

CONTRATACIÓN PÚBLICA

31/08 ADECUACIÓN A LAS DIRECTIVAS 93/37/CE Y 2004/18/CE DE LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

La Comisión de las Comunidades Europeas interpuso ante el TJCE una demanda contra el Reino de España por incumplimiento de las Directivas 93/37/CEE, y 2004/18/CE, ambas en materia de contratación pública, por parte de la sucesivas leyes de la Comunidad Valenciana, reguladoras de la actividad urbanística (Ley 6/1994, Reguladora de la Actividad Urbanística de la Comunidad Valenciana, y Ley 16/2005, Urbanística Valenciana). Al margen de los concretos incumplimientos denunciados, la esencia del debate se centra en determinar si la relación existente entre el agente urbanizador y la Administración (Ayuntamientos) reviste o no los caracteres de un contrato administrativo de ejecución de obra pública, y por consiguiente deben aplicarse los preceptos de las Directivas comunitarias en la designación de dicho agente urbanizador *.

Contestación a la demanda en el asunto C-306/08, Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España.

I. HECHOS

El 21 de julio de 2008, se notificó al Reino de España la interposición de la demanda de la Comisión, a fin de que declare:

Por una parte la incompatibilidad de la Ley 6/1994, Reguladora de la Actividad Urbanística de la Comunidad Valenciana, con 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,

Por otra parte, la incompatibilidad de la Ley 16/2005 Urbanística Valenciana, con la Directiva 2004/18/CE de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras, contratos públicos de suministros y contratos públicos de servicios.

* Escrito elaborado por don Miguel Muñoz Pérez, Abogado del Estado destinado en la Subdirección General de Asistencia Jurídica Comunitaria e Internacional, Abogacía del Estado ante el TJCE, el 22 de septiembre de 2008.

Mediante escrito de 21 de julio de 2008 el Reino de España solicitó la ampliación del plazo para contestar a la mencionada demanda, lo que le fue concedido mediante escrito del Secretario del Tribunal de Justicia fechado el 28 de julio de 2008, quedando fijado dicho plazo hasta el 22 de septiembre de 2008, incluido el plazo por razón de la distancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Marco jurídico comunitario.

La Comisión imputa al Reino de España la infracción de dos directivas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos de obras. Se trata concretamente de 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 obras¹ (en adelante, Directiva 93/37), y la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios² (en adelante, Directiva 2004/18). Con la finalidad de no extender este escrito más allá de lo estrictamente necesario, nos remitimos a lo señalado por la Comisión al tratar el marco jurídico comunitario, limitándonos a destacar algunos preceptos de la Directiva 2004/18 que consideramos igualmente relevantes en el presente procedimiento.

Así, el apartado 4 del artículo 1 de la Directiva 2004/18 define el contrato de concesión de servicios indicando que:

4. La «concesión de servicios» es un contrato que presenta las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio.

Ahora bien, el artículo 17 de la misma Directiva excluye a los contratos de concesión de servicios de su ámbito de aplicación, al establecer que:

Sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones previstas en el artículo 3, la presente Directiva no será aplicable a las concesiones de servicios definidas en el apartado 4 del artículo 1.

El artículo 8 de la Directiva se refiere a los contratos subvencionados sólo parcialmente por los poderes adjudicadores. De su regulación puede extraerse la conclusión, a sensu contrario, de que los contratos subvencionados en menos de un 50% por los poderes adjudicadores no entran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva. De acuerdo con el artículo 8:

Artículo 8. Contratos subvencionados en más de un 50% por los poderes adjudicadores.

La presente Directiva se aplicará a la adjudicación:

¹ DO L 199 de 9.8.1993, p. 54

² DO L 134 de 30.4.2004, p. 114

a) de contratos de obras subvencionados directamente en más de un 50% por poderes adjudicadores y cuyo valor estimado sin incluir el IVA sea igual o superior a 6 242 000 EUR,

– cuando dichos contratos tengan por objeto las actividades de ingeniería civil con arreglo al anexo I;

– cuando dichos contratos tengan por objeto obras de construcción de hospitales, centros deportivos, recreativos y de ocio, edificios escolares y universitarios y edificios de uso administrativo;

b) de contratos de servicios subvencionados directamente en más de un 50% por poderes adjudicadores y cuyo valor estimado sin incluir el IVA sea igual o superior a 249 000 EUR cuando dichos contratos estén vinculados a un contrato de obras en el sentido indicado en la letra a).

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que los poderes adjudicadores que conceden dichas subvenciones hagan cumplir la presente Directiva cuando dicho contrato sea adjudicado por una o varias entidades distintas de sí mismos o cumplan la presente Directiva cuando el contrato sea adjudicado por ellos mismos en nombre y por cuenta de esas otras entidades.

Por otra parte también interesa destacar la regulación contenida en el artículo 82 de la Directiva 2004/18, que prevé la derogación de la Directiva 93/37 con efectos a partir de la fecha de transposición fijada en el artículo 80 de la propia Directiva 2004/18, es decir, a partir del 31 de enero de 2006.

2. Marco jurídico nacional.

2.1 La Constitución Española.

En primer lugar debemos mencionar la regulación de la materia urbanística contenida en nuestra Constitución de 1978, comenzando por el artículo 33, cuyos apartados 1 y 2 reconocen el derecho de propiedad privada, aunque establecen la delimitación de su contenido en virtud de la función social del mismo. Así, de acuerdo con el artículo 33 de la Constitución española:

Artículo 33. Derecho a la propiedad privada y a la herencia.

1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.

2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.

3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.

Por otra parte, el artículo 47 reconoce el derecho a la vivienda, regulando también los objetivos que ha de perseguir la actuación urbanística de los poderes públicos en España, al disponer que:

Artículo 47. Vivienda.

Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación.

La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos.

Finalmente, la Constitución también establece la distribución de competencias en materia urbanística y de regulación del suelo, al reconocer su artículo 148, apartado 1, número 3.º que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en materia de «*Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda*», mientras que el artículo 149, apartado 1, número 1.º, atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre «*La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales*».

2.2 La legislación estatal.

La normativa estatal reguladora del régimen del suelo ha sido modificada a lo largo del procedimiento administrativo previo. De esta forma, en la fecha de presentación de los dos dictámenes motivados, la norma estatal vigente era la Ley 6/98, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones³ (en adelante, LRSV). Dicha norma fue derogada por la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del suelo⁴, la cual, a su vez, ha sido recientemente derogada por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo⁵ (en adelante, TRLS). En el presente escrito nos referiremos a los preceptos del TRLS ya que los mismos mantienen la esencia de la regulación contenida en la Ley 6/98, en lo que se refiere a los aspectos más relevantes a efectos del presente procedimiento.

El artículo 3 del TRLS define la ordenación territorial y urbanística como una función pública orientada en todo caso al interés general, y establece los objetivos que en todo caso debe garantizar la legislación, estatal o autonómica, en la materia:

Artículo 3. Ordenación del territorio y ordenación urbanística.

1. La ordenación territorial y la urbanística son funciones públicas no susceptibles de transacción que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general, determinando las facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo conforme al destino de éste.

³ BOE 89, de 14 de abril de 1998.

⁴ BOE 128, de 29 de mayo de 2007.

⁵ BOE 154, de 26 de junio de 2008.

31/08 Esta determinación no confiere derecho a exigir indemnización, salvo en los casos expresamente establecidos en las leyes.

El ejercicio de la potestad de ordenación territorial y urbanística deberá ser motivado, con expresión de los intereses generales a que sirve.

2. La legislación sobre la ordenación territorial y urbanística garantizará:

a) La dirección y el control por las Administraciones Públicas competentes del proceso urbanístico en sus fases de ocupación, urbanización, construcción o edificación y utilización del suelo por cualesquiera sujetos, públicos y privados.

b) La participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción de los entes públicos en los términos previstos por esta Ley y las demás que sean de aplicación⁶.

c) El derecho a la información de los ciudadanos y de las entidades representativas de los intereses afectados por los procesos urbanísticos, así como la participación ciudadana en la ordenación y gestión urbanísticas.

3. La gestión pública urbanística y de las políticas de suelo fomentará la participación privada.

El artículo 4 TRLS se refiere a los derechos de los ciudadanos en general, no sólo los afectados por la concreta actuación urbanística, reconociendo en las letras e y f el derecho de participación y ejercicio de acciones dirigidas a garantizar el respeto de los instrumentos de ordenación urbanística:

Artículo 4. Derechos del ciudadano.

Todos los ciudadanos tienen derecho a: [...]

e) Participar efectivamente en los procedimientos de elaboración y aprobación de cualesquiera instrumentos de ordenación del territorio o de ordenación y ejecución urbanísticas y de su evaluación ambiental mediante la formulación de alegaciones, observaciones, propuestas, reclamaciones y quejas y a obtener de la Administración una respuesta motivada, conforme a la legislación reguladora del régimen jurídico de dicha Administración y del procedimiento de que se trate.

f) Ejercer la acción pública para hacer respetar las determinaciones de la ordenación territorial y urbanística, así como las decisiones resultantes de los procedimientos de evaluación ambiental de los instrumentos que las contienen y de los proyectos para su ejecución, en los términos dispuestos por su legislación reguladora.

⁶ La letra b) del apartado 2 del artículo 3 TRLS tiene un contenido equivalente al artículo 3 de la LRSV según el cual: «La participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística de los entes públicos, se producirá en los términos fijados por la presente Ley y las demás que sean de aplicación».

El artículo 6 garantiza el derecho a la iniciativa privada en materia de urbanismo⁷, al disponer:

Artículo 6. Iniciativa privada en la urbanización y la construcción o edificación.

La legislación sobre ordenación territorial y urbanística regulará:

a) El derecho de iniciativa de los particulares, sean o no propietarios de los terrenos, en ejercicio de la libre empresa, para la actividad de ejecución de la urbanización cuando ésta no deba o no vaya a realizarse por la propia Administración competente. La habilitación a particulares, para el desarrollo de esta actividad deberá atribuirse mediante procedimiento con publicidad y concurrencia y con criterios de adjudicación que salvaguarden una adecuada participación de la comunidad en las plusvalías derivadas de las actuaciones urbanísticas, en las condiciones dispuestas por la legislación aplicable, sin perjuicio de las peculiaridades o excepciones que ésta prevea a favor de la iniciativa de los propietarios del suelo.

b) El derecho de consulta a las Administraciones competentes, por parte de quienes sean titulares del derecho de iniciativa a que se refiere la letra anterior, sobre los criterios y previsiones de la ordenación urbanística, de los planes y proyectos sectoriales, y de las obras que habrán de realizar para asegurar la conexión de la urbanización con las redes generales de servicios y, en su caso, las de ampliación y reforzamiento de las existentes fuera de la actuación.

La legislación sobre ordenación territorial y urbanística fijará el plazo máximo de contestación de la consulta, que no podrá exceder de tres meses, salvo que una norma con rango de ley establezca uno mayor, así como los efectos que se sigan de ella. En todo caso, la alteración de los criterios y las previsiones facilitados en la contestación, dentro del plazo en el que ésta surta efectos, podrá dar derecho a la indemnización de los gastos en que se haya incurrido por la elaboración de proyectos necesarios que resulten inútiles, en los términos del régimen general de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

c) El derecho de quienes elaboren instrumentos de ordenación de iniciativa privada, cuando hubieren obtenido la previa autorización de la Administración competente, a que se les faciliten por parte de los Organismos Públicos cuantos elementos informativos precisen para llevar a cabo su redacción, y a efectuar en fincas particulares las ocupaciones necesarias para la redacción del instrumento con arreglo a la Ley de Expropiación Forzosa.

d) El derecho del propietario a realizar en sus terrenos, por sí o a través de terceros, la instalación, construcción o edificación permitidas,

⁷ Este mismo derecho se garantizaba en el artículo 4, apartado 3 de la LRSV: «En los supuestos de actuación pública, la Administración actuante promoverá, en el marco de la legislación urbanística, la participación de la iniciativa privada aunque ésta no ostente la propiedad del suelo».

31/08 siempre que los terrenos integren una unidad apta para ello por reunir las condiciones físicas y jurídicas requeridas legalmente y aquéllas se lleven a cabo en el tiempo y las condiciones previstas por la ordenación territorial y urbanística y de conformidad con la legislación aplicable.

El artículo 7 se refiere al régimen urbanístico de la propiedad del suelo, y regula, en particular, la patrimonialización de la edificabilidad del terreno, condicionándola al cumplimiento de los deberes y el levantamiento de las cargas correspondientes:

Artículo 7. Régimen urbanístico del derecho de propiedad del suelo.

1. El régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística.

2. La previsión de edificabilidad por la ordenación territorial y urbanística, por sí misma, no la integra en el contenido del derecho de propiedad del suelo. La patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva y está condicionada en todo caso al cumplimiento de los deberes y el levantamiento de las cargas propias del régimen que corresponda, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística.

El artículo 8 recoge las facultades que comprende el derecho de propiedad del suelo, entre las que destaca la de participar en la ejecución de las actuaciones urbanísticas en régimen de equitativa distribución de beneficios y cargas entre todos los propietarios ⁸:

Artículo 8. Contenido del derecho de propiedad del suelo: facultades.

1. El derecho de propiedad del suelo comprende las facultades de uso, disfrute y explotación del mismo conforme al estado, clasificación, características objetivas y destino que tenga en cada momento, de acuerdo con la legislación aplicable por razón de las características y situación del bien. Comprende asimismo la facultad de disposición, siempre que su ejercicio no infrinja el régimen de formación de fincas y parcelas y de relación entre ellas establecido en el artículo 17.

Las facultades a que se refiere el párrafo anterior incluyen:

a) La de realizar las instalaciones y construcciones necesarias para el uso y disfrute del suelo conforme a su naturaleza que, estando expresamente permitidas, no tengan el carácter legal de edificación.

b) La de edificar sobre unidad apta para ello en los términos dispuestos en la letra d) del artículo 6, cuando la ordenación territorial y urbanís-

⁸ La equidistribución de beneficios y cargas también se contemplaba en el artículo 5 de la LRSV, según el cual: «Las leyes garantizarán en todo caso el reparto de los beneficios y cargas derivados del planeamiento, entre todos los propietarios afectados por cada actuación urbanística, en proporción a sus aportaciones».

tica atribuya a aquélla edificabilidad para uso o usos determinados y se cumplan los demás requisitos y condiciones establecidos para edificar.

Todo acto de edificación requerirá del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que sea preceptivo, según la legislación de ordenación territorial y urbanística. Su denegación deberá ser motivada.

En ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística.

c) La de participar en la ejecución de las actuaciones de urbanización a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 14, en un régimen de equitativa distribución de beneficios y cargas entre todos los propietarios afectados en proporción a su aportación.

Para ejercer esta facultad, o para ratificarse en ella, si la hubiera ejercido antes, el propietario dispondrá del plazo que fije la legislación sobre ordenación territorial y urbanística, que no podrá ser inferior a un mes ni contarse desde un momento anterior a aquel en que pueda conocer el alcance de las cargas de la actuación y los criterios de su distribución entre los afectados.

2. Las facultades del apartado anterior alcanzarán al vuelo y al subsuelo sólo hasta donde determinen los instrumentos de ordenación urbanística, de conformidad con las leyes aplicables y con las limitaciones y servidumbres que requiera la protección del dominio público.

El artículo 9, apartado 3, condiciona el ejercicio del derecho a participar en la ejecución de las actuaciones urbanísticas que acabamos de mencionar, a la asunción, como carga de carácter real, que por tanto pesa sobre el terreno adjudicado, de la participación en la equidistribución de cargas y beneficios:

Artículo 9. Contenido del derecho de propiedad del suelo: deberes y cargas.

3. El ejercicio de la facultad prevista en la letra c) del apartado primero del artículo anterior, conlleva asumir como carga real la participación en los deberes legales de la promoción de la actuación, en régimen de equitativa distribución de beneficios y cargas y en los términos de la legislación sobre ordenación territorial y urbanística, así como permitir ocupar los bienes necesarios para la realización de las obras al responsable de ejecutar la actuación.

Finalmente, el artículo 16 establece los deberes de la promoción de las actuaciones de transformación urbanística⁹, regulando en qué se concretan las obligaciones de entrega gratuita a la Administración, la afección real de los terrenos a dichas obligaciones, así como la garantía de no imposición a los particulares de condiciones más gravosas.

⁹ La regulación es semejante a la contenida en el artículo 18 LRSV, con la salvedad que de acuerdo con dicha ley el porcentaje de cesión obligatoria a la Administración era del 10 por ciento.

Artículo 16. Deberes de la promoción de las actuaciones de transformación urbanística

1. Las actuaciones de transformación urbanística comportan, según su naturaleza y alcance, los siguientes deberes legales:

a) Entregar a la Administración competente el suelo reservado para viales, espacios libres, zonas verdes y restantes dotaciones públicas incluidas en la propia actuación o adscritas a ella para su obtención.

En las actuaciones de dotación, la entrega del suelo podrá ser sustituida por otras formas de cumplimiento del deber en los casos y condiciones en que así lo prevea la legislación sobre ordenación territorial y urbanística.

b) Entregar a la Administración competente, y con destino a patrimonio público de suelo, el suelo libre de cargas de urbanización correspondiente al porcentaje de la edificabilidad media ponderada de la actuación, o del ámbito superior de referencia en que ésta se incluya, que fije la legislación reguladora de la ordenación territorial y urbanística.

En las actuaciones de dotación, este porcentaje se entenderá referido al incremento de la edificabilidad media ponderada atribuida a los terrenos incluidos en la actuación.

Con carácter general, el porcentaje a que se refieren los párrafos anteriores no podrá ser inferior al 5 por 100 ni superior al 15 por 100.

La legislación sobre ordenación territorial y urbanística podrá permitir excepcionalmente reducir o incrementar este porcentaje de forma proporcionada y motivada, hasta alcanzar un máximo del 20 por 100 en el caso de su incremento, para las actuaciones o los ámbitos en los que el valor de las parcelas resultantes sea sensiblemente inferior o superior, respectivamente, al medio en los restantes de su misma categoría de suelo.

La legislación sobre ordenación territorial y urbanística podrá determinar los casos y condiciones en que quepa sustituir la entrega del suelo por otras formas de cumplimiento del deber, excepto cuando pueda cumplirse con suelo destinado a vivienda sometida a algún régimen de protección pública en virtud de la reserva a que se refiere la letra *b)* del apartado primero del artículo 10.

c) Costear y, en su caso, ejecutar todas las obras de urbanización previstas en la actuación correspondiente, así como las infraestructuras de conexión con las redes generales de servicios y las de ampliación y reforzamiento de las existentes fuera de la actuación que ésta demande por su dimensión y características específicas, sin perjuicio del derecho a reintegrarse de los gastos de instalación de las redes de servicios con cargo a sus empresas prestadoras, en los términos establecidos en la legislación aplicable.

Entre las obras e infraestructuras a que se refiere el párrafo anterior, se entenderán incluidas las de potabilización, suministro y depuración de agua que se requieran conforme a su legislación reguladora y la legislación sobre ordenación territorial y urbanística podrá incluir asimismo las infraestructuras de transporte público que se requieran para una movilidad sostenible.

d) Entregar a la Administración competente, junto con el suelo correspondiente, las obras e infraestructuras a que se refiere la letra anterior que deban formar parte del dominio público como soporte inmueble de las instalaciones propias de cualesquiera redes de dotaciones y servicios, así como también dichas instalaciones cuando estén destinadas a la prestación de servicios de titularidad pública.

e) Garantizar el realojamiento de los ocupantes legales que se precise desalojar de inmuebles situados dentro del área de la actuación y que constituyan su residencia habitual, así como el retorno cuando tengan derecho a él, en los términos establecidos en la legislación vigente.

f) Indemnizar a los titulares de derechos sobre las construcciones y edificaciones que deban ser demolidas y las obras, instalaciones, plantaciones y sembrados que no puedan conservarse.

2. Los terrenos incluidos en el ámbito de las actuaciones y los adscritos a ellas están afectados, con carácter de garantía real, al cumplimiento de los deberes del apartado anterior. Estos deberes se presumen cumplidos con la recepción por la Administración competente de las obras de urbanización o, en su defecto, al término del plazo en que debiera haberse producido la recepción desde su solicitud acompañada de certificación expedida por la dirección técnica de las obras, sin perjuicio de las obligaciones que puedan derivarse de la liquidación de las cuentas definitivas de la actuación.

3. Los convenios o negocios jurídicos que el promotor de la actuación celebre con la Administración correspondiente, no podrán establecer obligaciones o prestaciones adicionales ni más gravosas que las que procedan legalmente en perjuicio de los propietarios afectados. La cláusula que contravenga estas reglas será nula de pleno Derecho.

2.3 Normativa de la Comunidad Valenciana.

Por último debemos reproducir diversos artículos de las normas autonómicas cuestionadas por la Comisión en el presente procedimiento. A pesar de que en muchos casos tales artículos son citados en la demanda, entendemos que resulta oportuno reproducirlos a fin de evitar que una lectura parcial lleve a conclusiones equivocadas, tal como en varias ocasiones le sucede a la institución demandante.

2.3.1 La Ley 6/1994, de 15 de noviembre, de la Generalitat, Reguladora de la Actividad Urbanística ¹⁰.

¹⁰ DOGV 2394, de 24 de noviembre de 1994, BOE 8, de 10 de enero de 1995.

El artículo 5, apartado 3, disponía que:

Los poderes públicos deben suscitar la participación de la iniciativa privada en el desarrollo urbanístico, respetando la libre concurrencia de los particulares que promuevan actuaciones con esa finalidad y fomentando, especialmente, la colaboración activa de la pequeña y mediana empresa en la gestión de la actividad urbanística.

El artículo 6, apartado 1, enunciaba las categorías de infraestructura pública que precisaba una parcela para ser considerada solar (acceso rodado, abastecimiento de agua y otras). El apartado 2 establecía que la ejecución de la actividad urbanística podía hacerse en régimen de actuaciones aisladas o integradas. El apartado 3 del mismo artículo regulaba los supuestos en que hay que proceder mediante actuaciones integradas, lo que incluía los terrenos que se pretenda urbanizar y cuya conexión a las redes de servicio exija producir dos o más solares simultáneamente o requiera ocupar un terreno de dimensión superior a determinada superficie (4 hectáreas). El apartado 5 definía la actuación aislada como aquella que tiene por objeto una sola parcela y supone su edificación, así como en su caso, la previa o simultánea urbanización precisa para convertirla en solar. Finalmente el apartado 6 regulaba los casos y supuestos en que había de procederse mediante actuación aislada o, alternativamente, integrada. Al suelo sujeto a actuación integrada también se lo denominaba «suelo urbanizable» conforme al artículo 8. (Similares disposiciones se hallan en los artículos 11, 14 y 15 de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, de la Generalitat, Urbanística Valenciana. En adelante, LUV).

El artículo 7, apartado 2 disponía que la ejecución de las actuaciones integradas es siempre pública, pudiendo ser desarrolladas por la Administración pública bien directamente o bien indirectamente mediante urbanizador designado siempre en concurso público.

El artículo 12 definía los tipos de planes urbanísticos entre los que incluía, en la letra G del artículo, el Programa de Actuación Integrada (en adelante PAI o PAIs). (Disposición equivalente al artículo 39 LUV)

El artículo 29, apartado 1 exigía la aprobación del PAI siempre con carácter previo a la urbanización del suelo urbanizable (sujeto a actuaciones integradas). Este apartado señalaba expresamente que «Los Programas planifican la realización de las actuaciones integradas». Su apartado 2 definía el objeto del PAI: «identificar el ámbito de una Actuación Integrada con expresión de las obras que se han de acometer; programar los plazos para su ejecución; establecer las bases técnicas y económicas para gestionar la Actuación; regular los compromisos y obligaciones que asume el Urbanizador designado al aprobar el Programa, definiendo, conforme a esta Ley, sus relaciones con la Administración y con los propietarios afectados; y fijar las garantías de cumplimiento y las sanciones por incumplimiento de dichas obligaciones».

El apartado 6 del mismo artículo 29 LRAU definía al urbanizador como agente público responsable de ejecutar la actuación, pudiendo ser la propia Administración (gestión directa) o un particular designado en pública competencia al aprobar el programa y según Convenio estipulado en éste (gestión indirecta). El resto del precepto regulaba sus obligaciones y relaciones con la Administración. En particular el apartado 9 decía:

Relaciones con los propietarios.

El Programa regulará las relaciones entre el Urbanizador y los propietarios afectados desarrollando las siguientes bases:

A) El Urbanizador de una Actuación Integrada debe soportar los costes de la urbanización en la medida en que le sean compensados retribuyéndole en terrenos edificables. Los costes no compensados así, le serán resarcidos en metálico por los propietarios de terrenos edificables resultantes de la Actuación.

B) Los propietarios afectados por una Actuación Integrada pueden cooperar con ella aportando su primitivo terreno sin urbanizar y recibiendo, a cambio, parcelas edificables urbanizadas. Dicha cooperación admite dos modalidades, a saber que el propietario:

1.º Contribuya proporcionadamente a las cargas de la urbanización cediendo terrenos. En este caso le corresponde recibir, libre de cargas, menor solar que en el regulado en el ordinal siguiente, constituyendo la diferencia la retribución del Urbanizador.

2.º Abone –en metálico y como retribución en favor del Urbanizador– su cuota parte de las cargas de la urbanización, garantizando esta deuda.

C) Los propietarios que expresamente declinen cooperar, por entender inconveniente o imprudente el desarrollo urbanístico de sus terrenos, pueden renunciar a ello si piden –mediante solicitud presentada en documento público antes del acuerdo aprobatorio del Programa– la expropiación y pago según su valor inicial o el que corresponda conforme a la legislación estatal a la condición de suelo urbanizable no programado. Dicho acuerdo probatorio determinará la incoación del expediente de determinación del justiprecio para la finca correspondiente.

El artículo 30 distinguía los objetivos imprescindibles y complementarios del PAI:

1. Los Programas deben siempre cubrir los siguientes objetivos imprescindibles:

A) La conexión e integración adecuadas de la nueva urbanización con las redes de infraestructuras, comunicaciones y servicios públicos existentes.

B) Suplementar las infraestructuras y espacios públicos o reservas dotacionales en lo necesario para no menguar ni desequilibrar los niveles de calidad, cantidad o capacidad de servicio existentes o deseables.

C) Urbanizar completamente la Unidad o Unidades de Ejecución que constituyan el objeto del Programa y realizar las obras públicas complementarias que se precisen para cumplir lo dispuesto en los apartados anteriores, haciendo todo ello con sujeción a plazos pormenorizados.

D) Obtención gratuita en favor de la Administración de los suelos dotacionales públicos del ámbito de la actuación.

E) Obtención gratuita en favor de la Administración actuante del aprovechamiento que exceda del 85 por 100 de aprovechamiento tipo o porcentaje que legalmente corresponda con destino al patrimonio público de suelo.

El coste de las inversiones necesarias para cumplir estos objetivos es repercutible en la propiedad del terreno.

2. El adjudicatario puede obligarse complementariamente a efectuar aportaciones al patrimonio municipal de suelo, a realizar obras distintas a las mencionadas en el número anterior, a afectar fincas a la construcción con fines sociales –superando las exigencias del Plan General o Especial– o a respetar precios máximos de venta de sus solares. Similares disposiciones se hallan en el artículo 124 LUV.

El artículo 32 regulaba el contenido del PAI diferenciando una alternativa técnica de una proposición jurídico-económica.

El artículo 45, apartado 1, disponía que los PAIs podían ser promovidos por toda persona.

El artículo 46 regulaba la tramitación del PAI. Preveía un periodo de presentación de alternativas técnicas a concurso de 20 días hábiles, sometiéndose también éstas a información pública. Un posterior periodo de 5 días hábiles para la presentación de proposiciones jurídico-económicas y una información pública complementaria de 10 días desde la apertura de las plicas que contenían dichas proposiciones.

El artículo 47 regulaba la selección del urbanizador y aprobación del programa disponiendo que ambas eran simultáneas. La Administración elegía una alternativa técnica y una de las proposiciones económicas presentadas para el desarrollo de esa alternativa técnica elegida. Era seleccionado urbanizador el proponente de la propuesta económica elegida para desarrollar la alternativa técnica elegida. Sus apartados 2 y 3 establecían los criterios de selección que debían aplicarse. Los criterios para la selección económica se referían al coste estimado de la obra de urbanización, el beneficio más proporcionado del empresario y el ofrecimiento de mejores garantías y condiciones de participación para los propietarios.

El artículo 52 disponía que los demás planes urbanísticos de desarrollo del plan general, podían ser promovidos por personas particulares pero sólo cuando competiesen por ser urbanizadores en concurso público y los presentasen como proyecto complementario a la alternativa técnica de la correspondiente propuesta de PAI.

El artículo 66, apartado 1 decía:

El Urbanizador será retribuido según dispone el artículo 29.9 y el propietario afectado por la Actuación puede cooperar con él conforme a dicho precepto. Las relaciones entre ambos se articularán preferentemente en los términos que libremente convengan, siempre que respeten la ordenación urbanística y la Programación aprobada.

El apartado 2 del mismo artículo 66 encomendaba al urbanizador someter a aprobación administrativa proyectos de urbanización, presupuestos de cargas de urbanización y, a falta de acuerdo con los afectados, uno o varios proyectos de reparcelación forzosa dentro del ámbito de actuación, con derecho a ser oído antes de que la Administración resolviese sobre la aprobación de dichos proyectos. Los apartados 3 a 5 regulaban las garantías que había de prestar el urbanizador para asegurar sus obligaciones. El apartado 6 establecía:

El Urbanizador será responsable de los daños causados a los propietarios o a otras personas como consecuencia de su actividad o por falta de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones, salvo cuando aquéllos tuvieran su origen en una orden directa de la administración actuante o en el cumplimiento de una condición impuesta por ella.

Los artículos 68 a 70 LRAU regulaban la reparcelación.

2.3.2 La Ley 16/2005, de 30 de diciembre, de la Generalitat, Urbanística Valenciana¹¹.

En cuanto a los preceptos de la LUV que interesan a los efectos del presente procedimiento, además de los ya citados que contienen una regulación equivalente a la que establecía la LRAU, debemos comenzar por mencionar el artículo 4, que se refiere a los objetivos y finalidades de la actividad urbanística, disponiendo que:

Artículo 4. Objetivos y finalidades de la actividad administrativa en el urbanismo.

La actividad urbanística, en todos los aspectos señalados en el artículo anterior, tiene los siguientes objetivos y finalidades:

a) Definir el régimen urbanístico del suelo, dentro del marco regulador del derecho estatal, con el fin de garantizar el cumplimiento de los derechos y deberes de la propiedad de los terrenos de acuerdo con la clasi-

¹¹ DOGV 5167, de 31 de diciembre de 2005, BOE, 44, de 21 de febrero de 2006.

31/08 ficación urbanística que tengan y su función social, de conformidad con el artículo 33 de la Constitución.

b) Fomentar la iniciativa privada y la libertad de empresa en el ámbito de la promoción urbanística y la edificación, dentro del marco definido por los poderes públicos al ordenar la economía general y la planificación, en garantía del derecho reconocido en el artículo 38 de la Constitución [...]

f) Equidistribuir los beneficios y cargas de la actividad urbanística, de manera que todos los interesados obtengan y soporten la parte que les corresponda, asegurando de manera especial la participación de la comunidad en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos, en cumplimiento del artículo 47, segundo párrafo, de la Constitución.

El artículo 22 regula los derechos de los propietarios de suelo urbanizable, disponiendo:

Artículo 22. Derechos de los propietarios de suelo urbanizable.

1. Los particulares que sean designados como Urbanizador del correspondiente Programa, en selección sujeta a publicidad y libre concurrencia, son titulares de la facultad de promover la transformación urbanística del suelo urbanizable. Dicha facultad se ejerce mediante la formulación y ejecución de Programas de Actuación Integrada.

2. La ley reconoce la iniciativa particular en régimen de libertad de empresa para promover dicha transformación urbanística. La prelación de la iniciativa pública y de la gestión directa de los Programas podrá ser acordada en atención a las circunstancias concretas de la actuación, mediante decisión motivada. Serán nulos los actos o disposiciones que excluyan permanentemente o sin plazo justificado la iniciativa privada en la programación del suelo urbanizable.

3. La aprobación y vigencia de un Programa de Actuación Integrada, así como la consiguiente designación de un Urbanizador que garantice su gestión en las condiciones y plazos establecidas por aquél, es condición necesaria para la transformación urbanística del suelo urbanizable y para el ejercicio de los derechos dimanantes de la misma.

4. En tanto no se apruebe y adjudique el correspondiente Programa, los propietarios de suelo tienen derecho a usar y disfrutar de los terrenos de su propiedad conforme a la naturaleza rústica de los mismos, con el régimen establecido en el artículo 16 para el suelo urbanizable.

El artículo 23 recoge los deberes de los propietarios de suelo urbanizable, en términos análogos al artículo 16 TRLS. El párrafo primero del artículo 23 LUV comienza señalando: «La transformación del suelo clasificado como urbanizable comportará los deberes de cesión, de equidistribución, así como de costear la urbanización que prescribe la legislación estatal, que, con carácter previo o simultáneo a la edificación, se concretarán en los siguientes:»

Al igual que sucedía en la LRAU, también la LUV menciona, en el artículo 39, a los PAIs entre los instrumentos de planeamiento urbanístico. Por su parte, el artículo 117 se refiere al objeto de los PAIs. De acuerdo con este precepto:

Artículo 117. Objeto, ámbito y oportunidad de la formulación de los Programas para el desarrollo de Actuaciones Integradas.

1. Los Programas para el desarrollo de Actuaciones Integradas tienen por objeto:

a) Identificar el ámbito de una Actuación Integrada con expresión de las obras que se han de acometer.

b) Programar los plazos para su ejecución.

c) Establecer las bases técnicas y económicas para gestionar la Actuación.

d) Regular los compromisos y obligaciones que asume el Urbanizador designado al aprobar el Programa, definiendo, conforme a esta Ley, sus relaciones con la administración y con los propietarios afectados.

e) Fijar las garantías de su cumplimiento.

[...]

4. La ejecución de las actuaciones integradas es siempre pública, correspondiendo a la administración decidir su gestión directa o indirecta. [...] La gestión es indirecta cuando la administración decide cometer la actuación a cargo de la financiación comprometida por un tercero y delega la condición de urbanizador adjudicándola a favor de una iniciativa seleccionada de conformidad con el procedimiento establecido en la presente Ley.

5. La gestión indirecta de los programas de actuación integrada implicará necesariamente la previa selección de una propuesta de programa formulada por un particular legitimado para eso así como la posterior adjudicación a un empresario constructor de la ejecución de las obras de urbanización correspondientes a la actuación integrada.

Con el fin de garantizar el pleno respeto a los principios que informen la normativa europea y estatal en materia de contratación pública, quien sea seleccionado como urbanizador no podrá, en ningún caso, participar como licitador en los procedimientos de selección del empresario constructor del programa de actuación integrada de que se trate.

El artículo 119 define la figura del urbanizador, mientras que el artículo 120 se refiere al empresario constructor, lo cual supone que en el régimen establecido por la LUV no puede en ningún momento identificarse ambas figuras. Además, la regulación del empresario constructor impone que la relación que media entre el mismo y el urbanizador debe respetar de la forma más absoluta la normativa nacional y comunitaria en materia de contratación pública. De acuerdo con estos preceptos:

1. El Urbanizador es el agente público responsable del desarrollo y ejecución de las actuaciones urbanísticas señaladas en la presente Ley, que comprenderán en todo caso la de redactar los documentos técnicos que se establezcan en las bases, proponer y gestionar el correspondiente proyecto de reparcelación y contratar al empresario constructor encargado de la ejecución del proyecto de urbanización, en los supuestos y conforme a las condiciones establecidas en esta Ley. El urbanizador está obligado a financiar el coste de las inversiones, obras, instalaciones y compensaciones necesarias para la ejecución del programa, que deberá ser garantizado en forma y proporción suficientes, pudiendo repercutir dicho coste en la propiedad de los solares resultantes.[...]

Artículo 120. El empresario constructor.

1. El empresario constructor será responsable de ejecutar el proyecto de urbanización aprobado por la administración.

2. El empresario constructor será seleccionado mediante concurso o subasta, de conformidad con los que disponen los artículos 82 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. La capacidad del empresario constructor, incluyendo los requisitos de solvencia económica y financiera, técnica y profesional, prohibiciones de contratar y clasificación necesaria se registrarán por lo que establece el mismo cuerpo legal.

3. Con el fin de garantizar el pleno respeto a los principios que informen la normativa europea y estatal en materia de contratación pública, en ningún caso los que hayan participado en la investigación, la experimentación, el estudio o el desarrollo de algún instrumento que afecte la ordenación del ámbito cuyas obras de urbanización se liciten, podrá participar en los correspondientes procedimientos de selección del empresario constructor.

4. Tampoco podrá participar en la licitación de las obras de urbanización de un concreto programa de actuación integrada su propio urbanizador o una empresas vinculada al mismo en los términos establecidos en el artículo 234 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

5. Cuando por aplicación de lo que disponen los dos apartados anteriores se inicie un procedimiento para la exclusión de un licitador, el ayuntamiento tendrá que dar audiencia al interesado en los plazos y forma que reglamentariamente se establezcan, concediéndole la posibilidad de demostrar que, en las circunstancias del caso concreto, la experiencia adquirida por tal licitador no ha podido falsear la competencia o infringir de otra manera los principios que informen la normativa europea y estatal

en materia de contratación pública o que no es empresa vinculada al urbanizador.

6. No será preceptiva la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores cuando el presupuesto de ejecución de las obras de urbanización, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, no supere los 5.278.000 €, sin que pueda fraccionarse el contrato con objeto de disminuir su cuantía y eludir así lo dispuesto en los apartados anteriores, de conformidad con lo establecido en el artículo 68.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. En tal caso, las obras serán ejecutadas por el urbanizador, por sí a través de contratistas de su elección. [...].

El artículo 124 se refiere a los objetos del PAI, diferenciando entre los que son imprescindibles y los meramente complementarios en términos análogos al artículo 30 LRAU antes referido.

Los artículos 125 y 127 se refieren a dos de los documentos integrantes de los PAIs, la alternativa técnica y la proposición jurídico-económica en términos análogos al 32 LRAU. Según estos preceptos:

Artículo 125. Documentación integrante de los Programas para el desarrollo de Actuaciones Integradas. [...]

2. La alternativa técnica es el documento que identifica el ámbito de suelo objeto de transformación, establece si procede la ordenación detallada o estructural a desarrollar mediante el programa y incluye el proyecto de urbanización así como su correcta integración en la ciudad o el territorio.

Artículo 127. Contenido de la Proposición Jurídico-económica [...]

2. La proposición jurídico-económica incluirá la documentación necesaria para determinar con claridad las magnitudes económicas del programa, diferenciando los siguientes aspectos: [...]

f) Coeficiente de canje: parte alícuota del aprovechamiento objetivo, expresada en tanto por uno, que corresponde al urbanizador en concepto de retribución en suelo por las cargas de urbanización, aplicable respecto a los propietarios acogidos a dicha modalidad de retribución.

El artículo 135 fija los criterios para la adjudicación de los PAIs:

4. Los criterios de adjudicación relativos a la proposición jurídico-económica valorarán, entre otros, los siguientes aspectos.

a) Importe de las cargas de urbanización, expresado en euros por metro cuadrado de edificabilidad.

b) Coeficiente de cambio a efectos de pago en terrenos especificado en el artículo 127.2.f).

c) Menor proporción de solares o aprovechamientos que deban ser puestos a disposición del urbanización por medio de reparcelación forzosa

31/08 como retribución a cuenta de terceros con los que no tenga contrato suficiente, y mayor proporción de terrenos propios o de asociados que deban quedar afectos con garantía real inscrita en el Registro de la Propiedad al cumplimiento de las obligaciones especiales de edificación derivadas de la aprobación del programa.

El artículo 159 consagra el principio de ejecución del PAI a riesgo y ventura del urbanizador:

Artículo 159. Principio de riesgo y ventura.

La ejecución del programa de actuación integrada se realizará a riesgo y ventura del urbanizador, sin perjuicio de lo que dispone el artículo 168 para la retasación de cargas

El artículo 160 regula la licitación de las obras de urbanización:

Artículo 160. Licitación de las obras de urbanización

El empresario constructor será seleccionado conforme a lo que se establece en el artículo 120 de la presente Ley.

Los costes que por la obra de urbanización se giren mediante cuotas de urbanización a los propietarios, se ajustarán a los que resulten de la liquidación real del contrato, ejecutándose en régimen de transparencia contable, lo que tendrá que ser fiscalizado por la administración actuante en los términos que se determinen reglamentariamente.

La selección del empresario constructor corresponde al urbanizador, habiendo de realizarse bajo fe pública notarial, al menos, la presentación de las ofertas, la apertura pública de las pliegos y la garantía de la integridad de la documentación presentada por los licitadores.

El pliego de cláusulas particulares y de prescripciones técnicas que hayan de regir el concurso de selección del empresario constructor serán comunicadas por el urbanizador al ayuntamiento, el cual las ratificará o rectificará, con audiencia previa sucinta del urbanizador en caso de rectificación, en un plazo máximo de 15 días. Transcurrido el plazo sin que el ayuntamiento se haya pronunciado expresamente se entenderá ratificada la propuesta. El ayuntamiento sólo podrá rectificar la propuesta del urbanizador por disconformidad de la misma con disposiciones legales o reglamentarias.

La resolución del ayuntamiento a que hace referencia el apartado anterior es inmediatamente ejecutiva y pone fin a la vía administrativa, y su incumplimiento por el urbanizador es causa de resolución del contrato para el desarrollo y ejecución del programa, con confiscación de la garantía definitiva.

Una vez tramitado el procedimiento para la selección del empresario constructor por el urbanizador, y con carácter inmediatamente anterior a la adjudicación, el urbanizador comunicará la propuesta de adjudicación al ayuntamiento, que la ratificará o rectificará, con audiencia previa sucinta

del urbanizador y de los licitadores en caso de rectificación, en un plazo máximo de 15 días. Transcurrido el plazo sin que el ayuntamiento se haya pronunciado expresamente se entenderá ratificada la propuesta. El ayuntamiento sólo podrá rectificar la propuesta del urbanizador por disconformidad de la misma con disposiciones legales o reglamentarias aplicables o con el pliego de cláusulas particulares o de prescripciones técnicas.

La resolución del ayuntamiento a que hace referencia el apartado anterior es inmediatamente ejecutiva y pone fin a la vía administrativa y su incumplimiento por el urbanizador es causa de resolución del contrato para el desarrollo y ejecución del programa, con confiscación de la garantía definitiva. [...]

El artículo 162 regula las formas de participación del propietario en la urbanización, regulando, en particular, las diferentes modalidades de compensación al urbanizador de las cargas de urbanización por las que pueden optar los propietarios en términos análogos al artículo 29, apartado 9, LRAU antes transcrito.

El artículo 165 fija los derechos y garantías que asisten a los propietarios en el proceso urbanizador:

Artículo 165. Derechos y garantías de los propietarios.

1. Los propietarios tendrán derecho a recibir, en todo momento, información debidamente documentada respecto a los costes de urbanización que hayan de asumir. Podrán, asimismo y para la mejor ejecución de tal programa, someter a consideración de la administración actuante sugerencias y enmiendas para la elaboración, corrección o modificación de los proyectos y presupuestos expresados en el apartado 1.a) del artículo 163, siempre que las pongan también en conocimiento del urbanizador.

2. El propietario que contribuya a las cargas de la urbanización podrá exigir que el urbanizador la ejecute con la diligencia de un buen empresario y que la administración actuante tutele la actuación en los términos previstos por la Ley.

3. El derecho de los propietarios afectados por la actuación se determinará en función de su aprovechamiento subjetivo.

4. Cuando el programa se desarrolle por gestión directa de la administración, ésta puede optar por la expropiación forzosa, pudiendo aplicar cualquier forma de pago del precio justo de las previstas en la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 y en la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones.

5. Cuando se den las circunstancias previstas en el capítulo III del título I, los propietarios tendrán los derechos que en el mismo se regulen.

6. Cuando el precio con el que se adjudique el contrato al empresario constructor sea inferior al presupuesto en el programa y la baja supere un margen del 10 por 100, se suspenderá el cobro a los propietarios de cuotas

31/08 de urbanización en cuanto al exceso presupuestado, a reserva de liquidación definitiva. Si esta confirmara un coste real inferior al presupuestado en el programa, los propietarios que retribuyeron en terreno tendrán derecho a la devolución del exceso, en forma de compensación dineraria.

Finalmente debemos tener en cuenta también ciertas disposiciones de derecho transitorio establecidas en la Disposición transitoria Primera de la LUV, y en la Disposiciones transitorias Tercera y Cuarta del Decreto 67/2006, de 19 de mayo, del Consell de la Generalitat, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Gestión Territorial y Urbanística ¹² (en adelante, ROGTU). Estas disposiciones se encuentran transcritas en la demanda presentada por la Comisión.

3. Sobre los incumplimientos imputados.

El Reino de España analizará en primer lugar la cuestión de la inadmisibilidad parcial de la demanda interpuesta por la Comisión, por lo que se refiere a la infracción de la Directiva 93/37 por la LRAU. A continuación se analizará la cuestión de la aplicabilidad de las Directivas comunitarias en materia de contratación pública como parámetro de legalidad comunitaria de las disposiciones nacionales en materia de urbanismo, aunque previamente se realizará una exposición de los elementos fundamentales de la regulación del Derecho urbanístico en España, cuya comprensión resulta indispensable para llegar a entender en su integridad nuestra argumentación en dicha cuestión. En último término se analizará el cumplimiento de los principios del Derecho comunitario en materia de contratación pública y los supuestos incumplimientos concretos de las directivas comunitarias que la Comisión imputa al Reino de España.

En cualquier caso debemos anticipar al Tribunal que en el presente caso resulta complicado utilizar argumentos que no hayan sido ya alegados y debidamente explicados en los diversos escritos intercambiados con la Comisión durante toda la fase administrativa previa. De esta forma en el presente escrito expondremos de forma sucinta tales argumentos, los cuáles pueden ser comprendidos en mayor medida mediante la lectura de las respuestas de las autoridades españolas a las cartas de emplazamiento y dictámenes motivados remitidos por la Comisión. Y ello a pesar de que los mismos hayan sido reiteradamente desconocidos por la institución comunitaria, como manifestación de la desigual actitud seguida por ambas partes en dicho procedimiento administrativo.

El Reino de España ha sostenido durante toda la fase administrativa previa que el PAI no constituye contrato de obra pública en el sentido de las Directivas 93/37 y 2004/18. Su postura invariable es que la relación jurídica existente entre la Administración y el agente urbanizador no es un contrato a efectos de dichas Directivas por no mediar contrapartida a cargo o cuenta de la Administración. Por tanto, las afirmaciones vertidas en la

¹² DOGV 5264 bis, de 23 de mayo de 2006.

demanda sobre un supuesto reconocimiento por el demandado del incumplimiento no se ajustan a los antecedentes, ya que el Reino de España nunca ha admitido, sino negado, que el PAI¹³ sea un contrato de obra pública tal y como lo definen las Directivas citadas.

Por otra parte, durante la fase administrativa previa, el Reino de España se ha avenido al diálogo constructivo con la Comisión y aceptado algunas sugerencias de ella, sin limitarlo por cuestiones de principio, por entender prioritario el clima de cooperación institucional frente al debate jurídico sobre la distribución de competencias. Sin embargo debemos negar categóricamente la afirmación que la Comisión realiza en el apartado 37 de la demanda, en el sentido de que la sustitución de la LRAU por la LUV sea «consecuencia directa del procedimiento de infracción»¹⁴. El Proyecto de Ley (LUV) ya existía antes de la Carta de emplazamiento de 16 de marzo de 2005 como acreditan los antecedentes citados en el Anejo A-2, página 81 de la demanda.

Ello no obstante, es cierto que la regulación de la LUV sobre diversos procedimientos urbanísticos coincide con fórmulas procedimentales de la Directiva 2004/18. Pero ello no obedece de ninguna manera a la aceptación de que dicha Directiva sea aplicable al proceso urbanístico, sino únicamente a la voluntad del Estado miembro, en ejercicio de sus competencias propias, de mejorar su derecho urbanístico interno con técnicas de utilidad contrastada y de simplificar su ordenamiento jurídico, llegando incluso a asimilar trámites diseñados para actuaciones de finalidad diversa.

Frente a dicha actitud de leal cooperación, la Comisión se ha mostrado absolutamente reacia a admitir cualquiera de las alegaciones formuladas por las autoridades españolas, limitándose en muchos casos a reiterar sus argumentos en los diferentes escritos, sin aludir siquiera a las alegaciones españolas en sentido contrario; y concediendo en algunos casos plazos anormalmente reducidos para que las autoridades españolas formularan sus respuestas, para posteriormente demorarse también de forma anormal en la lógica tramitación del procedimiento (plazo de tres semanas, dos de ellas en periodo navideño, para contestar al dictamen motivado de 15 de diciembre de 2005, para posteriormente dejar transcurrir más de un año desde la Decisión de interposición de la demanda hasta la presentación de la misma ante el Tribunal).

3.1 Inadmisibilidad parcial de la demanda.

En el encabezamiento y el suplico de su escrito de demanda, la Comisión fija el objeto del presente procedimiento en la declaración de dos

¹³ Así se desprende de reiteradas afirmaciones en los escritos remitidos por las autoridades españolas a la Comisión durante la fase administrativa previa, como, por ejemplo, en el punto cuarto de la contestación a la carta de emplazamiento (Anejo A-2, página 84 de la demanda), en la contestación al dictamen motivado (Anejo A-4, página 139 de la demanda), en la contestación a la carta de emplazamiento complementaria (Anejo A-6, página 386 de la demanda), o en la contestación al dictamen motivado complementario (Anejo A-9, páginas 870 y siguientes de la demanda).

¹⁴ Apto. 37 de la demanda.

31/08 incumplimientos. En primer lugar, de acuerdo con la institución, existiría un incumplimiento de la Directiva 93/37 por la LRAU. En segundo lugar, un incumplimiento de la Directiva 2004/18 por la LUV. Es decir, la Comisión en ningún momento ha imputado al Reino de España el incumplimiento por la LRAU de la Directiva 2004/18, que es la normativa comunitaria en materia de adjudicación de contratos públicos de obra en vigor desde hace más de dos años y medio.

De hecho, en el momento en que la Comisión remitió su primera carta de emplazamiento (21 de marzo de 2005) había sido ya publicada y entrado en vigor la Directiva 2004/18, que derogó la Directiva 93/37, de forma que cuando posteriormente se remitió el primer dictamen motivado (15 de diciembre de 2005) estaba ya a punto de vencer incluso el plazo de transposición de la Directiva 2004/18 al derecho interno (31 de enero de 2006).

Todo ello sin que el Reino de España ignore que hasta la referida fecha de transposición se mantuvo la vigencia de la Directiva 93/37, conforme al artículo 82 de la Directiva 2004/18. Sin embargo consideramos que resulta absolutamente censurable que la Comisión exigiese una adaptación de la LRAU a una Directiva derogada, a seis semanas de que perdiera definitivamente su vigencia, en vez de referirse a la que estaba pendiente de transposición.

Si la Comisión entendía que la LRAU era incompatible con la Directiva 93/37 dispuso de una década para denunciarlo antes de promulgarse la nueva Directiva 2004/18. No lo hizo pese a que la norma valenciana le era conocida, como admite en el apartado 16 de la demanda. Durante esa década, la Comisión requirió al Reino de España diversas adaptaciones de su legislación nacional a la Directiva 93/37, lo que dio lugar a los Asuntos C-84/03 y C-283/00 ante este Tribunal, los cuales no se refirieron a la LRAU.

Pese a haber dispuesto de más de diez años, la tardanza de la Comisión en actuar frente al teórico incumplimiento por parte de la LRAU ha sido tal que la institución se vio forzada, en la tramitación de la fase administrativa previa a este recurso, a acortar el plazo que ordinariamente concede para contestar a los Estados miembros para cumplir con el dictamen motivado, otorgando sólo tres semanas, a pesar de lo cual el mencionado plazo finalizó tan sólo veinticinco días antes de la fecha de derogación efectiva de la Directiva 93/37.

La Comisión trata de soslayar la inadmisibilidad de la demanda respecto a la LRAU con una larga disertación sobre las Disposiciones transitorias de la LUV en los apartados 45 a 50 de su escrito, argumentado que en ellas se «alarga» artificialmente la vigencia de la LRAU, y señalando en el apartado 112 que dicho incumplimiento no dejó de tener relevancia práctica desde el momento en que dicha ley fue sustituida por la LUV, el 1 de febrero de 2006, ya que en virtud de las disposiciones transitorias de la LUV y del ROGTU «la LRAU se sigue aplicando a todos los contratos adjudicados por los Ayuntamientos, expresa o tácitamente, antes de su

derogación». Además, posiblemente por advertir la debilidad de su argumento, la Comisión recuerda la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que entiende que la Comisión puede dirigirse a éste para que se declare el incumplimiento sin necesidad de demostrar un interés particular, e igualmente a efectos de que se establezca la responsabilidad de dicho Estado frente a terceros.

Comenzando por la última de las alegaciones de la Comisión, debemos señalar que la jurisprudencia del Tribunal a la que se alude se ha sentado en casos en los cuales el Estado miembro cumple con las obligaciones derivadas del Derecho comunitario, o deroga la normativa que las incumplía, con posterioridad a la interposición de la demanda. Es en estos casos en los que el Tribunal ha reconocido la existencia de un interés en la continuación del procedimiento basado en la determinación de la responsabilidad del Estado miembro. Extender dicha jurisprudencia a un caso como el que nos ocupa, en el que la normativa nacional y comunitaria invocadas fueron derogadas más de dos años antes de la interposición de la demanda, llevaría a la conclusión de desvirtuar el objeto del recurso de incumplimiento, que de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia no es el servir de base a las eventuales reclamaciones de responsabilidad, sino únicamente el de que se declare que el Estado interesado ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado y que no ha puesto fin a este incumplimiento dentro del plazo señalado al efecto en el dictamen motivado de la Comisión¹⁵.

Es igualmente inadmisibles la consideración que introduce la Comisión en el apartado 43 de la demanda en el sentido de que las autoridades españolas debieron rescindir los PAIs adjudicados conforme a la LRAU que todavía no se habían ejecutado y podían razonablemente cancelarse una vez terminado el plazo concedido en el primer dictamen motivado. En efecto, la Comisión atenta claramente contra la seguridad jurídica, ya que no especifica a qué programas se refiere, ni su nombre, fecha, adjudicatario o cuantía, ni justifica las concretas disposiciones infringidas en cada caso y, más aún, matiza su afirmación de forma absolutamente imprecisa al entender que sólo debían revocarse aquéllos que pudieran «razonablemente cancelarse».

Por otra parte, tampoco podemos admitir la interpretación dada por la Comisión a las disposiciones transitorias de la LUV y el ROGTU como justificación de la admisibilidad de la pretensión, ya que no responden en absoluto a la literalidad de los preceptos que examina.

Tal como las autoridades españolas explicaron detenidamente en las contestaciones al dictamen motivado y al dictamen motivado complementario, la LRAU dejó de aplicarse al entrar en vigor la LUV, cuya Disposi-

¹⁵ Vid., entre otras SSTJ de 13 de diciembre de 1990, Comisión/Grecia, C-347/88, Rec. p. I-4747, apartado 40; y de 8 de septiembre de 2005, Comisión / España, C-121/03, Rec. p. I-7569, apartado 82.

31/08 ción transitoria Primera prohíbe adjudicar nuevos programas conforme a la ley anterior y sólo permite culminar la tramitación de los previamente adjudicados de modo expreso o tácito.

Si el precepto dice «aprobación municipal» en vez de «adjudicación» es únicamente porque conforme al artículo 47 LRAU el acto de aprobación municipal determina la adjudicación, sin que los trámites ulteriores cuya prosecución está permitiendo (firmas, publicación y, en su caso, conformidad del gobierno regional respecto a planes urbanísticos adjuntos al programa) puedan legalmente cuestionar dicha adjudicación previa. Y si el precepto también respeta la vigencia de programas respecto a los que «haya vencido el plazo máximo para emitir resolución expresa» es porque el artículo 47, apartado 8, LRAU declara que, en tal caso, el programa debe entenderse adjudicado al único concursante en competencia y sin oposición. Así pues, sólo cabe entender que lo que la Disposición transitoria Primera LUV, y las disposiciones correspondientes del ROGTU, permiten es únicamente concluir la formalización de programas ya adjudicados, exigiendo, además, que dichos programas, anteriores a la LUV, se ajusten a ésta en los procedimientos pendientes de tramitación (aquellos que aún no hayan concluido el periodo de información pública). Ello implica que sus urbanizadores, designados según la LRAU, han de adjudicar a tercero los contratos de obras en concurso público abierto y adjudicado conforme a la Directiva 2004/18¹⁶.

En cualquier caso, y aun en el supuesto de que el Tribunal de Justicia admitiese que fuese cierta la conclusión de la Comisión y la LRAU continuase siendo aplicada en la actualidad, cosa que nosotros negamos categóricamente, ello no podría tampoco servir de fundamento a la admisibilidad de la pretensión formulada por la Comisión. En efecto, no puede afirmarse en ningún caso que la aplicación actual de la LRAU sea constitutiva de un incumplimiento de la Directiva 93/37, ya que la misma fue derogada hace más de dos años y medio, sino que tal situación constituiría en todo caso un incumplimiento de la normativa actualmente en vigor, es decir, la Directiva 2004/18, y debería haber sido, por tanto, objeto de la carta de emplazamiento y el dictamen motivado complementarios.

Finalmente la Comisión alude, en los apartados 38, 44 y 114 de la demanda a la aprobación de un número importante de PAIs de acuerdo con la LRAU durante el plazo de *vacatio legis* de la LUV, sin mayor prueba al respecto que las informaciones de que dispone. A este respecto debemos señalar en primer lugar que el plazo de *vacatio legis* de la LUV fue de treinta días, es decir, tan sólo diez días más del plazo ordinario previsto en el Código Civil español y en el propio artículo 254 CE, y mucho más breve que el de otras disposiciones legislativas de una complejidad técnica tan importante como la LUV. En segundo lugar, entendemos irrelevante el

¹⁶ Exigencia que se deriva de los artículos 117, apartado 5, 120, apartado 2, 160 y 165, apartado 6, LUV, y de la Disposición transitoria Cuarta ROGTU.

número de PAIs que, según ciertas noticias de prensa sensacionalista, se adjudicasen o no durante dicho plazo. No nos consta que ninguno pudiera aprobarse en esas circunstancias cumpliendo los plazos y trámites preceptivos durante un término tan breve, por lo que parecen improcedentes, incluso a los fines pretendidos por la demanda, las afirmaciones, a nuestro entender muy inexactas, que en ella se vierten a este respecto.

3.2 Inaplicabilidad de las Directivas en materia de contratación pública.

Tal como refleja la Comisión en diversos puntos de su demanda, la cuestión clave de la discrepancia entre la institución comunitaria y las autoridades españolas a lo largo del procedimiento administrativo previo ha sido la de si las Directivas comunitarias en materia de contratación son aplicables a los procedimientos de adjudicación de los PAIs, tal como defiende la Comisión, o sí, por el contrario, dichas directivas no son aplicables por no encontrarnos ante un contrato público en el sentido definido en las mismas, tal como defiende el Reino de España.

A nuestro juicio, la cabal comprensión de nuestras alegaciones exige partir de una exposición previa del régimen de la propiedad urbana en España, y del ordenamiento urbanístico existente en nuestro país como resultado de dicho régimen particular. De hecho entendemos que la controversia que ha dado lugar a este procedimiento tiene su origen en una interpretación absolutamente equivocada por parte de la Comisión del sistema legal que denuncia.

A continuación se expondrán los tres motivos esenciales por los que el Reino de España considera que las Directivas comunitarias en materia de contratación pública no resultan aplicables a la relación que media entre la Administración y el agente urbanizador a consecuencia de la adjudicación de un PAI. Tales motivos pueden resumirse en: i) la inexistencia de relación onerosa a cargo de la Administración, ii) la consideración de tal relación como concesión de servicios y iii) el resultado contrario al efecto útil de las Directivas que se derivaría de su aplicación a estos casos.

3.2.1 El régimen legal del urbanismo en España.

A. La regulación constitucional: función social de la propiedad privada y distribución de competencias.

La Constitución española reconoce el derecho de propiedad privada en su artículo 33, si bien, en su apartado segundo introdujo, como importante novedad en nuestro ordenamiento jurídico, el concepto de función social de la propiedad como elemento delimitador de su contenido, de acuerdo con las leyes. Uno de los ámbitos en los que mejor se aprecia ese nuevo concepto de la propiedad, delimitado por la función social de la misma, es precisamente el del urbanismo, ya que la propiedad urbana no se configura en nuestro ordenamiento como un derecho ilimitado de su titular, sino que está sujeto a una serie de importantes condicionantes a la hora de permitir que el propietario pueda ejercitar algunas de las facultades

31/08 des que en principio pudiera considerarse que se integran en su derecho de propiedad, como por ejemplo la facultad de edificación de su parcela. En este sentido, el artículo 4 LUV, letra a) establece como primer objetivo y finalidad de la actividad administrativa en el urbanismo «Definir el régimen urbanístico del suelo, dentro del marco regulador del derecho estatal, con el fin de garantizar el cumplimiento de los derechos y deberes de la propiedad de los terrenos de acuerdo con la clasificación urbanística que tengan y su función social, de conformidad con el artículo 33 de la Constitución»¹⁷.

Por otra parte, la propia Constitución configura en su artículo 47 la regulación del uso del suelo de acuerdo con el interés general como un deber que pesa sobre los poderes públicos. Junto a ello, establece un peculiar principio constitucional como lo es el mandato obligatorio de rescate de plusvalías urbanísticas. Según este principio constitucional las plusvalías, o incremento en el valor de los terrenos derivado de la transformación urbanística de ellos, han de revertir en la comunidad. La urbanización debe comportar, por disposición constitucional, un efecto patrimonial de saldo neto positivo para los entes públicos, con íntegra financiación privada de las obras de urbanización y de los suelos subyacentes a ellas e, incluso, de otros suelos que también han de ser transmitidos a la Administración¹⁸ con fines sociales¹⁹ sin coste para el erario público.

Además, la Constitución española establece un sistema de reparto de competencias en materia urbanística que, si bien no puede afectar, evidentemente, al cumplimiento íntegro por el Reino de España de las obligaciones derivadas del Derecho comunitario, sí debe tenerse en cuenta a la hora de analizar la normativa autonómica valenciana que se cuestiona en el presente procedimiento, ya que las inexactitudes sobre el contenido de la LRAU y la LUV presentes en la demanda se deben en muchos casos a que se centra en aspectos parciales del sistema legal regional de urbanismo sin relacionarlo suficiente y globalmente con las leyes nacionales reguladoras del derecho de propiedad.

Por lo tanto, la completa comprensión del régimen urbanístico de cualquier Comunidad Autónoma española exige no sólo atender a sus leyes particulares en la materia, aprobadas sobre la base del título competencial que les atribuye el artículo 148, apartado 1, número 3.º de la Constitución, sino que habrá de atenderse igualmente a lo dispuesto en la normativa dictada por el Estado, de conformidad con la competencia exclusiva que le atribuye el artículo 149, apartado 1, número 1.º de la misma. Así pues, la lectura aislada de la norma regional puede confundir si no se relaciona con la correspondiente norma nacional, sobre todo si se limita a párrafos entresacados de textos más amplios.

¹⁷ El subrayado es nuestro.

¹⁸ Conforme a la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo.

¹⁹ Entre un 5 y un 15 por ciento de la totalidad de los derechos de edificación, según el TRLS.

B. Actuaciones urbanísticas: reparcelación y derechos de los propietarios.

La tradición del sistema normativo urbanístico español, que se mantiene en el Reino de España sin variación desde la Ley estatal de 12 de mayo de 1956 sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, se asienta sobre una serie de principios que parten de la publicación de la entera ordenación urbanística y su ejecución, principios mantenidos por todas y cada una de las leyes urbanísticas dictadas por las Comunidades Autónomas. Conforme a estos principios, el Derecho español reconoce a los propietarios del suelo el derecho a edificarlo, aunque el ejercicio de tal derecho está sujeto a dos condiciones: i) El respeto de las limitaciones que a dicha edificabilidad se impongan por los planes de urbanismo que resulten aplicables, lo cuáles tienen la consideración jurídica de reglamentos a efectos del ordenamiento español; y ii) que el propietario del terreno sufrague las infraestructuras públicas de urbanización, cediendo gratuitamente al Ayuntamiento los terrenos necesarios para su implantación.

En algunos casos, la actuación urbanística es «aislada», es decir, tiene por objeto una sola parcela y supone su edificación, a la cual precederá, o como mínimo se simultaneará con ella, la ejecución de la urbanización precisa para convertirla en solar (es decir, parcela de terreno finalista con destino a la edificación) y conectarla con las redes de infraestructuras y servicios inmediatas y preexistentes²⁰.

Sin embargo, en los casos en que la ordenación urbanística demande una transformación urbana que afecte a dos o más parcelas o se requiera producir dos o más solares simultáneamente, la actuación es «integrada»²¹. En estos casos, el Ayuntamiento ordenará la ejecución de tal infraestructura mediante la aprobación del correspondiente PAI. La consecuencia fundamental es la de que se procederá al reparto equitativo de costes y beneficios de la transformación urbanística entre todos los propietarios, mediante la figura de la «reparcelación».

En la reparcelación cada propietario realiza una aportación inicial de terrenos (en este caso rústicos o sin urbanización) con el objeto de recibir, cuando finalice el proceso de subdivisión de los lotes de propiedad y la transformación urbanística de los mismos, un solar nuevo, ya directamente edificable. De ahí la que la forma y localización del solar recibido raramente coincide con el terreno aportado. Los terrenos previstos en el plan urbanístico para la implantación de infraestructura común o equipamiento colectivo son entregados gratuitamente a la Administración y el coste de la obra pública de urbanización se distribuye a prorrata entre los solares finales en proporción al valor estimado de sus respectivos derechos de edificación asignados. Esta distribución equitativa entre los propietarios de los beneficios (los solares resultantes y sus correspondientes derechos de edi-

²⁰ Artículos 6, apartado 2, LRAU y 15 LUV.

²¹ Artículos 6, apartado 3, LRAU y 15 LUV.

31/08 ficación y usos) y de las cargas (costeamiento de las obras de urbanización y cesión gratuita a la Administración de infraestructuras, terrenos y aprovechamientos) resultantes de la actuación urbanística integrada es la verdadera esencia del urbanismo español y el propio contenido de la propiedad inmobiliaria en este Estado miembro.

La Administración dirige, supervisa y controla el correcto desarrollo del proceso urbanizador, recibiendo gratuitamente las obras de urbanización, como consecuencia del levantamiento de las cargas inherentes a la propiedad del suelo, y como manifestación de la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la actuación urbanística.

Aplicando estos elementos propios del derecho urbanístico español a la figura de los PAIs, cabe concluir que el dueño del terreno afectado por un plan de urbanización que implique reparcelación (PAI) no tiene derecho a realizar directamente la edificación que el Plan y sus ordenanzas proyectan físicamente sobre su terreno. Esos derechos de edificación no pertenecen, en principio, al suelo subyacente. A lo que sí tiene derecho el dueño de ese suelo es a participar en la ejecución de las actuaciones de urbanización, en un régimen de equitativa distribución de beneficios y cargas entre todos los propietarios afectados en proporción a su aportación. Es decir, tiene derecho, si así lo desea, a integrarse en la reparcelación repartiéndose en ella solidaria y equitativamente con los demás propietarios los solares edificables y los costes de urbanización. Entre todos han de entregar gratuitamente a la Administración la infraestructura pública de urbanización y el suelo subyacente a ella, así como solares equivalentes a cierto porcentaje de los derechos de edificación para vivienda social (normalmente, del 5 al 15%). Entre todos se repartirán equitativamente los solares edificables restantes. Costeando la realización de las obras de urbanización de los nuevos solares producidos junto a ellas, adquieren el derecho a edificarlos.

Ahora bien, lo dicho hasta ahora no supone que los propietarios de los terrenos afectados por una actuación integrada se vean obligados irremediablemente a sufragar los costes de urbanización. La Comisión yerra gravemente cuando da a entender lo contrario al afirmar en el apartado 91 de la demanda que «los propietarios están obligados a cumplir con las disposiciones de un PAI aprobado, incluyendo por tanto el pago de las cargas de urbanización». Ese mismo error, consistente en entender que son los propietarios de los terrenos originarios los obligados a pagar los costes de urbanización, se aprecia en el apartado 89 de la demanda. Lo cierto es que esa obligación sólo recae sobre el propietario del solar edificable adjudicado en la reparcelación tras la subdivisión y redelimitación de propiedades²². Desde el punto de vista del propietario originario, la obligación de sufragar la urbanización es una *conditio iuris* o deber de cumplimiento

²² Ver, en este sentido, los artículos 29, apartado 7, y 72, apartado 2, LRAU, y 119, apartado 1, y 181, apartado 5, LUV.

instrumental para poder obtener la propiedad de un solar edificable final, un nuevo terreno de forma urbana que sustituya su antigua propiedad rústica. Y recibe la nueva propiedad (no necesariamente donde la antigua) bajo condición de pagar la urbanización para poderla edificar. Pago a cambio de derechos de edificación. Crecimiento ordenado y sostenible de las ciudades de forma gratuita para los Ayuntamientos.

Dicho de otra forma, la reparcelación es forzosa, pues no requiere unanimidad de los afectados para que la Administración, en uso de sus potestades reguladora de la ordenación urbanística, la apruebe con eficacia jurídica, incluyendo todos los terrenos. Pero para el propietario originario del terreno no es subjetivamente forzoso participar en la reparcelación. Si el propietario «expresamente declina cooperar»²³ en el programa urbanístico puede exonerarse del pago de la urbanización, o disminuir su participación en los costes, renunciando a adquirir los derechos de edificación vinculados.

Así, si el propietario no considera oportuno participar en la reparcelación, puede exigir la expropiación de su finca, previo pago del correspondiente justiprecio de acuerdo con el valor que tenía su inmueble antes de la decisión urbanizadora (valor «inicial» que deje al dueño indemne respecto a su situación anterior al programa, tal como señala el artículo 29 LRAU²⁴). Esta indemnización, fijada administrativa o judicialmente, es pagada por el urbanizador que ha de adquirir los inmuebles de los propietarios así autoexcluidos.

Puede parecer paradójico definir la expropiación como un derecho del expropiado, pero tiene su lógica correlativa: la Administración no puede imponer la expropiación de los terrenos sobre los que proyecta la obra pública, por más que indemnice al dueño, pues lo privaría de su derecho a participar en la reparcelación y obtener un solar edificable²⁵. Por lo tanto es cierto, tal como señala la Comisión, que la expropiación forzosa es una potestad de la Administración, sin embargo no es menos cierto que en este ámbito dicha potestad no se ejerce, en su caso, a favor del urbanizador, sino siempre a petición y en favor del propietario de los terrenos afectados por la actuación.

Por otra parte, también es posible una renuncia parcial a la participación en la reparcelación. Si el propietario no hace manifestación expresa de su voluntad de pagar los costes de urbanización, queda exonerado de financiar la obra²⁶, aplicándose la denominada «retribución en especie», que consiste en que el propietario aportará únicamente los terrenos de su propiedad pero sin añadir ninguna cantidad en metálico, adjudicándosele en la reparcelación menos derechos edificatorios que los que obtendría solicitando contri-

²³ Art. 29, apartado 9, letra c) LRAU, también citado por la demanda en el apartado 92.

²⁴ Asimismo, se prevé minuciosamente en los artículos 28, apartados 2, 32 y 162, apartado 3 LUV que no aparecen citados en la demanda.

²⁵ Ver artículo 170, apartado 2, LUV.

²⁶ Artículo 71, apartado 3 LRAU.

31/08 buir financieramente. La contribución de la que el dueño se libera será soportada por el Urbanizador quien adquiere, en compensación, el diferencial de derechos edificatorios declinados por el dueño del terreno.

C. El Programa de actuación integrada: objeto y función del urbanizador.

En cuanto a la figura del urbanizador, es muy frecuente que los propietarios afectados por la reparcelación no quieran o no puedan financiar la urbanización planificada por la Administración, ni gestionen espontáneamente la reparcelación, que implica complejas negociaciones. La función del urbanizador es desempeñar la iniciativa gestora y la responsabilidad inversora que asegura el buen fin de ese proceso económico. Anticipa financieramente todos los gastos. A cambio de derechos de edificación realiza las inversiones que los propietarios originarios no interesan afrontar y negocia con ellos multilateralmente fórmulas que doten de mayor consenso el reparto de propiedades y pagos. A la Administración le garantiza la gratuidad de la obra pública y a los propietarios un tratamiento equitativo de beneficios y cargas, así como seguridad en cuanto a los costes máximos. A cambio de su inversión recibe una porción de los solares edificables establecida por la Administración en el correspondiente PAI, aunque si un propietario considera excesiva esa porción puede optar por compensar al urbanizador en metálico²⁷.

Resulta fundamental para la adecuada comprensión de las alegaciones del Reino de España aclarar en este punto en qué consiste el objeto del PAI y las funciones que asume el agente urbanizador.

La Comisión incurre en un manifiesto error cuando en el apartado 81 de la demanda señala que, de acuerdo con los artículos 4 y 6 LRAU y 14 y 11 LUV, «el PAI es una obra pública de urbanización de dos o más parcelas». Pero dichos preceptos lo que regulan son los ámbitos geográficos sujetos a «Actuación Integrada» frente a los sometidos a «Actuación Aislada».

Tal como indicábamos anteriormente, esta regulación, de gran relevancia para los derechos de propiedad, distingue los terrenos sujetos a concurso público y reparcelación (actuación integrada) de los que, en cambio, pueden ser directamente edificados por sus dueños individualmente (actuación aislada). La regulación de los arts. 6 LRAU y 14 LUV limita los PAI, y las consiguientes reparcelaciones, a aquellas áreas rústicas que van a transformarse en urbanas, eximiendo de PAI y reparcelación, en cambio, a los dueños de solares ya urbanos, a quienes permite directamente edificarlos. La redacción de dichos preceptos está dirigida a deslindar ambos disímiles tratamientos en la prolija casuística de los casos geográficos dudosos, como, por ejemplo, borde de la ciudad o áreas urbanas obsoletas. Por ello la cita descontextualizada que la demanda hace de

²⁷ Artículo 71 LRAU.

algunas palabras aisladas de dichos artículos no contribuye a explicar con veracidad el sistema legal examinado. En consecuencia la demanda está confundiendo PAI con proyecto de obras de urbanización. Este último tiene su regulación separada en los artículos 152 LUV y 34 LRAU.

El objeto del PAI está regulado en el artículo 117 LUV (29 y 30 LRAU) y es muy amplio. Así, si bien comprende evidentemente la ejecución de las obras a acometer y la programación de los plazos para su ejecución, el PAI incluye también la elección de la ordenanza de edificación aplicable, la regulación de los plazos en que se edificarán los solares privados, la identificación del ámbito de la actuación integrada (es decir, los terrenos que se deciden incorporar al desarrollo urbano) o las bases económicas que aseguran a la Administración la gratuidad de las obras y el reparto de sus costes entre sujetos privados, las bases técnicas y económicas para gestionar la actuación, y la regulación de los compromisos que asume el urbanizador, definiendo sus relaciones, no sólo con la Administración sino también con los propietarios afectados, y fijando las correspondientes garantías de cumplimiento.

Por lo tanto, puede concluirse fácilmente que el PAI no es una obra pública, ni la realización de ésta es su objeto exclusivo ni siquiera fundamental.

Esta misma idea puede extraerse de la regulación de las obligaciones del urbanizador que se contiene en el artículo 119 LUV, apartado primero, que ofrece una perspectiva dual de su función. Dice el precepto que el urbanizador ha de financiar y gestionar: (i) la reparcelación y (ii) la contratación de las obras de urbanización. Esto implica una doble responsabilidad: el urbanizador es responsable financiero de la ejecución de las obras, pero también lo es de realizar las gestiones económicas precisas para asegurar su gratuidad a la Administración y la distribución justa de su coste y de los beneficios inmobiliarios correlativos entre los solares edificables que las financian.

Así pues, la verdadera razón de ser del PAI, su función legal, no es la mera ejecución de obras, sino que también son parte esencial de su objeto las gestiones e inversiones necesarias para asegurar tanto la gratuidad para la Administración de las obras públicas necesarias para la adecuada urbanización, como la distribución justa de sus costes entre los sujetos privados afectados. La gratuidad de la obra para el erario público es un atributo esencial y no meramente accidental del PAI.

Sin duda la demanda refleja claramente la falta de comprensión por la Comisión de la verdadera esencia del régimen urbanístico español y de la función del PAI, ya que al referirse en el apartado 21 de la demanda al contenido de los artículos 29 y 30 LRAU, hace una referencia meramente parcial a los mismos aludiendo únicamente a lo que en ellos se refiere a su función de programar la obra pública, y obviando las constantes referencias a su función económica de regulación de las relaciones con los pro-

31/08 pietarios afectados²⁸ así como a la cesión gratuita a favor de la Administración de infraestructuras y aprovechamientos²⁹. De hecho el artículo 30 LRAU y el artículo 124 LUV mencionan como objetivos imprescindibles del PAI las cesiones gratuitas de suelos dotacionales y aprovechamientos, así como el reparto equitativo de cargas y beneficios de la actuación entre los afectados.

En este sentido, la descripción de la demanda sobre la responsabilidad del urbanizador en la reparcelación³⁰, como servicio secundario de dibujo de los planos o mera asistencia técnica, no es correcta. El urbanizador asume con la reparcelación una considerable responsabilidad financiera y de organización de propiedades, como gestor de una actividad económica inmobiliaria. Es sintomático que se le obligue a garantizar su tarea con avales bancarios cuyo importe (entre el 10% y el 100%) supera ampliamente al exigido al mero contratista de obras por la ley española de contratos públicos (el 5%)³¹.

D. Iniciativa del proceso urbanizador y contenido de los proyectos para la adjudicación de PAIs.

El ordenamiento urbanístico español permite que la iniciativa del proceso urbanizador provenga no sólo del sector público sino también del privado. De esta forma cualquier persona, sea o no propietaria de los terrenos, puede solicitar el inicio del proceso de aprobación y adjudicación de un PAI. Ante dicha solicitud, el pleno municipal podrá acordar, si lo estima oportuno, la gestión directa de la actuación integrada, es decir por la propia Administración, o bien iniciar los procedimientos para su gestión indirecta.

En este último caso, ni la LRAU ni la LUV permiten que la Administración negocie directamente los planes urbanísticos con los propietarios de suelo afectados, ni con otro urbanizador escogido intuitu personae. Es obligatorio un concurso abierto de propuestas urbanísticas (PAI) celebrado entre empresarios urbanizadores.

Las propuestas que se presentan para el correspondiente concurso por los interesados no se limitan a la obra de urbanización. Por el contrario, se trata esencialmente de propuestas de mapa urbano con ordenación de los usos del suelo y distribución de densidades edificables. Es un concurso de planes urbanísticos donde se compite con propuestas alternativas de ordenanza de edificación y zonificación del suelo. Por ello, conforme al artículo 125 LUV, apartado 2, el PAI incluye como parte de su documentación técnica una ordenación urbanística pormenorizada, es decir, concreción de los usos y densidades edificables en cada terreno. El procedimiento de

²⁸ El apartado 9 del artículo 29 LRAU expresa la esencia de la reparcelación con equidistribución de cargas y gravámenes.

²⁹ Letras e) y d) del apartado 1 del artículo 30 LUV.

³⁰ Apartado 83 de la demanda, entre otros.

³¹ Artículo 83 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y artículo 140, apartado 3, LUV y 66, apartado 3 LRAU.

adjudicación del PAI incluye un proceso de participación ciudadana, típico de los planes urbanísticos, cuyo resultado, mediante alegaciones y sugerencias del público, tiene mucha relevancia en la adjudicación.

La aprobación del PAI decide en concurso la ordenación urbanística del terreno, el tipo y ubicación de los edificios privados, y no sólo de la obra pública. Aunque cabe que el concurso se celebre sobre un plan predefinido por la Administración, ese Plan previo no se considera ejecutivo ni su ordenanza de edificación vigente hasta que es ratificada por el resultado del concurso y asumida como compromiso de desarrollo por el urbanizador elegido³².

Precisamente por ello, debe destacarse que ni la LRAU ni la LUV permiten que el PAI se apruebe antes de adjudicarlo³³. Los artículos 12 LRAU, letra g), y 39 LUV, letra a), consideran al PAI como una modalidad de instrumento de planeamiento urbanístico, de forma que su aprobación y adjudicación son indisociables. No pueden separarse para no generar derechos de edificación, ni siquiera de reparcelación, sin que un urbanizador haya asegurado previamente la financiación y la gestión jurídica y económica de las actuaciones necesarias para transformar los terrenos afectados en solares edificables.

E. Ejecución del PAI.

Finalmente, por lo que a la ejecución del PAI se refiere, debemos destacar que la regulación contenida tanto en la LRAU como en la LUV se basa de forma fundamental en la idea de que dicha ejecución se realiza a riesgo y ventura del urbanizador, que se compromete frente a la Administración a la ejecución y entrega de las obras públicas correspondientes, y frente a los propietarios a la entrega de los solares en condiciones de poder ser edificados y de acuerdo con los costes máximos de urbanización que se aprueban como elemento del correspondiente PAI. Dicho principio se establece expresamente en el artículo 159 LUV, y una manifestación del mismo es el régimen establecido para la repercusión a los propietarios del precio del contrato de adjudicación de la obra pública.

Según los artículos 117, apartado 5, 120, apartado 2, 160 y 165, apartado 6, de la LUV, el urbanizador no puede asumir la ejecución de la obra pública por sí mismo, sino que ha de contratarla con un tercero seleccionado en concurso público observando iguales trámites que los obligatorios para un poder adjudicador fijados por la Directiva 2004/18. Si el contrato se adjudica a precio inferior al estimado en el PAI, el urbanizador sólo tiene derecho a cobrar ese precio más reducido, incrementado en un porcentaje (máximo del 10%). Por el contrario, cuando la mejor oferta económica que resulta adjudicataria de la ejecución de las obras resulta ser más elevada que el precio estipulado en el PAI, el urbanizador está obligado a

³² Vid. artículos 117, apartado 3, 125, apartado 2 y 151, apartado 3 LUV, o 29, apartado 1 y 52, letra a) LRAU.

³³ Vid. artículos 47 LRAU, apartado 1, y 117, apartado 1, letra d) y 137, apartado 4 LUV.

31/08 correr con las pérdidas no pudiendo repercutir a los propietarios el exceso del precio. Es decir, el urbanizador cobra de los propietarios de los solares lo mismo que realmente paga al contratista, incrementado en un porcentaje (máximo del 10%), aunque sea menos de lo previsto inicialmente en el PAI, mientras que si la mejor oferta económica es de precio superior al previsto inicialmente en el PAI, el urbanizador correrá con las pérdidas sobre el coste real pagado al contratista, no pudiendo repercutir al propietario el exceso (de ahí que en el caso contrario, cuando se dé un precio inferior al previsto en el PAI, tenga derecho a una comisión de hasta el 10% en retribución a su riesgo).

3.2.2 Inexistencia de contrato público en el sentido de las Directivas comunitarias.

Un vez expuestas las líneas esenciales del régimen urbanístico, podemos pasar a analizar la cuestión fundamental en la que se ha centrado el debate en la fase precontenciosa entre la Comisión y el Reino de España, es decir, la cuestión de si la adjudicación de los PAIs por parte de los Ayuntamientos en la Comunidad Valenciana determina la existencia de un contrato de obra pública, en el sentido de las Directivas 93/37 y 2004/18, entre dicho Ayuntamiento y el agente urbanizador.

Para llegar a la conclusión de que la relación que vincula a los Ayuntamientos con el urbanizador es un contrato de obras, la Comisión analiza particularmente la cuestión del objeto de dicho contrato, así como la de su carácter oneroso. En nuestras alegaciones abordaremos dichas cuestiones en orden inverso, por entender que así lo exige la lógica de la argumentación.

A. Inexistencia de contrato público de obras por falta de contraprestación onerosa a cargo de la Administración.

Después de analizar el objeto de la relación existente entre Ayuntamiento y urbanizador, la Comisión dedica los apartados 86 a 103 de la demanda a tratar de justificar el carácter oneroso de la misma. De hecho, en los apartados 32, 86 y 96 se tilda de retórico el énfasis que el Reino de España ha puesto en la idea de que el PAI no es oneroso para el sector público: «es uno de los puntos discutidos —o mejor, negados— con más energía por parte de las autoridades españolas». Pero fue la propia Comisión la que, ya en el primer documento del procedimiento administrativo (Carta de emplazamiento de 16 de marzo de 2005), centró el debate en la cuestión a la que dedicó dos terceras partes de su escrito anticipándose a objeciones que nadie, hasta entonces, le había formulado. Acaso porque se trata de una objeción relevante a las pretensiones de la Comisión.

Debemos comenzar por precisar que, a pesar de que este punto fue largamente discutido durante el procedimiento administrativo previo, debe entenderse, que la Comisión ha renunciado a varios de los argumentos que en el mismo se expusieron para fundamentar su postura, ya que únicamente alude a la existencia de los mismos mediante una remisión a los

motivos indicados en el dictamen motivado complementario que se hace en una nota al pie del escrito de demanda. Así pues nos referiremos exclusivamente a los argumentos expuestos siquiera sucintamente en la demanda, por entender que son los únicos que la Comisión aun considera que sirven para justificar el carácter oneroso de la relación.

Así, debemos partir de lo señalado en el apartado 87 de la demanda, de acuerdo con el cuál tanto la LRAU como la LUV «diseñan un sistema en el que existe un contrato bilateral entre el poder adjudicador (el Ayuntamiento) y el urbanizador, y en el que la contraprestación del poder adjudicador está directamente relacionada con la ejecución de las obras públicas y la prestación de ciertos servicios relacionados. Por otra parte, el urbanizador recibe dinero, o su equivalente en terrenos, como pago por estas obras y servicios, de los propietarios de los terrenos afectados por el PAI». De esta forma la Comisión admite, tal como las autoridades españolas han manifestado reiteradamente a lo largo de la fase precontenciosa, que el dinero o equivalente en terrenos que percibe el urbanizador procede exclusivamente de los propietarios, sin que la Administración realice por lo tanto transferencia patrimonial alguna a favor del urbanizador. Es decir, como se indicó con una expresiva frase que reproduce la Comisión en el apartado 96 de la demanda, la ejecución de un PAI «no le cuesta [al Ayuntamiento] ni un solo euro, no se paga al urbanizador ni un solo céntimo a cuenta del erario público».

Descartado, por tanto, el desplazamiento patrimonial a costa de la Administración, la Comisión aduce en los apartados 98 a 100 de la demanda, diversos motivos que, a su entender, probarían el carácter oneroso de la citada relación Administración-urbanizador. En concreto sostiene: (i) que la Administración fija una obligación de pago y la desplaza a los propietarios; (ii) que la opción de la gestión indirecta (mediante urbanizador) frente a la directa (por la Administración) implica causa onerosa; (iii) que la Administración aporta garantías económicas al urbanizador; y (iv) que la causa onerosa estriba en el ejercicio de potestades públicas. Entendemos que estos argumentos parten de una descripción incorrecta del sistema legal en examen y, algunos aspectos, no aplican debidamente las normas de derecho comunitario a considerar.

i) Inexistencia de fijación por la Administración de la obligación de pago y desplazamiento de la misma a los propietarios.

En cuanto al primer extremo, es decir, la pretendida fijación por la Administración de un precio y el desplazamiento de la obligación de pago hacia los propietarios de los terrenos, debemos señalar que por una parte, el deber del propietario de sufragar los costes de urbanización no deriva de una decisión unilateral del ayuntamiento actuante, y por otra parte, la retribución del urbanizador no tiene por qué coincidir necesariamente con un precio fijo establecido en el PAI, sino que depende del resultado de la explotación comercial del propio urbanizador.

En efecto, la Comisión aduce en el apartado 91 de la demanda, que los propietarios están obligados a cumplir con las disposiciones de un PAI aprobado, incluyendo el pago de las cargas de urbanización, de forma que «La decisión de adjudicación crea un derecho a favor del urbanizador de exigir que los propietarios de terrenos le retribuyan». El Reino de España disiente rotundamente de dicha afirmación, que no responde en absoluto a la realidad del sistema legal en examen.

Es evidente que el propietario de los terrenos no puede decidir si la urbanización ha de realizarse o no, ni si las ciudades han de crecer o no, dónde, cuándo y cómo. Esa decisión es una función pública y compete a las autoridades. El parecer del propietario, aunque de obligada consulta, no es vinculante. Sin embargo eso no quiere decir en ningún caso que la decisión de urbanizar pueda suponer la imposición a ninguno de los propietarios de terrenos afectados por la actuación de obligaciones económicas contra su voluntad.

Es muy posible que haya propietarios de suelo disconformes con el sistema legal español y que prefieran otra normativa diferente, como una que no les obligase a participar en una reparcelación para poder edificar, o estableciese que la urbanización fuese íntegramente sufragada por el erario público. Pero la disconformidad política del ciudadano con el marco legal o su deseo de cambiarlo no descarta que el propietario, incluso el políticamente disconforme, pueda escoger dentro de él entre opciones de elección voluntaria que se le ofrecen en el seno de ese sistema jurídico. Así, tal como ya hemos tratado de explicar, la obligación de sufragar la urbanización, cuando sobreviene, deriva de esa elección realizada por el dueño entre alternativas internas del ordenamiento.

El origen de la obligación de costear la urbanización reside en la voluntad del propietario del terreno afectado de acceder a las nuevas posibilidades edificatorias resultantes de esa transformación urbanística. Su conformidad con aprovechar los beneficios de la urbanización genera la obligación. Por ministerio de la ley, acceder al disfrute de los nuevos derechos edificatorios acarrea sufragar las infraestructuras públicas anexas: *quid pro quo*. Por lo tanto la obligación no emana de la decisión unilateral del poder público, que es simple presupuesto para la ulterior elección del propietario, cuyos deberes derivan de haber adquirido, en reparcelación, la propiedad de solares edificables.

Por ello resulta tan importante la precisión que hemos realizado en el apartado 80 de este escrito, relativa a la continua confusión que sufre la Comisión entre los conceptos de propietario de terreno afectado por la actuación urbanística y adjudicatario de los solares resultantes una vez que las obras de urbanización se han ejecutado.

La Comisión se equivoca drásticamente cuando describe la obligación de pago imputándola a la propiedad de las fincas originarias. En realidad dicha obligación se adquiere con la propiedad de los nuevos solares adju-

dicados en la reparcelación que, frecuentemente, no coinciden en forma, ni ubicación, con los antiguos terrenos³⁴. Por tanto, la obligación de pago no nace de la decisión unilateral de la Administración al adjudicar el PAI, sino de la adquisición consentida de solares edificables.

Prueba de ello es que la obligación de pago es excusable, de forma que el propietario puede exonerarse de ella desistiendo de obtener los correlativos derechos de edificación. Tal como ya hemos señalado, el desistimiento puede ser total, pidiendo la expropiación o parcial, interviniendo en la reparcelación limitadamente, aportando sólo terreno sin contribución financiera, lo que constituye la regla salvo solicitud expresa en sentido contrario³⁵.

Por tanto no es exacto afirmar que la Administración pague al urbanizador mediante imposición de un precio a liquidar por tercero a su favor.

Pero además, tampoco resulta correcto afirmar que la retribución percibida por el urbanizador consista en un precio fijo establecido por el ayuntamiento actuante, ya que en realidad dicha retribución depende del resultado de la explotación comercial de los aprovechamientos urbanísticos de los que resulte adjudicatario el urbanizador.

Así, hay que tener en cuenta que al igual que la ley establece el derecho del propietario a autoexcluirse o limitar su participación en la reparcelación, impone al urbanizador el correlativo deber de suplir la financiación que los propietarios deniegan aportando adquiriendo los correspondientes derechos edificatorios. Por eso la vinculación de la retribución del urbanizador en función de la explotación comercial de los solares se aprecia en todos los supuestos posibles:

a) Si un propietario se autoexcluye de la reparcelación, pidiendo la expropiación, el urbanizador es quien paga la indemnización previa y adquiere onerosamente el terreno a reparcelar, para luego explotar esa inversión inmobiliaria edificando.

b) El mismo efecto se produce si el propietario, aun queriendo acceder a la reparcelación, no puede participar físicamente en ella por la reducida dimensión de su terreno originario. El urbanizador adquiere el terreno pero pagando por él el sobreprecio inducido por las expectativas futuras de rendimiento inmobiliario, por las que hay que compensar al propietario³⁶.

c) Es regla preferente en la reparcelación que ésta se concrete según los pactos libres³⁷ entre afectados. La existencia y relevancia de dichos pactos es mérito puntuable en el concurso de adjudicación del programa, premiando al concursante que opere con consensos económicos más rele-

³⁴ Artículos 119 apartado 1, in fine LUV y 180, apartado 2, letra c) LUV. En el mismo sentido los artículos 29, apartado 7 LRAU y 69, apartado 2 LRAU.

³⁵ Artículos 71, apartado 3 LRAU y 167, apartado 1, LUV.

³⁶ Artículos 70, letra D) LRAU y 172, apartado 2, letra C) LUV.

³⁷ Artículos 161, apartado 2 LUV y 66, apartado 1, LRAU.

31/08 vantes sobre la propiedad afectada o, simplemente, posea más terreno. Ello evidencia el tracto típico de inversor inmobiliario en el perfil del urbanizador, pues constituye mayor mérito para serlo el más amplio derecho que el concursante ostente, como inversor privado, sobre los inmuebles afectados.

d) La modalidad preferente de reparcelación es la llamada «retribución en terrenos», que se aplica siempre que sea posible salvo que el dueño pida expresamente pagar en metálico³⁸. En ella el urbanizador suple la falta de inversión inmobiliaria que declina aportar el dueño originario del terreno y asume la explotación de correlativos derechos edificables. Se trata de un canje entre derechos edificatorios (a cuya adquisición renuncia el propietario) por inversiones en obra pública (que asume costear el urbanizador). En ese canje tanto o más importante que el precio estimado de la obra es el fijado para los derechos edificatorios. Por eso, al adjudicar el PAI, puntúa más el concursante que, dispuesto a pagar mayor precio por esos derechos en beneficio de los propietarios, demuestra con ello más capacidad comercial inmobiliaria.

En ninguno de los casos anteriores se retribuye al urbanizador según precio monetario fijo, sino que su compensación patrimonial depende de la explotación comercial de los solares edificables en los que invierte. Por lo tanto sólo en defecto de las posibilidades antes descritas, el propietario paga realmente al urbanizador. Pero tampoco en este caso el urbanizador opera como un contratista a precio fijo. Ante todo porque es un supuesto residual, habiendo pasado el urbanizador previamente por la posibilidad de asumir inversión inmobiliaria si el propietario hubiera escogido otra de las opciones descritas. Además, la garantía de pago que obtiene el urbanizador, quien siempre anticipa financieramente las inversiones, es ordinariamente la afección real o hipoteca del solar adjudicado al propietario. Por lo tanto en caso de impago, su garantía de cobro depende del rendimiento del solar a cuyo precio se limita la responsabilidad deudora en la llamada «afección real». Cuando el precio en venta del solar en garantía no alcanza las previas expectativas de mercado, como recientes experiencias prueban, el urbanizador puede soportar fallidos en el cobro y pérdidas. También, en este caso, el retorno de su inversión depende del rendimiento inmobiliario.

Además no hay precio fijo porque, tal como hemos explicado al tratar de la ejecución de los PAIs, de acuerdo con los artículos 117, apartado 5, 120, apartado 2, 160 y 165, apartado 6, LUV, el precio cobrado por el urbanizador no es la estimación preliminar de costes estipulada en el programa, sino el menor precio real y efectivo pagado al contratista-constructor de las obras, incrementado en un porcentaje (máximo 10%) y siempre con el límite máximo absoluto del coste estimado en el programa. La estimación del PAI no es precio contractual, sino baremo máximo de garantía

³⁸ Artículos 71, apartado 3 LRAU y 167 LUV.

en beneficio de los propietarios para que, asegurados con un presupuesto máximo de la obra, puedan hacer sus previsiones financieras a la hora de escoger entre las distintas opciones legales para participar en la reparcelación. Los preceptos antes citados desmienten lo afirmado por la Comisión en el apartado 90 de la demanda, al decir que «el poder adjudicador determina por sí sólo el quantum de ese pago cuando adjudica el contrato». El precio real a cobrar por el urbanizador se determina, por tanto, después del programa, mediante las ofertas competitivas a la baja seleccionadas en concurso tramitado conforme a la Directiva 2004/18.

ii) La Administración no asume una responsabilidad económica subsidiaria de la que pueda inferirse una aportación patrimonial en favor del urbanizador.

Aunque la Comisión parece deslizar este argumento de forma menos contundente a como se expuso durante la fase precontenciosa, el apartado 93 de la demanda viene a sostener que la causa onerosa también podría residir en la garantía de cobro que, según la Comisión, aportaría la Administración al urbanizador y que dice ver establecida en el artículo 181 LUV, apartado 3. Además la Comisión entiende que su teoría se ve confirmada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de enero de 2007, en el Asunto Auroux y otros³⁹. Tal argumento no es válido al fallar su premisa, ya que en caso de impago por los propietarios no hay garantía de cobro a cargo del erario público.

Es doctrina general que el título oneroso del contrato se refiere a la contraprestación a cargo de la Administración. Así lo declara, por ejemplo, la Sentencia de 12 de julio de 2001, en el asunto Scala de Milán⁴⁰, cuyo apartado 77 señala: «Hay que destacar, a este respecto, que el carácter oneroso del contrato se refiere a la contraprestación que corresponde a la Administración Pública interesada por la realización de las obras que son objeto del contrato contemplado en el artículo 1, letra a), de la Directiva y de las que podrá disponer la Administración Pública».

En realidad la lectura que la Comisión hace de la referida sentencia Auroux y otros es sesgada, ya que pretende aplicar la resolución adoptada por el Tribunal de Justicia en un supuesto de hecho absolutamente diferente al que nos ocupa en este caso, y además, pretende hacer ver que los apartados 45 y 57 de la sentencia se refieren a la misma cuestión (carácter oneroso o no del contrato) cuando en realidad sólo el primero de ellos se refiere a tal extremo, mientras que el segundo impone la consideración de la totalidad de las prestaciones pagadas por terceros pero únicamente a los efectos de determinar el importe de un contrato que previamente se había considerado oneroso.

³⁹ STJ de 18 de enero de 2007, Auroux y otros, C-220/05, Rec. p. I-385.

⁴⁰ STJ de 7 de diciembre de 2001, Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi (citado como Scala de Milán), C-399/98, Rec. p. I-0540.

Cabría admitir, no obstante, que hay contrato oneroso con contraprestación por tercero cuando la Administración asume una responsabilidad subsidiaria de pago, como sucedía en el asunto Auroux, antes mencionado, donde la Administración, además de subvencionar el contrato, otorgaba una garantía económica subsidiaria sobre su total importe (asumiendo la obligación de subrogarse en las obligaciones del contratista frente a tercero si éste no conseguía vender el inmueble en plazo determinado, como detalladamente informan las conclusiones del Abogado General en ese asunto, apartado 58). Pero esa peculiaridad no se da en el caso de la LRAU y la LUV por no haber garantía económica del negocio a cargo de la Administración.

En el sistema legal de la LRAU o LUV el urbanizador es el único responsable de pagar la obra ante el constructor de ésta, contratado por él, sin responsabilidad subsidiaria de la Administración. Asimismo asume en solitario el riesgo de insolvencia de los propietarios que tengan que pagarle. Además el incumplimiento de terceros (sea el constructor de la obra o sean los propietarios) no exime al urbanizador de su responsabilidad ante la Administración, de acuerdo con los artículos 29 LRAU, apartado 11, y 159 LUV.

La Comisión invoca erróneamente el artículo 181, apartado 3, LUV como supuesto fundamento de la responsabilidad económica subsidiaria de la Administración. Dice el apartado 93 de la demanda que la Administración ha de indemnizar al urbanizador por los «retrasos» que éste sufra en el cobro a los propietarios. Pero el precepto invocado no establece tal cosa, pues ni siquiera menciona la palabra «retrasos». Lo que dice, de verdad, es que la Administración incurrirá en responsabilidad si causa perjuicio por incumplimiento de su obligación legal de facilitar el cobro al urbanizador. Lo que es muy distinto, porque no fundamenta ninguna responsabilidad de origen contractual, ni otorga una acción específica.

El artículo 181, apartado 3, LUV está remitiendo en realidad al régimen general español de responsabilidad extracontractual de daños causados por conducta ilegal de la Administración. Es mero recordatorio de una normativa común vigente ya establecida en beneficio universal de todos los ciudadanos⁴¹. Respecto a ella no hay privilegio específico para el urbanizador. La misma acción ostenta, por ejemplo, el propietario de terrenos damnificados cuando la Administración tolera ilegalmente al urbanizador incumplir sus obligaciones. La ley no otorga al urbanizador una garantía de rentas porque sólo se admite responsabilidad de la Administración cuando esta incurre en culpa y no por circunstancias comerciales objetivas. Además, al remitir dicho precepto a un régimen aplicable a cualquier ciudadano, está denegando implícitamente todo privilegio de origen con-

⁴¹ El artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, dispone análogo derecho a indemnización para todos los ciudadanos, recogiendo así un principio consagrado por la Constitución Española.

tractual. En definitiva, vemos que rige el principio de riesgo y ventura del empresario establecido en el artículo 159 LUV.

iii) La opción por la gestión indirecta no implica causa onerosa.

En el apartado 100 de la demanda la Comisión parece sostener que la causa onerosa del contrato se encuentra en la mera opción de la Administración actuante por desarrollar la actuación urbanística de que se trate mediante gestión indirecta, ya que cuando se opta por la gestión directa del PAI el Ayuntamiento puede reembolsarse de los gastos generados por la misma a costa de los propietarios mediante cánones y tasas. Así pues, señala la Comisión, cuando se opta por la gestión indirecta el ayuntamiento deja de gastar, pero también deja de obtener ciertas cantidades.

Sinceramente, el Reino de España no llega a comprender en qué medida entiende la Comisión que esta circunstancia sea justificativa del carácter oneroso de la relación que nos ocupa, pero procederemos a contestarla igualmente. La gestión indirecta es, a nuestro juicio equivalente a la concesión. Pero es que la Comisión ha sostenido reiteradamente en vía prejudicial que las concesiones de servicios son equiparables a los contratos públicos onerosos a efectos de la aplicación de la Directiva. El Reino de España no puede compartir este criterio.

En primer lugar debe decirse que la posibilidad de imposición de cánones y tasas a los propietarios de los solares resultantes de la actuación urbanística desarrollada en régimen de gestión directa no es más que una manifestación del principio de que los propietarios han de sufragar a su costa la ejecución de las obras públicas de urbanización necesarias para que sus terrenos adquieran la condición de solares. Es decir, la Administración puede imponer dichos cánones con la exclusiva finalidad de resarcirse de los gastos en que haya incurrido a consecuencia de la gestión directa de la actuación urbanística. No existiendo dichos gastos no existe tampoco derecho a imponer cánones o tasas.

En definitiva, el argumento de la Comisión no puede ser estimado dado que los ingresos a los que a su juicio renuncia el ayuntamiento al optar por la gestión indirecta no sólo son necesariamente idénticos a los gastos en que deja de incurrir a consecuencia de dicha elección, sino que además dichos ingresos tienen su única razón de ser en tales gastos.

En realidad resulta muy esclarecedor comparar el caso de la legislación valenciana cuestionada por la Comisión con el de los asuntos Scala de Milán⁴² y Auroux y otros.

En el Asunto Scala de Milán el ayuntamiento renunciaba a determinados ingresos que, si hubiera cobrado, podría haber empleado en gastos diferentes de la obra cuya realización acordó con el urbanizador. En lugar de concertar la construcción de un teatro lírico nada impedía al ayunta-

⁴² STJ de 7 de diciembre de 2001, Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi (citada como Scala de Milán), C-399/98, Rec. p. I-0540.

31/08 miento recaudar y gastar en otro equipamiento. Igual opción entre alternativas de gasto público se advierte en el caso Auroux y otros, no sólo por la subvención que en él pagaba el poder adjudicador, sino por la compra que asimismo hacía el ayuntamiento de parte del inmueble futuro. En ambos casos el Ayuntamiento, al negociar el convenio, efectuaba una elección alternativa sobre la utilización de los recursos públicos renunciando a otras posibles opciones de asignación del gasto o del ingreso potencial. Esa elección entre opciones de gasto (o ingreso potencial) manifiesta un acto de disposición patrimonial por la Administración pública que escoge cómo asignar sus recursos propios entre empleos alternativos. Acto de disposición sobre su patrimonio público que se podría reputar de oneroso.

Por el contrario, en el caso de la adjudicación de PAIs conforme a la legislación valenciana no hay posible elección dispositiva entre gastos alternativos para la Administración. Las obras del PAI son, precisamente, las que confieren a los adjudicatarios de solares, que pagan, el derecho a edificarlos. Consisten en infraestructura urbana al servicio del solar predefinida por categorías de obra y exigencias funcionales preestablecidas en la ley (artículos 6 LRAU y 11 LUV). La ley no dispone que los propietarios adeuden el importe de esa obra precisamente a la Administración, sino que han de sufragarla para adjudicarse solares edificables en la reparcelación, sin especificar destinatario de pagos sino concretando tipología de obras. Consecuentemente, la Administración no puede imponer, ni pactar, otros gastos alternativos a cuenta de obligaciones de los propietarios, pues no ostenta crédito contra ellos en su patrimonio, ni capacidad de disposición sobre esas obligaciones.

iv) El ejercicio de potestades administrativas no supone causa onerosa.

Sostiene la Comisión que, aunque los entes públicos no satisfagan ninguna contraprestación patrimonial al urbanizador, la acción de éste depende del ejercicio de las potestades públicas soberanas (expropiación, reparcelación) sin las que su negocio no sería factible a cuenta de terceros. De ello infiere el vínculo oneroso.

El Reino de España debe recordar al Tribunal que en derecho español, como en los ordenamientos de todos los Estados miembros de la Unión Europea y en el de cualquier Estado de Derecho, las potestades de autoridad no son negociables, ni pueden ser vendidas, sino que están directamente vinculadas a la consecución de los fines públicos de interés general para los que se reconocen. Así lo dispone expresamente el artículo 3, apartado 1, TRLS, transcrito en el apartado 12 de este escrito.

Por tanto, no es exacta la demanda cuando en el apartado 92 afirma que el ayuntamiento «debe aprobar el proyecto de reparcelación forzosa propuesto por el agente urbanizador». Al contrario, es el urbanizador quien está obligado a formular un proyecto de reparcelación (previas negociaciones con los propietarios) y la Administración, previa información

pública, decide si lo aprueba o modifica en virtud de criterios legales indisponibles que la relación concesional no puede alterar⁴³. Si el urbanizador trata ilegalmente a cualquier ciudadano, sea o no propietario de terrenos, o trata de imponerle obligatoriamente gravámenes no previstos en la ley, la Administración ha de corregir la propuesta y tutelar al perjudicado. En este sentido no puede olvidarse que el artículo 16, apartado 3, TRLS declara nula de pleno derecho cualquier cláusula de un convenio celebrado entre la Administración y el urbanizador que establezca obligaciones o prestaciones adicionales o más gravosas que las que procedan legalmente en perjuicio de los propietarios afectados.

Además, la adjudicación del PAI no confiere al urbanizador derechos sobre terceros, puesto que, tal como hemos visto, las obligaciones derivan de la ley cuando no son de origen voluntario. Cuando la Administración ejerce potestades de autoridad (expropiación, reparcelación) ha de perseguir el interés general y basarse en un apoderamiento legal expreso. No puede favorecer el interés particular de un urbanizador basando su actuación en motivos onerosos. Por tanto la Administración y el urbanizador no están intercambiando sinalagmáticamente bienes o servicios de contenido económico.

La reparcelación o la expropiación se ejercen, conforme a ley, por razones de interés general y no suponen en todo caso un beneficio para el urbanizador, sino que también suponen una garantía para el propietario de terrenos. Así, la reparcelación facilita a todos los propietarios interesados su derecho a obtener solares edificables y dirime, conforme a reglas legales, las usuales controversias entre ellos relativas al reparto y localización de adjudicaciones. En cuanto a la expropiación, sólo suple a la reparcelación a instancia del propietario que lo interese por convenirle más una indemnización pecuniaria que la obtención de solares edificables. Además no puede olvidarse que el ejercicio de la potestad expropiatoria se realiza de conformidad con la legislación en dicha materia, en la que se trata de proteger, de forma fundamental, los derechos del particular expropiado. De esta forma, la expropiación no sólo se ejercita a solicitud del propietario de los terrenos sino que además implica para éste toda una serie de garantías, como el derecho de reversión, o la aplicación de todas las medidas tendentes a garantizar el pago del justiprecio o a actualizar su importe en caso de retraso.

Sin embargo, la demanda parece sostener que los contratos onerosos, en Derecho comunitario, no son necesariamente sinalagmáticos, quizá porque la Comisión, en vía prejudicial, ha defendido que la condición «a título oneroso», en Derecho comunitario, no significa lo mismo que en la tradición jurídica europea propia de los Estados Miembros⁴⁴. Es decir que habría causa onerosa aún sin intercambio económico, aún cuando Administración no actúa como comprador, sino que lo hace como poder regulador de las relaciones económicas entre particulares.

⁴³ Vid. artículo 177 LUV.

⁴⁴ Dictamen motivado complementario de 18 de octubre de 2006, Anexo A-7, página 455 de la demanda, último párrafo.

Convendremos con la demanda que la interpretación de la cláusula «a título oneroso» ha de resolverse exclusivamente aplicando el derecho de la Comunidad Europea. Pero entendemos que éste no conduce a la conclusión pretendida por la Comisión.

En primer lugar, la Directiva 2004/18 tiene su base jurídica en los artículos 47, apartado 2, 55 y 95 CE. Pues bien, conforme al artículo 45 CE, dichas disposiciones no son aplicables a actividades relacionadas con el ejercicio de poder público. En consecuencia la cláusula «a título oneroso» sólo puede referirse al poder público comprador (actor comercial), no al poder regulador del mercado (actor gubernamental).

En segundo lugar, la Directiva sólo es aplicable a obras públicas financiadas por la Administración pública. Así lo prueba su artículo 8 (contratos subvencionados) que excluye su aplicación a contratos, incluso adjudicados por la Administración, si no son financiados por ella ni se le imputa su pago en más de un 50 por ciento. Que sea un poder adjudicador quien adjudique el contrato no determina su sujeción a la Directiva sino que ésta depende de un elemento cuantificable, el financiero, independiente de las finalidades o potestades públicas implicadas. Por tanto, las actuaciones sin compromiso de financiación pública no están sujetas a la Directiva 2004/18 (al menos a su regulación del contrato de obras). La mera realización de obras públicas con el auxilio de un poder adjudicador no permite apreciar la existencia de un contrato de obra pública si ésta es costeada con recursos privados.

B. La relación jurídica entre Administración y urbanizador es una concesión de servicio público.

De lo expuesto hasta aquí, puede extraerse la consecuencia clara de que el urbanizador, desde el punto de vista del Derecho comunitario, reviste las características de un concesionario y no las de un contratista strictu sensu, pues su satisfacción patrimonial depende de la explotación en el mercado de los solares edificables y no de un precio fijo asegurado por la Administración. Nos remitimos a lo anteriormente expuesto especialmente en los apartados 117 a 119 anteriores.

En este sentido, una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha establecido que un contrato está sujeto a los procedimientos de la Directiva 2004/18 cuando es abonado por la Administración sobre el precio predefinido en él. Proclama esa jurisprudencia que un contrato público strictu sensu requiere una contrapartida pagada directamente por la entidad adjudicadora, mientras que si la retribución implica que el empresario asume el riesgo de explotación y es abonada por terceros no se trata de un contrato, en sentido estricto, sino de una concesión. Así se pronuncian los apartados 39 y 40 de la Sentencia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen GMBH⁴⁵.

⁴⁵ STJ de de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585.

Las concesiones se definen (en derecho comunitario), en contraposición a los contratos «strictu sensu», por el modo de retribuir al empresario, cuando su satisfacción patrimonial depende de derechos de explotación y no de una retribución fija a cargo de la Administración como ocurre en el contrato⁴⁶. Igualmente el Auto de 30 de mayo de 2002, *Buchhändler-Vereinigung*⁴⁷, nos recuerda que un contrato cuya contraprestación consiste en el derecho del adjudicatario a explotar su propia prestación es concesión y está excluido de la Directiva.

Es significativo que la propia Comisión, en la fase administrativa previa⁴⁸ admitiera que la figura del urbanizador podría ser asimilada a la del concesionario. Dijo: «La existencia de un derecho de explotación por parte del urbanizador puede quedar establecido en el artículo 71 de la LRAU que dispone que será retribuido en terrenos edificables resultantes de la actuación, en los que posteriormente dicho urbanizador podrá edificar o que podrá vender como terreno edificable». Sin embargo la Comisión concluye erróneamente que el urbanizador debe considerarse como concesionario de obra pública.

Pero, tampoco es correcto reputar la concesión como si fuera de obra pública, ya que los derechos de explotación comercial del urbanizador no recaen sobre la propia obra pública, sino que derivan de su actividad gestora y de la consiguiente construcción o venta de solares privados adyacentes obtenidos con ella. No retiene la posesión de la obra pública ni está autorizado a cobrar al público por explotar ésta, pues su cesión a la Administración es gratuita e incondicionada sin explotación temporal. Incluso cabría que se otorgase en paralelo otra concesión para explotar la obra pública a un sujeto distinto. Por consiguiente, el urbanizador no es un concesionario de obra pública como lo define el artículo 1, apartado 3 de la Directiva 2004/18. Acaso por tal causa la Comisión ha desistido de su alegación subsidiaria y no lo califica así en la demanda.

En cambio, el urbanizador reviste las características de un concesionario de servicios, pues la prestación de éstos constituyen el elemento prioritario de su actividad. Como ya se expuso en el apartado 89 de este escrito, la finalidad del PAI es dual, pues no sólo persigue la realización de una obra, sino también la actividad de gestión económica que asegure a la Administración su gratuidad y la de la cesión de terrenos, financiándola con rendimientos inmobiliarios de solares adyacentes y asegurando a los propietarios afectados su participación económica equitativa. Ambas facetas, obra y gestión de su gratuidad, son indisolubles. Pero, dentro de la

⁴⁶ STJ de 23 de abril de 1998, *Telaustria y Telefonadress*, C-324/98, Rec. p.I-10745, apartado 43.

⁴⁷ ATJ de 30 de mayo de 2002, *Buchhändler-Vereinigung*, C-358/00, Rec. p.I-4685, apartado 27.

⁴⁸ Dictamen Motivado de 15 de diciembre de 2005, Anexo A-1, página 110 de la demanda. En términos parecidos se expresa respecto del artículo 167 LUV el Dictamen motivado complementario de 18 de octubre de 2006, Anexo A-7, página 459 de la demanda.

31/08 complementariedad natural de ambas, la faceta de inversión inmobiliaria es el elemento fundamental del PAI.

La gestión económica de la reparcelación es la función más relevante desde el punto de vista económico, porque sólo cuando las expectativas de rendimiento inmobiliario superan al coste de la obra pública habrá sujetos privados dispuestos a sufragar las inversiones. También es la función prioritaria desde el punto de vista teleológico, pues el tipo de obra pública generada por el PAI no tiene utilidad intrínseca, sino servicial para los edificios (privados en su mayor parte) que se proyectan entorno a ella. Consecuentemente la «producción de dos o más solares» aptos (medioambiental y legalmente) para ser edificados es la función última del PAI⁴⁹. Respecto a esa producción de solares edificables la obra pública es instrumental. La encomienda del urbanizador es por tanto, en todo caso, una concesión de servicios para la realización de una actividad económica de interés general, consistente en gestionar la provisión de nuevo suelo edificable, sin costes de implantación de infraestructuras para el sector público y con cargo a las plusvalías del suelo.

El Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de pronunciarse respecto a la no aplicabilidad de la Directiva 2004/18 a los concursos entre promotores de obra pública y a la posibilidad de una regulación específica de ellos por la normativa nacional. Concretamente en el Asunto C-412/04, con reciente Sentencia de 21 de febrero de 2008⁵⁰, se enjuició una norma reguladora de concurso entre promotores de obra pública a financiar con cargo a la explotación comercial de solares adyacentes. En los apartados 96 y siguientes de dicha sentencia el Tribunal inadmitió la demanda por inconcreción argumental de las denuncias de la Comisión respecto a un procedimiento de concurso entre promotores diseñado específicamente por la ley nacional. En ningún momento se planteó que fuese aplicable el procedimiento de selección del contratista de obras, regulado en Directiva 2004/18, a un concurso entre promotores de obra pública en régimen de financiación privada sino, claro está, sólo los principios del derecho primario.

Por lo tanto, la relación entre el urbanizador y la Administración sólo puede calificarse desde el punto de vista del Derecho comunitario como una concesión de servicios de las previstas en el apartado 4 del artículo 1 de la Directiva 2004/18, lo cual implica que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 17 de la misma, queda fuera de su ámbito de aplicación.

3.2.3 La tesis de la Comisión es contraria al efecto útil de la Directiva 2004/18.

La Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido que más ampliamente favorezca la consecución de los fines con que fue aprobada: su

⁴⁹ Como dicen con expresivo giro los artículos 6, apartado 3, letra A LRAU y 14, letra A LUV.

⁵⁰ STJ de 21 de febrero de 2008, Comisión / Italia, C-412/04, aún no publicada en el Repertorio.

efecto útil⁵¹. La Directiva persigue favorecer la libertad de establecimiento en determinados sectores económicos, como, en el caso que nos ocupa, la industria de la construcción.

Los procedimientos de adjudicación de la Directiva 2004/18 han sido diseñados para evitar que los recursos financieros públicos operen distorsionando la libre competencia. A fin de garantizar ésta se establecen aquellos procedimientos. Pero los mismos pierden su sentido cuando la financiación de la obra es privada. Lo demuestra la misma demanda que contestamos ya que, aunque sus premisas son a nuestro entender erróneas, es de alabar la coherencia lógica con que las desarrolla.

La propia demanda reconoce que la LUV ha venido a homologar los procedimientos de selección del urbanizador con los de la Directiva 2004/18 en los aspectos relativos a las condiciones de publicidad del concurso, plazos, condiciones de participación y normas generales de tramitación. De manera que ahora el concurso de selección del urbanizador, siempre obligatorio y con procedimiento abierto, se asemeja al de selección del contratista de obra según la Directiva 2000/4/18. Adicionalmente, la LUV ordena imponer al urbanizador la obligación de contratar la obra con tercero, mediante un segundo concurso que ha de observar los trámites exactos de la citada Directiva.

Sin embargo es inevitable que existan ciertos aspectos del procedimiento selectivo del urbanizador que no pueden satisfacer a la Comisión por entenderlos, con todo acierto, extraños a la Directiva. Precisamente es en esos aspectos donde se pone en evidencia que no estamos ante un contrato de obra pública y que no puede tratarse como tal una institución distinta, porque si se aplican a supuestos de inversión económica exclusivamente privada garantías jurídicas que sólo son propias del control del gasto público, los resultados son radicalmente contrarios a la libertad de establecimiento. Es decir, la aplicación de las directivas de contratación en estos supuestos en los que no existe ningún tipo de financiación pública, ocasionan en definitiva resultados contrarios al propio objetivo perseguido por las normas comunitarias, que no es otro que favorecer las libertades de establecimiento y prestación de servicios.

Concretamente sucede así respecto a las amplias referencias de la demanda a dos cuestiones cruciales: la utilización de criterios de adjudicación ajenos a la economía de la obra pública y la participación en el concurso del mismo empresario proponente de la iniciativa de celebrarlo.

Crítica la Comisión que se valoren como mérito puntuable en el concurso cuestiones ajenas a la economía de la obra, como el mayor grado de consenso que ostente el concursante con los propietarios o el llamado «coeficiente de canje»⁵² que es, simplemente, el precio que el concursante

⁵¹ Sentencia de 12/07/01, C-399/98 entre otras muchas.

⁵² Artículos 127, apartado 2, letras *f*) y *g*) y 135, apartado 4, letras *b*) y *c*) LUV.

31/08 propone pagar por los futuros derechos de edificación que resultarán de la actuación: sus expectativas de rendimiento inmobiliario.

Se trata, en efecto, de aspectos ajenos a la obra pública, pero no podemos olvidar que en este caso la obra no es financiada con recursos económicos del sector público, sino con los rendimientos inmobiliarios privados, por lo que la Administración debe valorar los aspectos de las ofertas relativos al rendimiento o explotación inmobiliaria para determinar la más competitiva. De lo contrario, se ignorarían factores determinantes para la financiación de la obra, los inmobiliarios, y económicamente relevantes, por lo que la adjudicación distorsionaría la libre competencia. Por igual razón es lógico que la adjudicación priorice el consenso de quienes sufragarán la obra (propietarios interesados) frente a consideraciones abstractas sobre un precio de obra que no va a ser costeado por el erario público. Desconocer en el concurso el aspecto de gestión inmobiliaria, que la Comisión considera impropio de él, redundaría en definitiva en detrimento del principio de libertad de establecimiento por distorsionar la competencia efectiva en el mercado.

Por otra parte, la Comisión también denuncia que las alternativas admitidas a concurso incluyan una ordenación urbanística pormenorizada, es decir, una ordenanza de edificación y un mapa urbano de usos detallados de cada terreno. Entiende la Comisión, con todo acierto, que ello dificulta comparar objetivamente las propuestas sobre criterios relativos a la economía de la obra pública. Así es porque cada propuesta propone una obra pública diferente que atiende a distintas necesidades. Por ejemplo, el concursante que proponga el desarrollo de un centro comercial tendrá que proponer distintas obras públicas que quien proponga viviendas. La economía o precio de las respectivas obras públicas de servicio no admite comparación por no ser homologables, ni poderse basar en una especificación técnica común, ya que cada obra satisface necesidades diferentes.

Ocurre que el concurso ha de premiar la mejor gestión de la actividad objeto de concesión. Si ello no siempre implica premiar el mejor contrato de obras es porque la actividad concedida no lo es. Tal como hemos reiterado en este escrito, el objeto primario del concurso no es decidir entre propuestas de obra pública, sino entre desarrollos urbanísticos alternativos auspiciados por empresas que pretenden gestionarlos. En este caso, la obra pública es de relevancia económica secundaria frente a la rentabilidad económica y social de los desarrollos inmobiliarios que han de sufragarla. Si la Administración fallase el concurso centrándose en la economía de la obra o su mero rendimiento técnico intrínseco, la adjudicación sería arbitraria, por haberse fundado en un elemento accesorio para evaluar la rentabilidad social, medio ambiental y económica del desarrollo urbano a escoger.

Lo que la demanda postula es que el concurso se resuelva contrastando proyectos de obra y abdicando de comparar propuestas urbanísticas de uso del suelo. Ello, según afirma, para evitar la «libertad ilimitada» del

poder adjudicador. Tal solución exige que el modelo urbanístico esté íntegramente predefinido por la Administración. Es decir, que no se admitan variantes relativas a la ordenación del uso de los terrenos. Todo a fin de que sus respectivos proyectos de obra guarden entre sí una mayor homogeneidad que permita compararlos sin consideraciones de planificación urbana en las que el «poder adjudicador» tiene, según la Comisión, «libertad ilimitada». Otra posible solución es prescindir del concurso, para evitar la comparación y negociar el convenio con el propietario, tal como ocurría, por ejemplo, en el asunto Scala de Milán⁵³.

El Reino de España no discute el interés de la sugerencia desde el punto de vista de la administración legal del urbanismo, pero no se entiende cómo favorecería eso la libertad de establecimiento. Prohibir a las empresas promover planes urbanísticos o competir para gestionar los que propongan otros no es algo que fomente el mercado interior.

La Comisión también denuncia en su demanda la desigualdad que, según ella, existe entre la posición del primer empresario que toma la iniciativa de proponer el concurso frente a los demás que también participan en él. Aduce que es presumible que la empresa que suscita la iniciativa haya podido estudiar más largamente el negocio que propone y haya dispuesto de más tiempo para suscribir acuerdos con los propietarios de terrenos (por ejemplo para comprarlos). Ciertamente es una posición asimétrica, aunque no necesariamente privilegiada.

Convenimos que sería contrario a la libertad de establecimiento «adjudicar» una obra pública (es decir, comprometer en ella recursos del sector público) so pretexto de que el adjudicatario (del dinero) es dueño del terreno (donde se gasta) o asignando el gasto público en beneficio de la autoría de la idea de gastarlo. Pero la cosa es diferente cuando no hay gasto público.

Cuando la Comisión manifiesta su contrariedad porque el empresario proponente del concurso participe en él, su postulado admite, de nuevo, dos posibles consecuencias. Cabría solventar la objeción prohibiendo a los empresarios que promovieran obras públicas de financiación privada y limitasen su actividad a los contratos convocados ex officio. O, alternatively, cabría admitir que los empresarios sí promovieran obras públicas de financiación privada, pero sólo cuando no haya concurso público, ni admisión de distintos competidores al proponente, que así no tendría ventajas.

Ni la primera ni la segunda alternativas apuntadas al sistema legal examinado contribuyen en nada a asegurar la libertad de establecimiento ni la competencia efectiva. Pero ponen de manifiesto que tras las objeciones de la Comisión se postula implícito, y en ocasiones incluso explícito, un modelo de legislación urbanística y del derecho de propiedad alternativo al que critican o, cuanto menos, unas bases normativas para su reforma.

⁵³ STJ de 12 de julio de 2007, asunto C-399/98, Scala de Milán, antes citada.

Advierte lealmente la Comisión en el apartado 76 de la demanda, que la misma no se refiere a la ordenación del territorio ni a la utilización del suelo, pero es obligado añadir, por imperativo de la claridad, que sí se refiere a la ordenación legal del urbanismo y de los derechos de propiedad del suelo. Lo prueba el hecho de que todos los incumplimientos denunciados en ella se solventarían, sencillamente, si la ley denunciada se modificase para suprimir y prohibir el concurso público de selección del urbanizador.

Bastaría que la condición de urbanizador se asignase intuitu personae al propietario del suelo afectado, de suerte que sólo él tuviese la posibilidad legal de ser encargado de la obra. Con ello todos los argumentos de la demanda decaerían. En efecto, recordemos la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia en el asunto Scala de Milán, en el que la Administración, por decisión del Estado miembro formalizada mediante ley, venía obligada a adjudicar la obra a determinado sujeto, como el propietario del terreno:

«Esto no significa que, para que se respete la Directiva en caso de realización de una obra de urbanización, la propia administración municipal deba necesariamente aplicar los procedimientos de contratación previstos por dicha Directiva. La eficacia de esta última 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 por la Directiva, para cumplir las obligaciones que incumben a este respecto a la administración municipal en virtud de dicha Directiva»⁵⁴.

En el caso de la LRAU tal posibilidad de obligar al urbanizador a contratar así la obra ya le era permitida al ayuntamiento⁵⁵. En el caso de la LUV, el ayuntamiento ya no tiene esa opción. Está obligado a obligar al urbanizador a que contrate así la obra, mediante concurso y aplicando la Directiva 2004/18. Por tanto, suprimiendo el primer concurso de selección del urbanizador e instituyendo por ley al propietario como urbanizador, decaerían todas las objeciones de la demanda.

La observación anterior demuestra que tales objeciones no se encaminan a garantizar que el urbanizador sea seleccionado en pública competencia sino justo a lo contrario. Lo que la Comisión ha venido instando en este procedimiento es que el Reino de España reoriente su sistema legal urbanístico modificando el estatuto del propietario de suelo y del promotor de la urbanización. Pretende la Comisión que se supriman los concursos de promotores para el desarrollo urbanístico de suelo ajeno. Es decir: que se limiten los concursos públicos, en materia urbanística, a los tradicionales de obra pública previstos en la Directiva 2004/18 para la buena administración

⁵⁴ STJ de 12 de julio de 2007, asunto C-399/98, antes citada, apartado 100.

⁵⁵ Artículos 29, apartados 11 y 67, apartado 4 LRAU.

de recursos económicos públicos. Ello conduciría a restringir la iniciativa privada en la materia o a asignar al propietario de terrenos mayor iniciativa en cuanto a su urbanización y, posiblemente, menor necesidad de sufragarla, en consonancia con la protestas de ciudadanos europeos que, según la Comisión, han excitado su celo por la aplicación de la Directiva mencionada.

El Reino de España entiende, con todo el respeto debido a la Comisión, que su pretensión se aparta de su competencia institucional, ya que no hay norma en los Tratados ni en el Derecho comunitario derivado que la ampare. La supresión del sistema de concurso para designar al promotor es ajena, y en buena medida opuesta, al efecto útil de la Directiva 2004/18 y a las competencias de la Comunidad que justificaron su promulgación, y que se recogen en los artículos 47, 55 y concordantes CE.

El Reino de España asume, obviamente, que las Directivas pueden tener por fin o efecto la armonización de legislaciones nacionales, de acuerdo con el artículo 95 CE, pero sólo en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado común. Por tanto no cabe forzar la interpretación de la Directiva para inferir de ella un efecto armonizador en la regulación del derecho de propiedad urbana o del derecho a promover planes urbanísticos.

No puede olvidarse que la ordenación de la propiedad está atribuida a las legislaciones nacionales en virtud del artículo 295 CE. Además, por lo que se refiere a la regulación de la iniciativa de planes urbanísticos o de su gestión inmobiliaria, ni hay atribución de competencia por el Tratado para su regulación comunitaria, ni parece justificada desde el principio de subsidiariedad. Por tanto no cabe una interpretación extensiva del derecho derivado que acabe regulando siquiera indirectamente esas materias.

En resumen, la finalidad primaria de la Directiva 2004/18 no es regular el procedimiento rector de determinados concursos que adjudican los poderes públicos, sino someter a concurso público determinadas adjudicaciones del poder público, de suerte que las reglas del procedimiento son instrumentales para garantizar la efectividad de la celebración del concurso en los casos que procede. Fuera de esos casos, si no es exigible el concurso, tampoco lo es el procedimiento de la Directiva. El concurso de selección de urbanizadores no es exigible, como prueban los precedentes jurisprudenciales relativos a otras legislaciones nacionales y también la propia lectura del Diario Oficial de la Unión Europea, en el que los únicos concursos de esta naturaleza anunciados son los convocados en el Reino de España.

Y lo dicho es así, especialmente cuando el efecto útil de la Directiva 2004/18 está reforzado en la LUV al imponerse sistemáticamente al urbanizador, adjudicatario del primer concurso entre promotores, la obligación de adjudicar la obra en un segundo concurso en el que ha de aplicar el procedimiento de dicha Directiva.

3.3 Cumplimiento de los principios del derecho primario e inexistencia de las concretas infracciones de la Directivas comunitarias en materia de contratación.

Una vez expuesta la alegación principal del Reino de España en el presente asunto, es decir, la inaplicabilidad al presente caso de las Directivas comunitarias en materia de contrato de obras, es obvio señalar que la adjudicación de los PAIs está sujeta a los principios de Derecho comunitario primario, así como a los preceptos de la Directiva 2004/18 aplicables a las concesiones de servicios (artículos 2 y 3, en particular, a los principios de transparencia, igualdad y no discriminación). La Comisión niega que se cumplan tales principios respecto a diversos aspectos del procedimiento de adjudicación de los PAIs en la LRAU y en la LUV. Sus críticas a este respecto derivan nuevamente de una descripción de las normas examinadas que no guarda relación verdadera con su contenido, lo que puede inspirar en el lector de la demanda una imagen generalizada de arbitrariedad y abuso que no podemos dejar sin respuesta, porque distorsiona la realidad enjuiciada en términos no sólo inciertos, sino inverosímiles.

La demanda afirma inexactamente que en la LRAU el concursante que formulaba la primera alternativa técnica obligaba a los demás a presentar propuestas sobre ella. No es así ni hay precepto alguno que induzca semejante error de apreciación. Lo cierto es que la LRAU autorizaba a los concursantes a presentar, en sobre cerrado, propuestas económicas para desarrollar las propuestas técnicas de los otros concursantes, además de las propias. Todos podían hacerlo en pie de igualdad. De modo que un concursante podía ser elegido para desarrollar la propuesta técnica del competidor, aplicándose las mejores condiciones económicas del empresario ganador al desarrollo del proyecto técnico escogido. Había pues un doble juicio selectivo: mejor propuesta económica para desarrollar el mejor proyecto técnico. De ese modo se evitaba que la libertad de elección del modelo urbanístico mitigase el rigor al escoger la oferta económica más competitiva. El sistema es quizá distinto al de la Directiva 2004/18 pero no puede reputarse arbitrario o discriminatorio.

Tampoco es cierto que según la LUV el primer concursante fija las bases del concurso. Las bases y criterios de adjudicación son aprobados por la Administración y en su defecto se aplican los regulados por Orden del departamento de la Administración regional, denominado Consellería, competente en la materia.

Los plazos de presentación de propuestas, que han sido ampliados por la LUV a un mínimo de 3 meses desde la fecha de envío del anuncio al DOUE (artículo 133, apartado 3, LUV), ya eran aceptables para asegurar una competencia efectiva en la LRAU. En ésta, el plazo inicial de 20 días de presentación de propuestas técnicas más otros cinco de propuestas económicas se prorrogaba automáticamente a solicitud de cualquier interesado por otros 20 días. Debe advertirse que, a diferencia de la Directiva 2004/18, en los días mencionados se computan sólo los «hábi-

les» con exclusión de domingos y festivos. No es cierto que la prórroga de 20 días fuese de otorgamiento graciable puesto que no es eso lo que dice el artículo 46, apartado 4 LRAU, cuyo tenor literal –estos plazos quedarán prorrogados...– no ofrecía dudas acerca del carácter imperativo del mandato legal.

Tampoco resulta fundado el argumento sobre la supuesta falta de criterios objetivos de adjudicación en la LRAU, ya que en el periodo en que dicha norma fue aplicada regían unos criterios generales de adjudicación minuciosamente previstos en el artículo 47 de la misma. Había criterios objetivos conocidos de antemano. Otra cosa es que no coincidan con los propios de un contrato de obras pues no es esto lo que se trataba de adjudicar.

Por el contrario, si que es cierta la alegación de la Comisión en el sentido de que la LRAU no regulaba criterios específicos de admisión de licitadores, aunque no se entiende por qué se le reprocha que no lo hiciese puesto que remite supletoriamente a la legislación de contratos estatal que sí regulaba dicha cuestión en términos consonantes con el Derecho comunitario.

La demanda se extiende también en recriminaciones sobre los criterios de acreditación de la solvencia técnica del empresario en la LUV. Sostiene que ello puede conllevar exclusiones arbitrarias del concursante. Ahora bien, la Comisión está olvidando que la LUV, como también hacía la LRAU, prohíben el procedimiento restringido y negociado para seleccionar al urbanizador lo que implica un grado de amplitud en la admisión de ofertas que supera el mínimo de la Directiva 2004/18. Los criterios estipulados no permiten exclusiones indebidas porque además, al ser múltiples, pueden fijarse con carácter alternativo y ser coherentes con el objeto de la encomienda a adjudicar.

El argumento de la demanda sobre la falta de transparencia en la LRAU es, a nuestro entender, injustificado. El principio comunitario de transparencia ni siquiera exige la celebración de concurso para la adjudicación de contratos, y mucho menos impone que tal concurso sea abierto. En la LRAU se exige concurso abierto con doble anuncio de publicación en Diario oficial y no oficial de máxima difusión además de exigir un aviso nominativo a todos y cada uno de los propietarios afectados, lo que satisface sobradamente el principio de transparencia. En la LUV se exige adicionalmente el anuncio del concurso en el Diario Oficial de la Unión Europea para mayor publicidad.

La demanda critica que el precio del programa se base una estimación preliminar de cargas que luego pueden aumentarse –según dice– mediante retasación. Sin embargo dicha apreciación no resulta correcta, ya que la estimación preliminar de cargas es vinculante, como tope máximo, para quien la propone como precio máximo repercutible a los propietarios. La retasación solo cabe por causas objetivas cuya previsión no hubiera sido

31/08 posible para el urbanizador al comprometerse a ejecutar la actuación. Obviamente, no puede considerarse que los errores subjetivos de previsión estén incluidos en tal concepto. Por aplicación supletoria de la legislación estatal de contratos públicos la retasación se aplica solamente para mantener el equilibrio económico de la concesión ante cambios de interés público decididos por la Administración o por catástrofe de fuerza mayor. Aun en estos caso la retasación no puede desfigurar el objeto originario de la encomienda al urbanizador ya que no puede superar un 20 por ciento de la estimación de costes inicial y nunca puede dar lugar a aumento en su beneficio. Los controles frente a la arbitrariedad en la retasación son intensos. En la LRAU se permitía peritaje independiente de las nuevas cargas para validar su importe. En la LUV el sistema de validación pasa a ser, siempre, que la obra ha de ser contratada por urbanizador en concurso público, conforme a la Directiva 2004/18, lo que permite nueva verificación de costes en precios de mercado.

Por último, la Comisión también denuncia que los denominados «costes variables» son un artificio para aumentar indebidamente los emolumentos del urbanizador fuera de las previsiones del programa y de la competencia del concurso. Evidentemente la Comisión no llega a comprender de forma precisa el concepto de «costes variables», ya que, de lo contrario, no sostendría la pretensión de que su precio fuese fijado en concurso público.

En la reparcelación sólo se valoran como aportación para recibir derechos edificables los terrenos y las aportaciones dinerarias y no el valor de las accesiones, como por ejemplo árboles o edificios, plantadas o construidas en los terrenos. Estas accesiones son indemnizadas por el urbanizador a cada dueño al aprobarse la reparcelación. Después el urbanizador se resarcirá de esos anticipos distribuyendo su importe entre los solares edificables adjudicados en la reparcelación, en proporción a sus derechos de edificación, como si fueran costes de urbanización. Ordinariamente son una partida menor de los costes de urbanización.

El valor de esas indemnizaciones no se puede fijar en concurso público porque los licitadores no tienen legitimidad para decidir cuánto valen los bienes ajenos. Se fija al aprobarse la reparcelación, por peritos de la Administración o los Tribunales, según métodos legalmente regulados, a precios de mercado.

Por lo tanto, el caso no es igual que la valoración de derechos de edificación (futura) que los propietarios, si quieren, permutan con el urbanizador a cambio de no pagar costes de obra. El valor de esos derechos sí puede fijarse en concurso por depender de las expectativas de negocio inmobiliario futuro que cada concursante está dispuesto a pagar a cambio de derechos de edificación. No así las indemnizaciones por accesiones anteriormente preexistentes que han de ser destruidas y cuyo valor es independiente del PAI y de la futura explotación inmobiliaria.

También son costes variables los cánones de urbanización que son impuestos que gravan la adjudicación de solares y que, igualmente, anticipa el urbanizador para después reintegrarse con cargo a los adjudicatarios de solares. El tipo impositivo, obviamente, depende de la ley y tampoco puede ser fijado por ofertas de licitadores.

De esta forma, no puede sino entenderse que el urbanizador anticipa y reintegra los costes variables sin incremento alguno.

En definitiva, el Reino de España considera que las diferentes infracciones particulares de dichas Directivas denunciadas por la Comisión en su escrito de demanda carecen de todo fundamento, por lo que la demanda debe ser, en todo caso, desestimada.