15 de marzo de 1997 –Az. 1.677–; *idem*: Sts. de 24 de junio de 2.000 –Az.6397–)⁴⁸ resaltan la dificultad de conceptuar como «contrato» aquellos convenios «de planeamiento» que involucran la potestad pública de ordenación. Otros autores, como GÓMEZ-FERRER MORANT⁴⁹, prefieren definirla como contratista «especial o innominado». Por su parte, en Derecho francés el urbanismo concertado con particulares se articula mediante convenio (*convention*: art. R-311-6-3º del Código de Urbanismo) y no mediante contrato público (*concession*)⁵⁰.

En realidad –y descartado el carácter de contrato típico– ambas posiciones son compatibles. Los límites conceptuales entre Convenio y contrato administrativo «especial» no son del todo nítidos (por la versatilidad de ambas figuras); además, uno y otro concepto resultan alternativamente más adecuados según el momento en que centremos el análisis de la relación jurídica Administración-Urbanizador. Si la examinamos en su origen o forma la caracterización contractual no es la más adecuada siendo más propio hablar de Convenio. Ello no significa que en el proceso de selección y designación del Urbanizador no sea aplicable el TRLCAP, sino que sólo lo será en los términos previstos por su artículo 3.2 para los Convenios, es decir, en cuanto a sus principios (publicidad, formalidad, libre concurrencia e igualdad), rigiendo, en lo demás, la ley urbanística. En cambio, si nos centramos en el aspecto sustantivo de la relación jurídica y su ulterior desenvolvimiento en fase de ejecución urbanística, es acertado considerarla una relación contractual de tipo innominado por lo que, conforme al artículo 7.1 TRLCAP, ésta le será aplicable en lo no previsto por la ley urbanística y, en última instancia, lo será el Derecho civil como cierre del sistema de fuentes.

Éste es justamente el régimen previsto por las leyes valenciana (art. 29.13) o castellano-manchega. En cambio, la asimilación del Urbanizador a las figuras concesionales o contractuales típicas resulta forzada, ya que su concierto o convenio involucra una decisión pública de planeamiento y, por ello, no admite concebirlo como intercambio patrimonial con la Administración ejerciente de la potestad de ordenación urbanística.

⁴⁹ En la obra antes citada. El régimen de fuentes descrito se sigue del art. 29.13 de la Ley valenciana 6/1994.

⁵⁰ Doctrinalmente el *Arrêt del Conseil d'État «Synd. intercommunal pour la création et le fonctionnement de l'école des Clos»* de 13-11-87 declara que sus efectos son contractuales.