

Luciano Parejo Alfonso

*Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Carlos III de Madrid*

La cuestión de la constitucionalidad de la figura urbanística del «urbanizador» en su concreta versión original, la de la legislación valenciana

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. PÚBLICO Y PRIVADO EN LA «EJECUCIÓN» DEL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO. III. LA SENTENCIA DEL TJCE: INAPLICABILIDAD DE LA DOCTRINA EN ELLA SENTADA AL CASO ESPAÑOL DE LA EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO POR PRIVADOS. IV. LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LRAU POR RAZÓN DE LA REGULACIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO POR URBANIZADOR ADJUDICATARIO. V. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

En 1994 el legislador urbanístico valenciano alumbró, en un contexto normativo general nada propicio, un modelo de gestión urbanística cuya novedad fundamental residía en la apertura a la libre competencia de la actividad de ejecución del planeamiento, gracias justamente a la afirmación rigurosa de la naturaleza pública de ésta y la extracción de todas las consecuencias de tal afirmación. Se abría así por primera vez, después de muchos ensayos infructuosos en la misma línea (la de incremento del grado de exigencia y de intervención administrativas en el cumplimiento de los deberes y el levantamiento de las

cargas por parte del tradicionalmente único agente privado legalmente reconocido: el propietario), una nueva y esperanzadora vía de ataque al problema basal del urbanismo español, que no es otro que el de «normalización» y dinamización del proceso productivo de suelo urbanizado. Pues, por evidente, no precisa demostración la incidencia en el precio final del suelo construido (especialmente el de primera necesidad: el residencial) de la tempestiva, suficiente, variada y adecuada oferta en los múltiples mercados locales inmobiliarios de suelo efectivamente urbanizado (y no meramente clasificado y calificado) e idóneo, por tanto, para servir de soporte a la edificación. Ni tampoco hace falta resaltar a estas alturas lo objetivamente nocivo del lógico comportamiento pasivo del mero propietario del suelo, fuertemente incentivado por las plusvalías resultantes de la combinación de la simple espera y la acción de los demás (incluido el sector público).

No había podido llegar a cumplir siquiera cuatro años –corto periodo en el que, sin embargo, había logrado ya comenzar a demostrar en la práctica lo acertado, en lo esencial, de su solución– cuando la Ley valenciana reguladora de la actividad urbanística (LRAU) hubo de sufrir y vencer una primera incomprensión que, de haber prosperado, habría dado al traste con la entera potencialidad de su modelo de gestión. El legislador estatal-general, decidido a la vez a recuperar terreno en la materia y realizar también en el urbanismo –sin mayor análisis de las características singulares de éste– su propósito económico de «liberalización» (adelantado ya en 1996 mediante Real Decreto-Ley y en mezcla indiscriminada con la del régimen de los Colegios Profesionales), había diseñado en principio un proyecto que descansaba en la «devolución» al propietario de suelo de la posición de agente privado urbanístico privilegiado e, incluso, único (en la medida en que cualesquiera otros debían pasar por el «fielato» de la propiedad)¹. Afortunadamente

¹ Resulta cuando menos curioso observar los distintos y aun contrapuestos planteamientos que sobre la propiedad, según los objetivos sectoriales perseguidos, permite legitimar el programa genérico de la «liberalización». Mientras la del urbanismo conduce a un reforzamiento de la posición del propietario de suelo, en la del sector eléctrico lleva, por el contrario, al vaciamiento de la del propietario de las infraestructuras en red precisas para el «transporte» y la «distribución» de la energía eléctrica. La exposición de motivos de la vigente Ley reguladora del sector señala, en efecto y con toda claridad y rotundidad, que «el transporte y la distribución se liberalizan a través de la generalización del acceso de terceros a las redes. La propiedad de las redes no garantiza su uso exclusivo. La eficiencia económica que se deriva de la existencia de una única red, raíz básica del denominado monopolio natural, es puesta a disposición de los diferentes sujetos del sistema eléctrico y de los consumidores. La retribución del transporte y la distribución continuará siendo fijada administrativamente, evitándose así el posible abuso de las posiciones de dominio determinadas por la existencia de una única red. Asimismo, para garantizar la transparencia de esta retribución, se establece para las empresas eléctricas la separación jurídica entre actividades reguladas y no reguladas en cuanto a su retribución económica».

el diseño final, tras la intervención parlamentaria, incorporó la legitimación de los demás agentes gracias a la redacción del inciso final del nº 3 del artículo 4 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de régimen del suelo y valoraciones (LRSV). Con razón, incluso y precisamente desde la perspectiva «liberalizadora», como ha venido a demostrar la argumentación de la Sentencia del Tribunal Constitucional 164/2001, de 11 de julio, a propósito cabalmente del aludido artículo 4.3 LRSV.

Pocos años después y cuando –cumplidos apenas siete años de vigencia– la LRAU había acreditado ya i) con resultados, su eficacia (baste a este respecto con remitir a los concluyentes datos suministrados en el estudio de Gerardo ROGER que se publica también en este volumen) y ii) con la adopción –con mayores o menores variantes– de la fórmula del «urbanizador» (extendida, incluso, a la edificación) por otros legisladores autonómicos de diferente signo político, su capacidad de servir de modelo de referencia, dos acontecimientos –acaecidos ahora en sede judicial– parecen amenazar, suscitando la duda de su legitimidad, la persistencia y, por tanto, la consolidación definitiva de la fórmula. Se trata de 1) la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de julio de 2001 [recaída en el asunto C-399/98 sobre cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Administrativo Regional de Lombardía (Italia) a propósito del programa de obras del Municipio de Milán conocido como «proyecto Scala 2001»] y 2) el Auto de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 15 de octubre de 2001, por el que, en el contexto de recurso contencioso-administrativo deducido contra actuación del Ayuntamiento de Alzira, se plantea al Tribunal Constitucional cuestión de constitucionalidad en relación con determinados preceptos de la LRAU. El significado que por sí mismos tienen ambos pronunciamientos y las repercusiones que pueden llegar a tener² demandan una reflexión a fondo sobre las cuestiones que suscitan; reflexión, a la que pretenden contribuir estas líneas.

Dos planteamientos diametralmente contrapuestos, pues. Y ello a pesar de las similitudes: a) En el caso del sector eléctrico (servicio o prestación en sistema o «red») la existencia de las infraestructuras de transporte y distribución y el libre acceso a las mismas por los agentes del sistema es capital para la generación de pluralismo y libre competencia, porque tales infraestructuras en red constituyen el «soporte» común de las actividades de generación, distribución y comercialización, es decir, hacen posible el resultado conjunto que supone el «suministro» de electricidad al consumidor final. Y por ello mismo, en aras de la constitución de las repetidas infraestructuras se otorga preferencia a la actividad de «transporte» y «distribución» de energía eléctrica sobre la situación del propietario de suelo, de suerte que para la construcción de aquéllas se prevé la expropiación, en lo necesario, de los bienes y derechos correspondientes.

² Como demuestra el preocupado (desde el punto de vista de las posibles consecuencias para el sistema urbanístico español, incluida su variante valenciana) comentario de urgencia

Dejando ahora de lado la Sentencia del Tribunal de Justicia comunitario-europeo, de la que —como veremos— pocas consecuencias, si no ninguna, cabe extraer para nuestro Derecho urbanístico³, no puede dejar de resaltarse como, luego de muchos años de vigencia —tras la Constitución y también la normativa comunitario-europea sobre contratación pública y la legislación básica española adaptada a ella— de la previsión por la legislación urbanística y la aplicación práctica de la ejecución por los propietarios (agrupados en el ente formalmente administrativo de compensación o individualmente, pero desempeñando siempre una función pública urbanística por cuenta de la Administración competente y en términos de colaboración con ésta) de obras de urbanización (a recibir finalmente por dicha Administración para ser aplicadas al destino público correspondiente), desde el poder judicial se plantee ahora, desde la lógica del respeto de los principios ligados a las correspondientes libertades y, por tanto, la igualdad en la concurrencia a efectos de la adjudicación de las obras de urbanización, la posible inconstitucionalidad precisamente de la fórmula de gestión urbanística instaurada para introducir plena concurrencia (la libre competencia) en la entera ejecución del planeamiento. Y se haga con «fijación» en la figura del urbanizador y prescindiendo de la del propietario, lo que no parece que pueda imputarse a la virtud taumatúrgica de la propiedad, capaz de sanar por completo cualquier vicio por la vía de escape de la excepción licitatoria. Viene esta observación a propósito de esta otra, que sin ella quizás no sería tan evidente: el propio planteamiento judicial de la cuestión de constitucionalidad pone paradójicamente en evidencia (o quizás no tanto) el éxito mismo del modelo de gestión urbanística valenciano, pues sólo desde la efectiva dinamización de los intereses distintos, y por ello, capaces de entrar en colisión, de propietarios, promotores y también constructores (buscada por el modelo) se entiende la pretensión de acotación del espacio económico considerado específicamente propio que subyace a aquel planteamiento y que éste traduce jurídicamente en exigencia, además, de observancia (por razón de la

que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea mereció inmediatamente en nuestra doctrina. Véase T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «La Sentencia del TJCE de 12.7.2001 (TJCE 2001, 194) (asunto "Proyecto Scala 2001") y su impacto en el ordenamiento urbanístico español», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n° 505, de 25 de octubre de 2001, pp. 1-6.

³ Aunque la inmediata sucesión en el tiempo pudiera proporcionar cierta base para suponer alguna relación entre tal pronunciamiento, que se centra justamente en la normativa comunitaria en materia de contratación pública, y el planteamiento por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia de la cuestión de constitucionalidad indicada en el texto, no parece que, en realidad, tal relación haya existido.

obra urbanizadora) de la legislación básica de la contratación de las Administraciones públicas.

II. PÚBLICO Y PRIVADO EN LA «EJECUCIÓN» DEL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO.

La puesta en cuestión, así, de una de las piezas del complejo y trabado sistema de técnicas e instituciones que integra el ordenamiento urbanístico (el valenciano, como cualquier otro autonómico en el marco definido hoy por la LRSV) de forma aislada y decontextualizada, es decir, prescindiendo y, por tanto, desconociendo su posición y función en dicho sistema, lo que vale decir su verdadera naturaleza, obliga a comenzar el análisis precisamente «situando» en aquél el conjunto de mecanismos articulados para llevar a puro y debido efecto el planeamiento, lo que vale decir para organizar el llamado proceso urbanístico fundamentalmente en su fase urbanizadora.

Procede recordar que la Ley de régimen del suelo y ordenación urbana de 12 de mayo de 1956 (LS56), texto legal «fundante» de nuestro actual sistema urbanístico y «forjador» del modelo a que éste continúa respondiendo en la actualidad –incluso tras la descentralización territorial de la materia–, compatibilizaba perfectamente la configuración de la entera ordenación urbanística (el objeto del texto legal, según su art. 1) como función pública⁴ con:

a) La previsión, en el plano de la gestión urbanística, de la *encomienda* de ésta tanto a órganos de carácter público, como a *la iniciativa privada* y a entidades mixtas, con imposición a la gestión pública del deber de suscitar en la medida más amplia posible la iniciativa privada (art. 4 LS56).

b) La consecuente contemplación, a la hora del tratamiento de la ejecución del planeamiento urbanístico, de *sendas «esferas de actuación»* para el Estado y las Entidades locales, de un lado, y los particulares de otro (art. 102 LS56), en correspondencia con el deslinde de dos «*formas de gestión*»: una pública, en la que las obras de urbanización *se ejecutaban* por Corporaciones oficiales o concesionarios subrogados y se exigía *la consignación del crédi-*

⁴ Así resultaba del desglose de la actividad urbanística (art. 2 LS56) en aspectos que cubrían la entera ordenación urbanística en todas sus vertientes y fases y la ulterior atribución de competencias administrativas en todos y cada uno de aquéllos, con delimitación de los contenidos respectivos de las mismas (art. 3). Por ello mismo pudo afirmar muy tempranamente García de Enterría que «posiblemente pueda reconducirse todo el sistema de la Ley al principio esencial de la calificación del urbanismo como una función pública exclusiva, estrictamente tal»; véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La Ley del suelo y el futuro del urbanismo», ADC, Tomo XI, fascículo II, 1958, p. 501.

to correspondiente en el presupuesto del órgano gestor (mediante anticipo o reintegro de las cantidades que correspondiera satisfacer a los propietarios) [arts. 131 y 132 LS56], y otra privada, *sustitutiva de la pública* y en la que la gestión correspondía a los propietarios que habían *de sufragar todos o más de la mitad de los gastos de la urbanización* o a las personas que se subrogaran en sus facultades (art. 137 LS56).

c) La paralela regulación de sistemas de actuación (cooperación, expropiación total, compensación y cesión de terrenos) que, aunque formalmente independientes de las formas de gestión, estaban obviamente íntimamente relacionados con ellas, hasta tal punto que la elección por la Administración del sistema a aplicar en cada caso dependía, entre otros, del criterio clave de la «*colaboración de la iniciativa privada*» con que se contara (art. 113 LS56).

De la correlación entre esferas de actuación, formas de gestión y sistemas de actuación resultaba, así, *un moderno deslinde de lo público y lo privado en el plano de la ejecución jurídica y material del planeamiento*, en el que, lejos de desdibujarse, se reafirmaba la declaración como función pública de la entera ordenación urbanística (la entera actividad de ejecución, desde luego la desarrollada por privados, quedaba bajo la dirección y el control de la Administración urbanística (art. 103, en relación con art. 5, LS56), utilizándose instrumentalmente la iniciativa privada al servicio del cumplimiento de la referida función (nótese, en efecto, cómo en la forma de gestión privada por el sistema de compensación el costeamiento de las obras de urbanización no desnaturaliza los fondos empleados, que son en todo momento privados).

En cualquier caso debe destacarse cómo ya en este momento fundacional y acuñador del modelo el sistema urbanístico se caracteriza, dadas las características de su objeto, por:

- Su vocación de ordenamiento completo y autosuficiente, de modo que sus piezas adquieren sentido sólo desde su contemplación en el seno del sistema.
- El carácter innovador y específico del diseño de las técnicas de que se sirve.
- Su configuración desde la perspectiva del «proceso urbanístico» y, por tanto, desde la íntima trabazón de las aludidas técnicas para su correcto y combinado juego a lo largo del desarrollo de aquél. Con la consecuencia de no ser la ejecución del planeamiento otra cosa que la prosecución de la «ordenación urbanística» por otros medios y en línea de continuación de dicho planeamiento. Ello significa la comprensión por la ejecución, en mezcla inex-

tricable, de operaciones jurídicas y materiales, precisas ambas para la culminación de la delimitación del contenido del derecho de propiedad (comunidad de referencia para la equitativa distribución de beneficios y cargas; fijación de la forma de gestión y del sistema de actuación; determinación última de las cargas de urbanización) y el cumplimiento de los deberes legales de los propietarios (cesiones obligatorias y gratuitas, ejecución «a su costa» de las obras). De suerte que *cuando dicha ejecución se desarrolla por privados (propietarios) la correspondiente actividad es desde luego cumplimiento material de la tarea pública de ordenación urbanística pero por particulares y con medios particulares sólo que bajo la dirección y el control de la Administración pública.*

Tras la reforma legal parcial de 1975, el texto refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana aprobado por Real Decreto Legislativo 1346/1976, de 9 de abril (TRLS76), ciertamente simplificó, pero en modo alguno desvirtuó, la anterior regulación de la ejecución, de suerte que, aun desapareciendo la referencia a las formas de gestión, confirmó (art. 114.1 TRLS76) el deslinde de las «*respectivas esferas de actuación*» de las Administraciones y las entidades urbanísticas especiales, sin perjuicio de la *participación de los particulares en la ejecución en los términos legalmente establecidos* (fórmula ésta de mayor precisión técnica en cuanto a la intervención instrumental de los sujetos privados en el desarrollo de un cometido materialmente público) y ratificó que, en el sistema de compensación, eran los propietarios, agrupados sí pero en cuanto que tales, los que «... *realizan a su costa la urbanización en los términos y condiciones que se determinen...*» (art. 126.1 TRLS76) y, por tanto, resultan ser —a través de la Junta— «... *directamente responsable(s), frente a la Administración, de la urbanización completa...*». Y sobre ello introdujo un régimen novedoso (que puede considerarse antecedente de la figura actual de la adjudicación en libre concurrencia —mediante concurso conducente a la suscripción de convenio— de la ejecución de una actuación urbanística) para la ejecución de Programas de Actuación Urbanística en suelo urbanizable no programado (arts. 146 y sgs. TRLS76); *régimen que suponía una rotunda ratificación del carácter privado de la actividad del adjudicatario*, al i) prever la posibilidad de la realización de actuaciones por privados-adjudicatarios sin concurso (art. 149 TRLS76); ii) precisar como obligación voluntariamente asumida por el adjudicatario del concurso la construcción de las obras de urbanización (art. 146 TRLS76); y iii) determinar la compatibilidad de la intervención del mismo (el adjudicatario) con la aplicación de los sistemas de actuación y, en particular, del de compensación (arts. 147.4 y 151 TRSL76).

El texto refundido de la misma Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio (TRSL92), resultante de la segunda y última reforma legal parcial de 1990, mantuvo en lo sustancial la anterior regulación, pero siendo destacable en el:

- La clarificación técnica –en virtud de la rúbrica («competencias») dada al artículo 141– de la intervención de los particulares en la ejecución como *participación en el ejercicio de competencias* en principio de las Administraciones públicas, es decir, *utilización instrumental de la actividad de particulares al servicio del cumplimiento de la ordenación urbanística* (sin alterar la configuración entera de ésta como función pública).
- La corroboración de la vocación de completa regulación de la gestión del entero ciclo del proceso urbanístico mediante técnicas propias, al precisar la habilitación a la Administración actuante (en el caso de constitución por la misma, para la ejecución, de sociedades mercantiles) para ofrecer a los propietarios la suscripción –en proporción a la superficie de sus terrenos– de una parte del capital social sin necesidad de licitación (art. 147.2 TRLS92) a los efectos de su intervención en la referida ejecución.
- La confirmación de que la fijación de unos u otros de los sistemas ahora llamados de ejecución suponía la opción por una forma bien de «gestión pública», bien de «gestión privada» (art. 149.3 y 4 TRLS92), de forma que en este último caso *la restricción de la Administración a la dirección y el control explicaba que, de no poder cumplir los privados la ejecución por culpa imputable a la Administración, «... los propietarios afectados conservarán sus derechos a iniciar o proseguir el proceso urbanizador y edificador».*

Desarbolado el TRLS92 en su función de marco general de la legislación urbanística autonómica por la STC 61/1997, de 20 de marzo, la vigente Ley 6/1998, de 13 de abril, de régimen del suelo y valoraciones, ha conservado, en lo que aquí interesa, el modelo acuñado en 1956. Su artículo 4 diferencia perfectamente las «*esferas pública y privada*» en el proceso urbanístico, sin perjuicio de la configuración –como ha dejado precisado la STC 164/2001, de 11 de julio– de la entera ordenación urbanística como función pública. De un lado queda, en efecto, «*la acción urbanística de los entes públicos*» y, por tanto, la gestión pública cumplida mediante «acción urbanizadora» y «políticas de suelo», es decir, *la actuación pública*, y, de otro, *la acción de los privados, sea de los propietarios o de terceros*. Según ha dejado claro la citada STC 164/2001, de 11 de julio, esta última se inserta en el sistema total en términos de «*participación*», la cual se consagra como categoría que no prejuzga fórmulas concretas y es así capaz de otorgar cobertura a fórmulas que van:

- Desde la mera colaboración con la actuación propiamente pública y, por tanto, administrativa en sentido estricto.
- Hasta la *«iniciativa» propia, es decir, desarrollada sobre la base de los derechos de propiedad y libre empresa (arts. 33 y 38 CE) aunque siempre bajo la dirección y, por tanto, el control de la Administración pública competente.*

De donde se sigue la ratificación por el marco general-estatal del conjunto de sistemas urbanísticos autonómicos del específico modelo de articulación en esta materia de lo público y lo privado en el desarrollo del entero ciclo de gestión del proceso urbanístico, es decir, de organización de la utilización del suelo. Se trata de un modelo en el que la posición y función de lo privado consiste –en palabras del propio artículo 4 LRSV– en *«contribuir, en los términos establecidos en las Leyes, a la acción urbanística de los entes públicos»*. Lo que significa que la acción de los privados no por cumplir materialmente tareas públicas (por incluidas en la función pública urbanística) experimenta mutación alguna en su naturaleza, pues –operando en último término sobre la base de títulos de actividad propios y en modo alguno constituidos por la Administración pública– se limita a *ser puesta al servicio del cumplimiento, es decir, a «contribuir» al cumplimiento de los objetivos de ésta* (de dicha función pública). Y ello «en los términos establecidos en las Leyes», lo que –en el contexto de la LRSV– vale decir de las Leyes urbanísticas autonómicas y, consecuentemente, de los sistemas de actuación previstos en ellas. En otras palabras: *por procedimientos ciertamente administrativos (aquí si la precisión de un título administrativo de legitimación de la «contribución»), pero establecidos precisa y específicamente por la legislación urbanística*. Debe destacarse que esta remisión a la legislación urbanística –expresiva de la especificidad del ciclo de gestión del interés general urbanístico y de la consecuente vocación de compleción de su asimismo específica regulación legal– se produce por el marco legal general-estatal de ésta en 1998 y en el contexto de la política de liberalización de la economía.

Es pues de todo punto pertinente traer aquí a colación algunos ejemplos de las fórmulas de satisfacción del interés general acuñadas en sectores relativos a actividades o servicios verdaderamente esenciales que recientemente han sido objeto de liberalización o, si se prefiere, desregulación. Pues en el urbanismo y cuando de la transformación total del suelo (para hacer ciudad) se trata se está no ante el fenómeno simple de la Administración (ella misma o interponiendo a un tercero) «yendo al mercado» para obtener lo que ella normalmente no tiene medios para hacer (la obra pública), sino más propiamente ante una compleja actividad (aunque incluya la realización de la obra urbanizadora) comprensiva desde luego del ejercicio de autoridad (de ahí la retención

siempre de la dirección y el control del proceso urbanístico). Así procede a colación, por ejemplo, los de las telecomunicaciones⁵ o el suministro de energía eléctrica⁶, en los que la acción de los agentes privados, desplegada sobre el título jurídico de la libertad de empresa o, incluso, de la propiedad (como en el caso de los propietarios de redes de transmisión o distribución de energía eléctrica), es puesta al servicio de tareas materialmente públicas mediante la técnica bien de la delimitación de la función social de la propiedad⁷, bien de la imposición por la Administración pública (titular de la correspondiente función o responsabilidad pública) de «obligaciones de servicio público» (en su caso universal)⁸. Solución ésta, en la que está claro que el cumplimiento de tales obligaciones en modo alguno transforma la actividad empresarial en actividad pública, ni siquiera a título concesional o en virtud de mecanismo otro alguno.

Estas soluciones son plausibles porque en el seno de nuestro orden constitucional (interpretado y aplicado en el contexto del ordenamiento comunitario europeo), no existe un esquema único y sí más bien un elenco muy amplio y flexible de soluciones para la organización y el desarrollo de las actividades o servicios públicos (lato sentido o en términos objetivos) o, en terminología europea, de interés general. Elenco que incluye desde luego la funcionalización de la actividad privada, por ejemplo, la cumplida a través del ejercicio de los derechos fundamentales de asociación o fundación (para el cumplimiento, sobre todo, de los llamados servicios sociales o de asistencia personal)⁹ y, sobre todo cuan-

⁵ Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones.

⁶ Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.

⁷ En el caso del sector eléctrico y como ya se ha dicho, el contenido de la propiedad de las redes de transmisión o distribución queda definido de modo tal que no comprende una de las facultades centrales típicas del derecho dominical: el de la exclusión de terceros del uso y disfrute y, por tanto, la exclusividad de éste. En este sentido claramente la exposición de motivos (véase nota n.º 1) y luego detalladamente los artículos 38 y 42.

⁸ Artículo 37 de la Ley General de Telecomunicaciones y artículo 45 de la Ley del Sector Eléctrico.

⁹ Cuando se trata de verdaderos servicios de interés general por no ser determinante en ellos la dimensión económica, la organización de la correspondiente actividad se rige enteramente por el ordenamiento interno (sin afección alguna importante por parte del Derecho comunitario europeo), como resulta de la interpretación que de este último hace la Comunicación de la Comisión sobre «Los servicios de interés general en Europa» (2001/C 17/04) [DOCE de 19.1.2001]. Conforme a este documento, las actividades en tal sentido «no económicas» son las siguientes: (i) «prerrogativas del Estado», como la seguridad interior y exterior, la justicia, los asuntos exteriores y, en general, las de ejercicio de poder público (ejemplos extraídos de la jurisprudencia: Ss. TJCE de 1994 en el asunto C-364/92 *SAT/Eurocontrol* [organismo público de control del espacio aéreo que cobra por uso de su sistema de navegación] y de 1997 en el asunto C-343/95 *Diego Cali* [organismo de Derecho privado que controla la contaminación en puerto de mar, que es considerado autoridad pública]); (ii) servicios de «ciudadanía», tales como la educación y la seguridad social (en cuanto al primero —educación— la STJCE de 1988 dictada en el asunto 263/86 *Humbel*, conforme

do se trata de actividades de contenido económico, el empleo del mercado como instrumento de realización. De ahí que, a la luz del Derecho comunitario, los servicios esenciales de que habla el artículo 128.2 de la Constitución no puedan confundirse sin más con los servicios públicos en sentido subjetivo (actividades reservadas a la Administración incluso en términos de monopolio) y que la categoría de servicio público impropio o en sentido objetivo deba hoy equipararse a la de actividad sujeta a una regulación jurídico-administrativa intensa (habilitante de diversas potestades de intervención, incluso para la prestación del servicio, pero en modo excluyente de la acción privada en sentido estricto, cual sucede, por ejemplo, en campos tan nucleares como la educación o la sanidad)¹⁰.

Ninguna razón existe, pues, para dudar de la plausibilidad de la solución adoptada por el ordenamiento urbanístico: reconocimiento a la iniciativa privada de una cierta «esfera» de actuación en la consecución de los objetivos de la función pública urbanística a título de participación en ella. Y mucho menos para dudar de la permanencia de la naturaleza privada de tal actuación. Tanto más cuanto que en el caso del urbanismo ésta no supone propiamente, por lo que hace concretamente a la obra urbanizadora, tanto un desarrollo de actividad administrativa en nombre o por cuenta de la Administración titular, cuanto más bien una «contribución» a ella mediante el despliegue de una actividad

a la cual se trata de una actividad estatal no lucrativa calificable más bien de cumplimiento de un deber respecto de la población en los campos social, cultural y educativo; y por lo que hace al segundo, la STJCE de 1993 recaída en los asuntos C-159/91 y C-160/91 *Poucet*, según las cuales se está ante organizaciones para la gestión de los regímenes de seguridad social basadas en el principio de solidaridad, sin ánimo de lucro y que realizan prestaciones proporcionales al importe de las cotizaciones obligatorias, por lo que desarrollan una función sólo social y en modo alguno una actividad económica; y iii) servicios sociales en general (según la STJCE dictada en el asunto C-109/92 *Wirth*, las organizaciones dedicadas a estos servicios no pretenden obtener beneficios y no están dedicadas en teoría a actividades industriales ni comerciales, debiendo incluirse entre ellas por ej. los sindicatos, los partidos políticos, las iglesias y las sociedades religiosas, las asociaciones de consumidores, las asociaciones culturales y las organizaciones de beneficencia, caridad y ayuda).

¹⁰ De acuerdo con la interpretación que del Derecho comunitario originario hace la Comunicación de la Comisión sobre «Los servicios de interés general en Europa» (2001/C 17/04) [DOCE de 19.1.2001], las opciones de organización de tales servicios siguen una escala de gradación, que descansa en la definición de misiones específicas de interés general y la consecuente posibilidad de la imposición de obligaciones de servicio de interés general o de servicio público (la variedad más específica: las obligaciones de servicio universal) a cargo de los agentes en el mercado; escala, que puede resumirse (por orden de preferencia) así: i) sin imposición de restricción alguna en cuanto a los operadores en el mercado; ii) encargo a un conjunto limitado de operadores o a un solo operador, pero sin otorgamiento o concesión a unos u otro de derechos especiales o exclusivos (con imputación de los costes de las obligaciones de servicio de interés general a los propios operadores mediante un sistema de cargas adicionales o la constitución de un fondo de servicio público); iii) atribución de derechos especiales o exclusivos mediante concesiones por periodos limitados por procedimientos licitatorios (en caso de no viabilidad económica de la existencia de más de un proveedor); y iv) asignación a cierto número de operadores o a uno solo de ellos de derechos especiales o exclusivos.

privada (participación de ésta en el cumplimiento de una función pública). Porque la iniciativa privada que urbaniza no persigue tanto la urbanización como la producción de unidades finales de aprovechamiento urbanístico susceptibles de apropiación privada (solares) y de las edificaciones que materializan tal aprovechamiento. Ocurre que siendo aquellas unidades y estas edificaciones bienes que, para existir como tales y poder desplegar la funcionalidad que les es propia, precisan estar conectadas a la correspondiente red de infraestructuras y servicios, es decir, estar urbanizadas, la ejecución de la urbanización es un presupuesto indispensable de la producción de tales bienes. De modo que por ello mismo puede articularse ésta como contribución a la acción urbanística pública; contribución, que se cifra en la puesta a disposición de la Administración de la urbanización realizada (lo que no hace de las obras realizadas por los privados «obras públicas»: se trata de obras privadas que, aun ejecutadas bajo una dirección, supervisión y fiscalización específicas por parte de la Administración pública urbanística, han de entregarse a ésta para su afectación al destino público prefigurado por la ordenación urbanística; son públicas, pues, sólo a partir de ese momento).

III. LA SENTENCIA DEL TJCE: INAPLICABILIDAD DE LA DOCTRINA EN ELLA SENTADA AL CASO ESPAÑOL DE LA EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO POR PRIVADOS

La Sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001 (asunto C-399/98) tiene por objeto la resolución de cuestiones prejudiciales, relativas a la interpretación de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, que habían sido planteadas por el Tribunal Administrativo Regional de Lombardía (Italia) a efectos de la Sentencia a dictar en proceso sobre la legalidad de acuerdos adoptados por el Ayuntamiento de Milán en relación con i) la aprobación del programa de obras denominado «proyecto Scala 2001» (comprendivo de las obras correspondientes a la restauración del Teatro alla Scala, el acondicionamiento de varios edificios municipales y la construcción del nuevo Teatro degli Arcimboldi con un aparcamiento anexo); y ii) la asunción por la entidad promotora de la urbanización (de iniciativa privada) de la zona de emplazamiento del último de los teatros citados, a cuenta de su contribución a las cargas de urbanización, de la elaboración del proyecto y la construcción de la estructura exterior de dicho teatro (en el contexto de convenio administrativo suscrito al efecto con el Ayuntamiento).

Las cuestiones planteadas al amparo del artículo 234 TCE versan así sobre la realización directa por persona privada de una obra —la de

construcción de un establecimiento cultural municipal— por cuenta de la Administración municipal en sustitución y con cargo a una prestación patrimonial forzosa impuesta por la legislación urbanística nacional y regional italiana aplicable al caso.

Por más que dicha legislación italiana incluya en la que denomina como «urbanización secundaria» las instalaciones culturales, es claro que aquí no se está ante una obra subsumible en la categoría española de urbanización. Con ésta se corresponde más bien la que la legislación italiana conceptúa como «urbanización primaria», que es la relativa a los «servicios públicos» de vialidad (residencial), zonas de reposo y estacionamiento, espacios verdes acondicionados como tales y redes de saneamiento, abastecimiento de agua, energía eléctrica, gas y alumbrado público. Es más, en el caso las obras de urbanización propiamente dicha, realizadas por iniciativa privada (precisamente por la entidad promotora que mediante convenio asume la proyectación y la construcción de la estructura exterior del nuevo teatro municipal), se encontraban prácticamente terminadas y su ejecución conforme a la legislación urbanística ni siquiera se cuestiona. En consecuencia, de lo que se trata es la encomienda directa de la construcción de parte de un equipamiento municipal determinado, que ciertamente en la legislación urbanística italiana se califica como «urbanización secundaria», pero que en modo alguno forma parte de la precisa para transformar suelo edificable en solar. Desde el punto de vista de la legislación española, pues, el objeto del proceso si sitúa no tanto en el proceso urbanístico de urbanización, cuanto en el subsiguiente proceso edificatorio y para la realización de un equipamiento público destinado a albergar una actividad de desarrollo de un servicio cultural municipal. Precisamente porque así es, la normativa urbanística en la que el Tribunal italiano sustenta las cuestiones que plantea es la atinente a la autorización mediante licencia de obras de edificación, en su caso mediante la realización simultánea de las obras de urbanización que aún resten por realizar.

La duda de la aplicabilidad de la Directiva comunitario-europea se plantea porque la repetida legislación urbanística italiana establece que el beneficiario de una licencia de construcción está sujeto a la carga de costeamiento de la totalidad de las obras de urbanización primaria y de una parte de las de urbanización secundaria, carga que si bien debe levantarse mediante el abono de la cantidad que al efecto se liquide por la Administración puede también sustituirse mediante la realización directa de obras por importe igual a dicha cantidad o menor a ésta (en cuyo caso la diferencia debe satisfacerse en metálico). El convenio administrativo (urbanístico) suscrito por el Ayuntamiento de Milán aprovecha pues la existencia de tal prestación patrimonial forzosa y la posibilidad de su sustitución por otra equivalente en especie (obra

realizada) para encomendar a la entidad promotora de la urbanización de la zona la proyectación y la construcción de la estructura exterior del nuevo teatro. La razón plausible de la duda radica en que la sustitución de la prestación económica puede suponer una defraudación objetiva de la solución procedente de haberse procedido sencillamente al pago de la misma: el Ayuntamiento habría tenido que afrontar la proyectación y construcción de la obra en términos de adjudicación ordinaria de cualquier obra pública municipal.

Nótese que no hay ni ya identidad, sino ni siquiera analogía alguna con los deberes legales (o voluntariamente asumidos) de cesión de obras de urbanización previstos por la legislación urbanística española. No es únicamente que en el caso resuelto por el TJCE no haya obra de urbanización en sentido estricto, es que las previsiones de ambas legislaciones (la española y la italiana) tienen construcción jurídica distinta: mientras la italiana establece una prestación patrimonial cuyo sentido es facilitar la financiación (pública) de la llamada urbanización secundaria (con lo cual se sobreentiende que los elementos del equipamiento público que la componen deben ejecutarse en principio como obra pública), la española impone un deber de entrega de obra, obra que sólo pasa a ser pública, en el sentido de soporte de un servicio público, desde la cesión de la misma, es decir, desde su recepción por la Administración, de lo que se sigue que la realización misma de la obra no es pública, ni, por tanto, objeto posible de un contrato de obra pública.

Desde esta perspectiva adquiere todo su sentido el fundamento número 66, sobre el fondo de la primera cuestión prejudicial planteada, cuando señala que:

«Procede destacar, en primer lugar, 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» (la cursiva es del autor).

La Sentencia reconoce, pues, la especificidad del ordenamiento urbanístico y, por tanto, de sus mecanismos propios relativos al desarrollo del proceso urbanístico, con la consecuencia de la improcedencia de la valoración de éstos desde la perspectiva de los contratos de obra pública. Reconocimiento éste, cuya rotundidad en modo alguno es incompatible con la subsiguiente afirmación de que tal especificidad no enerva la pertinencia de la subsunción en el ámbito de aplicación de la normativa sobre tales contratos cuando en el contexto del referido proceso urbanístico (regulado por su legislación específica y, por tanto, distinta de la de los aludidos contratos) se produzca algún supuesto que, considerado en sí mismo y por sus ca-

racterísticas, sea calificable como recurso de la Administración pública al mercado para proveerse de las obras que precise. Podrá ser discutible si el caso concreto objeto del proceso tramitado por el Tribunal Administrativo Regional italiano cae, como efectivamente concluye la Sentencia del TJCE, en el ámbito de aplicación de la Directiva sobre cuya interpretación versa la cuestión suscitada por aquél, pero no lo es en cualquier caso que de la referida Sentencia pueda derivarse sin más algún riesgo para la sustantividad propia y, por tanto, la independencia (respecto de la de la legislación de los contratos públicos de obra) de las legislaciones urbanísticas de los Estados miembros, desde luego la italiana y con mucha mayor razón aún la española.

De lo dicho se deduce, además, la imposibilidad de extraer de la Sentencia analizada consecuencia alguna aplicable a la cuestión de constitucionalidad de determinados preceptos de la LRAU planteada por Auto de 15 de octubre de 2001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia.

IV. LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LRAU POR RAZÓN DE LA REGULACIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO POR URBANIZADOR ADJUDICATARIO

1. EL PLANTEAMIENTO DEL AUTO

El razonamiento justificativo de la cuestión de constitucionalidad descansa por completo en tres consideraciones previas, cuya consistencia resulta así imprescindible analizar con carácter previo.

A) *La supuesta «heterodoxia» de la figura del «urbanizador»*

No comienza precisamente bien el Tribunal. Pues abre su argumentación nada menos que con la siguiente afirmación: la diferenciación por la LRAU de dos regímenes de actuación (la actuación integrada, definida como la urbanización conjunta de dos o más parcelas realizadas de una sola vez o por fases conforme a una única programación; y la actuación aislada, definida como la edificación en una única parcela comprensiva, en su caso, de la previa o simultánea urbanización precisa para la conversión de aquella en solar) expresa un alejamiento de dicha Ley de «... los tradicionales sistemas de actuación regulados en la legislación estatal...».

Se trata de una afirmación que suscita perplejidad y en modo alguno cabe endosar por múltiples razones.

Por de pronto: no se alcanza a comprender que tiene que ver la diferenciación de dos tipos básicos de actuación con los sistemas de ac-

tuación y el supuesto (e inexistente, como se verá) alejamiento de éstos de los modelos tradicionales. Se trata de asuntos por completo diversos. La única relación entre ambos radica en que la referida diferenciación es presupuesto de la acotación del campo de juego de los sistemas de actuación. Pues dicha diferenciación hace posible que éstos operen de forma necesaria únicamente cuando deba producirse una ejecución en términos de complejidad tal que justifiquen su entrada en juego, es decir, la de las técnicas que deben interactuar de forma específica y combinada (en el doble plano de la realización material de las obras y la reorganización jurídico-civil de la apropiación del suelo natural y construido) en el seno justamente de los procedimientos peculiares en que consisten los llamados sistemas de actuación.

Pero, además, ninguna novedad hay en la expresada diferenciación (que trae causa de la idea estructural del «proceso urbanístico» y su articulación en las fases de urbanización y edificación, pudiendo la segunda tener independencia en la situación de suelo ya urbanizado, particularmente en el hoy denominado suelo urbano consolidado). Todo nuestro ordenamiento urbanístico descansa en ella desde la LS56: de ahí la diferenciación de la ejecución mediante edificación sencillamente sujeta a licencia (con, todo lo más, previa o simultánea realización de las obras –accesorias– de urbanización que aún faltaren) y la que debe producirse necesariamente en polígonos, unidades de actuación o unidades de ejecución según los casos, pues solo esta segunda queda comprendida en el campo de aplicación de los sistemas de ejecución o de actuación. Esto es tan claro, que no precisa de ulterior argumentación. La LRAU se ha limitado aquí, pues, a la *explicitación de una opción cabalmente tradicional en nuestro ordenamiento urbanístico* y a hacerla jugar de modo consecuente en el sistema urbanístico que define. Lo que nada dice acerca de la novedad o no de los sistemas de actuación y del «alejamiento» o no de éstos respecto de pretendidos modelos tradicionales.

A este efecto de la «tradicionalidad» de determinadas técnicas (concretamente los «sistemas de actuación») y teniendo en cuenta la fecha en que se dicta el Auto, surge la duda, en modo alguno baladí, acerca de la legislación estatal aludida como referencia para sostener el supuesto movimiento de alejamiento. ¿Se trata del TRLS92 vigente al tiempo del dictado de la LRAU o, por el contrario, de la LRSV, constitutiva del marco legal mínimo unitario en el que debe encuadrarse sobrevenida la LRAU?

Si lo segundo, que es lo que parece procedente, la afirmación del Tribunal carece rigurosamente de sentido en su mismo contexto de valoración jurídico-constitucional, porque:

1º. La LRSV no contiene, en rigor, diseño alguno, ni aun principal, directivo o siquiera a título indicativo o de recomendación, de los ins-

trumentos, mecanismos y técnicas urbanísticos de planeamiento y de ejecución de éste, mucho menos aún de gestión de la entera actividad urbanística; circunstancia por demás absolutamente obligada después de la clarificación del deslinde competencial en materia urbanística operada por la STC 61/1997, de 20 de marzo. Y la única regulación general-estatal referida a tales extremos aún subsistente, la contenida en el TRLS76 y sus Reglamentos, resulta: i) aplicable en principio a título meramente supletorio (art. 149.3 CE), pero en realidad inaplicable –salvo para rellenar auténticas lagunas (fenómeno que evidentemente no concurre en el presente caso, a la vista de la propia regulación, positiva y completa, de la LRAU)– en virtud de la disposición final de este último texto legal, referible, tras la STC 61/1997, de 20 de marzo, y la LRSV, obviamente también al TRLS76; y ii) *previsor, además y en todo caso*, junto con la tradicional fórmula de la concesión, por concurso, de la ejecución en caso de aplicación del sistema de expropiación (actuación pública en sentido estricto) [art. 114.2 TRLS76], *la de adjudicación mediante concurso a particulares (sin necesidad de ser propietarios) en suelo urbanizable no programado (equivalente a todo el suelo urbanizable de la LRAU) de la formulación y ejecución o solo la ejecución de Programas de Actuación Urbanística (arts. 146 a 153 TRLS76).*

2º. Pero si algún marco de referencia es extraíble de la LRSV es justamente, conforme a las precisiones efectuadas por la STC 164/2001, de 11 de julio, a propósito del artículo 4 del texto legal, *el de generalización o, si se prefiere, «normalización» de la fórmula establecida en su momento por el TRLS76 para el suelo urbanizable no programado* y a la que acaba de aludirse. Y ello gracias a la admisión de que la intervención en la acción urbanística de la iniciativa privada que ha de aceptarse y procurarse en todo caso por la legislación autonómica correspondiente *está referida indistintamente a la legitimada por el derecho de propiedad y el de la libertad de empresa.*

La carencia de sentido es si cabe mayor caso de proceder entender referida la alusión del Tribunal a la legislación estatal a la legislación históricamente vigente al tiempo de la promulgación de la LRAU:

a) La LRAU definió en su momento y sigue hoy otorgando cobertura a una política urbanística propia sobre la base de una competencia plena en la materia de acuerdo con el bloque de la constitucionalidad, declarando por ello explícitamente la compleción del sistema urbanístico propio resultante; declaración, que se traduce lícitamente en su disposición final primera en un *desplazamiento expreso de la legislación general-estatal no básica* (como sobrevenidamente confirmó la STC 61/1997, de 20 de marzo) *por razón justamente de su incompatibilidad con la propia.* En consecuencia, las opciones formalizadas en tal sistema autonómico no permiten, desde el punto de vista de una valoración

constitucional, juicios genéricos como el analizado de «alejamiento» de soluciones tradicionales en nuestro ordenamiento urbanístico tradicional. Mas aún, tales juicios, en cuanto preparatorios de un razonamiento dirigido a plantear una cuestión de constitucionalidad y en la medida en que contribuyen a «propiciar» o «situar» ésta, deben considerarse rigurosamente inconstitucionales. El único referente posible para cualesquiera juicios directos o indirectos de tal carácter es justamente el bloque de la constitucionalidad, integrado por la Constitución, el Estatuto de Autonomía y la legislación ordinaria general-estatal idónea constitucionalmente para formar parte del mismo (que ha de ser precisada cuidadosamente, lo que en modo alguno es el caso).

b) Al tiempo del dictado del Auto el TRLS92 no es que hubiera dejado de ser el marco legal general-estatal de referencia, es que —por razón competencial y en gran parte de su contenido dispositivo [precisamente el aquí pertinente]— había sido declarado nulo por la STC 61/1997, de 20 de marzo. Lo que significa que, a partir de este pronunciamiento constitucional, *debía y debe tenerse (en la parte correspondiente) como no dictado en momento alguno* (sin perjuicio de las precisiones efectuadas en su fallo por el Tribunal Constitucional por razones que ahora no son del caso). Ello *invalida dicho texto como referencia en cuanto a soluciones tradicionales* y para el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad poniendo en duda la validez de una Ley autonómica que opera en su campo competencial propio, sobre todo una vez actualizado el marco general-estatal en los términos antes indicados (comprensivos de la fórmula que se dice alejada de los modelos tradicionales).

Aun prescindiendo del problema de la legislación de referencia y aceptando la posibilidad de una argumentación genérica basada en el criterio histórico sin más, la afirmación judicial analizada padece de inconcreción: no dice ni cuáles son los modelos tradicionales que invoca, ni en qué consiste el alejamiento.

Por las razones expuestas (constitucionalmente el TRLS92 debe tenerse por no dictado nunca en materias propias del campo competencial autonómico, cual ocurre con los sistemas de actuación), dicho texto refundido *no es utilizable para sostener la argumentación histórica aludida: en modo alguno ha podido contribuir jurídicamente a la consolidación durante su vigencia de modelos o soluciones algunos*.

Ciertamente el origen de las soluciones o fórmulas «tradicionales» debe verse en la LS56, pero es que entre ellas figuraba ya la de la empresa urbanizadora (como alternativa incluso a la del agente-propietario)¹¹. Es claro,

¹¹ En el marco del sistema de actuación por compensación, el artículo 124.3, b) preveía la incorporación a la gestión común de las empresas urbanizadoras que aportaran total o parcialmente los fondos necesarios para urbanizar en las condiciones al efecto determinadas.

con todo, que el primer período de vigencia de este texto legal no es significativo, pues el despegue real del urbanismo español data de la década de los setenta, como es bien conocido; despegue, por cierto, en el que se produjo —con motivo del desarrollo turístico— el auge, sobre la base de los artículos 40, 41 y 42 de dicho texto legal (encuadrados en sección relativa a la «iniciativa y colaboración particular»), de las actuaciones urbanizadoras (urbanizaciones) de iniciativa privada o particular, planteadas por cualquier persona (no necesariamente propietario: puesta en primer plano del «promotor»), paralelas y no conectadas necesariamente con los sistemas de actuación y articuladas justamente sobre la técnica de los «compromisos» entre Administración, «urbanizador» y futuros propietarios de solares (correspondiendo al «urbanizador» justamente la propuesta de «modo de ejecución de las obras de urbanización y previsión sobre la futura conservación de las mismas»). De donde se sigue que *la figura del urbanizador (separada de la del propietario) actuante al margen incluso de los sistemas formalizados de ejecución o actuación en modo alguno es reciente y surge en el mismo momento de la fundación del ordenamiento urbanístico español contemporáneo.*

Esta fórmula del urbanizador (no necesariamente propietario) de actuaciones de iniciativa privada o particular con modo de ejecución «adaptable» caso a caso es mantenida por la reforma parcial —de madurez del urbanismo español— operada en 1975 y pasa, por tanto, al TRLS76, en vigor hoy aún justamente a título de Derecho supletorio general-estatal. Pero sobre ello, esta reforma legal parcial incorpora, para el suelo urbanizable no programado (equivalente a todo el suelo urbanizable de la LRAU primero y de la LRSV después), la ya antes aludida consistente en *la adjudicación mediante concurso a particulares (sin necesidad de ser propietarios y calificados como «promotores») de la formulación y ejecución o sólo la ejecución de Programas de Actuación Urbanística (arts. 146 a 153 TRLS76), que descansa en convenio suscrito con el promotor-urbanizador y es, sin embargo, compatible con la aplicación de los sistemas de actuación formalizados (justamente para simplificar el modo de ejecución, en el caso de promotor-urbanizador además propietario, y articular, en otro caso, las relaciones de aquél con los propietarios de suelo).*

Y en el marco del sistema de cooperación (que, en la LS56, no se decía que daba lugar a la ejecución directa de las obras por la Administración), el artículo 120 disponía que el conjunto de la regulación legal relativa al sistema resultaba aplicable a las «empresas que se dediquen a la urbanización y edificación en las mismas condiciones establecidas para los propietarios individuales o asociados», de suerte que «unos y otros» podían cumplir sus deberes a través de empresas urbanizadoras que sufragaran y, en su caso, ejecutaran las obras, mediante las compensaciones que convinieran con los propietarios y que podían consistir en la cesión de terrenos o del todo o parte de los beneficios económicos que les correspondieran. ¿Puede imaginarse una más fiel «prefiguración» de la técnica valenciana del agente urbanizador? La tradicionalidad de la figura no puede ser, pues, mayor.

En estas condiciones, la afirmación por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de un alejamiento de la LRAU de las fórmulas tradicionales, efectuada claramente teniendo en cuenta exclusivamente los sistemas de actuación clásicos¹² (compensación, cooperación y expropiación) que, por demás, han variado y evolucionado en el tiempo, sencillamente *no responde a la realidad de nuestro ordenamiento urbanístico y de su evolución*. No ha habido tal alejamiento, sencillamente porque *la solución de la LRAU encaja perfectamente en las fórmulas admitidas por aquel ordenamiento desde su origen y potenciadas en el momento de su madurez justamente para la absorción de las iniciativas de transformación urbanizadora del suelo no previstas ni previsibles desde la técnica de la planificación* (ya cuestionada, en cuanto a la programación, en los años setenta). Y no sólo no ha habido alejamiento, sino que, sobre ello, *la fórmula de la que se predica tal alejamiento, resulta apuntar hacia donde la última evolución, ya postconstitucional, ha conducido al ahora ya marco general-estatal, como resulta del artículo 4 de la LRSV: la admisión de la equivalencia de los derechos de propiedad y libertad de empresa como títulos justificativos de la intervención de la iniciativa privada en la actividad urbanística concretamente de ejecución del planeamiento*. La LRAU representó en su momento, eso sí, una clara innovación de la ejecución del planeamiento urbanístico, pero, como se ha visto, sin producir ruptura o solución de continuidad, es decir, «alejamiento» alguno, sencillamente *actualizando y transformando en única una de las soluciones ya admitidas desde siempre por el ordenamiento urbanístico español y progresivamente afirmada por éste en su evolución*.

B) *La condición pública de la ejecución de las actuaciones integradas*

El segundo paso del Auto consiste en resaltar la calificación por la LRAU como pública de la ejecución de todas las actuaciones integradas, para —tras señalar la doble opción por la gestión directa y la indirecta de dicha ejecución— conectar aquélla, en el caso de la gestión indirecta, con la del adjudicatario del concurso correspondiente, es decir, el «urbanizador», como «agente público» responsable de ejecutar la correspondiente actuación (art. 29 LRAU).

El órgano judicial se atiene sin más a tales calificaciones, no indaga su significado y alcance en el sistema de la LRAU, al igual que hace con la configuración del Programa de Actuación Urbanística como verdadero Plan; configuración, que tiene una gran trascendencia para dicho sistema desde luego y también para la cuestión que se plantea el Tribunal.

¹² Y en los términos, por demás, no tanto de su formal regulación legal como de su aplicación en la práctica ordinaria (que no desarrolló todas las potencialidades de dicha regulación legal).

Precisamente por operar así, desde la conceptualización de la ejecución (y de la actividad urbanística en general en tanto que función objeto de la LRAU) y del urbanizador como públicos, así como de la gestión en la que juega dicho urbanizador como indirecta, el Tribunal llega sin más a la conclusión de que se está ante una obra pública (la de urbanización) cumplida a través de concesionario y, por tanto, ante una obra que cae en el ámbito de aplicación de la legislación reguladora de la contratación administrativa; conclusión, que es la que está en la base del planteamiento de la cuestión de constitucionalidad.

Ocurre que la lectura rápida, selectiva y no sistemática del órgano judicial le impide ver que en la LRAU:

1º. La configuración de la entera actividad urbanística como función pública significa propiamente responsabilización del poder público, pero en modo alguno reserva a éste de aquélla por completo (en régimen de monopolio). La responsabilidad pública en la actividad urbanística implica desde luego dirección, supervisión y control de toda ella por la Administración, pero es *perfectamente compatible* —como lo era ya en la LS56 y lo sigue siendo hoy en la LRSV (art. 4)— con la diferenciación de esferas de actuación pública y privada por lo que hace al desarrollo mismo de la actividad, concretamente de la de ejecución del planeamiento. Con la consecuencia del reconocimiento en su seno de un espacio propio a la iniciativa privada en cuanto tal, específicamente bajo la veste de iniciativa empresarial; iniciativa que no por operar materialmente en el contexto y para el cumplimiento de la función pública pierde su condición privada (y, en calidad de tal, sujeta simplemente a la dirección, la inspección y el control de la Administración responsable de la función pública urbanística).

Se entiende así que la exposición de motivos de la LRAU diga desde luego lo que señala el Auto (por cierto de modo impecable: «La actividad urbanística es una función pública cuya responsabilidad debe reclamarse de los poderes públicos...»), pero también, inmediatamente y por requerir como requiere una inversión económica importante y una actividad gestora de dicha inversión, que: «..., sin perjuicio de su carácter público *es también una típica función empresarial*».

2º. La conceptualización de la actividad de ejecución del planeamiento (en el caso de actuaciones integradas) como pública trae causa exclusivamente de dos causas.

La primera no es otra que la propia índole de la actividad: la de ser desarrollo del entero ciclo del proceso urbanístico y, concretamente, la de su fase (la urbanización) no reductible a esfera alguna de intereses de concreto o concretos sujetos que, por ello, es en sentido estricto pública, es decir, tiene la calidad de verdadero servicio público (*lato sensu*

o en sentido objetivo¹³). Se trata de una actividad altamente compleja, que: i) se sitúa en línea de continuación de la de normación cumplida por el planeamiento, tanto del de ordenación sustantiva o física, como del de programación de la actuación, en términos que hacen de ella una verdadera prolongación de aquélla, puesto que ha de concretar y producir nada menos que la reorganización de la propiedad (nuevo deslinde del dominio público y del privado a resultas del cumplimiento de las cesiones preceptivas del suelo destinado a formar parte del primero; distribución justa de beneficios y cargas en el ámbito del dominio privado; asignación de las nuevas fincas registrales expresivas de los solares resultantes de la ordenación urbanística materializada, es decir, de la trama urbana realizada), reorganización exigente de la presencia en ella de una determinada dimensión de *imperium* o autoridad pública; y ii) comprende, en mezcla inextricable, operaciones tanto materiales (como obras) como jurídicas (en particular, la reparcelación). Y, sobre ello, tiene un ciclo de vida determinado: el de la ejecución de un preciso planeamiento, de modo que, en virtud de la renovación del ejercicio de la potestad de planeamiento, aquel ciclo es indefinidamente reproducible en su integridad sobre el mismo suelo, pues cada revisión del planeamiento es capaz de colocar el «proceso urbanístico» a «cero» y, por tanto, de desencadenarlo *ex novo*.

La segunda causa tiene que ver con la «innovación» (en realidad generalización, normalización y actualización, como ya nos consta) que supone la figura del «urbanizador» y su verificación en el campo competencial propio del legislador autonómico. Como aparece explica-

¹³ Es decir, de modo inespecífico y en ningún caso en el subjetivo de reserva de la titularidad (menos aún en régimen monopolio) de la actividad a la Administración pública. La singularidad de la actividad de ejecución del planeamiento hace difícil su encaje en las categorías generales. Por eso en otro lugar (*Derecho urbanístico valenciano*, escrito en colaboración con F. BLANCCLAVERO, Ed. Tirant lo Blanc, 2ª edición, Valencia 1999, pp. 392, 393 y 394) he sostenido –junto con dicho coautor– al propio tiempo su referencia más plausible a la categoría de servicio público (lato sentido, es decir, en los términos en que, por ejemplo, se expresa el artículo 106.2 de la Constitución), pero sin olvidar su peculiaridad, es decir, la necesidad de entenderla como servicio público sujeto a una regulación propia de características singulares que la hace irreductible a cualquier modelo y, menos aún, a la de servicio público en sentido estricto. Esta referencia determina la improcedencia de la conceptualización de la figura del urbanizador desde la óptica de la contratación administrativa de obra pública (la ejecución del planeamiento es algo distinto y más complejo, de modo que la obra urbanizadora, aun calificándola siempre como obra pública, no es capaz para caracterizarla jurídicamente). Y la singularidad hace que la gestión indirecta del específico servicio público de ejecución del planeamiento sólo analógicamente (y para «entenderse») pueda calificarse como «concesión» de servicio público. La expresión «gestión indirecta» empleada por el legislador valenciano es ajena a la terminología clásica de las formas de gestión de los servicios públicos en sentido estricto, aludiendo más bien al cumplimiento por la Administración de su responsabilidad y, por tanto, sus objetivos en la materia de forma indirecta, es decir, sin una acción directa propia, a través de una gestión por privados y, por tanto, de una ejecución privada del planeamiento, aunque dirigida y controlada por la Administración.

do con todo pormenor en la exposición de motivos de la LRAU, la reconducción del régimen urbanístico del suelo a su verdadera condición de tal exige la «colocación» de la entera ejecución de las actuaciones urbanizadoras en el campo de lo público. Y ello para lograr que el estatuto objetivo del suelo (desde el que se proyecta sobre la figura subjetiva del propietario a título de cargas reales y de posibilidades de utilización del suelo en cuanto objeto sobre el que recae el derecho) sea sólo tal y en modo alguno estatuto subjetivo del propietario legitimador de su conversión en agente necesariamente primario (y excluyente de cualesquiera otros agentes privados) de la entera ejecución del planeamiento¹⁴. La legitimación administrativa de la intervención de agentes privados empresariales (no necesariamente propietarios) no significa empero, como tampoco sucede en el caso del sistema tradicional de compensación con la legitimación de los propietarios, conversión de dicha intervención en actuación administrativa o imputable a la Administración en cuanto tal. La intervención va ciertamente en el sentido de la función pública, sirve al fin que define ésta, pero a título de colaboración privada con la Administración en el cumplimiento de su responsabilidad, es decir, de participación de la iniciativa privada como tal en el desarrollo de un entero ciclo del peculiar «servicio público» que supone, de cada vez, la ejecución del planeamiento.

En consecuencia, la inserción de la figura del urbanizador en el campo de la gestión pública de la ejecución del planeamiento mediante actuaciones urbanizadoras se explica por la necesidad técnica de articular la intervención colaboradora, la «participación» de privados en aquella ejecución desde el título de la libertad de empresa. Pues es el espacio de lo público el que permite, una vez establecido, la apertura del mismo a la acción de privados y configurar el acceso a la colaboración, intervención o «participación» de ésta en la actividad de ejecución en términos de selección en régimen de libre competencia.

3ª. La actividad pública (en el sentido expresado) de ejecución puede cumplirse así en régimen tanto de gestión directa como de gestión indirecta. Esta distinción de formas de gestión ha de entenderse con el sentido y el alcance que resultan del propio sistema urbanístico autonómico y en modo alguno en los que resultan de la simple proyección sobre el mismo —distorsionándolo— de las categorías generales de la gestión de los servicios públicos en sentido estricto (actividades reserva-

¹⁴ Véase lo dicho al respecto y en el mismo sentido por el autor de este trabajo ya en «Dictamen sobre la naturaleza de la relación jurídica entre la Administración y el urbanizador», incluido en la obra colectiva *Comentarios a la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística. Ponencias de las Jornadas celebradas en febrero de 1995*, Generalitat Valenciana, Conselleria d'Obres Públiques, Urbanisme i Transports, Valencia 1995, pp. 287 y sgs.

das a la Administración y accesibles a los particulares sólo mediante concesión)¹⁵. De suerte que la gestión indirecta diseñada por la LRAU, calificable sólo impropia y convencionalmente de «concesional», se parece más –apurando el análisis técnico– a la fórmula kelseniana de la Administración indirecta (limitación de la Administración al aseguramiento de la efectividad del programa legal mediante su aplicación a los sujetos privados) o, si se prefiere, a la actual de la actividad regulada por la Administración, propia de los en terminología comunitaria europea llamados servicios económicos de interés general.

Nótese, en efecto, que la LRAU no emplea el concepto de «gestión» en sentido estricto y sí sólo para diferenciar lo que también llama la ejecución directa por la Administración de lo que denomina la adjudicación de dicha ejecución a privados. La exposición de motivos es clara: no se trata tanto de predeterminar desde la Ley la cuantía de la intervención del sector público en la actividad urbanística, pues ésta ha de resultar de las estrategias correspondientes y de las opciones de política presupuestaria consecuentes; se trata más simplemente de garantizar desde la Ley que, con independencia de cuál sea la amplitud real de aquella intervención administrativa en la actividad urbanizadora, el agente executor del Plan sea siempre un agente que actúa, jurídicamente, asumiendo la calidad de agente sujeto a estatuto público (para salvaguardar la irrenunciable «dirección» del proceso urbanístico en todo caso por la Administración). Dicho en otras palabras más técnicas: el objetivo del sistema es lograr que la acción urbanizadora cumpla siempre la función pública cualquiera que sea el agente, público o privado, que la lleve a cabo.

Y conforme a la regulación positiva del texto legal, sólo la gestión directa da lugar a una actuación pública o administrativa de ejecución propiamente dicha. Así lo dice claramente su artículo 7.2: «Se considera que una actuación es de ejecución directa por la Administración, cuando la totalidad de las obras e inversiones que comporta son financiadas con fondos públicos y gestionados por los órganos o empresas de la Administración». O lo que es igual: gestión directa es igual a acción administrativa y a acción en la que aparecen comprometidos fondos públicos. De donde se sigue que *sólo cuando hay gestión directa hay ab initio obras públicas de urbanización en el sentido de la legislación de contratos de las Administraciones públicas*. Porque como no necesita de mayor explicación, gestión directa y acción urbanística pública no equivalen a realización material de las obras por la Administración o la empresa pública. Aquélla o ésta ha de acudir al mercado de la construc-

¹⁵ Véase lo dicho en nota número 13.

ción y ha de hacerlo observando obviamente la legislación reguladora de la referida contratación administrativa.

La gestión indirecta, sin embargo y según el mismo artículo 7.2 LRAU, se da cuando la Administración delega la condición de agente urbanizador adjudicándola a favor de iniciativa empresarial seleccionada en pública competencia. Frase ésta que, a la luz de la exposición de motivos, debe entenderse como alusiva a la adjudicación «... del *protagonismo activo a una empresa* (seleccionada en pública competencia) en la que delegue [la Administración] esa *responsabilidad*. Cuando la actuación sea indirecta, la Administración *se reserva la dirección y la supervisión y la empresa se convierte en el ejecutor material de sus directrices, poniendo al servicio de éstas los resortes productivos de la libertad de empresa y de la economía de mercado*».

La expresión legal –delegación– no puede ser aquí más feliz para expresar un fenómeno calificable de ejercicio privado de función pública en virtud de prescripción legal ligada a la actuación de un mecanismo (la adjudicación en pública competencia). La Ley conecta al juego de este mecanismo el ejercicio por el urbanizador de la actividad de ejecución (explicándolo como delegación *ex lege*) sin por ello desnaturalizar el carácter estrictamente privado de la acción desplegada por dicho urbanizador. Pues éste actúa como empresario y en virtud del despliegue de la libertad de empresa, sólo que contando con la necesaria legitimación administrativa. Se trata de un ejercicio privado de función pública en el sentido más estricto de esta expresión, en la medida en que la actividad del urbanizador es empresarial, financiada con fondos privados, y las obras por él realizadas –aunque lo sean para el cumplimiento de la correspondiente función pública– no son consecuentemente calificables como obras públicas a efectos de su contratación y mientras se llevan a cabo, sin perjuicio de que, a su finalización y una vez entregadas a la Administración pública, pasan a ser obras públicas afectadas a usos o servicios públicos en sentido estricto.

Lo prueba concluyentemente el efecto que la propia LRAU liga a la opción por la gestión indirecta: apertura de la ejecución del planeamiento a la iniciativa privada, con entrega de dicha ejecución –así– a la acción desplegada en ejercicio de la libertad de empresa, de modo que *el espacio reservado, en la actividad de ejecución, a la Administración pública se repliega a la dimensión de la dirección y la supervisión*. Ésta es la única verdadera actividad administrativa que resta (la cual, por su propio carácter, ya no permite que la Administración vaya al mercado de la construcción, es decir, impide la existencia de obras públicas en el sentido de la legislación reguladora de la contratación pública), pues la del urbanizador es estrictamente privada. Lo que no sólo no es contradictorio, sino perfectamente compatible con la conceptualización legal (art. 29

LRAU) de dicho urbanizador como «agente público», pues *su condición de delegado legal de la Administración le confiere un «estatuto público», cabalmente el regulado por la propia LRAU*; estatuto, que no hace de él un sujeto comprendido en el ámbito subjetivo de aplicación de la legislación de la contratación de las Administraciones públicas, por la misma razón por la que la imposición a operadores privados de los servicios de telecomunicaciones o de suministro de energía eléctrica de obligaciones de servicio público universal no convierte a aquéllos en tales sujetos (como tampoco sucedía cuando la legislación de suministro de energía eléctrica calificaba, no hace tanto tiempo, dicho suministro como servicio público objetivo y regulaba como agentes de éste a las empresas privadas de producción y distribución de dicha energía).

2. LOS ARGUMENTOS JUSTIFICATIVOS DE LA DUDA SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE DETERMINADO ASPECTO DE LA REGULACIÓN POR LA LRAU DE LA EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO MEDIANTE LA FIGURA DEL «URBANIZADOR»

A) *El primer y sustancial argumento: el urbanizador asume la realización de una función pública: la urbanización del suelo, la producción, por tanto, de infraestructuras públicas de urbanización*

Para el Tribunal que formula la cuestión de constitucionalidad, la LRAU no trata al urbanizador conforme a su verdadera naturaleza, la cual entiende posible determinar –en el más que problemático ambiente generado por las consideraciones antes examinadas– a partir del siguiente silogismo:

- Premisa fundamental desde la que hay que contemplar la figura legal: el urbanizador asume la realización de una función pública cual es la urbanización del suelo, la producción de infraestructuras públicas de urbanización.
- Doble comprobación (proposición intermedia): primera, la del papel de gestor indirecto de una función pública de dicho urbanizador, para –previa equiparación de esta función a un servicio público (sin mayor precisión)– abocar a la de aquel papel al de concesionario (en sentido estricto); y segunda, la de asunción por el urbanizador, en la condición de concesionario de servicio público (propriadamente dicho), de la realización de una obra pública, concretamente la de urbanización.
- Conclusión: el urbanizador tiene como cometido el propio del contrato de obras regulado en el artículo 120 LCAP, pues conforme a este precepto «... se entiende por contrato de obras el celebrado entre la Administración y un empresario cuyo objeto sea

(entre otros)... b) La realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o del subsuelo, como dragados, sondeos, prospecciones, inyecciones, corrección del impacto ambiental, regeneración de playas, actuaciones urbanísticas u otras análogas...».

Como desde el análisis de las consideraciones previas del Tribunal antes efectuado puede afirmarse ya desde ahora, *el precedente silogismo no cumple con lo que promete: tratar al urbanizador conforme a su verdadera naturaleza (la cual ni siquiera se intenta indagar)*. De la lógica, el silogismo respeta únicamente la estructura formal: no sólo la concatenación de las proposiciones para alcanzar la conclusión, sino los elementos constructivos mismos de las dos básicas conducentes a ésta muestran defectos serios que privan al silogismo como tal de toda virtualidad para otorgar soporte a la conclusión.

Pero quizás convenga comenzar por el final: no se trata aquí de negar un hecho evidente, que —como vimos— es destacado con acierto por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea antes estudiada. En el proceso urbanístico puede cumplirse por descontado el supuesto constitutivo de la aplicación de la legislación sobre contratos de las Administraciones públicas. Y ello porque concurren las dos circunstancias para ello relevantes: la actuación de un sujeto comprendido en el ámbito de aplicación de dicha legislación y el recurso por dicho sujeto al mercado para la realización material de obras públicas por pertenecer éstas al giro o tráfico de dicho sujeto. De donde se sigue que las obras englobadas en el concepto urbanístico de urbanización pueden ser por supuesto obras integrantes del objeto típico del contrato a que se refiere el artículo 120 LCAP. Así sucede, como ya se ha expuesto, en el caso de la opción, conforme a la LRAU, por la gestión directa, es decir, la ejecución por la propia Administración actuante de las actuaciones urbanísticas integradas determinadas por un Programa de Actuación Urbanística. Y así sucede sencillamente porque, al asumir en tal hipótesis la Administración todas las actividades en que se desagrega la de ejecución (y no sólo, por tanto, como sucede en el caso de la gestión indirecta, las que implican ejercicio de *imperium* y, en todo caso, las de dirección y supervisión, así como las decisorias relativas a las operaciones de reorganización de la propiedad, equitativa distribución de beneficios y cargas y, en general, resolución de las cuestiones que se planteen en las relaciones con el urbanizador y de éste con los propietarios de suelo), a la hora de la realización material de las obras (que forma parte del complejo de acciones, de diversa naturaleza, a desarrollar) dicha Administración ha de recurrir al «mercado de la construcción», que es cabalmente el supuesto de aplicación de la LCAP.

Pero de la anterior y elemental comprobación *en modo alguno se sigue la de que vale también para toda actividad de ejecución que esté dirigida a cumplir materialmente la función pública en que consiste la actividad urbanística desde luego en el plano de la ejecución del planeamiento y teniendo por objeto actuaciones urbanísticas integradas*. Si así fuera, valdría también –por identidad de razón– para la hipótesis del urbanizador (individual o colectivo) propietario de la totalidad de los terrenos y, por tanto, igualmente para el propietario ejecutor (individual o colectivo, especialmente bajo la forma de Junta de Compensación) en los sistemas de actuación o ejecución tradicionales, con *la consecuencia de quedar sentadas las bases para la puesta en cuestión de la especificidad y compleción mismas del entero ordenamiento urbanístico (en sus variadas manifestaciones territoriales y aunque éstas se mantengan dentro de las soluciones «tradicionales»)*, lo que precisamente parece que el Auto de que aquí se trata ha querido excluir, sin embargo y no siendo consecuente con el propio razonamiento, al llamar de principio la atención sobre el supuesto alejamiento de la figura del urbanizador respecto de tales sistemas tradicionales.

Se desvela así el principal problema y con él la quiebra misma de la coherencia del silogismo analizado: *operar desde la comprobación elemental de que la urbanización como tal (aislada dentro del complejo de operaciones que supone la ejecución del planeamiento mediante actuaciones integradas), al consistir materialmente en obras, integran con naturalidad el objeto del contrato administrativo típico de obras, para desde la misma extrapolarla a la aludida ejecución sin más gracias a una interpretación formal y tópica, lo que quiere decir ajena a su verdadera naturaleza en la LRAU, de la gestión indirecta de la repetida ejecución, es decir, la que tiene lugar mediante la entrada en juego de la figura del urbanizador*. Y ello aunque el razonamiento se presente formalmente como deductivo.

Veamos, desde esta perspectiva, cada uno de los pasos del silogismo judicial:

1º. La premisa sólo en apariencia es impecable, porque:

i) La afirmación de la asunción por el urbanizador de una función pública es ambigua, imprecisa y no concluyente, ya que nada concreto significa por sí misma y, menos aún, lo que implícitamente se da por supuesto (como se desprende luego de la proposición intermedia), es decir, la asunción mediante título administrativo concesional en sentido estricto de un servicio público también en sentido estricto o subjetivo (actividad reservada, incluso en régimen de monopolio, a la Administración). *En la medida en que implica esta última significación resulta falsa, como se desprende de lo dicho al tratar de las consideraciones previas del Tribunal en el epígrafe anterior*. El urbanizador asume desde luego, en los términos de la LRAU, el cumplimiento de los objetivos de

la función pública y se compromete a desarrollar materialmente las actividades y realizar las obras correspondientes, pero estas últimas en el contexto de la compleja actividad de ejecución como tal y según el estatuto definido por la LRAU; estatuto ciertamente público, pero que se otorga al urbanizador en cuanto empresario ejerciente del derecho de libertad de empresa y actuante, desde tal legitimación, como delegado legal de la Administración directora y supervisora, además de decisora en cuantos asuntos requieren la aplicación de *imperium* o autoridad. De ahí que la «ejecución» como un todo complejo integre un supuesto específico o peculiar —lo que es lícito que haga la legislación sectorial— de gestión indirecta de un servicio público en sentido objetivo en términos de actividad objeto de una intensa regulación e intervención administrativas (lo que significa que ni siquiera se está propiamente ante el objeto de un contrato típico de servicios públicos previsto y regulado en la LCAP)¹⁶. Y de un servicio público peculiar y complejo, por referido al entero ciclo de la realización efectiva de las previsiones del planeamiento, que en modo alguno se identifican con la urbanización en tanto que conjunto de obras, de modo que en este punto hay en la argumentación del Tribunal un salto del plano del servicio (actividad, prestación) al de la obra que se cumple sin la más mínima justificación (extremo importante sobre el que ha de volverse). En lo que ahora interesa, de todo ello se sigue que las obras de urbanización realizadas por el urbanizador (agente público sólo en el sentido indicado, es decir, en cuanto dotado de un estatuto específico precisamente para que pueda intervenir —ejercitando facultades en todo caso no decisorias— en las operaciones que, exigiendo decisiones de autoridad de la Administración urbanística directora y supervisora, atañen a la reorganización de la propiedad, la equitativa distribución de beneficios y cargas entre los

¹⁶ Conforme a los artículos 154 y 155 LCAP, en efecto, es claro que el contrato de servicios públicos tiene por objeto únicamente las actividades de contenido económico de la competencia de la correspondiente Administración, es decir, reservadas a ella (en régimen o no de monopolio).

A tenor de la LRAU, sin embargo y como ya nos consta (véase epígrafe III), la opción de la Administración pública urbanística actuante por la gestión indirecta de la ejecución del planeamiento para actuaciones integradas comporta de suyo una delimitación específica de las esferas de actuación pública y privada: a la Administración se reserva sólo la dirección y supervisión (con más la decisión en cuanto requiera *imperium* o autoridad) y se entrega a los privados precisamente en ejercicio de la libertad de empresa el resto (previa selección en libre concurrencia del acceso a la actividad precisamente por la limitación del número de agentes que es inherente a dicha actividad y, por tanto, obtención de un título administrativo legitimante). Pero este título ni es concesional (porque no hay actividad administrativa que concesionar), ni convierte la actividad del urbanizador empresario en actividad administrativa (por lo mismo que la selección en licitación del número de entrantes en el mercado de la generación de electricidad fijado por la Administración, supuesta la opción por este procedimiento conforme al Derecho comunitario europeo, no convierte a los nuevos generadores en el mercado del suministro de electricidad en concesionarios o prestadores indirectos de un servicio público).

propietarios, su propia retribución, etc..) son obras privadas desde el punto de vista de su contratación, pues su promotor es un empresario privado y su financiación es completamente privada. No obsta a ello que el destino final de las obras, una vez ejecutadas, sea público e, incluso, demanial. Pues la aplicación a ese destino lo es de obras terminadas (no objeto ya de contratación, que es aquí de lo que se trata) y en cumplimiento a) de obligaciones asumidas con respecto a la Administración; y b) del propio planeamiento (que prevé ese destino e impone las correspondientes afectaciones).

ii) La equiparación entre función pública urbanística (incluso bajo la forma estricta de actividad de ejecución de actuaciones integradas) y urbanización *representa una reducción indebida de la primera, que la desnaturaliza hasta hacerla jurídicamente irreconocible en los términos de su configuración legal.*

Conforme ya se ha argumentado en detalle en el epígrafe anterior y resulta de la regulación de la LRAU (ya, condensadamente, de su artículo 29), la ejecución de un Programa de Actuación Integrada es una actividad altamente compleja en la que la realización de las obras de urbanización representa una parte significativa e importante, pero en modo alguno *la jurídicamente determinante*. Pues dicha ejecución se sitúa en línea de continuación de un proceso de toma de decisiones que atraviesa la lógica formal de las fases de ordenación (a través de la Ley, las normas reglamentarias y, en particular, los planes, entre ellos el propio Programa de Actuación Integrada) y de ejecución de ésta por responder a la material del llamado «proceso urbanístico». Y este proceso de toma de decisiones, en su continuación en la fase «ejecutiva», *incluye la ultimación del régimen urbanístico de la propiedad mediante las operaciones de definición de las cargas de urbanización a soportar —como carga real— por la propiedad del suelo, así como la reparcelación y, por tanto, equitativa distribución de beneficios y cargas, con reordenación de la propiedad privada del ámbito territorial correspondiente cuyo efectos trascienden incluso al plano jurídico-civil.* Tales operaciones implican las correspondientes relaciones jurídicas entre la Administración actuante (directora y supervisora, que retiene, así, la facultad de decisión mediante *imperium* o autoridad), el urbanizador (agente privado dotado al efecto de un estatuto específico de carácter público, por ser públicas las normas que lo definen) y los propietarios (el régimen de cuya propiedad aparece sujeto igualmente a un estatuto específico de carácter público, por ser públicas las normas que lo definen)¹⁷. Y es *la regulación del desarrollo de tales relaciones jurídicas, así como la intervención en ellas*

¹⁷ Baste con remitir, para simplificar, al artículo 29.2, 9 y 10 LRAU.

de la Administración actuante y, por supuesto, del urbanizador, la clave misma, jurídicamente hablando, de la actividad de ejecución de los Programas de Actuación Integrada. El objeto del estatuto de tal ejecución incluye desde luego la realización material de la urbanización, pero en el contexto de su objeto propio, que no es otro que el de la regulación de la referida actividad en su entera complejidad y como un todo. De esta suerte, la realización material de las obras de urbanización se ofrece como prestación de un agente privado sujeto a estatuto público, el urbanizador, a cumplir conforme a las bases definidas en el proceso de toma de decisiones definitivas del contenido de las relaciones jurídicas antes aludidas (mediante el ejercicio por la Administración, en último término, de potestades de *imperium* o autoridad) en línea de continuación con el planeamiento sustantivo y programador.

En consecuencia, la afirmación de que el urbanizador, en cuanto cumplidor de la correspondiente función pública, asume la urbanización y, por tanto, la producción de infraestructuras públicas es, en los términos de su formulación, falsa por un doble motivo: a) por parcial, en cuanto que *lo que asume el urbanizador es más bien la ejecución del Programa de Actuación Urbanística como compleja actividad regulada* (que no se deja reducir a una de sus partes y, menos aún, una que no es determinante para su calificación jurídica como un todo); y b) por implicar una confusión indebida entre el contenido de una de las obligaciones del urbanizador (la realización material de las obras de urbanización) con el destino de las obras en sí mismas consideradas (ser soporte de usos y servicios públicos en sentido estricto o no), pues, de un lado, *durante su proyectación y realización las obras de urbanización desarrolladas por el urbanizador no son estrictamente obras públicas, sino obras privadas con destino final público*¹⁸ (desde su recepción por la

¹⁸ Por lo mismo que las superficies de terreno destinadas por el planeamiento urbanístico a zonas verdes o viales tienen un destino público, pero siguen siendo de propiedad privada hasta tanto no se realice su cesión a la Administración y ulterior afectación efectiva al destino correspondiente. Cuestión jurídicamente distinta es que los propietarios, una vez realizada la urbanización, puedan o no impedir el uso público de las correspondientes superficies dispuesto por el planeamiento.

Téngase en cuenta la regulación que de la recepción de las obras de urbanización hace la LRAU a efectos de conservación de las mismas en su artículo 79.

Prueba concluyente de lo que se dice en el texto: en otro caso habría de concluirse que las obras de urbanización a realizar por los propietarios de parcelas en el contexto de actuaciones aisladas (que se ejecutan siempre, conforme al artículo 7.1 LRAU, en régimen de gestión privada, estando los particulares habilitados para llevarlas a cabo) para convertir dichas parcelas en solares (obras de urbanización previas o simultáneas a la edificación, fruto del deber hoy, según el artículo 14.1 LRSV, del deber de completar la urbanización que tiene el propietario de suelo urbano), deben serlo separadamente de las obras de edificación, pues constituyendo las de urbanización obras públicas, siendo su ejecución cumplimiento de la correspondiente función-servicio público e integrando así el objeto de un contrato administrativo típico de obras, han de ser objeto de encargo que cumplimente la legislación reguladora de la contratación pública administrativa. Pues la habilitación legal a los propietarios para llevarlas a cabo

Administración), y, de otro lado, *el objeto de la urbanización no se reduce en modo alguno a la realización de tales obras, consistiendo más propiamente en la producción de unidades finales de aprovechamiento urbanístico apropiable por los privados (solares objeto de propiedad privada y edificables para usos privados), cuya misma existencia como tales depende de su conexión a la correspondiente red municipal de determinados e idóneos servicios (situación a la que se llama hoy justamente «consolidación por la urbanización») y, por tanto, de la realización de las obras precisas para tal conexión, con las consecuencias que de ello naturalmente se siguen para la concepción de la operación urbanizadora.*

2º. La crítica que de la premisa queda hecha destruye la base misma de la doble comprobación en que se traduce la proposición intermedia del silogismo del Tribunal.

Pues *no permite en modo alguno la identificación de la actividad de ejecución de un Programa de Actuación Integrada con un servicio público en sentido estricto, en el que la elección por la gestión indirecta para su prestación pudiera tener las implicaciones que con carácter general se atribuyen a la misma.* Se echa en falta desde luego toda argumentación dirigida a justificar aquella condición de servicio público en sentido estricto (actividad reservada a la Administración), que es presupuesto necesario para que puedan darse las aludidas implicaciones. Y no puede sorprender que así sea, porque —como ya se ha razonado con todo detalle— la actividad de ejecución de que aquí se trata no es en modo alguno reductible a la aludida categoría de servicio público en sentido estricto y si todo lo más a la de servicio público en sentido lato u objetivo, equivalente materialmente a la de actividad objeto de intensa regulación e intervención administrativas, por más que la Administración quede habilitada para, mediante una decisión de proceder ella misma a la ejecución, reservarse por completo el desarrollo de la misma. Así resulta desde luego de la regulación positiva de la LRAU, a la que ha de estarse en tanto que nada obsta constitucionalmente a ello y desde luego tampoco la existencia de una regulación básica general de los contratos concesionales para la prestación de servicios públicos en sentido estricto.

De donde se sigue que menos aún permite la premisa la afirmación de la asunción por el urbanizador, en condición de concesionario del

habría de interpretarse en términos de concesión legal o atribución de la condición de agente del servicio correspondiente. Pues ha de tenerse en cuenta que, a tenor del artículo 75.2, A), en relación con el artículo 73.2, LRAU, el propietario asume (igual que el urbanizador) la ejecución de las obras de urbanización, garantiza (mediante fianza) esa ejecución y debe entregar a la Administración las obras. Como no parece preciso mayor razonamiento, ocurre más simplemente que las obras de urbanización previas o simultáneas a las de edificación son obras privadas con destino final público.

supuesto e inexistente servicio público en sentido estricto, de la realización de una obra pública, concretamente la de urbanización. El Tribunal no justifica en modo alguno la condición de concesionario en sentido propio que atribuye al urbanizador; condición, que, por lo dicho, no se sigue sin más del empleo por la LRAU de la expresión «gestión indirecta», cuyo verdadero alcance ha sido establecido con todo pormenor. Tanto más, cuanto que aquí falta por completo no sólo el servicio público en sentido estricto susceptible de ser concesionado, sino incluso la obra pública cuya contratación deba regirse por la LCAP.

En definitiva: *las afirmaciones en que se descompone la proposición intermedia del silogismo del Tribunal se agotan en la aplicación indiscriminada, no contrastada e indebida por contraria al sistema de la LRAU de categorías generales relativas al servicio público y a su gestión sobre la base de premisas incorrectas.*

3º. Los razonamientos hasta aquí desarrollados, al desbrozar y retirar el ramaje de argumentos que aparentalmente «conducen» con lógica deductiva formalmente inexorable a la conclusión a que llega el Tribunal —el urbanizador tiene como cometido el propio del contrato de obras regulado en el artículo 120 LCAP—, hacen aparecer a ésta como lo que realmente es: *una afirmación a priori, carente de todo verdadero soporte argumentativo atenido al sistema legal de cuya aplicación se trata y a la verdadera estructura del ordenamiento jurídico en su conjunto; concretamente la de que, siendo así que el contrato administrativo típico de obras comprende las actuaciones urbanísticas, la ejecución de Programas de Actuación Integrada, refiriéndose a las actuaciones urbanísticas caracterizadas por la transformación del suelo mediante la urbanización (lo que implica obras), integra el supuesto de aplicación de la referida relación contractual, incluso cuando se lleva a cabo mediante «gestión indirecta» por urbanizador. Quod erat ad demonstrandum.* Para lo cual se manejan las categorías y las técnicas empleadas por la LRAU del modo más adecuado a la confirmación de tal afirmación y sin tener en cuenta la significación y el alcance de tales categorías y técnicas en el seno del sistema legal urbanístico de que se trata.

- B) *Los argumentos complementarios finales: comprensión por el contrato administrativo de gestión de servicios públicos, en su caso, de obras; identificación de la relación entre Administración urbanística y urbanizador como contrato de concesión de obras; y naturaleza contractual, concretamente concesional, de la relación entre urbanizador y Administración urbanística actuante, no desvinculable de la legislación sobre contratación de las Administraciones públicas*

El Tribunal hace valer la posibilidad de la comprensión de obras por el contrato administrativo típico de servicios públicos (art. 158.2

LCAP) para intentar solventar la dificultad nada baladí, ya apuntada, del salto que su argumentación lleva a cabo, por lo que hace a la ejecución de los Programas de Actuaciones Integradas mediante urbanizador, del servicio a la obra pública. Logrado poner pie en la obra pública, el Auto afirma ya sin ulteriores consideraciones que la adjudicación al urbanizador supone un contrato de concesión de obra pública regulado en el artículo 130 LCAP, lo que viene avalado por las soluciones consagradas en tal sentido por otras Leyes urbanísticas autonómicas: la de ordenación del territorio y urbanismo de La Rioja de 2 de julio de 1998, que contempla el urbanizador como concesionario de obra pública; y la de ordenación del territorio y de la actividad urbanística de Castilla-La Mancha de 4 de junio de 1998, que en el sistema de fuentes aplicables a las relaciones derivadas de la adjudicación del Programa de Actuación Urbanizadora incluye la legislación reguladora de la contratación de las Administraciones públicas (a título de normativa de aplicación supletoria). Entendiendo confirmada esa calificación, finalmente, por la naturaleza contractual de la relación que media, en la LRAU, entre el urbanizador y la Administración actuante y adjudicataria.

La comprensión (eventual) de obras públicas por el contrato administrativo típico de servicios públicos constituye una obviedad y *nada dice sobre la naturaleza del llamado contrato mixto, es decir, del comprensivo de prestaciones propias del servicio público y de las obras públicas*. Pues la regla para determinar esa naturaleza no es desde luego la contenida en el artículo 158.2 LCAP, que ciertamente remite, por razones obvias, a los preceptos relativos a la concesión de obras públicas, pero a los exclusivos efectos de las actuaciones administrativas preparatorias del contrato, siempre que el objeto de éste –no obstante comprender obras– sea un servicio público. Consecuentemente, tal remisión no sólo no conduce a donde pretende llegar el Tribunal, sino que retrotrae justamente al punto de partida del salto: el servicio público, sin permitir salir de él.

Sea como fuere, la regla que permite establecer la naturaleza del contrato administrativo que contenga prestaciones propias de dos o más clases o tipos (como los de servicios públicos y obras) es la determinada por el artículo 6 LCAP, a tenor de la cual para la calificación y aplicación de las normas consecuentes con ella ha de estarse «... al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico». Aun en la hipótesis de la aplicabilidad de la LCAP, pues, *no es procedente el salto desde el contrato de servicio público al de concesión de obra pública por razón del contenido mismo de la relación que media, según la LRAU, entre urbanizador y Administración actuante, pues en tal relación ni la causa determinante (el fin) reside en las obras de urbanización, sino la ejecución del planeamiento y –desde el punto de vista*

parcial de las obras— en la producción de solares resultantes, *ni es claro que las obras de urbanización integren la prestación económicamente más importante*, si se considera, como debe considerarse, la reorganización de propiedades y la asignación de solares resultantes (dotados de aprovechamiento urbanístico lucrativo).

En todo caso, tal operación de calificación es inútil: *ni siquiera la realización de las obras de urbanización en sí mismas consideradas* (desligadas del contexto más complejo de la actividad de ejecución del Programa de Actuación Integrada) *son identificables jurídicamente con el objeto típico del contrato de concesión de obra pública*. El artículo 130 LCAP, que el Auto cita sin considerar su contenido dispositivo, es claro al respecto. El contrato de concesión de obra pública es solo aquél en el que la contraprestación consista en el derecho a explotar la obra o en dicho derecho acompañado del de percibir un precio. En el caso del urbanizador de la LRAU no se cumple ninguno de estos dos supuestos: no se le otorga derecho alguno a la explotación de las obras de urbanización ejecutadas (antes al contrario, éstas han de ser entregadas a la Administración y aplicadas a su destino según el planeamiento, a partir de cuyo momento surge, además, la cuestión de su conservación) y mucho menos aún se le otorga tal derecho conjuntamente con el de percepción de un precio (a cargo de la Administración). La urbanización que ejecuta el urbanizador (como agente urbanístico específico) es financiada por éste para que su coste se le restituya por los propietarios de suelo (o se le abone por éstos mediante pago en especie, es decir, con solares resultantes) y asumida por él a efectos de que se retribuya su actuación profesional-empresarial igualmente por los propietarios (en dinero o en especie), toda vez que el coste de las obras y el coste de la gestión (la retribución del urbanizador) son legalmente cargas urbanísticas reales que pesan sobre los terrenos, es decir, la propiedad, y se traducen (en el proceso urbanístico) en deberes inherentes al régimen urbanístico de ésta, de cuya aplicación se trata —incluso por exigencia de las condiciones básicas de igualdad impuestas por la legislación general-estatal— en el curso de dicho proceso. De nuevo aquí se llega a idéntico punto: la naturaleza de obras privadas con destino público de las de urbanización asumidas y realizadas por el urbanizador (costeadas en último término por los propietarios y únicamente financiadas en todo caso por el urbanizador).

La apelación, en este contexto, a la solución establecida por el legislador urbanístico riojano y a la llamada por éste y el legislador urbanístico castellano-mancheño a la legislación de la contratación administrativa para la integración de la normativa aplicable, es o improcedente o, en su caso, superflua.

Es improcedente argumentar la utilización por el legislador riojano de la figura de la concesión de obra urbanizadora y la calificación por el mismo del urbanizador como concesionario. Pues *tales utilización y calificación resultan ser opciones de legislador distinto en el seno de un sistema urbanístico diferente, establecido en tiempo también diferente y en el marco de un ordenamiento general con relevancia urbanística también diferente (la LRSV) para territorio y circunstancias igualmente diversas*. Por tanto de ellas nada puede seguirse para la interpretación del sistema urbanístico valenciano, salvo en todo caso para dejar claro que *si ha de hacerse uso de tal recurso es precisamente porque dista de estar claro en la LRAU que lo regulado sea un contrato mixto de servicio público y obra pública al que sea aplicable el régimen del de concesión de la obra pública*.

Y es superflua en todo caso la llamada de atención sobre el otorgamiento por los citados legisladores autonómicos del papel de Derecho supletorio a la legislación sobre contratación administrativa, sencillamente porque *la propia LRAU efectúa esa atribución con motivo de la regulación de la figura del urbanizador*¹⁹. Superfluidad, en la que se expresa ya su nula virtualidad. Pues la remisión a otras normas, aun de objeto distinto y que por sí mismas no serían de pertinente aplicación, es una técnica instrumental que sirve al propósito de evitar mayores complicaciones ordinamentales (las que se derivarían de tener todas las normas que regular todos los aspectos imaginables de los objetos a cuya regulación se refieren) y de solventar las inevitables faltas de previsión y, por tanto, lagunas. Pero *de esa utilización instrumental nada se sigue, ni puede válidamente seguirse sin más acerca de la identidad o siquiera similitud de las técnicas e institutos empleados en las normas remitentes y remitidas, ni, por tanto, sobre la posibilidad de concluir algo válidamente acerca de las técnicas y los institutos regulados en la norma remitente desde la que de los propios se contiene en la remitida*. Menos aún, cuando la remisión lo es a título de último recurso de integración del Derecho aplicable, dejando clara la aplicación primaria y con pretensión de autosuficiencia por autointegración de la normativa remitente, cual aquí es el caso. Ejemplo: en otro caso habría que concluir justamente en materia de contratación de las Administraciones públicas que la remisión en último término al Derecho privado en el artículo 7 LCAP permitiría calificar contratos administrativos especiales o atípicos conforme al Código civil sin agotar las posibilidades interpretativas de la normativa administrativa específica reguladora y aprovechando lagunas en ella existentes.

¹⁹ Sin ir más lejos: art. 29.13 LRAU.

De la indudable naturaleza materialmente contractual de la relación que une, en la LRAU, al urbanizador y la Administración actuante²⁰, ninguna conclusión puede extraerse, finalmente, sobre la naturaleza o el carácter del acto jurídico generador y regulador de dicha relación. Pues en todo caso existen contratos (en su caso, en sentido material) de naturaleza jurídica-administrativa que o no se rigen en absoluto (los del art. 88 LRJPAC y los del art. 3 LCAP) o no se rigen en primer término [los contratos administrativos especiales del artículo 5.2,b) LCAP] por este último texto legal básico. Y los razonamientos del Tribunal acerca de la gestión indirecta, el servicio público comprensivo de obras y de la condición de concesionario del urbanizador (lo que implica que se está ante un contrato de concesión de obra pública) en modo alguno permiten, por las razones ya expuestas, la de que ahora se trata: dada la naturaleza materialmente contractual de la relación del urbanizador con la Administración actuante, se está en efecto ante un contrato de concesión de obra pública.

Aún remata su discurso el Auto con un argumento no menos sorprendente e inconsistente: la aplicación preferente de la propia LRAU dispuesta en su artículo 29.13 al contrato así precisado no autoriza a desvincular ésta de la legislación básica en materia de contratos. Si como previamente ha concluido (indebidamente) el Auto el contrato es uno típico de concesión de obra pública, lo que este argumento quiere en realidad decir es que procede cuestionar también la validez de la aplicación preferente de la LRAU. Ninguna otra interpretación es posible, dado el carácter básico de la legislación sobre contratos de las Administraciones públicas y la colocación de toda normativa autonómica en posición ordinamental de mero desarrollo, para su validez y en el ámbito de aplicación de aquélla. Y así resulta después confirmado por la efectiva inclusión del artículo 23.13 entre los de la LRAU que son objeto de la cuestión de constitucionalidad formulada.

La sorpresa la proporciona el dato que se aduce para apuntalar la improcedencia de la aludida desvinculación. No es el carácter básico mismo de la LCAP, sino la doctrina sentada por la STC 61/1997, de 20 de marzo, que —contra toda evidencia— entiende niega a las Comunidades Autónomas competencia para regular la figura del urbanizador en los términos en los que lo ha hecho la valenciana. Ocurre que *esa doctrina lejos de proporcionar apoyo a la afirmación judicial, la contradice de plano en la medida en que —conforme a la propia cita que de ella se hace*

²⁰ Pero no por la razón que señala el Auto (la remisión por el art. 29.13 LRAU a la legislación reguladora de la contratación administrativa como normativa aplicable en defecto de la propia LRAU y sus normas de desarrollo), sino porque se formaliza en un convenio, que tiene indudablemente naturaleza contractual: art. 32, C).

en el Auto— incluye en la materia urbanística, al servicio de cuya regulación otorga al legislador autonómico expresamente capacidad para arbitrar «... técnicas jurídicas concretas...», «... la gestión o ejecución de instrumentos planificadores...» in totum, expresión ésta en la que encaja sin duda alguna la ejecución mediante urbanizador de los Programas de Actuación Integrada.

V. CONSIDERACIONES FINALES

El análisis que de los razonamientos del Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia queda hecho justifica la afirmación de que, cuando menos, la cuestión de constitucionalidad por éste formulada no se ofrece suficientemente fundada en Derecho. No existen en la LRAU las inconstitucionalidades que se le imputan, sencillamente porque su regulación de la figura del urbanizador no está en la situación de «vinculación» a la legislación básica de la contratación de las Administraciones públicas que el Tribunal supone.

Esta última afirmación merece ser motivada aún con algunas consideraciones finales, desarrolladas dialécticamente desde la propia perspectiva del citado órgano judicial: la de la LCAP.

La índole misma del objeto del convenio urbanístico que rige la relación entre el urbanizador y la Administración actuante en la LRAU y su refractariedad a ser subsumido en el propio de los contratos administrativos típicos, combinada con la compleción y por tanto autonomía del ordenamiento urbanístico autonómico (que en punto a gestión y ejecución del planeamiento urbanístico opera en campo exclusivo)²¹, llevarían de suyo (incluso ya por exigencia del principio de interpretación de conformidad con el orden constitucional) en primer término a la *procedencia de la inscripción de dicho convenio en la órbita de la figura, prevista en el artículo 3.1, d) LCAP*, de los «convenios de colaboración [pues de la colaboración de una persona privada en el cumplimiento de una función, es decir, de una tarea o responsabilidad públicas se trata] que, con arreglo a las normas específicas que las regulan [dado que la legislación urbanística es, por las razones ya dichas, una tal normativa administrativa específica, dotada de finalidad propia y consecuentemente autonomía para la configuración de sus propias técnicas], celebre la Administración [aquí hay una: la Administración urbanística actuante] con personas físicas y jurídicas sujetas al Derecho privado [en el urbanizador concurre esta circunstancia], siempre que su objeto no

²¹ Sobre ambos extremos, pero en especial el primero (la condición de convenio y no contrato administrativo del que suscribe el urbanizador con la Administración actuante), véase la opinión que, en el mismo sentido que la aquí ahora sostenida, formuló el autor ya en el dictamen citado en nota nº 13.

esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas especiales [el convenio para la ejecución del programa, según se ha razonado extensamente, no es reductible a ninguna de las categorías de contratos típicos previstos en la LCAP, así como tampoco a ninguna normativa administrativa reguladora de contratos administrativos especiales en el sentido del artículo 8 de la propia LCAP]²²...». Este encaje implica, empero, su *exclusión del ámbito de aplicación de la legislación básica reguladora de la contratación de las Administraciones públicas, desapareciendo por completo el problema construido por el Auto comentado*. Y ello no sólo por lo que hace a la comprensión del convenio entre Administración urbanística y urbanizador en dicho ámbito de aplicación, sino también al recurso del legislador urbanístico a la referida legislación de la contratación administrativa para la integración del Derecho aplicable en defecto de norma pertinente en el sistema urbanístico, pues el artículo 3.2 LCAP deja bien claro el régimen de los convenios de colaboración al decir que se regulan por sus normas especiales «...aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse».

Nada esencial variaría caso de considerarse (última hipótesis posible, incluso desde el aludido principio de la interpretación conforme con el orden constitucional) que el inciso del artículo 3.1, d) LCAP relativo a la no comprensión del objeto de los convenios de colaboración en «... normas administrativas especiales» impide –al deber considerarse la propia LRAU como una tal norma administrativa especial– la subsunción del convenio con el urbanizador en el supuesto de exclusión que aquel precepto establece. Pues entonces *pasaría a ser procedente la conceptualización de tal convenio como contrato administrativo especial de los contemplados en el artículo 5.1, b) LCAP*²³, dado que la relación regulada convencionalmente está calificada expresamente como administrativa, se encuentra prevista y dispuesta por una Ley formal y guarda relación directa con una responsabilidad-función pública, es decir, con el giro o tráfico propio de la Administración urbanística. Y el inciso final del número 1 del artículo 7 LCAP determina para tales contratos especiales un régimen jurídico en el que *es preferente la aplicación*

²² La afirmación que en el texto se hace debe entenderse referida a los contratos administrativos especiales aludidos en el art. 5.2, b) LCAP que cuenten con una normativa propia cuyo objeto sea precisamente su regulación como tales contratos administrativos, es decir, una normativa de «contratación» dirigida a cualificarlos en tal condición.

²³ Conforme al cual, son contratos administrativos: «... Los de objeto distinto a los anteriormente expresados [los regulados directamente por la LCAP o típicos], pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o por declararlo así una Ley».

de sus normas reguladoras «propias» (aquí la LRAU y las normas dictadas en su virtud –el planeamiento– o desarrollo –las normas reglamentarias convencionales–), incluso respecto de la LCAP y sus normas de desarrollo, lo que coloca de suyo a éstas en el papel de normas de aplicación supletoria o «en defecto de» aquéllas otras propias (que es lo que prevé justamente la LRAU). Con lo que tampoco aquí surge el problema de «vinculación» primaria, o por efecto de su virtualidad «básica», a la LCAP en que se traduce en último término la cuestión de constitucionalidad tan trabajosa como forzadamente construida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia.