

LA ACTIVIDAD URBANIZADORA COMO SERVICIO
DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL

LA ACTIVIDAD URBANIZADORA COMO SERVICIO
DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL

José María Vázquez Pita

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
MADRID, 2014

Colección: MONOGRAFÍAS

FICHA CATALOGRÁFICA DEL CENTRO
DE PUBLICACIONES DEL INAP

VÁZQUEZ PITA, José María

La actividad urbanizadora como servicio de interés económico general / José María Vázquez Pita. – 1ª ed. – Madrid : Instituto Nacional de Administración Pública, 2014. – 224 p. ; 24 cm. – (Monografías)

Bibliografía: p. 211-217
ISBN 978-84-7088-996-7. – NIPO 635-14-014-0

1. Sistemas de actuación urbanística-España. 2. Concursos administrativos- España. 3. Derecho urbanístico-Países de la Unión Europea. I. Instituto Nacional de Administración Pública (España). II. Título. III. Serie

349.412.2(460)
351.712.2.028(460)
349.44(4-672 UE)

Primera edición: Junio, 2014

Catálogo general de publicaciones oficiales:
<http://publicacionesoficiales.boe.es>

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal).

Edita:

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

www.inap.es

ISBN: 978-84-7088-996-7 (formato papel); 978-84-7351-300-5 (formato electrónico)

NIPO: 635-14-014-0 (formato papel); 635-14-013-5 (formato electrónico)

Depósito Legal: M 7416-2014

Preimpresión: Composiciones RALI, S.A.

Impresión: Ulzama

En esta publicación se ha utilizado papel reciclado libre de cloro de acuerdo con los criterios medioambientales de la contratación pública.

*A mi mujer, Iria.
A mis hijos, Gabriela y Mateo*

Este trabajo ha sido galardonado con el Accésit 1 otorgado por el Instituto Nacional de Administración Pública a las mejores tesis doctorales de 2013.

El Jurado, presidido por D. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de La Coruña, ha estado integrado por los siguientes miembros:

- D. Ricardo Rivero Ortega, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca.
- D. Miguel Anxo Bastos Boubeta, profesor titular de Ciencia Política de la Universidad de Santiago de Compostela.
- D. José Antonio Olmeda Gómez, catedrático de Ciencia Política y de la Administración y decano de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología de la UNED.
- D. Luis Herrera Díaz-Aguado, vocal asesor del Instituto Nacional de Administración Pública.

Actuó como secretaria Dña. Guadalupe Herranz Escudero, jefa del Departamento de Publicaciones, Estudios y Documentación del Instituto Nacional de Administración Pública.

ABREVIATURAS

art.	artículo
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
Ley 8/1990	Ley 8/1990, de 25 de julio. sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo
Ley 8/2007	Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo
LRAU	Ley 6/1994, de 15 de noviembre, de la Generalitat Valenciana, Reguladora de la Actividad Urbanística
LS 1998	Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones
LUV	Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana
PAI	Programa de actuación integrado
PIB	Producto Interior Bruto
proc.	procedimiento
rec.	recurso
RGU	Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre régimen del Suelo y Ordenación Urbana
SIEG	Servicio de interés económico general
ss.	siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

ABREVIATURAS

TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLS 1976	Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre régimen de Suelo y Ordenación urbana
TRLS 1992	Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre régimen de Suelo y Ordenación urbana
TRLS 2008	Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea

ÍNDICE

PRIMERA PARTE

LA GESTIÓN URBANÍSTICA EN EL CONTEXTO CONSTITUCIONAL

Capítulo I. Urbanización, derecho de propiedad y libertad de empresa .	21
I. Planteamiento de la cuestión	21
II. Marco normativo actual. La ambigüedad del TRLS 2008	26
III. La actividad de urbanización y los derechos constitucionales de propiedad y libertad de empresa	29
1. «Estatutarización» y diversificación del derecho de propiedad inmobiliaria	29
2. Vertiente institucional de la libertad de empresa: el mercado de las obras de urbanización.	33
A. Consideraciones generales	33
B. El halo de incertidumbre en la delimitación entre el de- recho de propiedad y la libertad de empresa en materia urbanística	34
3. La delimitación entre el contenido esencial de los derechos de propiedad y libertad de empresa.	37
4. Conclusiones	39
Capítulo II. La reserva a la administración de la actividad de ejecu- ción de la urbanización	43
I. Principio de proporcionalidad y reserva de servicios	43
II. Análisis de la proporcionalidad de la reserva contenida en el TRLS 2008	48
1. Idoneidad y necesidad de la reserva	48

2. Análisis de la proporcionalidad sobre la vertiente individual e institucional de la libertad de empresa	50
--	----

SEGUNDA PARTE

LIBERTAD DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE URBANIZACIÓN Y DERECHO COMUNITARIO

Capítulo I. La actividad de ejecución de la urbanización como servicio económico de interés general	55
I. La aparente neutralidad del Derecho comunitario.	55
II. El concepto comunitario de servicio	57
III. La urbanización como servicio económico	59
1. Introducción	59
2. La autonomía de las acciones en las que se desgrena la acción de promoción urbanizadora. Participación <i>ute cives</i> vs. participación <i>ute gestor</i>	61
3. Inexistencia de relación entre la actividad urbanizadora y el ejercicio de poder público	64
4. La hipotética integración de la actividad de urbanizar en el estatuto del derecho de propiedad y sus consecuencias en relación al artículo 345 Tratado CE	67
IV. La urbanización como servicio de interés económico general	72
1. Definición y características de servicio de interés económico general	72
2. La urbanización como servicio de interés general	76
Capítulo II. Medidas restrictivas de la libertad de prestación del servicio de urbanización: reserva al propietario como otorgamiento de un derecho exclusivo	81
I. Libertad de circulación y acceso al mercado.	81
1. Introducción	81
2. Libertad de circulación y servicios de interés económico general	82
3. Restricciones de acceso al mercado	84
II. La reserva a los propietarios del suelo de la iniciativa de urbanización: ¿derecho exclusivo o tratamiento legal diferenciado?	89
1. Conceptos de derecho exclusivo y tratamiento legal diferenciado	89
2. La reserva a favor de los propietarios del suelo prevista en el artículo 6 TRLS 2008 como supuesto de tratamiento legal diferenciado	90

3. El planeamiento urbanístico como supuesto de otorgamiento de un derecho exclusivo mediante norma reglamentaria	92
III. Implicaciones competenciales de la consideración de la actividad urbanizadora como servicio de interés económico general	93
IV. El contraste del planteamiento con la jurisprudencia comunitaria. .	97
1. La existencia de un riesgo de discriminación indirecta	97
2. La apelación a la misión de interés general	99
V. Conclusiones.	102
1. En relación a la figura del agente urbanizador	102
2. En relación al alcance de las peculiaridades o excepciones a favor de la iniciativa de los propietarios del suelo	106
3. Sujeción del otorgamiento del título habilitante previsto en el artículo 6 TRLS 2008 a la Directiva 2004/18/CE	108

TERCERA PARTE

PROMOCIÓN URBANÍSTICA, MERCADO PÚBLICO DE MANO PRIVADA

Capítulo I. La labor jurisprudencial de expansión del mercado público a las relaciones contractuales <i>inter privados</i>	113
I. Las nuevas cuestiones suscitadas	113
II. La definición comunitaria de contrato.	115
III. Contrato público y mercado público: aplicación horizontal de las directivas de contratación pública	118
1. El fenómeno de expansión del mercado público	118
2. Las «técnicas» jurisprudenciales de expansión del mercado público	120
A. Expansión del mercado público e intercambiabilidad de las técnicas administrativas	120
B. El punto de partida: asunto <i>Unitron Scandinavia</i> . Disociación entre operador y proveedor del operador	122
C. Asuntos <i>Ordine degli Architetti</i> y <i>Comisión contra Francia</i> ; mandato vs. sustitución legal	124
D. Asuntos <i>Jean Auroux</i> y <i>Comisión contra Italia</i>	127
3. A modo de corolario: la necesaria diferenciación entre habilitación para la prestación de un SIEG y mandato de ejecución de un servicio u obra pública. Potenciación del elemento causal en la definición comunitaria de contrato.	131
IV. Problemática de la inmersión en el mercado público de la relación entre el agente urbanizador y el empresario constructor. Una visión comunitaria y constitucional	133

1.	La relación entre agente urbanizador y el empresario constructor a la luz de la jurisprudencia comunitaria	133
2.	Una perspectiva constitucional de la publicación de la relación contractual entre operadores privados	136
V.	Las peculiaridades o excepciones a favor del propietario del suelo. El propietario urbanizador como agente económico en el mercado público.	139
1.	El propietario como sustituto de la Administración	139
2.	Valoración doctrinal de la propuesta	141
Capítulo II. Elementos contractuales de la habilitación para la actividad de ejecución de la urbanización		145
I.	Planteamiento	145
II.	La actividad de urbanización como obra pública	146
1.	Obra urbanizadora y Derecho comunitario	146
2.	El concepto autónomo y funcional de obra pública	147
3.	Concepto amplio del objeto del contrato de obra	152
4.	La preeminencia del elemento objetivo del contrato	156
III.	Contrato celebrado por escrito entre uno o varios poderes adjudicadores y uno o varios operadores económicos.	157
1.	Consideraciones generales	157
2.	Primera hipótesis: el urbanizador como poder adjudicador	158
3.	Segunda hipótesis: el urbanizador como central de compras	163
4.	Tercera hipótesis: el urbanizador como sustituto de la Administración	163
5.	Cuarta hipótesis: el urbanizador como gestor de un servicio de interés económico general	164
IV.	La onerosidad del contrato	165
1.	La financiación de las obras de urbanización: carga jurídico-real o prestación patrimonial de carácter público.	165
2.	El reflejo jurisprudencial del debate doctrinal	168
3.	La onerosidad en la jurisprudencia del TJUE	172
A.	Obtención de un beneficio económico directo.	172
B.	Asuntos <i>Bayerischer Rundfunk</i> y <i>Hans & Christophorus Oymanns GbR</i> . Onerosidad y financiación extrapresupuestaria	175
a)	Asunto <i>Bayerischer Rundfunk</i>	175
b)	Asunto <i>Hans & Christophorus Oymanns GbR</i>	179
4.	Conclusiones: la financiación pública extrapresupuestaria de las obras de urbanización	182
V.	Conclusiones	184

Capítulo III. El supuesto específico de la junta de compensación	187
I. Introducción al debate sobre el régimen contractual de las juntas de compensación	187
1. Planteamiento de la cuestión	187
2. La junta de compensación como administradora del derecho de propiedad	188
3. Ejecución de obra pública y atribución formal de personalidad administrativa. De nuevo el poder atractivo de la obra pública	191
II. La naturaleza de la relación entre la junta de compensación y la Administración	193
1. La junta de compensación como prestadora de servicios económicos a la Administración	193
A. La junta de compensación no es el producto de la potestad de organización del poder público	194
B. El ámbito de la delegación no alcanza al ejercicio de poder público sino, exclusivamente, a la prestación de servicios económicos de mercado	196
2. La junta de compensación como mandatario discrecionalmente elegido	197
3. La naturaleza contractual de la habilitación implícita en el sistema de compensación: la necesaria concurrencia entre voluntades públicas y privadas	200
III. La junta de compensación como poder adjudicador o como operador económico de naturaleza privada	201
IV. Un último apunte: sobre la naturaleza de la relación entre la junta de compensación y la empresa urbanizadora incorporada a la misma.	205
Bibliografía	209
Jurisprudencia	217