Ejecución de la obra urbanizadora y normativa europea de contratación pública. A propósito del asunto *Comisión contra España* (c-306/08)

M^a Astrid Muñoz Guijosa

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN:

La Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-306/08, *Comisión c. España*, de 26 de mayo de 2011 desestima el recurso por presentado por la Comisión por el incumplimiento de la normativa europea en materia de contratación pública, representada por las Directivas 93/37 y 2004/18, en lo que a la adjudicación de los Programas de Actuación Integrada recogidos en la normativa urbanística valenciana se refiere. El Tribunal omite en su Sentencia toda referencia al requisito de la onerosidad a efectos de la calificación del vínculo entre poder adjudicador y operador económico como contrato público en el sentido de las referidas Directivas, a pesar del exhaustivo análisis realizado al respecto, tanto desde el punto de vista de la normativa europea como de la nacional, por el Abogado General en su escrito de Conclusiones. Con tal omisión el Tribunal parece mantener su línea interpretativa en la materia, caracterizada por la generosidad en la aplicación de la normativa de contratación sobre la base de la atención a la existencia de vínculo contractual y a la calificación jurídica de éste, no obstante su progresiva (si bien todavía insuficiente) delimitación conceptual en los sucesivos pronunciamientos emitidos por aquél.

PALABRAS CLAVE: contratación pública, gestión urbanística.

KEY WORDS: Public contracts; procedures of the award of public contracts; urban development.

ABSTRACT:

In Case C-306/08, *Commission vs. Spain*, of May 26, 2011, the European Court of Justice dismisses the action for infringement brought by the Commission concerning the procedure awarding "Integrated Action Programmes", envisaged in the urban development legislation of the Autonomous Community of Valencia, for failure to fulfill obligations under Council Directives 93/37/EEC and 2004/18/EC, on procedures for the award of public contracts. In its decision, the Court of Justice set aside the question of the pecuniary interest bearing on the administration as a requirement for the existence of public contract between the contracting authority and the economic operator. That happened despite the Advocate General's comprehensive analysis from the point of view of the national and the European legal framework alike. The Court seems therefore to maintain his wide interpretation concerning the enforcement of the aforementioned Directives (progressively bounded, but maybe not enough, however), based in the very existence of contractual link and in the legal classification of the latter.

Fecha recepción original: 3 de octubre de 2011

Fecha aceptación: 16 de diciembre de 2011

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
 - II. LA PROBLEMÁTICA DE LA GESTIÓN URBANÍSTICA Y LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA—A) *La interpretación pro contratación pública*—B) *Sustrato teórico-constructivo de la doctrina del Tribunal*—1. La existencia de vínculo contractual—2. La calificación jurídica del contrato
 - III. LAS CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL EN EL ASUNTO COMISIÓN CONTRA ESPAÑA (C-306/08)—A) *El acotamiento de la aplicación de las Directivas de contratación en los procesos de gestión urbanística. La aplicación teleológica de las Directivas*—B) *El requisito de la onerosidad: la contraprestación del poder adjudicador*—C) *Trascendencia y consecuencias a nivel nacional*
 - IV. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 26 DE MAYO DE 2011
-

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 26 de mayo el Tribunal de Justicia dictó Sentencia en el asunto *Comisión contra España* (C-306/08). La Sentencia resuelve, desestimándolo, el recurso por incumplimiento que gira en torno a la supuesta infracción de las Directivas 97/37/CEE¹ y 2004/18/CE², sobre contratos públicos, infracción que vendría determinada por la manera en que han de adjudicarse los llamados Programas de Actuación Integrada (PAI) de acuerdo, en primer lugar, con la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, Reguladora de la Actividad Urbanística de la Comunidad de Valencia, y en segundo lugar con la ley que vino a suceder a ésta, la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana.

Ésta parecía constituir una muy buena oportunidad en manos del Tribunal de Justicia a efectos de clarificar una materia confusa y controvertida, caracterizada en los últimos años por la existencia de «una inseguridad y una incertidumbre general en toda Europa»³, especialmente tras la Sentencia de 12 de julio de 2001, dictada en el asunto *Proyecto Scala 2001* (C-299/98). Una muy buena oportunidad, en efecto, habida cuenta del cuidadoso y detallado análisis de la normativa urbanística valenciana relativa a los PAI y su adjudicación, desde la perspectiva de las Directivas en materia de contratación pública, ofrecido por el Abogado General Sr. Nilo Jäkskinen en sus Conclusiones en el asunto *Comisión contra España* (C-306/08), presentadas el 16 de septiembre de 2010, análisis que gravitaba sobre lo que parece ser la cuestión central en esta materia, la existencia o no de relación onerosa entre la Administración actuante y el adjudicatario del PAI. Los resultados de tal exhaustivo análisis conducían a una interesante, novedosa y clarificadora interpretación del mismo punto de partida de las referidas Directivas de contratación; esto es, la existencia o no de relación contractual, a efectos de poder hablar con rigor de poder adjudicador y contratista en estos supuestos.

¹ 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 (DO L 199, p. 4), en la versión modificada por las Directivas 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1997 (DO L 328, p. 1) y 2001/78/CE de la Comisión, de 13 de septiembre de 2001 (DO L 285, p. 1).

² La citada Directiva 93/37 fue sustituida (desde 31 de enero de 2006) por 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 servicios (DO L 134, p. 114).

³ FERNÁNDEZ, T. R., «La gestión urbanística y las directivas de contratos: ¿el final de un enredo?», *RUE* 23, 2011, pág. 16 y *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional – WP IDEIR* n° 3 (2011), pág. 2.

Una buena oportunidad, sin embargo, no aprovechada por el Tribunal, que sin entrar en el núcleo central de la cuestión, desestima el recurso sobre la base de un argumento tangencial o, en todo caso, de un argumento que parece debería ubicarse temporalmente, como se verá, en un momento ulterior al análisis relativo a la existencia de relación contractual onerosa.

II. LA PROBLEMÁTICA DE LA GESTIÓN URBANÍSTICA Y LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA

A) La interpretación pro contratación pública

El asunto *Comisión contra España* (C-306/08) no constituye, como ha sido señalado, el primero (ni parece que constituirá el último) de los supuestos controvertidos que llegan al Tribunal de Justicia en lo que a gestión urbanística y sujeción a las Directivas de contratación se refiere. Por el contrario, el Tribunal ha tenido ya ocasión de pronunciarse en varias ocasiones acerca de la problemática derivada de la vinculación que haya de existir entre la gestión y ejecución urbanísticas y las exigencias de contratación pública que derivan de las referidas Directivas.

A tal respecto, resulta decisiva la ya citada Sentencia de 12 de julio de 2001, asunto *Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi y otros contra Comune di Milano* (C-299/98), Sentencia que marca un antes y un después en la materia, al afirmarse en aquélla que la Directiva 93/37 «se opone a una legislación nacional en materia de urbanismo que permite, apartándose de los procedimientos previstos por esta Directiva, la realización directa por el titular de una licencia urbanística o de un plan de urbanización aprobado de una obra de urbanización, con imputación de la totalidad o parte de la obra a cuenta de la contribución adeudada por la concesión de la licencia, cuando el valor de dicha obra sea igual o superior al umbral fijado por la Directiva». Con el importante precedente de la referida Sentencia Scala, ulteriores pronunciamientos del Tribunal de Justicia han incidido asimismo sobre la materia. Así, entre los recientes pronunciamientos, destacan las Sentencias de 18 de enero de 2007, caso *Jean Auroux y otros contra Commune de Roanne* (C-220/05), de 21 de febrero de 2008, *Comisión contra Italia* (C-412/04), o de 25 de marzo de 2010, caso *Helmut Müller GmbH contra Bundesanstalt für Immobilienaufgaben* (C-451/08).

Tales pronunciamientos han ido perfilando de manera más o menos acusada la doctrina de la Sentencia Scala. Ahora bien, la doctrina del Tribunal en la materia, en todo caso, se construye de una manera un tanto asistemática (como, por lo demás, parece que no puede ser de otra forma, dadas las características de las vías de acceso al Tribunal), lo que ha contribuido a las ya referidas confusión e inseguridad. Así, al abordar la relación entre gestión urbanística y exigencias derivadas de las Directivas de contratación pública, con motivo de los asuntos que han llegado a su conocimiento, el

Tribunal ha examinado, entre otras cuestiones, las condiciones que ha de reunir el contratista para ser considerado como tal, las características que ha de reunir el objeto del contrato, el carácter oneroso del vínculo existente entre la administración urbanística competente y el encargado de llevar a efecto las determinaciones de concretos planes o programas⁴, la cuestión de la titularidad de las obras a realizar, así como el interés que se satisface con la realización de las mismas (ambas cuestiones en relación con lo anterior), las circunstancias determinantes de la clasificación del contrato como contrato de obras o de concesión de obra pública⁵, o los criterios que han de seguirse para determinar el valor de aquél⁶.

Puede decirse, en general, que la problemática de la aplicación de las Directivas de contratación a los procesos de gestión urbanística se ha resuelto hasta ahora por el Tribunal en sentido positivo, esto es, considerando que sí existe contrato público a los efectos de aplicación de las Directivas, con obligación en consecuencia de sujetar a las exigencias derivadas de aquéllas los procesos de ejecución urbanística, y en concreto, la adjudicación de las operaciones de ejecución a determinados operadores urbanísticos. Una consideración que aparece como resultado de una «interpretación relativamente amplia pro contratación pública»⁷, y que ha merecido valoraciones de distinto signo en la doctrina.

Así, T. R. FERNÁNDEZ se muestra muy crítico con la interpretación del Tribunal en la materia, fundamentalmente por la falta de atención que en la misma se manifiesta respecto a las normativas nacionales en materia de urbanismo, y por la «incomprensión de la dinámica específica del tráfico urbanístico»⁸. Críticamente también se pronuncia R. BUSTILLO BOLADO, para quien «el objeto, la finalidad y los intereses afectados en el ámbito del derecho urbanístico difieren de aquellos que entran en juego en la normativa comunitaria sobre contratos públicos», si bien reconoce que ello «podría esgrimirse como argumento *lege ferenda* para que las Directivas comunitarias en materia de contratación pública puedan ser sensibles a tal situación», puesto «nos guste o no nos guste, ni la Directiva 93/37/CE entonces, ni la Directiva

⁴ Sentencias de 12.07.2001, as. *Scala* (C-399/98), y de 18.01.2007, as. *Auroux* (C-220/05).

⁵ Sentencia de 25.03.2010, as. *Müller* (C-45108).

⁶ Sentencia *Auroux*, cit.

⁷ Conclusiones del Abogado General Sr. Nilo Jämskinen, as. *Comisión contra España* (C-306/08), presentadas el 16.11.2010, apartado 73.

⁸ FERNÁNDEZ, T. R., «La gestión urbanística y las directivas de contratos...», op. cit., págs. 16-17; el autor llega a afirmar, respecto de la Sentencia *Scala*, que no obstante estar ante una cuestión «bastante simple», el Tribunal «no acertó a verlo, porque se negó incluso a dirigir la mirada un momento solo, que más no hacía falta, a la legislación italiana». Vid. también, del mismo autor, «La Sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001 (asunto “proyecto *Scala* 2001”) y su impacto en el ordenamiento urbanístico español», *DA* núm. 261-262, septiembre 2001-abril 2002, págs. 11 y ss.

2004/18/CE ahora, recogen excepciones o matizaciones en el sentido señalado»⁹.

Partidario, en cambio, de la doctrina del Tribunal se muestra J. C. TEJEDOR BIELSA, para quien «el avance de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con el urbanismo parece evidente», puesto que «cada vez más claramente tiende el Tribunal a imponer la observancia de la normativa europea de contratación para la gestión de la obra de urbanización, configurándose la relación entre administración y urbanizador, sujeta a licitación (...) como una relación de naturaleza no concesional y, propiamente, contractual especial comprensiva de un complejo catálogo de prestaciones o, en su caso, típica de contrato de obras»¹⁰.

B) Sustrato teórico-constructivo de la doctrina del Tribunal

Acaba de señalarse que sin que sea posible afirmar que se encuentra en absoluto acabada, la doctrina del Tribunal de Justicia en materia de ejecución de obra urbanizadora y normativa europea de contratación se ha ido formando de una manera un tanto asistemática, tras diversos pronunciamientos con incidencia en la materia. Por ello, parece oportuno en este momento hacer un intento de sistematización, siquiera somero, de las principales cuestiones a partir de las cuales se construye la referida doctrina del Tribunal.

A tales efectos, es posible sistematizar en dos grandes grupos básicos las cuestiones a las que el Tribunal ha prestado atención, a efectos de concluir la sujeción de los distintos procesos de ejecución urbanística a la normativa europea de contratación: la indagación relativa a la misma existencia de la figura contractual en el sentido de las ya referidas Directivas, en primer lugar y, supuesta tal existencia, el análisis de la calificación jurídica que al contrato haya de corresponder. A la referencia a ambos tipos de cuestiones se dedican las siguientes páginas.

⁹ BUSTILLO BOLADO, R. O., «Derecho urbanístico y concurrencia en la adjudicación de contratos públicos de obras: la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de julio de 2001», *RUE* núm. 5, 2002, pág. 128 y «Un nuevo paso (no definitivo) en la determinación de qué relaciones jurídico-urbanísticas deben quedar sometidas en su nacimiento a las reglas comunitarias de publicidad y concurrencia en la contratación pública: comentario a la STJUE de 25 de marzo de 2010 (Helmut Müller GMBH v. Administración Federal para asuntos inmobiliarios)», *RUE* núm. 21, 2010, pág. 267; vid. también, del mismo autor, «Obras de urbanización en el sistema de compensación y principios de publicidad y concurrencia en la contratación pública: comentario a la STSJ de Madrid de 6 de junio de 2006», *RUE* núm. 14, 2006, págs. 85 y ss.

¹⁰ Y continúa señalando que la línea marcada por el Abogado General Jäskinen en su escrito de Conclusiones, que hubiese marcado un nuevo rumbo de ser seguida por el Tribunal, «distanciaría seriamente urbanismo y competencia» (TEJEDOR BIELSA, J. C., «Propiedad del suelo, obras de urbanización y excepción licitatoria», *REDA* núm. 148, 2010, pág. 870); vid. también, del mismo autor, «Contratación de la obra pública urbanizadora y sistema de compensación. La Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2001», *REDA* núm. 112, 2001, págs. 597 y ss.

1. *La existencia de vínculo contractual*

El punto de partida, en efecto, de todo análisis del Tribunal en la materia lo constituye la atención al mismo concepto de contrato público. En este sentido, el art. 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18 define los contratos públicos como

«Contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios en el sentido de la presente Directiva».

Poder adjudicador y operador económico, en consecuencia, como elementos subjetivos de necesaria presencia para la existencia de la relación contractual, y carácter oneroso o naturaleza sinalagmática como requisito objetivo a ese mismo efecto.

a) *Los elementos subjetivos*

En lo que a los referidos elementos subjetivos respecta, son diversas las cuestiones analizadas por el Tribunal. Así, en relación con el operador económico unido por vínculo contractual al poder adjudicador, el Tribunal realizó una importante afirmación ya en la Sentencia *Scala*, de acuerdo con la cual resulta indiferente que el poder adjudicador no tenga la posibilidad de elegir a dicho operador económico, por venir este impuesto directamente por la ley. En efecto, de acuerdo con la normativa italiana en materia de urbanismo sometida entonces a examen por el Tribunal, sólo el propietario de los terrenos objeto de urbanización podía celebrar el correspondiente convenio con el Ayuntamiento a efectos ejecución de las obras de urbanización. Sin embargo, el Tribunal señaló entonces que

«[...] dicha circunstancia no basta para excluir el carácter contractual de la relación que se establece entre la administración municipal y el urbanizador, puesto que el convenio de urbanización celebrado entre ambos determina las obras de urbanización que el encargado de ejecutarlas debe realizar en cada caso, así como los requisitos correspondientes, incluida la aprobación de los proyectos de dichas obras por el Ayuntamiento»¹¹.

Un contratista, además, que de acuerdo con la doctrina del Tribunal puede proceder a subcontratar la ejecución de la obra, sin que sea preciso, por tanto, para merecer la calificación de tal, que él mismo realice las obras objeto del contrato. Así, en el mismo asunto *Scala*, ante la falta de caracterización como empresario del urbanizador, simplemente propietario de los terrenos objeto de urbanización, el Tribunal afirmará que la Directiva 93/37

«[...] no exige que la persona que celebra un contrato con una entidad adjudicadora sea capaz de realizar directamente la prestación pactada con sus propios recursos para que pueda ser calificado de contratista. Basta con

¹¹ Sentencia *Scala*, cit., apartado 71. En el mismo sentido, vid. la Sentencia *Auroux*, cit., apartado 38.

que esté en condiciones de ejecutar la prestación de que se trate, aportando las garantías necesarias para ello»¹².

La necesaria subcontratación de la obra por parte del propietario de los terrenos, titular de la preceptiva licencia, en consecuencia, no influye en la calificación jurídica de aquél a efectos de aplicación de la normativa europea de contratación. Y la atención a esta misma circunstancia, desde el punto de vista de los requisitos del poder adjudicador, llevará además al Tribunal a afirmar que

«[...] el hecho de que el titular de la licencia efectúe las obras de urbanización en su propio nombre, antes de cederlas al Ayuntamiento, no puede despojar a este último de su calidad de entidad adjudicadora con respecto a la realización de tal obra»¹³.

Al mismo respecto, en el asunto *Auroux*, en el que el Ayuntamiento del municipio de Roanne había autorizado al Alcalde a celebrar un convenio con la Société d'équipement du département de la Loire (SEDL, sociedad mercantil de capital mixto), en el que se atribuía a esta última, entre otras, la función de convocar un concurso de arquitectura o ingeniería, encargar la realización de estudios, efectuar obras de construcción, garantizando la gestión y coordinación del proyecto, el Tribunal señalará que

«[...] la SEDL, como agente económico operativo en el mercado que se compromete a realizar las actividades de obra previstas en el convenio, debe calificarse de contratista a efectos de la Directiva. (...) carece de relevancia a este respecto el que la SEDL recurra a subcontratistas para el proyecto y ejecución de las obras»¹⁴.

SEDL, por lo demás, que merece la calificación de contratista no obstante la participación pública en la misma, con imposibilidad de recurrir a la excepción de la prestación *in house*. En este sentido, afirma el Tribunal que

«El hecho de que la SEDL sea una sociedad mercantil de capital mixto en la que se da participación privada excluye que pueda considerarse que el municipio de Roanne ejerce sobre ella un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. Como ha declarado el Tribunal de Justicia, cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos distintos de los perseguidos por una autoridad pública»¹⁵.

Y uniendo las dos últimas consideraciones, recuerda el Tribunal que la Directiva 93/37

«[...] no contiene disposiciones que permitan dejarla inaplicada en los contratos públicos de obras celebrados entre dos entidades adjudicadoras, aun suponiendo que la segunda entidad se vea obligada a subcontratar el valor total del mercado con sucesivos contratistas y a aplicar, a tal efecto, los

¹² Sentencia *Scala*, cit., apartado 90.

¹³ *Ibid.* apartado 95.

¹⁴ Sentencia *Auroux*, cit., apartado 44.

¹⁵ *Ibid.*, apartado 64.

procedimientos de adjudicación de contratos públicos previstos en la Directiva»¹⁶.

b) *El requisito de la onerosidad*

Hecha la oportuna referencia a los elementos subjetivos de la relación contractual, la calificación del vínculo entre el poder adjudicador y el operador económico como contrato en el sentido de las Directivas en materia de contratación está sujeta como se ha dicho a la concurrencia del requisito de la onerosidad, requisito éste de enorme relevancia y trascendencia cuando de supuestos de gestión urbanística se trata, y que ha ocupado buena parte de la argumentación del Tribunal en sus pronunciamientos en la materia.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal, el carácter oneroso o naturaleza sinalagmática del contrato se identifica con la presencia de obligaciones recíprocas para ambas partes, poder adjudicador y operador económico adjudicatario. Así, en la Sentencia *Müller* el Tribunal se refiere al requisito de la onerosidad afirmando que

«El carácter oneroso del contrato implica que el poder adjudicador que haya celebrado un contrato público de obras reciba mediante el mismo una prestación a cambio de una contraprestación. Esta prestación consiste en la realización de las obras que la entidad adjudicadora prevé obtener»¹⁷.

No suscitando especiales dudas, al menos en principio, la prestación a realizar por el contratista, la problemática se ha centrado en la gran mayoría de los pronunciamientos del Tribunal en la cuestión relativa a la contraprestación que corresponde al poder adjudicador, sin la cual, como es obvio, desaparecería el carácter oneroso del vínculo, con imposibilidad, en consecuencia, de calificar aquél como vínculo contractual y por tanto con imposibilidad de someterlo a la normativa europea de contratación.

La contraprestación existe, por supuesto, en los casos en que el poder adjudicador entrega determinada cantidad al contratista, o participa en los gastos de las obras a ejecutar. Así ocurría en el caso *Auroux*, en el que la SEDL recibía «una cantidad del municipio de Roanne en contrapartida de la cesión del aparcamiento», comprometiéndose el municipio también «a participar en los gastos de todas las obras que deban realizarse». A ello añadió el Tribunal, en el mismo asunto *Auroux*, un elemento de juicio más a efectos de considerar cumplido el requisito de la onerosidad, constituido por la posibilidad de obtención de ingresos de terceros por parte del contratista en contrapartida de la cesión de las obras realizadas¹⁸. Una consideración que desde el punto de vista técnico-constructivo puede ser puesta en cuestión, al menos en parte de sus términos, especialmente si se tienen en

¹⁶ *Ibid.*, apartado 66.

¹⁷ Sentencia *Müller*, cit., apartado 48.

¹⁸ Sentencia *Auroux*, cit., apartado 45.

cuenta las consideraciones realizadas por el Abogado General Jäskinen en el reciente asunto *Comisión contra España* (que serán objeto de comentario más adelante). En efecto, la contraprestación por parte del poder adjudicador podría localizarse en la propia cesión por la Administración municipal a la SEDL de las obras realizadas, pero resulta dudoso que dicha contraprestación pueda localizarse en el desembolso de cantidades por parte de terceros, al no poder hablar propiamente en tal caso de gasto de fondo público alguno.

Conflictivo asimismo respecto a la concurrencia del requisito de la onerosidad resultaba el supuesto que se planteaba en el asunto *Scala*. En este caso, dando lugar la concesión de la licencia urbanística al pago de una contribución proporcional a los gastos de urbanización y a los costes de la construcción, de acuerdo con la ley italiana, resultaba posible la realización directa de las obras de urbanización, «con imputación de la totalidad o parte de las obras a cuenta de la contribución adeudada»¹⁹. Esta posible «imputación a cuenta» de la contribución será el elemento determinante de la consideración por el Tribunal de la naturaleza onerosa del vínculo entre urbanizador y Administración, ya que

«Los términos “con imputación a cuenta” (...) permiten considerar que, al aceptar la realización directa de las obras de urbanización, la administración municipal renuncia al cobro del importe adeudado en concepto de la contribución prevista (...)»²⁰.

A estas consideraciones realizadas en anteriores pronunciamientos en lo que al carácter oneroso del contrato se refiere, añade una nueva el Tribunal en la Sentencia *Müller*. En efecto, partiendo de la consideración básica de la necesidad de existencia de prestación, localizada en la realización de las obras, y contraprestación, en orden a la calificación del contrato como oneroso, el Tribunal señalará que

«Tanto por su naturaleza como por la estructura y los objetivos de la Directiva 2004/18, dicha prestación debe conllevar un beneficio económico directo para el poder adjudicador»²¹.

Por tanto, beneficio económico directo para el poder adjudicador obtenido como consecuencia de la prestación realizada por el contratista, como nuevo elemento a considerar a efectos del cumplimiento del requisito de la onerosidad. Un beneficio económico que el Tribunal perfila tanto positiva como negativamente en la Sentencia *Müller*. En el supuesto entonces sometido a su consideración, determinada empresa inmobiliaria (Gut Sapscher Sand Immobilien GmbH) había adquirido cierto inmueble de la Bundesanstalt (organismo público), a efectos de su posterior transformación urbanística, transformación que había de pasar, evidentemente, por la posterior aprobación del correspondiente plan urbanístico por la autoridad municipi-

¹⁹ Arts. 3 y 11 de la Ley núm. 10/1977, por la que se adoptan las disposiciones relativas a los suelos edificables, de 28 de enero de 1997 (Sentencia *Scala*, cit., apartados 17 y 18).

²⁰ *Ibid.*, apartado 81.

²¹ Sentencia *Müller*, cit., apartado 49, cursiva añadida.

pal, en ejercicio de las competencias urbanísticas que a ésta corresponden. El análisis de tales supuestos fácticos desde la perspectiva de las Directivas de contratación llevará a Tribunal a afirmar que

«[...] el mero ejercicio de competencias normativas en materia urbanística, con la finalidad de satisfacer el interés general, no tiene por objeto ni recibir prestaciones contractuales ni satisfacer el beneficio económico directo del poder adjudicador, en los términos exigidos por el artículo 1, apartado 2, letra a) de la Directiva 2004/18»²².

Imposibilidad, en consecuencia, de identificación del beneficio económico directo que debe reportar la prestación al poder adjudicador con la satisfacción del interés general, a través del ejercicio de competencias normativas. Ahora bien, el Tribunal afirmará asimismo que

«Este beneficio económico está claramente acreditado cuando se dispone que el poder adjudicador asumirá la propiedad de las obras objeto del contrato»²³.

Una afirmación ésta que no parece casar del todo con la realizada en la anterior Sentencia *Auroux*, en la que el Tribunal señaló que

«[...] un convenio mediante el cual una primera entidad adjudicadora encarga a una segunda entidad adjudicadora la realización de una obra constituye un contrato público de obras, en el sentido de lo dispuesto en el artículo 1, letra a), de la Directiva 93/37, con independencia del hecho de que se prevea o no que la primera entidad adjudicadora sea o pase a ser la propietaria de la totalidad o de parte de dicha obra»²⁴.

Ahora bien, puesta de manifiesto esta posible discordancia, merece la pena en todo caso detenerse un poco más en esta consideración del beneficio económico directo reportado por la posterior titularidad de las obras en manos del poder adjudicador, como elemento a manejar en el análisis del carácter oneroso del vínculo entre aquél y el encargado de realizar la obra.

La referencia a este elemento en la Sentencia *Müller* ha llevado a autores como R. BUSTILLO BOLADO a vincular de manera directa la existencia de beneficio económico directo con el cumplimiento del requisito de la onerosidad, de manera que dicho requisito se cumpliría siempre en caso de que el poder adjudicador adquiriera la propiedad de lo construido²⁵. Sin embargo, no

²² *Ibid.*, apartado 57.

²³ *Ibid.*, apartado 50.

²⁴ Sentencia *Auroux*, cit., apartado 47, cursiva añadida.

²⁵ Con la consecuencia de que, descendiendo al plano de nuestra propia normativa nacional, en el caso de ejecución urbanística por el sistema de compensación se cumpliría siempre con el requisito de la onerosidad (BUSTILLO BOLADO, R. O., «Un nuevo paso...», op. cit., págs. 270-273). Suscribiendo la opinión del citado autor, vid. FERNÁNDEZ, T. R., «La gestión urbanística...», op. cit., págs.17-18; es por ello que este último autor considera que si bien la Sentencia Müller muestra «una cierta liberación de los fantasmas concurrenciales que nublaron» el juicio del Tribunal de Justicia al estudiar el «Proyecto Scala 2001», en la medida en que de la misma se desprende la necesidad de que exista contra-prestación por parte del poder adjudicador para poder hablar de contrato público, la referida Sentencia revela «todavía una gran incomprensión de la dinámica específica del

parece que tal conclusión pueda extraerse de las palabras del Tribunal en la Sentencia *Müller*, puesto que el beneficio económico directo como elemento a analizar en la concurrencia el requisito de la onerosidad se presenta por el Tribunal en la citada Sentencia como un elemento más, un elemento nuevo, a añadir al resto de elementos ya manejados por el Tribunal en el análisis del carácter oneroso del vínculo, y no por tanto como elemento que venga a sustituir o a identificarse con alguno de estos últimos.

Opiniones doctrinales como la que acaba de referirse, por el contrario, identifican beneficio económico directo y contraprestación a cargo del poder adjudicador, cuando no parece ser ese el sentido en que el Tribunal se refiere a aquel elemento. Al contrario, el beneficio económico directo parece en todo caso referirse a la prestación a cargo del operador económico, sin identificarse sin embargo con la misma. El Tribunal, en efecto, parte de la necesaria existencia de prestación y contraprestación para que el contrato pueda calificarse de oneroso, encontrándose la prestación localizada en la realización de la obra por el operador económico seleccionado por el poder adjudicador. Pues bien, el beneficio económico hace referencia, precisamente, a esa obra realizada por el operador económico: la obra (como resulta lógico, por lo demás), debe reportar un beneficio al poder adjudicador. Tal conclusión simplemente, y ninguna otra, es la que parece que puede extraerse de los apartados 48 y 49 de la Sentencia *Müller*, que no obstante haber sido ya reproducidos aquí, conviene en este momento volver a transcribir:

«48. El carácter oneroso del contrato implica que el poder adjudicador que haya celebrado un contrato público de obras reciba mediante el mismo una prestación a cambio de una contraprestación. *Esta prestación consiste en la realización de las obras* que la entidad adjudicadora prevé obtener (...).

49. Tanto por su naturaleza como por la estructura y los objetivos de la Directiva 2004/18 *dicha prestación* debe conllevar un beneficio económico directo para el poder adjudicador» (cursivas añadidas).

Circunscrito, por tanto, el ámbito operativo propio del beneficio económico al campo de las condiciones que ha de reunir la *prestación* a cargo del operador económico, este beneficio existirá, según el Tribunal, si el poder adjudicador adquiere la propiedad de las obras (apartado 50 de la Sentencia *Müller*). Ahora bien, ¿prejuzga esta afirmación, en modo alguno, el necesario análisis que ha de verificarse en lo que a la contraprestación a cargo del poder adjudicador se refiere? No parece que pueda contestarse afirmativamente a esta cuestión. De esta forma, cumplido, en consecuencia, el primer sub-requisito para que pueda considerarse cumplido el requisito de la onerosidad, esto es, la prestación a cargo del operador que reporte beneficio al poder adjudicador, debe asimismo necesariamente cumplirse el segundo

tráfico urbanístico», fundamentalmente en atención a la vinculación entre dicha contraprestación y la adquisición de la propiedad de las obras por parte del poder adjudicador («La gestión urbanística...», op. cit., pág. 18).

sub-requisito, esto es, la contraprestación a cargo del poder adjudicador. Sólo la concurrencia conjunta de los dos sub-requisitos, por tanto, habrá de llevar a la calificación del contrato como oneroso, y por tanto a su sujeción a las Directivas en materia de contratación.

La lectura que aquí acaba de realizarse de las palabras del Tribunal en la Sentencia *Müller* parece ser la que más se acomoda, por lo demás, a anteriores pronunciamientos del Tribunal. Así, ya en la Sentencia *Scala* el Tribunal había hecho especial hincapié en la contraprestación a cargo del poder adjudicador a efectos de la calificación del contrato como oneroso, señalando 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 93/37 y de las que podrá disponer la Administración Pública»²⁶.

Así, supuesto el beneficio económico para la Administración, localizado en el poder de disposición por parte de ésta sobre las obras objeto de la prestación a cargo del contratista, se subraya la necesaria existencia de contraprestación a cargo de la Administración a efectos de cumplimiento del requisito de la onerosidad. De hecho, el dato básico empleado por el Tribunal en este caso para calificar el contrato de oneroso lo constituye la circunstancia de que

«[...] el titular de una licencia urbanística o de un plan de urbanización aprobado que realiza las obras de urbanización *no efectúa ninguna prestación a título gratuito*, puesto que queda liberado de una deuda del mismo valor (...) de la que es acreedor el Ayuntamiento, a saber, la contribución a las cargas de urbanización (...)»²⁷.

2. *La calificación jurídica del contrato*

Concluido en sentido positivo el análisis relativo a la existencia de contrato en el sentido de las Directivas de contratación, esto es, existiendo contrato público a efectos de las Directivas, otra cuestión que ha debido plantearse el Tribunal en diversas ocasiones es la relativa a la calificación jurídica del contrato, por referencia al objeto del mismo. En concreto, el Tribunal ha prestado especial atención a la posibilidad de calificación del contrato como contrato de obras, a efectos de sujeción del mismo a las Directivas 93/37/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras y 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

La principal cuestión que parece oportuno señalar en este apartado,

²⁶ Sentencia *Scala*, cit., apartado 77. En el mismo sentido, vid. la Sentencia *Auroux* cit., apartado 45.

²⁷ Sentencia *Scala*, cit., apartado 84, cursiva añadida.

teniendo en cuenta el pronunciamiento del Tribunal en el asunto *Comisión contra España*, como tendrá ocasión de exponerse más adelante, es la referente a la calificación jurídica del contrato cuando las prestaciones incluidas en éste son diversas y de distinta naturaleza. Así ocurría en el caso *Auroux*, donde como se ha comentado más arriba, el convenio celebrado con la SEDL a efectos de la construcción de un centro de ocio atribuía a ésta

«[...] entre otras cosas, la función de proceder a adquisiciones inmobiliarias, convocar un concurso de arquitectura o ingeniería, encargar la realización de estudios, efectuar obras de construcción, elaborar y mantener actualizados determinados documentos contables y de gestión, recabar fondos y prever medios eficaces para posibilitar la comercialización de las obras, así como garantizar de modo general la gestión y la coordinación del proyecto y la información del municipio»²⁸.

Constatada tal diversidad de prestaciones, que podrían comprometer la calificación del contrato como contrato de obra a efectos de las Directivas, el Tribunal afirmará sin embargo que

«[...] de la simple inclusión en el convenio de elementos que van más allá de la mera ejecución de actividades de obra no se deriva que tal convenio quede excluido del ámbito de aplicación de la Directiva»²⁹.

Y añade que

«Como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de justicia, cuando un contrato contiene a un tiempo elementos propios de un contrato público de obras y elementos propios de algún otro tipo de contrato público, ha de estarse al objeto principal del contrato para determinar qué directiva comunitaria de contratación pública debe en principio aplicarse»³⁰.

Aclarando, por lo que al contrato de obra respecta que

«Del artículo 1, letra c) de la Directiva se desprende que la existencia de una obra debe apreciarse a la luz de la función económica o técnica del resultado de las actividades de obra efectuadas (...). Como se deriva claramente de varias disposiciones del convenio, el centro de ocio acogerá actividades comerciales de servicios, de tal modo que debe considerarse que el convenio cumple una función económica»³¹.

Lo que lleva al Tribunal a calificar el contrato como contrato de obra, no obstante la presencia en el mismo de prestaciones de distinta naturaleza, habida cuenta de que

«[...] su objeto principal (...) es la ejecución de un conjunto de actividades de obra que culminan con la realización de una obra –en concreto, un centro de ocio– en el sentido del artículo 1, letra c), de la Directiva. Los elementos constitutivos de servicios que se prevén en el convenio, como la

²⁸ Sentencia *Auroux*, cit., apartado 15.

²⁹ *Ibid.*, apartado 36.

³⁰ *Ibid.*, apartado 37.

³¹ *Ibid.*, apartado 41.

adquisición inmobiliaria, la recaudación de fondos, la convocatoria de un concurso de arquitectura o de ingeniería y la comercialización de edificaciones forman parte de la concreción de dicha obra»³².

Hecha la referencia a los supuestos de existencia de varias prestaciones de distinta naturaleza, en relación con la calificación jurídica del contrato, una última cuestión a la que conviene referirse en este momento es la relativa a la posible calificación de aquél como contrato de concesión de obra pública en ciertos supuestos de gestión urbanística. Una cuestión a la que hace expresa referencia la reciente Sentencia *Müller*.

En efecto, ante la circunstancia de que en el caso *Müller* la empresa en cuestión había adquirido previamente el terreno objeto de posterior urbanización, y preguntado prejudicialmente en dicho sentido, el Tribunal parte del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 2004/18, de acuerdo con el cual la concesión de obra pública «es un contrato que presente las mismas características que el contrato público de obras, con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio», y afirma que³³

«Para que un poder adjudicador pueda transferir a su cocontratante el derecho a explotar una obra en el sentido de dicha disposición, es preciso que este poder adjudicador pueda disponer de su explotación».

Para a continuación precisar que

«Normalmente, esto no ocurre cuando el derecho de explotación deriva únicamente del derecho de propiedad del operador afectado».

De manera que

«[...] el propietario de un terreno tiene derecho a explotarlo respetando la normativa aplicable. Mientras un operador disfrute del derecho a explotar el terreno del que es propietario, queda excluida, en principio, cualquier posible concesión de dicha explotación por parte de los poderes públicos».

Imposibilidad, en consecuencia, de calificar el contrato como concesión de obra pública en el caso de que el operador económico sea propietario del terreno a transformar. Un supuesto éste que, en nuestro Derecho, reviste especial interés, habiendo suscitado diversas opiniones doctrinales, fundamentalmente en atención a la ejecución vía sistema de compensación. Ejecución que no cabría incardinar, de acuerdo con lo visto, en el contrato de concesión de obra pública³⁴.

³² *Ibid.*, apartado 46.

³³ *Ibid.*, apartados 72-74.

³⁴ TEJEDOR BIELSA entiende que el Tribunal de «un salto en el vacío» al entender que el poder adjudicador no puede conferir el poder de la explotación de la obra cuando éste deriva únicamente del derecho de propiedad del operador afectado. En opinión del citado autor, el Tribunal «vincula la explotación urbanística de un terreno a la

Ahora bien, resulta incluso dudoso que tal supuesto (como muchos otros de gestión urbanística) pueda ser calificado, con carácter previo, de contrato público, toda vez que, como se ha expuesto en páginas anteriores, esta última calificación depende de la presencia de un vínculo sinalagmático entre poder adjudicador y operador económico. Es precisamente esta circunstancia la que analiza con detalle el Abogado General Sr. Nilo Jäkskinen en su escrito de Conclusiones en el asunto *Comisión contra España*. A la referencia a tales Conclusiones se dedica el epígrafe siguiente.

III. LAS CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL EN EL ASUNTO COMISIÓN CONTRA ESPAÑA (C-306/08)

Como ya ha sido señalado, el 16 de septiembre de 2010 el Abogado General Jäkskinen presentó su escrito de Conclusiones en el asunto *Comisión contra España*, asunto en el que, recordemos, se somete al juicio del Tribunal la posible vulneración de las ya numerosas veces citadas Directivas sobre contratación 37/97/CEE y 2004/18/CE por parte de la normativa urbanística valenciana relativa a la adjudicación de los Programas de Actuación Integrada. Instrumentos éstos, dicho muy sintéticamente, a través de los cuales se desarrolla urbanísticamente el suelo, identificándose el ámbito de actuación, expresándose las obras a acometer, los plazos y las bases técnicas y económicas para gestionar la actuación; el objeto, en consecuencia, de los PAI es la urbanización de dos o más parcelas, que serán transformadas en solares y conectadas a las redes de servicio existentes.

El asunto tiene su origen en cierto número de peticiones presentadas ante el Parlamento Europeo en las que se denunciaban diversos aspectos de la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, Reguladora de la Actividad Urbanística de la Comunidad Valenciana. Ahora bien, debe advertirse que, de los diversos aspectos denunciados, fundamentalmente cuestiones relativas al derecho de propiedad del suelo y cuestiones medioambientales, y por diversas razones, que incluyen la falta de competencia de la Comisión o la falta de sustento argumental, sólo la vía de la contratación pública se hace llegar ante el Tribunal de Justicia. De ahí que, una de las primeras observaciones del Abogado General Jäkskinen sea que «como los principales motivos de queja de los peticionarios se referían a otras cuestiones distintas del cumplimiento de la normativa en materia de contratos públicos, de poco consuelo les van a servir el presente recurso de la Comisión y la solución que se de al litigio» (apartado 3).

condición de propietario, cuestión ésta que ni es la sometida a su conocimiento, ni puede resolverse unívocamente en toda su jurisdicción», a lo que se añadiría que «ni siquiera concreta qué ha de entenderse por “explotación urbanística” y, en particular, si dicha explotación se limita a la edificación de solares dotada de servicios o alcanza a la producción misma de estos solares mediante la ejecución de la obra pública de urbanización» («Propiedad del suelo, obras de urbanización y excepción licitatoria», op. cit., pág. 866).

A) El acotamiento de la aplicación de las Directivas de contratación en los procesos de gestión urbanística. La aplicación teleológica de las Directivas

Expuestos sucintamente estos antecedentes, y centrada en consecuencia la cuestión en materia de directivas de contratación pública, la interpretación que el Abogado General Sr Jäkskinen realiza de la posible aplicación de aquella normativa a los procesos de gestión urbanística, y en concreto a los PAI valencianos, constituye un paso importante hacia el acotamiento del campo de aplicación de las Directivas de contratación pública, sobre la base de la depuración conceptual de los elementos sobre los que técnicamente se articulan aquéllas, y en concreto del requisito del carácter oneroso del contrato.

Debe ponerse de manifiesto a este respecto que ya en pronunciamientos anteriores tanto de los Abogados Generales como del propio Tribunal, y especialmente en la Sentencia *Müller*, puede vislumbrarse una cierta tendencia hacia la limitación del campo de aplicación de la normativa de contratación pública, específicamente cuando la misma entra en relación con la materia urbanística. En este sentido, el Abogado General Sr. Paolo Mengozzi señaló en las Conclusiones del asunto *Müller* que «los amplios y ambiciosos objetivos de la Directiva, si bien deben ser tenidos en cuenta en la interpretación de la misma, no deben llevar a afirmar que, atendido a la finalidad de tal texto normativo, su ámbito de aplicación pueda ser ampliado sin límites», de manera que «no cabe admitir una interpretación exclusivamente “funcional” de la Directiva, realizada teniendo en cuenta únicamente los objetivos de fondo de la misma». Una interpretación funcional que, advierte el Abogado General, conduciría a «una sujeción a las normas de la Directiva de todas las actividades de ordenación urbanística»³⁵. Esta advertencia tendría su reflejo en la sentencia *Müller*, en la que el Tribunal señaló, como ya ha sido mencionado aquí más arriba, que «el mero ejercicio de competencias normativas en materia urbanística, con la finalidad de satisfacer el interés general, no tiene por objeto ni recibir prestaciones contractuales ni satisfacer el beneficio económico directo del poder adjudicador, en los términos exigidos por el artículo 1, apartado 2, letra a) de la Directiva 2004/18»³⁶. Una afirmación que viene a contrastar con otras realizadas en pronunciamientos anteriores, y que mostraban probablemente menos interés hacia la normativa nacional³⁷.

³⁵ Conclusiones del Abogado General Sr. Paolo Mengozzi, asunto *Muller* (C-451/08), presentadas el 17 de noviembre de 2009, apartados 35 y 36.

³⁶ Sentencia *Müller*, cit., apartado 57.

³⁷ La moderación en los términos es patente, si se contrasta, por ejemplo, con consideraciones como las incluidas en la Sentencia *Scala*, en la que el Tribunal afirmó tajantemente que «la circunstancia de que la disposición de Derecho nacional que prevé la realización directa de las obras de urbanización forme parte de un conjunto de reglas en materia de urbanismo que tiene características propias y que persigue una finalidad específica, distinta de la de la Directiva, no basta para excluir la realización directa del ámbito de aplicación de la Directiva, cuando se cumplen los requisitos exigidos para incluirla en dicho ámbito» (Sentencia *Scala*, cit., apartado 66).

En esta misma línea de limitación del campo de aplicación de las Directivas en materia de contratación se sitúa el Abogado General Jäskinen y su escrito de Conclusiones en el asunto *Comisión contra España*. De ahí que señale aquél que en el examen de la aplicación de las Directivas a los supuestos de gestión urbanística, y en concreto a los PAI, «el Tribunal del Justicia debe tener cuidado de no estirar excesivamente el significado de determinados criterios incorporados a las Directivas sobre contratos públicos para hacer encajar el presente acuerdo en el ámbito de aplicación de esa normativa» (apartado 77)³⁸. Y advierte que «el Tribunal de Justicia debe hacer uso de una cierta moderación si la interpretación de un concepto de Derecho de la UE parece conducir en la práctica a que un instrumento de Derecho nacional pierda su *raison d'être* o a que un acto legislativo detallado de la UE resulte aplicable a fenómenos en los que no pensó el legislador de la UE durante el procedimiento legislativo» (apartado 75). En concreto, la aplicación de las Directivas a los PAI valencianos «tendría la consecuencia práctica de desincentivar la iniciativa privada en el ámbito de la ordenación y el desarrollo territoriales» (apartado 76)³⁹.

Todas estas consideraciones llevan al Abogado General a perfilar de una manera más definida o nítida los conceptos sobre los que se asienta la normativa en materia de contratación pública, con especial atención al carácter oneroso del contrato. Una línea evolutiva que, como se ha dicho, parece perceptible asimismo ya en la sentencia *Müller*. T. R. FERNÁNDEZ, no obstante, señala que esta Sentencia «da una de cal y otra de arena», al poner el acento en el carácter sinalagmático del contrato, para inmediatamente centrar la atención en la titularidad pública de las obras a desarrollar por el operador económico⁴⁰. No obstante, tal afirmación puede matizarse si se tiene en cuenta lo dicho aquí más arriba en cuanto al ámbito operativo que parece propio del criterio de la titularidad pública de las obras, circunscrito a la prestación realizada por el operador económico, sin posibilidad de que dicho criterio pueda referirse a la contraprestación por parte del poder adjudicador, y sin que, en consecuencia, se trate de un criterio suficiente para concluir el carácter sinalagmático del contrato.

Las conclusiones del Abogado General Jäskinen representan, en todo caso,

³⁸ Y continúa señalando que «de hacerse así, estaríamos ante una solución procrustea», en referencia a Procrusto, personaje de la mitología griega que atacaba a personas, estirándolas o serrándoles las piernas, para ajustarlas al tamaño de un lecho de hierro.

³⁹ Y advierte al respecto que, en tal caso, «la única opción que quedaría entonces en Derecho urbanístico sería el modelo clásico en el que los poderes públicos diseñan y aprueban todos los documentos relativos al planeamiento y el uso del suelo, y financian y organizan su ejecución y puesta en práctica, directamente y recurriendo a fondos públicos».

⁴⁰ «La gestión urbanística...», op. cit., pág. 18, donde el autor señala que el Tribunal «quiere liberarse de sus fantasmas, pero no puede porque sigue sin mirar al Derecho nacional sobre el que la vigente Directiva 2004/18 se proyecta y, por tanto, juzgando a ciegas».

un paso más, y de gran importancia, en la elaboración de la doctrina en materia de normativa europea de contratación pública en relación con los procesos de gestión urbanística. En este sentido, presupuesto que el carácter oneroso del contrato pasa por la existencia de una prestación y una contraprestación, y clarificadas en la Sentencia *Müller* las cuestiones básicas relativas a aquélla, la argumentación del Abogado General queda centrada en la contraprestación que incumbe al poder adjudicador. Una contraprestación respecto a cuya caracterización no parece surgir duda alguna, como ya ha sido señalado más arriba y ha afirmado el Tribunal, en los casos de entrega de cantidades de dinero o asunción de gastos por parte del poder adjudicador. Supuestos éstos, sin embargo, no asimilables a otros como los representados por la adjudicación de los PAI valencianos, analizados por el Abogado General Jääskinen. De ahí que el previo y necesario análisis de la normativa urbanística valenciana relativa a los PAI permite al Abogado General una mejor articulación de las normativas de contratación pública y urbanística.

B) El requisito de la onerosidad: la contraprestación del poder adjudicador

Como ya se ha señalado en varias ocasiones, sin que sea objeto de discusión, como señala el Abogado General, el hecho de que «los municipios que adjudican los PAI son poderes adjudicadores, que los urbanizadores son operadores económicos y que se celebra un contrato por escrito entre ambos, en el sentido de las Directivas 93/37 y 2004/18», la cuestión queda centrada en el análisis efectuado por aquél, como ya ha sido adelantado, en el requisito de la onerosidad.

En efecto, el Abogado General construye su argumentación al respecto a partir fundamentalmente del análisis de la operatividad y funcionalidad de las Directivas de contratación pública, en atención a los fines perseguidos por las mismas. De esta forma, no emplea el Abogado General en su línea argumental relativa al requisito de la onerosidad los criterios manejados por el Tribunal en anteriores pronunciamientos, como lo eran, por ejemplo, las ya mencionadas cuestiones del beneficio económico directo o la titularidad de las obras. De esta forma, constituyendo uno de los principales objetivos de las directivas la garantía de efectiva existencia de competencia «cuando los poderes adjudicadores hacen desembolsos públicos», afirma el Abogado General que «cuando el poder adjudicador no gasta fondos públicos, no hay riesgo de que se distorsione la competencia en el sentido de las Directivas 93/37 y 2004/18» (apartado 88)⁴¹.

Hecha tal advertencia, el Abogado General realiza una importante observa-

⁴¹ Una idea ésta, por lo demás, puesta ya en diversas ocasiones de manifiesto por la doctrina. En este sentido, BUSTILLO BOLADO ha señalado que la exigencia de publicidad y concurrencia por parte de la normativa de contratación pública se encuentra en directa relación con la procedencia de los fondos con cargo a los cuales se realiza la obra en cuestión («Obras de urbanización en el sistema de compensación...», op. cit., pág. 91).

ción, indicando que aún teniendo presente que el carácter oneroso no implica «que la contraprestación haya de consistir únicamente en dinero, la cuestión es si dicha contraprestación tiene que proceder del propio poder adjudicador o si basta con que la misma exista, al margen de quien la aporte» (apartado 81). A partir de ahí, el Sr. Jäskinen pone el acento en la necesaria naturaleza sinalagmática del contrato público, de manera que «para que exista contrato oneroso es necesario que el poder adjudicador soporte el perjuicio económico, bien positivamente, en forma de una obligación de pago frente al operador económico, o bien negativamente, como una pérdida de ingresos o de recursos que en otro caso se percibirían» (apartado 86). La indirecta referencia a la Sentencia *Scala* parece clara en esta afirmación, con la referencia al «perjuicio económico negativo», perjuicio que no parece producirse, de acuerdo con la argumentación del Abogado General, en el caso de la gestión de los PAI.

Para T. R. FERNÁNDEZ, este tipo de consideración se sitúa en la línea de las observaciones realizadas por el Abogado General Sr. Paolo Mengozzi en las Conclusiones sobre el asunto *Müller*, presentadas el 17 de noviembre de 2009⁴². Sin embargo, y si bien el Sr. Mengozzi presta al igual que el Sr. Jäskinen en su escrito de Conclusiones una especial atención al objetivo perseguido por las Directivas de contratación pública, una de las cuestiones centrales sometidas al juicio del Tribunal en el asunto *Müller*, según ha tenido ocasión de comentarse más arriba, era la relativa al beneficio económico directo obtenido por el poder adjudicador, beneficio que, como se dijo, parece hacer referencia a la prestación a efectuar por el operador económico, más que a la *contraprestación* a realizar por el poder adjudicador, que es en realidad el núcleo de la cuestión en la argumentación del Sr. Jäskinen. De hecho, una clara prueba de lo que se acaba de decir lo constituye la afirmación realizada por éste último, al hilo del posterior análisis que el mismo realiza sobre la posible calificación del contrato como concesión de obra pública, al reconocer sin problemas que «en el PAI todas las obras públicas definidas en el contrato (es decir, la construcción de viales y aceras, plazas de aparcamiento, señales de tráfico, redes de distribución de gas, agua y electricidad, la eliminación de aguas residuales, y la construcción de zonas verdes, que incluyan parques y árboles) se convierten en propiedad de la entidad adjudicadora una vez terminadas» (apartado 94).

Volviendo a la línea argumental seguida por el Abogado General en lo que al requisito de la onerosidad se refiere, de acuerdo con las consideraciones realizadas por aquél, sucintamente expuestas aquí, y constatada la falta de desembolso de fondos públicos en el caso de la gestión de los PAI vía agente urbanizador, al financiar éste último los gastos de gestión y recuperarlos de los propietarios del terreno, de forma que son éstos, y no el poder adjudicador, los que costean las obras públicas de urbanización, aquél entiende que no concurre «el requisito de la causa onerosa» (apartados 89 y 90). En su

⁴² «La gestión urbanística...», op. cit., pág. 18.

opinión, en consecuencia, no resulta posible calificar como contrato de obras el vínculo existente entre la Administración urbanística y el urbanizador.

Esta circunstancia, por lo demás, ha sido advertida ya en diversas ocasiones por la doctrina. En este sentido, T. R. FERNÁNDEZ subraya el hecho de que «en el urbanismo, el de Italia, el de aquí y el de cualquier otro país, la Administración no pone nunca un céntimo. No gasta, ingresa. No da, recibe, ya sea el dinero correspondiente al pago de un tributo por cada licencia de obras que otorga, ya un teatro de nueva planta, el 10% como mínimo del aprovechamiento urbanístico, en suelo o “monetarizado” a través de un convenio de gestión, las obras de urbanización, en todo caso, etc., etc., etc. Y si no hay desembolso de dinero por su parte (o renuncia a cobrar el que pueda corresponderle, que tanto da), no puede haber contrato público de obra»⁴³.

Una conclusión ésta que reduce las posibilidades de aplicación de las Directivas 93/37 y 2004/18 en el caso de la gestión de los PAI a una supuesta calificación del vínculo entre urbanizador y Administración como concesión de obra pública. El Abogado General, no obstante, excluye también esta posibilidad al no haber, por un lado, explotación posible por parte del urbanizador de las obras de urbanización (que se entregan a la Administración actuante), y al derivar, por otro lado, la explotación del resto de los terrenos del derecho de propiedad que se ostenta sobre los mismos y no de concesión alguna. De esta forma, afirma el Abogado General que «no existe un derecho a explotar las obras que resultan del PAI y el contrato no puede constituir una concesión de obras incluso aunque se considere que el objetivo central del contrato es la ejecución de las obras» (apartado 95).

C) Trascendencia y consecuencias a nivel nacional

De haberse secundado por el Tribunal la interesante interpretación realizada por el Abogado General Jäkkinen del requisito de la onerosidad habríamos asistido a un giro importante en la doctrina de aquél en la materia, cuya repercusión en los sistemas nacionales, y específicamente en el nuestro, hubiese sido notable, merced principalmente a la clarificación de lo que T. R. FERNÁNDEZ califica de «barullo conceptual» en la materia⁴⁴.

En efecto, al asumir los propietarios de los terrenos los gastos derivados de las obras realizadas por el urbanizador, la falta de concurrencia del requisito de la onerosidad determinaría la inaplicación de la normativa de contratación pública; y ello, debe subrayarse, no obstante la titularidad pública de las obras de urbanización una vez terminadas y entregadas a la Administración actuante. La problemática en torno a la manera o medida en que la norma-

⁴³ FERNÁNDEZ, T. R., «La gestión urbanística...», op. cit., pág. 17.

⁴⁴ *Ibid.*

tiva de contratación pública opera en el seno de aquel sistema de gestión quedaría, por tanto, clarificada.

A este inicial y evidente efecto se añaden las consecuencias de la referida interpretación respecto a la gestión urbanística por el sistema de compensación. Un sistema respecto del cual se han suscitado muchas y diversas dudas y problemáticas, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, por lo que a la relación de la Junta de Compensación tanto con la propia Administración actuante como con terceros se refiere, dudas y problemáticas basadas en la previa incertidumbre relativa a la calificación de aquellas relaciones como contratos públicos o no.

Así, parece especialmente significativa la proyección sobre la primera de las cuestiones. En este sentido, si bien con la doctrina *Scala* resultaba posible excluir la calificación como contrato público del vínculo existente entre la Junta y la Administración, toda vez que en el sistema español las obras de urbanización no se acometen por la Junta «a cuenta» de contribución adeudada alguna⁴⁵, la doctrina ha expresado dudas respecto a la posibilidad de tal exclusión tras la Sentencia *Müller*. En efecto, como ya ha tenido ocasión de comentarse, determinado sector doctrinal ha extraído de dicha Sentencia el criterio de la futura titularidad pública e las obras como elemento determinante del cumplimiento del requisito de la onerosidad, lo que obligadamente conduce a considerar cumplido tal requisito en el sistema de compensación, al estar la Junta obligada a entregar las obras de urbanización a la Administración, una vez finalizadas⁴⁶.

⁴⁵ Así, vid. FERNÁNDEZ, T. R., «La Sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001...», op. cit., págs. 20 y ss.; BUSTILLO BOLADO, R. O., «Derecho urbanístico y concurrencia...», op. cit., pág. 132. No comparte esta opinión BAÑO LEÓN, J. M., para quien «aunque doctrinalmente se ha tratado en España de marcar las diferencias entre la legislación italiana y la española... resulta muy difícil excluir la relación entre Junta de Compensación y Administración del ámbito de la Directiva de obras»; considerando el citado autor, sin embargo, que las relaciones entre la Administración urbanística y la Junta de Compensación «son relaciones internas, *in house providings*» (*Derecho urbanístico común*, Iustel, 2009, págs. 314-316).

⁴⁶ Esta circunstancia ha sido puesta de manifiesto por BUSTILLO BOLADO, R., quien afirma que la Sentencia *Müller* «sin duda permite afirmar que, a efectos de la aplicación comunitaria de la normativa sobre contratos públicos, la labor urbanizadora de la Junta de Compensación es onerosa»; si bien el citado autor entiende, sin embargo, que no resulta posible hablar de contrato público, en la medida en que la Junta actúa en cumplimiento de un deber legal («Un nuevo paso...», op. cit., pág. 272).

No realiza la misma interpretación de la Sentencia *Müller* TEJEDOR BIELSA, para quien dicha Sentencia «presupone la habilitación de los Estados para mantener un urbanismo basado en la vinculación a la propiedad de ese “derecho a explotar el terreno” («Propiedad del suelo, obras de urbanización...», op. cit., pág. 871); ello habida cuenta de la afirmación contenida en aquella (referida aquí más arriba) de acuerdo con la cual la explotación de los terrenos no se realiza sobre la base de título concesional alguno, sino sobre la base del derecho de propiedad que se ostenta sobre el terreno. Ahora bien, no parece posible compartir la opinión del citado autor, en la medida en que la afirmación del Tribunal se realiza en referencia a las obras de construcción sobre el terreno de titularidad privada, previamente urbanizado, y supuesta la entrega de las obras de urbanización».

Frente a tal problemática, la interpretación proporcionada por el Abogado General Jäksinen conduce a un claro resultado, al no existir desembolso de fondos públicos en la ejecución de la obra urbanizadora, criterio éste determinante de la calificación negativa relativa a la concurrencia del requisito de la onerosidad⁴⁷.

IV. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 26 DE MAYO DE 2011

En su Sentencia del pasado 26 de mayo, el Tribunal de Justicia desestima el recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión contra España por vulneración de las Directivas 93/37 y 2004/18. Mismo resultado que había propuesto el Abogado General Jäksinen, pero sustentado en una argumentación muy distinta. En efecto, soslayando las consideraciones del Abogado General en lo que al requisito de la onerosidad se refiere a efectos de calificación del vínculo entre Administración y urbanizador como contrato público, el Tribunal basa su desestimación en la imposibilidad de calificar dicho contrato como contrato de obras, al incluir aquél diversidad de prestaciones. En este sentido, el Tribunal afirma que

«[...] la Comisión no ha demostrado que el objeto principal del contrato celebrado entre el ayuntamiento y el urbanizador corresponda a contratos públicos de obras en el sentido de la Directiva 93/37 o de la Directiva 2004/18, lo que constituye una condición previa para la declaración del incumplimiento alegado»⁴⁸.

La argumentación del Tribunal, por tanto, se centra en la calificación jurídica del contrato, cuestión ya referida aquí más arriba, y que por lo que a la relación de la normativa europea de contratación pública con la urbanística se refiere cuenta con un importante precedente jurisprudencial, el de la Sentencia *Auroux*. En efecto, el Tribunal recuerda el concepto de con-

zación que corresponden a la Administración. Un segundo «momento» éste que se distingue del primer momento en que se procede a la urbanización del terreno.

⁴⁷ Todo ello sin perjuicio, en todo caso, de las consideraciones que merezca el hecho de que la actuación por parte de la Junta aparece como cumplimiento de una obligación legal. Una circunstancia que para un sector doctrinal excluye la posible calificación del vínculo como contractual (FERNÁNDEZ, T. R., «La gestión urbanística...», op. cit., pág. 18, BUSTILLO BOLADO, R. O., «Un nuevo paso...», op. cit., pág. 272), mientras que para otro sector no resulta significativa a efectos de calificación del vínculo, habida cuenta de la posibilidad en manos de la Administración de optar por otros sistemas de ejecución (BAÑO LEÓN, J. M., *Derecho urbanístico común*, op. cit., pág. 314), o incluso de la consideración, a partir de los arts. 6 a), 9.2 c), 9.3 y 16 del vigente Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008 (Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio), de que «el acto administrativo habilitante de un concreto operador económico para la ejecución de actuaciones de transformación urbanística al tiempo que le atribuye el derecho a urbanizar le impone los deberes propios de las actuaciones de transformación urbanística» (TEJEDOR BIELSA, J. C., «Propiedad del suelo, obras de urbanización...», op. cit., pág. 864).

⁴⁸ Sentencia de 26.05.2011, *Comisión contra España* (C-306/08), apartado 98.

trato público de obras en el sentido de las citadas Directivas, precisa su alcance, y señala que

«[...] de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, cuando un contrato contiene a un tiempo elementos propios de un contrato público de obras y elementos propios de algún otro tipo de contrato, ha de estar al objeto principal del contrato para determinar qué cuerpo normativo de la Unión referente a la contratación pública debe en principio aplicarse (...).

Esta determinación debe llevarse a cabo a la luz de las obligaciones esenciales que prevalecen y que, como tales, caracterizan dicho contrato, por oposición a aquellas otras que sólo tienen carácter accesorio o complementario y que son impuestas por el propio objeto del contrato»⁴⁹.

De ahí que, sobre la base de tales consideraciones, la aplicación de las mismas al supuesto sujeto a su consideración, la adjudicación de los PAI valencianos, conduzca al Tribunal a afirmar que

«[...] no se ha demostrado en absoluto que las obras de conexión e integración de los terrenos con las redes de infraestructuras, energía, comunicaciones y servicios públicos existentes *constituyan el objeto principal del contrato celebrado entre la entidad territorial y el urbanizador* en el marco de un PAI en gestión indirecta. La ejecución del PAI por el urbanizador comprende, como resulta concretamente de los apartados 21 y 23 de la presente sentencia, actividades que no pueden calificarse de “obras” en el sentido de las Directivas invocadas por la Comisión en su escrito de demanda, a saber, la elaboración del plan de desarrollo; la propuesta y la gestión del correspondiente proyecto de reparcelación; la obtención gratuita a favor de la Administración de los suelos dotacionales públicos y con destino al patrimonio público de suelo de la entidad territorial; la gestión de la transformación jurídica de los terrenos afectados y la realización del reparto equitativo de las cargas y beneficios entre los interesados, así como las operaciones de financiación y de garantía del coste de las inversiones, obras, instalaciones y compensaciones necesarias para la ejecución del PAI (...)»⁵⁰.

Incluyendo, en conclusión, el contrato celebrado entre Administración y urbanizador diversidad de prestaciones de distinta naturaleza, y sin que en el proceso se haya determinado cuál sea el objeto principal del aquél, no resulta posible calificarlo como contrato de obras en el sentido de las Directivas 93/37 y 2004/18, y por tanto no procede sujetarlo a las exigencias que derivan de las mismas.

Una solución que si bien conduce al mismo resultado práctico que la propuesta por el Abogado General en su escrito de conclusiones, mantiene al menos temporalmente o por el momento la inseguridad tanto conceptual como interpretativa que existe en esta materia. Y una solución, además, que permite su puesta en cuestión también desde el punto de vista técnico-constructivo. En efecto, el Tribunal afirma que la calificación del contrato como contrato de obras constituye una «condición previa» para la declara-

⁴⁹ *Ibid.*, apartados 90-91.

⁵⁰ *Ibid.*, apartado 96 (cursiva añadida).

ción del incumplimiento alegado por la Comisión. Pero, como ha tenido ocasión de exponerse en páginas anteriores, también constituye una condición previa, y *aún anterior en la línea argumental* que parece debe seguirse, la determinación de la *misma existencia o no de contrato público* en el sentido de las Directivas. Y la determinación de la existencia de contrato pasa necesariamente por el análisis de la concurrencia del requisito de la onerosidad en el vínculo que se establece entre Administración y urbanizador⁵¹.

Advertido lo cual, cabe preguntarse si el Tribunal, al soslayar dicha cuestión, está dando por supuesta la existencia del contrato, y por tanto la naturaleza sinalagmática del vínculo. Una posibilidad que parecen evidenciar expresiones del Tribunal como la ya transcrita que hace referencia al «objeto principal del contrato celebrado entre la entidad territorial y el urbanizador en el marco de un PAI en gestión indirecta».

La cuestión, sin embargo, no queda en absoluto clara. Habrá que esperar, por tanto, a futuros pronunciamientos del Tribunal, que es de desear contribuyan a despejar las numerosas dudas que se plantean en la materia, a través de la clarificación y depuración técnica de conceptos.

⁵¹ El Tribunal, en consecuencia, parece haber empezado por el final, soslayando el núcleo básico de la problemática que en el asunto se planteaba. FERNÁNDEZ, T. R., entiende que dicho soslayo se explica en la intención del Tribunal de «no desdeñarse, cosa que a ningún Tribunal (a nadie, en rigor), le gusta», advirtiendo expresivamente que «peor para él, porque por no ponerse colorado una vez, tendrá que seguir poniéndose amarillo unas cuantas más» («La gestión urbanística...», op. cit., pág. 20).