

1.4. El mercado público de las obras de urbanización. Notas sobre las consecuencias de la Sentencia Scala 2001

José M.^a Baño León
*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad de Valencia*

1. La preocupación del Tribunal de Justicia por el mercado de obras de urbanización

La Sentencia Scala 2001 ha suscitado preocupación y no pocas críticas por las eventuales consecuencias que pudiera tener para la ejecución de las obras de urbanización cualquiera que sea el “sistema” o técnica de ejecución utilizado por la legislación urbanística.

Esta preocupación y las críticas subsiguientes son lógicas desde la perspectiva formal de nuestro Derecho interno, en el cual es tradicional que la gestión privada del urbanismo no se considere sujeto a la legislación pública de contratos. Cuando se actúa por el sistema de compensación en junta de compensación o propietario único, se entiende que la contratación de las obras es una cuestión privada que no afecta a los intereses públicos. Lo que exige la Ley urbanística (y esto es aplicable incluso a los ordenamientos en los que rige la figura del agente urbanizador) es que la obra se ejecute bien y tenga la debida calidad; resulta indiferente a la legislación quién ejecute la obra, puesto que se trata de un mercado privado. Lo que importa es la obra, no quien la realiza, y al ejercicio de esa finalidad de interés público está la recepción de la obra por la Administración, momento en que ésta puede exigir las correcciones y modificaciones oportunas si no se ajusta al proyecto de urbanización.

Este marco sólo cambia cuando es la Administración misma quien se encarga de la ejecución del plan. Entonces, se aplica la legislación de contratos pacíficamente. Se entiende que estamos ante un contrato de obra pública, pues la Administración es la encargada de contratar, aunque la obra la financien los particulares, como ocurre en el sistema de cooperación.

En la legislación española de contratos prima el elemento subjetivo u orgánico. No toda obra pública se somete a la legislación de contratos. Solamente lo harán las obras públicas que se contratan por la Admi-

nistración. Si la obra pública se contrata por el particular, aunque sea una consecuencia u obligación derivada de un contrato administrativo, el contrato de obras se someterá al Derecho privado. Así ocurre en nuestro Derecho administrativo y así acontece también en muchas obras públicas ejecutadas por concesionarios de servicios públicos. El contratista de la Administración que contrata con particulares no se somete a la legislación de contratos, aunque el objeto del contrato sea una obra de reposición del dominio público. En consecuencia, en la legislación española lo que domina es el elemento subjetivo u orgánico del contrato. Cualquier tipo de obras realizadas por la Administración se debe instrumentar mediante el contrato de obra pública, salvo, naturalmente, que la Administración actúe mediante una entidad sujeta al Derecho privado, supuesto que demuestra el carácter formal de la legislación de contratos.

En el Derecho comunitario, sin embargo, el elemento subjetivo de los contratos está muy atenuado. Basta referirse para ello a la concepción funcional de poder adjudicador. Las directivas huyen de referencias formales: cualquiera que sea la forma jurídica de la entidad mediante la que aquélla actúe en poder público, si efectivamente depende de él y no ejerce actividades mercantiles o industriales, se considera un poder adjudicador. La jurisprudencia, bien conocida entre nosotros, del Tribunal de Justicia (Sentencia BFI Holding de 10 de noviembre de 1998, Mannesman Anlagbau de 15 de enero de 1998 o las más recientes de 15 de mayo de 2003 o de 16 de octubre del mismo año, ambas condenando a España, la primera por incumplimiento de la Directiva de recursos, y la segunda por incumplimiento de la Directiva de obras), demuestra que ese concepto funcional se ha interpretado abiertamente por el Tribunal de Justicia, hasta el punto de señalar que entran en el ámbito de las directivas las entidades públicas aunque ejerzan actividades mercantiles, siempre que se trate de

actividades de interés general (Sentencia BFI Holding ya citada, relativa a la recogida de basuras, o la Sentencia Coillte Teorante de 17 de diciembre de 1998, sobre ordenación y explotación de bosques públicos).

Pues bien, la Sentencia Scala 2001 constituye un paso más, desde luego atrevido, en esa línea de flexibilidad del elemento subjetivo, ya que esa sentencia considera que existe contrato sujeto a la Directiva de obras cuando el particular contratante encarga aquélla por una obra que supera el umbral fijado como consecuencia de ser titular de una licencia urbanística o de un plan de urbanización aprobado, con imputación de todo o parte de la obra a cuenta de la contribución adeudada por la concesión de la licencia.

El ámbito subjetivo se extiende más allá de lo previsto en la letra de la directiva (obras encargadas por un poder adjudicador) para abarcar ahora a las obras encargadas por un privado cuando éste actúa para cumplir una obligación pública que de otro modo tendría que atender la propia Administración. Desde una perspectiva jurídico-formal la sentencia parece pugnar con la directiva. No existe en la decisión judicial un argumento de peso que combata las razones expuestas por el abogado general Léger en sus conclusiones. A mi juicio, el argumento de más calado manejado por el abogado general es el siguiente: si la directiva pretende evitar discriminaciones y abrir los mercados públicos, existe un riesgo real de discriminación siempre que “el poder adjudicador es libre de designar a un empresario para encargarle la realización remunerada de trabajos en obras públicas”. Pero si, como ocurre en la legislación italiana, la obligación deriva de la condición de propietario, no existe ninguna posibilidad de influencia de la Administración en la elección del contratista, de modo que es el propietario quien libremente elige al contratista y, por la cuenta que le lleva, procurará encontrar en el mercado a la empresa que realice la obra en la mejor condición de calidad y precio. “Es claro –añade el abogado general– que toda influencia por parte de la autoridad pública en este ámbito constituirá un fraude a la ley –si no a la ley nacional– sí al menos a la norma comunitaria y debería ser ‘recalificada’ de contrato entre el poder adjudicador y el empresario.”

Pues bien, creo que al Tribunal de Justicia le ha movido justamente la misma preocupación por el fraude de ley que inteligentemente no descarta el abogado general, y ha querido evitarlo ampliando conscientemente el concepto de contrato público. Hay un párrafo en la sentencia que, aunque no sea nada original, resulta muy significativo: “Las situaciones en las que se plantea la ejecución o el proyecto y la ejecución de obras o la realización de una obra para una entidad adjudicadora, en el sentido de la directiva, la apreciación de dicha situación [...] debe realizarse de manera que se *garantice que la eficacia de la directiva no quede menoscabada, sobre*

todo cuando dichas situaciones presentan particularidades debidas a la disposición del Derecho nacional que les sea aplicable.” Dicho de otra manera, el Tribunal considera que el mercado de obras derivado del urbanismo es lo suficientemente importante para justificar una ampliación del concepto de contrato público sujeto a las directivas. El temor del Tribunal es que las administraciones públicas, a través del empleo de diversas fórmulas, pueden restringir la competencia mediante el expediente de colocar a un propietario o a un tercero interpuesto.

También es posible que haya pesado en el ánimo del Tribunal la circunstancia de que en muchas grandes actuaciones urbanísticas la propiedad está en manos de grupos empresariales a la vez promotores y constructores, lo que puede permitir en muchos casos un trato privilegiado del promotor-constructor que ha convenido previamente con la Administración el desarrollo de una actuación urbanística.

Sea como fuere, la realidad es que el Tribunal ha ampliado enormemente el concepto de contrato público para considerar que debe primar el objeto del contrato, el hecho de que las obras de urbanización son obras públicas y constituyen un mercado público, sobre la interpretación formal de la directiva.

Por esa razón el Tribunal considera cumplidas las exigencias de la directiva si la Administración obliga al particular a contratar las obras respetando previamente los procedimientos previstos en la directiva: “La eficacia de éste último 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 celebre 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.”

Como se ve, hay aquí una auténtica creación de Derecho por parte del Tribunal de Justicia, aunque la sentencia invoque por analogía el artículo 3, apartado 4, de la Directiva de obras, relativa al contrato de concesión de obra pública, pues en el caso italiano en modo alguno puede hablarse de una situación asimilada a la concesión. Es al propietario a quién le incumbe pagar la contribución urbanística, y no a una tercera persona seleccionada por la Administración.

2. Efectos en el Derecho comunitario y en el Derecho interno

¿Cuáles son las consecuencias de esta doctrina del Tribunal de Justicia en el Derecho comunitario y en el Derecho español?

La sentencia confirma en el Derecho comunitario la autonomía del concepto de contrato público respecto

de los derechos internos. En realidad, creo que siguiendo la terminología francesa, pero con un acento más económico que jurídico, hay que hablar antes de mercados públicos que de contratos públicos. Porque lo cierto es que en la materia de urbanismo pocos discuten que las obras de urbanización son obras públicas las contrate la Administración o un particular; su destino es público, y la causa de su realización es justamente la realización de los fines públicos previstos en los planes.

Ese concepto de “mercado público” supone la sujeción a la directiva no sólo de los contratos realizados por la Administración, sino también de aquellos otros contratados por particulares o cuando actúan en sustitución de la Administración o, cuando son obligados por la ley a hacerlo en sustitución de la Administración. Al tratarse de un “mercado público”, la contratación de las obras debe sujetarse a las condiciones de publicidad y libre competencia previstas en las directivas europeas de obras, aunque el contratante sea un particular, tenga o no la condición de propietario. Mientras que no cambie la jurisprudencia Scala, esa es la consecuencia que se deriva de la misma.

La doctrina del Tribunal de Justicia, no obstante su endeblez técnica, puede considerarse certera si se analiza desde la perspectiva de los fines del Derecho comunitario, y obliga, según creo, a una reflexión profunda de la Comisión y de los estados miembros que clarifique el ámbito de aplicación de la directiva.

Desde luego, debe decirse que la Sentencia Scala 2001 comparte el mismo ideario que dio origen a las directivas de contratación. A fin de cuentas, se trata de introducir más competencia en los mercados europeos, y para tal finalidad nunca ha constituido un obstáculo el carácter público o privado de quien encarga el contrato.

Recuérdese que en la directiva, de los antiguos sectores excluidos el concepto de poder adjudicador trasciende ampliamente el campo del sector público, obligando a las empresas concesionarias o titulares de derechos exclusivos del agua, el gas o la electricidad, aunque sean privados. Al someter estos contratos privados a las directivas, el Derecho comunitario pretende introducir más competencia en mercados que considera muy poco transparentes, de suerte que el carácter estrictamente privado de algunas empresas concesionarias no ha impedido que los contratos de obras, servicios y suministros realizados por ellas se consideren contratos públicos.

La Directiva de obras, como es sabido, no previó la posibilidad de incluir contratos de obra pública realizados por particulares en virtud de una obligación legal. La Sentencia Scala 2001 considera que, en el caso de la legislación italiana analizada, debe aplicarse la directiva para evitar defraudar fácilmente el Derecho comunitario, pero no explica suficientemente las razones que justifican la aplicación de la directiva a un contrato entre

dos empresarios privados, lo cual genera una gran inseguridad jurídica. Desde luego, en el Derecho español la aplicación estricta de la doctrina Scala 2001 sí implica, a mi juicio, que en el ámbito de la Directiva de obras caen de lleno todas los contratos de obras de urbanización, cualquiera que sea la técnica urbanística utilizada, incluida la ejecución del planeamiento por un propietario único.

En mi opinión, esta conclusión que se me antoja desproporcionada, es la que deriva de la sentencia, por las siguientes razones:

a) Las obras de urbanización son en la legislación española obras realizadas para servir una finalidad pública, aunque la titularidad de los terrenos sea de un único propietario. Dentro de las obras de urbanización una de las finalidades básicas es obtener los viales y dotaciones públicos necesarios.

b) La realización de una obra de urbanización constituye siempre una decisión pública que se plasma en el proyecto de urbanización de aprobación municipal.

c) La ejecución de obras de urbanización por el particular constituye siempre una alternativa a su realización por la Administración pública. En todas las legislaciones urbanísticas de las comunidades autónomas, sin excepción, o bien la adjudicación de las obras de urbanización está publicada o la ejecución pública es una alternativa a su contratación por empresarios privados. En legislaciones como la valenciana, las obras de urbanización se confían siempre o a la Administración misma o a un agente urbanizador designado en concurso público. En el resto de legislaciones que mantienen con matices el esqueleto de los sistemas de gestión del TRLS de 1976, la preferencia de los sistemas privados sobre los públicos, cuando existe, no obsta la responsabilidad última de la Administración para decidir la forma de ejecución y, en su caso, la sustitución de los propietarios por la Administración cuando exista incumplimiento.

d) En los mismos términos de la Ley 6/1998, aplicable a todas las comunidades autónomas, los propietarios financian las obras urbanización, siendo la responsabilidad de las comunidades autónomas la decisión sobre las técnicas públicas o privadas de gestión.

Ahora bien, una cosa son las conclusiones que se deducen de la Sentencia Scala 2001 y otra notoriamente distinta que tales conclusiones se desprendan directamente de la directiva o sean lógicas. A este propósito, lo decisivo es la finalidad de la directiva (abrir los mercados públicos de obra a la competencia) y no los análisis formales. A mi juicio, no es decisivo para dicho examen la distinción, siempre evanescente, entre convenio y contrato (ambos revisten carácter contractual), sino si existe o no un mercado público en el que se respetan las leyes de la libre competencia. Y para ello, sería imprescindible que la directiva se pronunciara sobre las siguientes cuestiones.

a) Si el contrato público de obra se extiende también en el mercado urbanístico a quienes actúan como concesionarios o mandatarios de poder público, lo cual no está previsto en la directiva, que sólo se refiere a la concesión de obra pública, pero parece lógico, cuando la obra pública constituye la prestación principal del encargo o mandato.

b) Si es lógico (es decir, necesario para la competencia) introducir reglas de selección del contratista y publicidad, cuando quien ejecuta las obras de urbanización es designado en abstracto por la ley (caso del propietario), o si por el contrario, como sostiene el abogado general Léger, en estos supuestos la libre competencia viene asegurada por la lógica misma del mercado.

c) Conveniencia de establecer una cláusula de cierre para someter a la directiva los supuestos en los que quepa deducir directa o indirectamente que la Administración es quien designa al particular que ejecuta las obras. Naturalmente esta cláusula no tiene sentido si se responde afirmativamente a la primera cuestión planteada.

No resulta, sin embargo, nada lógica la situación actual de inseguridad, que está dando lugar a interpretaciones de los tribunales españoles, no siempre muy conformes con la finalidad de la Directiva de obras. Así ha ocurrido en el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (por ejemplo, sentencias 515 de 14 de abril de 2003, y 538 de 10 de octubre de 2002), el cual en directa aplicación de la Sentencia Scala 2001 considera que la relación entre el agente urbanizador y la Administración es un contrato de obras sujeto no sólo a la directiva en los supuestos que exceden el umbral comunitario, sino también a los preceptos del TRLCAP que disciplinan el contrato de obras.

Lo que en la Sentencia Scala 2001 es aplicación de las normas de publicidad y concurrencia de la directiva, en las sentencias del Tribunal de Justicia es un contrato de obras de la Ley de contratos, es decir, al agente urbanizador, cualquiera que sea la cuantía del contrato, se le aplican los requisitos del contrato de obras. Esta aplicación *per saltum* de la Directiva de obras plantea cuestiones prácticamente irresolubles, precisamente por la defectuosa técnica de transposición de la directiva en la Ley de contratos (el concepto de contrato público comunitario no tiene nada que ver con el concepto de contrato administrativo) y la poca meditada aplicación de la Directiva de obras al urbanismo.

Destacaré tres ejemplos de esta situación de desorden:

1.º) A tenor de la LRAU valenciana, el reglamento puede imponer al agente urbanizador caución por el importe superior al siete por ciento que establece la ley como garantía del cumplimiento de sus obligaciones. Según el TSJCV (Sentencia 1322 de 1 de octubre de 2002), como se trata de un contrato de obras, el límite no puede exceder del cuatro por ciento. Con ello se consi-

gue la práctica desprotección del propietario frente al agente urbanizador y un enorme desequilibrio, si se tiene en cuenta que el agente tiene asegurado el cobro del cien por cien de las cuotas por la afectación real de los terrenos al cumplimiento de las cargas de urbanización, mientras que el agente sólo asegura el cuatro por ciento del coste las obras de urbanización.

2.º) Si se trata de un contrato de obras, ¿cómo exigir la clasificación del contratista al agente urbanizador que no sean empresario-constructor o a agrupaciones de interés urbanístico, formados por propietarios?

3.º) El agente urbanizador puede no ser el encargado de la ejecución de la obra (lo normal es que contrate con una empresa constructora). ¿Cómo aplicar entonces las normas del contrato de obras a la relación entre la Administración y el agente urbanizador?

Se observa en esta jurisprudencia que ha habido una aplicación desmesurada de la doctrina Scala 2001 trasladando las exigencias del Derecho comunitario en bloque al Derecho español. Pero hay que decir en descargo de nuestros tribunales que sus colegas de Luxemburgo no se lo han puesto muy fácil.

A mi juicio, de la Sentencia Scala 2001 únicamente cabe deducir la obligación de la Administración de exigir al agente urbanizador que cuando contrata obras de urbanización con terceros las somete, si exceden del umbral comunitario, a la publicidad debida en el DOCE con los demás requisitos que ello implica. Y que si es el agente urbanizador quien realiza directamente las obras, la Administración tiene que respetar la norma comunitaria al contratar con él.

Lo que de ningún modo se deduce, ni de la Sentencia Scala 2001 ni del TRLCAP, es que la relación entre agente urbanizador y Administración estatal debe regirse por el contrato de obras públicas de la legislación estatal. No me cabe duda, y comparto el criterio expuesto por R. Gómez-Ferrer ("El agente urbanizador en la Ley reguladora de la actividad urbanística", en los comentarios a dicha ley editada por la Generalidad Valenciana, Valencia, 1995, págs. 208-211) para el agente urbanizador, que son relaciones propias de una concesión especial, *rectius* constituyen un contrato administrativo especial, al que son aplicables desde luego las reglas de publicidad y concurrencia (y entre ellas la exigencia de un baremo previo, que no contempla la legislación valenciana), pero no todas las reglas específicas del contrato de obras.

Por la misma razón, desde el punto de vista del Derecho interno, la relación entre junta de compensación y contratista privado es estrictamente de Derecho privado, al no estar comprendida en el ámbito subjetivo de la Ley de contratos, sin perjuicio, conviene reiterarlo, de que sí deben cumplirse *ad cautelam* las normas de publicidad y libre concurrencia exigibles por el Derecho europeo mientras no se clarifique la interpretación de la Directiva de obras. ■