

Gestión del planeamiento y contratos administrativos

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EL PROBLEMA PLANTEADO. II. LAS LÍNEAS DE SOLUCIÓN. III. LA PECULIARIDAD DEL DERECHO URBANÍSTICO EN ORDEN A LOS SISTEMAS DE ACTUACIÓN. IV. LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS (LCAP) COMO LEY BÁSICA. 1. CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. 2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. 3. LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ESPECIALES. 4. CARÁCTER DE OBRA PÚBLICA DE LAS OBRAS DE URBANIZACIÓN. 5. LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA. V. INTERPRETACIÓN DE LA DIRECTIVA COMUNITARIA 93/37 CEE, SOBRE COORDINACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS DE OBRAS, POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. VI. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO Y GESTIÓN DIRECTA E INDIRECTA: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA DISTINCIÓN ENTRE SISTEMAS DE ACTUACIÓN Y FORMAS DE GESTIÓN. 3. LA DESAPARICIÓN DE TAL DISTINCIÓN EN EL T.R. DE 1976. 4. LA GESTIÓN DIRECTA E INDIRECTA. 5. LA LEGISLACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. VII. INCIDENCIA DE LA LCAP EN LA EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO EN LOS SUPUESTOS DE GESTIÓN DIRECTA. VIII. INCIDENCIA DE LA LCAP EN LOS SUPUESTOS DE GESTIÓN INDIRECTA: 1. INTRODUCCIÓN. 2. SISTEMA DE COMPENSACIÓN. A. Características del sistema. B. Sobre la aplicación de la LCAP, en el supuesto de que el importe de las obras de urbanización sea inferior al umbral fijado por la Directiva 93/37. C. Sobre la aplicación de la LCAP en el supuesto de que el importe de las obras de urbanización no sea inferior al umbral fijado por la Directiva 93/37. 3. SISTEMA DE EXPROPIACIÓN Y CONCESIÓN. 4. SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA. IX. GESTIÓN INDIRECTA POR MEDIO DE AGENTE URBANIZADOR: 1. INTRODUCCIÓN. 2. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE. 3. EL CONTRATO CON EL AGENTE URBANIZADOR COMO CONTRATO ADMINISTRATIVO ESPECIAL. 4. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ESPECIALES. 5. EL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN DEL AGENTE URBANIZADOR. 6. LA CONTRATACIÓN DE LAS OBRAS POR EL AGENTE URBANIZADOR. X. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN: EL PROBLEMA PLANTEADO

1. La Constitución ha diseñado un completo sistema de fuentes de producción del Derecho que, como he puesto de manifiesto en otros trabajos, refleja una triple crisis:

- la crisis de la concepción rousoniana de la ley como expresión de la voluntad general da lugar a que se configure como expresión de una soberanía limitada por la Constitución, que permite tanto el control directo de constitucionalidad de las leyes como el control indirecto, que se produce cuando una ley cuyo contenido no es contrario a la Constitución vulnera el complejo sistema de fuentes establecido en la misma;
- la crisis de la concepción unitaria de la Ley se traduce en la existencia de distintos tipos de leyes; así, las leyes orgánicas, las ordinarias, y, dentro de éstas, las de Presupuestos y las básicas;
- la crisis de la concepción unitaria del Ordenamiento se traduce en la existencia de un Ordenamiento complejo, a partir de la unidad del Ordenamiento que representa la Constitución, en el que cobran importancia las relaciones entre el Ordenamiento del Estado y el de las Comunidades Autónomas, y también, entre el Ordenamiento Comunitario Europeo y el surgido de las fuentes internas de producción del Derecho.

En este panorama complejo, nada tiene de sorprendente que se susciten problemas en orden a las relaciones entre Ordenamientos, dado que con el transcurso del tiempo se va profundizando en el conocimiento más completo del sistema jurídico, cuyas líneas esenciales se han ido desvelando por el Tribunal Constitucional, por el Tribunal Supremo y, también, desde otra perspectiva, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por el de las Comunidades Europeas.

2. Pues bien, en el momento actual está planteado un problema importante en nuestro sistema de fuentes, de gran trascendencia en materia urbanística.

Este problema puede sintetizarse en los siguientes términos:

- la Constitución reserva al Estado determinadas competencias que han de ser respetada por las Comunidades Autónomas al ejercer las competencias asumidas en sus Estatutos;
- la competencia en materia de urbanismo ha sido asumida con carácter exclusivo en sus Estatutos por todas y cada una de las Comunidades Autónomas;
- el Estado puede incidir en la materia urbanística en el ejercicio de competencias que le reserva la Constitución;
- el Estado, en el ejercicio de competencias que le reserva la Constitución, ha dictado la Ley de Contratos de las Administraciones

Públicas, cuyos preceptos tienen carácter básico en su mayor parte;

- y aquí surge el problema. Se trata de determinar en qué medida esta Ley incide en la materia urbanística. Y, en términos más concretos, se trata de determinar si esta Ley es de aplicación, y en caso afirmativo en qué medida y con qué alcance, en los contratos que se celebren en materia urbanística.

3. Esta cuestión se encuentra ya planteada tanto en el ámbito del Derecho comunitario como en el Derecho interno.

Así, por Auto de 15 de octubre de 2001, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana ha planteado una cuestión de inconstitucionalidad respecto de determinados preceptos de la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística 6/1994, de 15 de noviembre, en relación con la conformidad de tal Ley con la de Contratos de las Administraciones Públicas.

El problema no se circunscribe al ámbito limitado de la Ley de la Comunidad Valenciana, que, por otra parte, ha servido de modelo a las de otras Comunidades Autónomas, en particular en cuanto se refiere a la regulación del Agente Urbanizador.

En efecto, la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de julio de 2001 plantea también la cuestión relativa a la conformidad con la Directiva 93/37 CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de la legislación nacional de un Estado—en este caso Italia— que permite al titular de una licencia urbanística o de un plan de urbanización aprobado, la realización directa de las obras de urbanización con imputación a cuenta de una contribución, y que permite a la Administración Pública negociar directamente con un particular el contenido de los actos administrativos que le afectan.

4. El estudio de estas cuestiones constituye el objeto del presente trabajo, si bien debe hacerse constar que se trata de una primera aproximación, dada la complejidad del tema y el propio carácter del trabajo, cuya extensión no permite un desarrollo pormenorizado de todos los extremos del razonamiento.

Esta circunstancia justifica que nos limitemos a afirmar determinados extremos, bien cuando consideramos que son claros en el momento actual, o cuando el razonamiento ha sido ya desarrollado por el autor en trabajos anteriores a los que es posible remitirse ¹.

¹ La remisión ha de entenderse efectuada a los trabajos a que se alude en el texto, así como a la bibliografía citada en los mismos, que son los siguientes: *Las zonas verdes y espacios libres como problema jurídico*, ed. Tecnos, 1971; «Relaciones entre leyes: competencia, jerarquía y función constitucional», pub. en el n.º 113 de la *Revista de Administración Pública* (mayo-agosto 1987), pp. 7 a 39; «Legislación en materia de urbanismo: competencia de la Comunidad y novedades más significativas», pub. en el libro *Estudios sobre el Derecho de la Comunidad de Madrid*, p.p. 451 a 495, Ed. Civitas, Comunidad de Madrid 1987; «El Agente urbanizador en la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística de la Comunidad Valenciana», pub. en el libro *Comentarios a la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística*, p.p. 201-225, ed. Generalitat Va-

II. LAS LÍNEAS DE SOLUCIÓN

1. De acuerdo con nuestro sistema constitucional de fuentes del Derecho, la línea de solución del problema planteado es, en principio, clara: las leyes de las Comunidades Autónomas, incluso en materia de su exclusiva competencia como es el urbanismo, han de respetar la legislación básica estatal dictada en otras materias, que cumple la función constitucional de establecer un mínimo común denominador aplicable en todo el territorio nacional.

Ésta es la solución aplicable cuando se produce un entrecruzamiento de titulares competenciales. Cuando el Estado dicta leyes en el ejercicio de competencias que le reserva la Constitución, las Comunidades Autónomas han de respetar tales leyes, porque de lo contrario no se ajustarían a la propia Norma Fundamental, ya que las competencias asumidas por las Comunidades en sus Estatutos lo han sido dentro del marco constitucional.

En consecuencia, resulta claro, en línea de principio, que la Comunidad Autónoma al dictar leyes en materia de urbanismo no puede establecer un sistema que sea incompatible con la observancia de lo establecido en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto Ley básica.

La solución, sin embargo, no es tan simple como pudiera parecer. Y ello, porque la propia Ley básica establece en determinados preceptos un ámbito de aplicación supletorio respecto de lo que establece la regulación específica.

Por ello, dado que la legislación urbanística, y sus peculiaridades, se ha ido gestando a lo largo de siglo y medio, y obedece a razones profundas, la cuestión planteada merece una consideración detenida.

2. La cuestión se complica, todavía más, si se tiene en cuenta que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) traspone las Directivas Comunitarias en materia de contratos públicos de obras, servicios y suministros. Y, en particular, por lo que ahora interesa, la Directiva 93/37 CEE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.

En efecto, las leyes que vienen a trasponer Directivas —como la LCAP— han de interpretarse de conformidad con la Directiva Comunitaria, como ha puesto de relieve el Tribunal de las Comunidades Europeas en diversas Sentencias. Ello es lógico, porque en definitiva viene a

lenciana, 1995; «El Contrato de obras: la concesión de obras públicas como contrato», pub. en el libro *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, p.p. 603 a 647, Ed. Civitas, Madrid 1996; «La cláusula de supletoriedad», en *Informe Comunidades Autónomas*, 1997, vol. 1, Instituto de Derecho Público, Barcelona 1998 y «El derecho a urbanizar: cargas y deberes», pub. en el libro *Ordenamientos urbanísticos. Valoración crítica y perspectivas de futuro*, pp. 187-215, ed. M. Pons y Xunta de Galicia, 1998).

afirmar algo elemental, y es que el legislador ha querido cumplir correctamente su obligación de trasponer la Directiva.

Conviene, sin embargo, efectuar una precisión de capital importancia, como veremos. La interpretación de la Ley conforme a la Directivas que viene a trasponer se circunscribe al ámbito de la transposición; ello significa, en el caso objeto de estudio, que la interpretación «conforme» debe aplicarse a los contratos públicos de obra que por razón de su cuantía cumplen con el umbral que fija la Directiva, porque si son de cuantía inferior no se incluyen en los tomados en consideración por la Directiva, ni por tanto el Estado tiene obligación de que el objetivo pretendido por tal norma comunitaria se consiga también en otros contratos.

Ello explica que la propia LCAP contenga preceptos específicos para los contratos contemplados por la Directiva, en cuanto entiende que ha de garantizar el resultado querido por la misma precisamente para tales contratos y no para los demás.

Ahora bien, si la LCAP se ha de interpretar de conformidad con la Directiva, dentro de los límites expuestos, y el sentido y alcance de la Directiva se determina por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ello significa que la LCAP, en el ámbito de la Directiva, se ha de interpretar de conformidad con las Sentencias de dicho Tribunal.

De esta forma cobra toda su importancia la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictada en 12 de junio de 2001, que resuelve cuestiones prejudiciales en orden a la significación y trascendencia de la Directiva 93/37 CEE, en relación con los contratos celebrados en el ámbito del Derecho urbanístico².

3. En definitiva, para resolver la cuestión planteada debe tenerse en cuenta:
- la regulación urbanística;
 - los límites que impone la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas;
 - los límites que impone la observancia de la Directiva 92/37 CEE, dado que su contenido constituye un criterio de interpretación del Derecho del Estado (en este caso de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que viene a trasponerla) de conformidad con la jurisprudencia comunitaria.

Todo ello vamos a considerarlo con carácter general, sin perjuicio de efectuar una especial referencia a la legislación de la Comunidad Valenciana, respecto de la cual se ha planteado la cuestión de inconstitucionalidad que ha quedado indicada.

² Esta importancia ha sido puesta de relieve por T.R. FERNÁNDEZ en su trabajo «La Sentencia del TJCE de 12-7-2001 (TJCE 2001, 194) (asunto «Proyecto Scala 2001 y su impacto en el Ordenamiento Urbanístico español», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, de 25 de octubre de 2001, pp. 1 a 6.

III. LA PECULIARIDAD DEL DERECHO URBANÍSTICO EN ORDEN A LOS SISTEMAS DE ACTUACIÓN

1. La historia del Derecho urbanístico demuestra cómo una buena parte de su contenido responde a la búsqueda de técnicas que permitan garantizar la consecución del interés general en un sistema de propiedad privada del suelo.

La determinación del interés público queda confiada a la planificación, con los límites derivados de los estándares urbanísticos establecidos en la Ley.

La consecución del interés público exige llevar a cabo las previsiones del planeamiento, cuya ejecución entra en conflicto con los intereses de los propietarios en cuanto una determinada proporción del suelo va a tener que destinarse a aprovechamientos no lucrativos, y en cuanto la urbanización comporta unos costes de importancia.

Desde la perspectiva del interés privado, lo lógico es que la Administración competente expropie y pague el suelo que necesite para aprovechamientos no lucrativos.

Desde la perspectiva del interés público lo lógico es que la plusvalía que produce la obra urbanizadora quede afectada al coste de la urbanización; lo cual puede conseguirse expropiando la totalidad del ámbito de actuación por un justiprecio que no tenga en cuenta, en todo o en parte, la plusvalía que provoca el plan y la transformación del suelo, o haciendo que los propietarios contribuyan, con la intensidad que determine la Ley, mediante la cesión de suelo y el costeamiento de las obras de urbanización, a cambio de quedarse con las plusvalías resultantes de la urbanización; ello, en términos generales, y dejando ahora aparte la posibilidad de aplicar técnicas de carácter fiscal.

El principio de afectación de las plusvalías al coste de la urbanización comenzó a plasmarse en la legislación del siglo XIX: en efecto, la legislación de ensanche utilizó distintas técnicas para conseguir afectar parte de las plusvalías, y la legislación de reforma interior produjo un avance definitivo al afectar la totalidad de las plusvalías mediante la expropiación no solo de los terrenos estrictamente necesarios para las obras de urbanización sino también de las zonas laterales de influencia. De esta forma surgió además la figura del concesionario, ya que la Administración expropiante podía conceder la ejecución de las obras a un tercero, que las ejecutaba a cambio de quedarse con los solares resultantes, en los términos previstos en la concesión.

El principio de afectación de plusvalías se consagra ya en nuestro Derecho, con carácter general, en la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956, que estableció distintos sistemas de actuación para la ejecución de los planes, según cual fuera el modo de armonizar la consecución

del interés general urbanístico con los intereses de los propietarios. Y en esta línea, la reforma de la Ley del Suelo de 1975 y el T.R. de 1976, que ha revivido después de la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, regula diversos sistemas de ejecución de los planes: cooperación, compensación y expropiación, así como también las obligaciones de los propietarios en orden a la cesión de terrenos y costeamiento de la obra urbanizadora.

Ahora bien, la efectividad de estas obligaciones de los propietarios, que son una manifestación del principio de afectación de plusvalías, requiere efectuar la justa distribución de los beneficios y cargas entre los mismos. En efecto, en cada ámbito de actuación el Plan incide desigualmente sobre los propietarios y por ello si éstos han de ceder el suelo destinados a usos no lucrativos (e incluso de usos lucrativos en la Ley de 1976 respecto de los propietarios del suelo urbanizable programado), es necesario que el conjunto de los propietarios efectúe la cesión y abone los costes de urbanización y que el mismo conjunto de los propietarios se reparta los beneficios.

En definitiva, y esto es lo sustancial por lo que ahora importa, la financiación del urbanismo a través del principio de afectación de plusvalías, y la aplicación del principio de distribución de beneficios y cargas, son dos elementos a tener en cuenta en materia urbanística, dada su trascendencia.

Estos dos principios se reflejan con toda claridad en el Ordenamiento vigente. La participación de las plusvalías adquiere rango constitucional —art. 45— al igual que el principio de igualdad ante las cargas públicas —art. 31—. Y la Ley estatal 6/1998, de 13 de abril, que establece un verdadero estatuto de la propiedad privada en cuanto derecho constitucional, recoge también estos dos principios: tanto el de justo reparto de beneficios y cargas (art. 5) como los derechos y deberes de los propietarios de suelo urbano y urbanizable (arts. 12 y sigs.), y también el justiprecio expropiatorio (arts. 23 y sigs.).

2. Todo lo anterior conecta con los sistemas de actuación en la ejecución del planeamiento. El problema capital, planteado especialmente a partir de la Ley del Suelo de 1956, es el de determinar si la ejecución del planeamiento va a llevarse a cabo por la Administración o por los particulares, y, en este caso, cuál es el título en virtud del cual los particulares pueden llevar a cabo la ejecución del planeamiento.

En todo caso, en la ejecución del planeamiento, cualquiera que sea el sistema, es necesario conseguir los terrenos necesarios para llevar a cabo la urbanización y ejecutar la obra urbanizadora. Y cuando no se aplica el sistema de expropiación, para conseguir estos terrenos gratuitamente y también la realización gratuita de las obras, es necesario llevar a cabo la justa distribución de beneficios y cargas.

Resulta, así, que esta función de ejecución del planeamiento se considera como una función pública, que comprende diversos extremos, como son: la justa distribución de beneficios y cargas entre los propietarios, la realización de la obra urbanizadora y la cesión obligatoria y gratuita al Ayuntamiento de suelo y obras de urbanización, en los términos establecidos por la Ley.

Para efectuar estas operaciones, dada la capacidad de gestión limitada de la Administración, la complejidad de la reorganización de la propiedad que lleva consigo, y la necesidad de conseguir una cierta agilidad en las actuaciones, el legislador entendió que era necesario conseguir la cooperación de los propietarios o, al menos, disminuir la resistencia de los mismos, mediante fórmulas que, en todo caso, les permitiera participar de las plusvalías resultantes e incluso encargarse de la gestión de todo el proceso.

A los efectos del presente trabajo consideramos suficientemente indicativo un planteamiento de carácter general partiendo de los sistemas contemplados en la Ley del Suelo de 1976³, al que añadiremos el del Agente Urbanizador establecido en la Ley de la Comunidad Valenciana. Y ello, porque excede de los límites y de las posibilidades del presente trabajo el estudio de los sistemas de actuación establecidos por cada Comunidad Autónoma en su legislación urbanística, en ejercicio de la competencia exclusiva en materia de urbanismo que han asumido en sus Estatutos todas y cada una de las Comunidades Autónomas; competencia exclusiva de la que también es titular la Comunidad Foral de Navarra.

Ahora bien, el estudio de estos sistemas lo haremos partiendo del marco de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con objeto de determinar en qué medida se ajustan o no a las exigencias de la Ley básica; y, asimismo, de la interpretación de la Directiva 93/37, en materia de contratos públicos de obras, efectuada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

³ Debe hacerse notar que los problemas que suscitan estos sistemas, en relación con el objeto de nuestro estudio, no son sustancialmente distintos; así, para referirme sólo a leyes recientes de las CC.AA., la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, establece en su artículo 147.3, que los sistemas de actuación son los de compensación, cooperación, expropiación, y concesión de la obra urbanizadora (sistema éste que prevé un derecho preferente para los propietarios); la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de Urbanismo de Cataluña, establece en su art. 115 los sistema de expropiación y reparcelación, con las modalidades de compensación básica, compensación por concertación, cooperación y por sectores de urbanización prioritaria; la Ley del Suelo 9/2001, de 17 de julio, de la Comunidad de Madrid, establece en su artículo 101 los sistemas de compensación —de ejecución privada—, cooperación, expropiación y ejecución forzosa (estos tres últimos de ejecución pública); la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura, distingue en su artículo 125 entre formas de gestión directa —cooperación y expropiación— y de gestión indirecta —compensación y concertación—; y la Ley 1/2001, de 24 de abril, del Suelo de la Región de Murcia, distingue en su artículo 171 entre sistemas de iniciativa privada (concertación directa, indirecta y compensación) y de iniciativa pública (cooperación, concurrencia, expropiación y ocupación directa).

IV. LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS COMO LEY BÁSICA

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) tiene carácter básico en los términos que establece su D.F. Primera «Carácter de legislación básica y no básica», cuyo núm. 1 indica que «la presente Ley constituye legislación básica dictada al amparo del artículo 149.1.18 de la Constitución y, en consecuencia, es de aplicación general a todas las Administraciones Públicas comprendidas en el artículo 1», salvo los artículos o parte de los mismos que enumera la propia disposición.

De acuerdo con las consideraciones antes expuestas, y en virtud del entrecruzamiento de títulos competenciales, la legislación básica en materia de contratos ha de ser observada por las Administraciones Públicas comprendidas en el artículo 1, entre las cuales se encuentran las Administraciones de carácter territorial, como los Municipios.

Por ello, es necesario efectuar una referencia a los preceptos de esta Ley que presentan un especial interés a los efectos del presente trabajo.

1. CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Los contratos administrativos –art. 5– se clasifican en dos apartados:

- en el apartado a) se enumeran los contratos administrativos típicos, entre los cuales se comprenden aquellos cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos, y la realización de suministros, los de consultoría y asistencia o de servicios;
- en el apartado b) se comprenden los de objeto distinto a los anteriores, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico administrativo específico de la Administración contratante, por satisfacer directa e inmediatamente una necesidad pública de la específica competencia de aquella o por declararlo así una ley.

Por otro lado y en conexión con este precepto, el artículo 6 regula los «contratos mixtos» en los siguientes términos:

«6. Contratos mixtos.

Cuando un contrato administrativo contenga prestaciones correspondientes a otro u otros administrativos de distinta clase se atenderá, para su calificación y aplicación de las normas que lo regulen, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico».

2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

El régimen jurídico de los contratos administrativos se encuentra regulado en el artículo 7 de la Ley que dice así:

7. Régimen jurídico de los contratos administrativos.

1. Los contratos administrativos se registrarán en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de Derecho administrativo y, en su defecto, las normas de Derecho privado. *No obstante, los contratos administrativos especiales, que se definen en el artículo 5.2, letra b), se registrarán por sus propias normas con carácter preferente.*

2. El orden jurisdiccional contencioso-administrativo será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en los contratos administrativos.»

3. LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ESPECIALES

Los contratos administrativos especiales se regulan en el artículo 8 de la LCAP, que dice así:

«8. Contratos administrativos especiales.

1. Los contratos administrativos especiales se adjudicarán de conformidad con lo dispuesto en el Libro I de esta Ley, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 7.1.

2. En el pliego de cláusulas administrativas particulares se hará constar:

a) Su carácter de contratos administrativos especiales.

b) Las garantías provisionales y definitivas.

c) Las prerrogativas de la Administración a que se refiere el artículo 59.1.

d) El alcance de las prórrogas, sin que puedan producirse las mismas por mutuo consentimiento tácito.

e) Las causas específicas de resolución que se establezcan expresamente.

f) La competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de las cuestiones que puedan suscitarse en relación con los mismos».

3. Serán causa de resolución, además de las establecidas en el artículo 111, las siguientes:

a) La suspensión, por causa imputable a la Administración, de la iniciación del contrato por plazo superior a seis meses a partir de la fecha señalada en el mismo para su comienzo, salvo que en el pliego se señale otro menor.

b) El desistimiento o la suspensión del contrato por plazo superior a un año acordada por la Administración, salvo que en el pliego se señale otro menor.

c) Las modificaciones del contrato, aunque fueran sucesivas, que impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del contrato en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por 100 del precio primitivo del contrato, Impuesto sobre el Valor Añadido excluido, o representen una alteración sustancial del mismo».

4. CARÁCTER DE OBRA PÚBLICA DE LAS OBRAS DE URBANIZACIÓN

Debe hacerse notar también que, de conformidad con la propia Ley, las obras relativas a actuaciones urbanísticas tienen la condición de obras públicas.

Así resulta del artículo 130 que regula el «contrato de concesión de obras públicas», en cuyo objeto incluye las contenidas en el 120, que enumera, entre otras, las «actuaciones urbanísticas».

5. LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA

Y finalmente, en orden a la concesión de obra pública –regulada en los artículos 130 a 134– debe indicarse que el artículo 130.1 establece que,

«Se considera como contrato de concesión de obras públicas aquél en el que, siendo su objeto alguno de los comprendidos en el artículo 120, la contraprestación a favor del adjudicatario consiste en el derecho a explotar la obra o en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.»

V. INTERPRETACIÓN DE LA DIRECTIVA COMUNITARIA 93/37/CEE, POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS.

Como antes se ha indicado, la LCAP ha de interpretarse de conformidad con las Directivas Comunitarias en cuanto viene a trasponerlas, y en particular, por lo que aquí interesa, con la Directiva 93/37 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Precisamente en relación con esta Directiva se ha producido la reciente Sentencia del mencionado Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de julio de 2001, dictada al resolver una cuestión prejudicial sobre interpretación de dicha Directiva, promovida por el Tribunal Administrativo Regional de Lombardía, en un litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre la «Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi», «Piero De Amicis», «Consiglio Nazionale degli Architetti», «Leopoldo Freyrie», «Comune di Milano», y en el que participaban Pirelli, SpA, Milano Centrale Servizi, SpA, y la Fondazione Teatro Alla Scala, anteriormente denominada Ente Autónomo Teatro alla Scala.

La enumeración de las partes e intervinientes pone de manifiesto la importancia de la cuestión planteada, cuyo relato excede de las posibilidades del presente trabajo, que afecta a dos acuerdos del Ayuntamiento de Milán 82/96 y 6/98; por el primero, el Ayuntamiento aprobó un programa de obras que incluía diversas operaciones, y, entre ellas, la construcción de un Teatro (conocido bajo el nombre de «Teatro alla Bicocca» y oficialmente denominado «Teatro degli Arcimboldi») destinado a albergar en un primer momento actividades del Teatro alla Scala durante el tiempo necesario para la ejecución de las obras de restauración y acondicionamiento; y por el segundo, se adoptó una decisión acerca de determinados extremos relativos al nuevo teatro.

Frente a estos dos acuerdos se interpusieron sendos recursos de anulación. La posición de los demandantes y los términos en que se plantean las *cuestiones prejudiciales* constan en los puntos 36 y 37 de la Sentencia, que dice así:

«36. En los dos recursos de anulación interpuestos ante este órgano jurisdiccional y acumulados en el litigio principal, los demandantes niegan la validez de los acuerdos impugnados tanto a la luz del Derecho italiano en materia de urbanismo y de contratos públicos como del Derecho comunitario. En lo relativo a este último aspecto, mantienen que el Teatro alla Bicocca presenta las características de una obra pública, de forma que el Ayuntamiento de Milán debería haber recurrido al procedimiento de licitación comunitario; pues bien, por el contrario, mediante los acuerdos impugnados, adjudicó el contrato directamente, lesionando los intereses colectivos de la Ordine degli Architetti y de los arquitectos demandantes.

37. En su resolución de remisión, el Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia hace constar, entre otras cosas, que el Ayuntamiento de Milán ha aplicado correctamente la legisla-

ción italiana, nacional y regional, en materia de urbanismo. No obstante, al tener dudas sobre si esta legislación debe dejar de aplicarse, en la medida en que permita la realización de una obra de urbanización cuyo valor excede del umbral fijado por la Directiva sin conceder previamente la posibilidad de que concurren todos los interesados, el órgano jurisdiccional nacional ha decidido suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguientes cuestiones prejudiciales:

1. ¿Son contrarias a la Directiva 93/37/CEE, a la luz de los principios de rigurosa concurrencia que el ordenamiento jurídico comunitario impone a los Estados miembros para todos los contratos públicos de obras de importe igual o superior a 5.000.000 (de euros), las disposiciones nacionales y regionales que permiten al constructor (titular de una licencia urbanística o de un plan de urbanización aprobado) la realización directa de obras de urbanización, con imputación total o parcial a cuenta de la contribución adeudada (artículo 11 de la Ley núm. 10/1977, artículos 28 y 31 de la Ley nº 1150, de 17 de agosto de 1942; artículos 8 y 12 de la Ley regional nº 60, de 5 de diciembre de 1977, de la Región de Lombardía)?
2. No obstante los principios de concurrencia que se acaban de mencionar, ¿pueden considerarse compatibles con el ordenamiento jurídico comunitario los acuerdos entre la Administración y los particulares (autorizados, con carácter general, por el artículo 11 de la Ley nº 241, de 7 de agosto de 1990) en materias caracterizadas por la elección por parte de la Administración de un interlocutor privado con el que suscriben convenios respecto a determinadas prestaciones, en caso de que estas últimas superen el umbral previsto por las Directivas en esta materia?».

El *Fallo de la Sentencia* dice así:

«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, se opone a una legislación nacional en materia de urbanismo que permite, apartándose de los procedimientos previstos por esta Directiva, la realización directa por el titular de una licencia urbanística o de un plan de urbanización aprobado de una obra de urbanización, con imputación de la totalidad o parte de la obra a cuenta de la contribución adeudada por la concesión de la licencia, cuando el valor de dicha obra sea igual o superior al umbral fijado por la Directiva.»

En relación con esta Sentencia, debe señalarse que aun cuando razona acerca de la compatibilidad del Derecho italiano con la Directiva, contiene también un razonamiento de carácter general, que es relevante a los efectos del presente trabajo, cuyos puntos esenciales son los siguientes:

1. El Ayuntamiento está incluido en la definición de entidad adjudicadora del art. 1, letra b) de la Directiva.

2. Las obras de urbanización constituyen obras de construcción o de ingeniería civil y, por tanto, están incluidas en las actividades contempladas en el anexo II de la Directiva, además de ser obras destinadas por sí mismas a constituir una función económica o técnica.

3. El Tribunal se hace cargo de la alegación formulada en el sentido de que no se cumple el requisito relativo a la existencia de un contrato porque la realización directa de las obras de urbanización está prevista, como regla general, por la legislación italiana nacional y regional en materia de urbanismo, cuyo objeto, finalidad y características, así como los intereses que pretende proteger, son diferentes de la normativa comunitaria en materia de contratos públicos. En estas alegaciones, el Ayuntamiento de Milan, Pirelli, MCS y la FTS subrayan, además, el hecho de que la autoridad local carece de facultad de elegir a quien se encargará de ejecutar las obras, ya que la Ley designa a esta persona por su condición de propietario de los terrenos objeto de la urbanización.

En relación con estas alegaciones la Sentencia afirma que tales circunstancias no excluyen el carácter contractual de la relación. Dice al respecto el punto 71 de la Sentencia:

«71. Es verdad que la administración municipal no tiene la posibilidad de elegir a su cocontratante, porque, según establece la Ley, esta persona debe ser necesariamente el propietario de los terrenos que se van a urbanizar. Sin embargo, dicha circunstancia no basta para excluir el carácter contractual de la relación que se establece entre la administración municipal y el urbanizador, puesto que el convenio de urbanización celebrado entre ambos determina las obras de urbanización que el encargado de ejecutarlas debe realizar en cada caso, así como los requisitos correspondientes, incluida la aprobación de los proyectos de dichas obras por el Ayuntamiento. Además, en virtud de los compromisos adquiridos por el urbanizador en dicho convenio, el Ayuntamiento dispondrá de un título jurídico que le garantizará la disponibilidad de las obras de que se trate, a los efectos de su afectación pública.»

4. El contrato tiene carácter oneroso, según la Sentencia, porque al aceptar la realización directa de las obras de urbanización la administración municipal renuncia al cobro de la cantidad adeudada en concepto de cargas de urbanización.

5. No se discute sobre el requisito relativo al carácter escrito del contrato.

6. La Sentencia contiene también una extensa consideración acerca del cumplimiento del requisito relativo a la condición de contratista. En relación con este punto, la Sentencia razona acerca de la alegación formulada en orden a que este requisito no se cumple porque el urbanizador no se identifica con ser empresario o por tratarse de una empresa constructora, sino simplemente tomando como base el título de propiedad de los terrenos que son objeto de urbanización. No se le exige que reúna los requisitos particulares relativos a la capacidad técnica, la capacidad patrimonial, etc., salvo la obligación de presentar las garantías suficientes al Ayuntamiento, habida cuenta de los compromisos adquiridos en virtud del convenio de urbanización.

Además, como reconoce la Sentencia, resulta que la tarea de elegir a los contratistas que se encargarán del proyecto y la realización de las obras corresponde únicamente al urbanizador (titular de la licencia urbanística), el cual realiza las obras en nombre propio y no por cuenta del Ayuntamiento, al que se compromete a cederlas una vez terminadas.

Pues bien, no obstante las alegaciones indicadas, la Sentencia considera que debe entenderse cumplido también el requisito relativo a la condición de contratista, sustancialmente por las razones que expresan los parágrafos 90 a 95 de la Sentencia, que responden a una interpretación finalista, ya anunciada en los parágrafos 52 y 75 de la propia Sentencia.

7. A partir de las consideraciones expuestas la Sentencia llega a una serie de conclusiones previas al Fallo, en orden a la existencia de un contrato público de obra, a la aplicación de la Directiva cuando el valor estimado de una obra de este tipo, excluido el IVA, es igual o superior al umbral fijado en su artículo 6, apartado 1, y a la obligación de la Administración municipal de respetar los procedimientos previstos por dicha Directiva cada vez que celebra un contrato público de obras de este tipo. En relación con este último punto, la Sentencia efectúa una precisión de gran importancia, como es la siguiente,

«100. Esto no significa que, para que se respete la Directiva en caso de realización de una obra de urbanización, la propia administración municipal deba necesariamente aplicar los procedimientos de contratación previstos por dicha *Directiva*. La

eficacia de esta última se garantiza igualmente si la legislación nacional permite que la administración municipal obligue al encargado de la urbanización titular de la licencia, mediante los acuerdos que celebra con él, a realizar las obras convenidas recurriendo a los procedimientos previstos por la Directiva, para cumplir las obligaciones que incumben a este respecto a la administración municipal en virtud de dicha Directiva. En efecto, en este caso, con arreglo a los acuerdos celebrados con el Ayuntamiento que lo exoneran de la contribución a las cargas de urbanización como contrapartida por la realización de una obra de urbanización pública, debe considerarse que el urbanizador ha recibido un mandato expreso del Ayuntamiento para la construcción de dicha obra. Esta posibilidad de aplicación de las reglas de publicidad de la Directiva por personas distintas de la entidad adjudicadora está, por otra parte, expresamente prevista en su artículo 3, apartado 4, en caso de concesión de obras públicas.»

8. Finalmente, conviene hacer notar que, como antes se ha indicado, la propia Sentencia refleja la conciencia de la singularidad del problema planteado y la necesidad de efectuar una interpretación finalista de la Directiva. Ésta, como indica el punto 52 de la Sentencia, pretende eliminar las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios en materia de contratos públicos de obras, con el fin de abrir tales mercado a una concurrencia de ofertas. El desarrollo de esta concurrencia de ofertas necesita, como lo precisa el décimo considerando de la Directiva, una publicidad comunitaria de los anuncios de contratos correspondientes.

La misma Sentencia se refiere a esta interpretación finalista en el parágrafo 75, que dice así:

«75. Procede añadir que esta interpretación se ajusta al objetivo primordial de la Directiva que, como se ha precisado en el apartado 52 de esta sentencia, es la apertura de los contratos públicos de obras a la concurrencia de ofertas. En efecto, la apertura a la concurrencia de ofertas comunitaria conforme a los procedimientos previstos por la Directiva garantiza la inexistencia de riesgo de favoritismo por parte de las autoridades públicas. Por consiguiente, el hecho de que las autoridades públicas no tengan la posibilidad de elegir a su cocontratante no puede, por sí solo, justificar que no se aplique la Directiva, porque dicha eventualidad llevaría a excluir de la concurrencia de ofertas comunitarias la realización de una obra a la que, en otro caso, se aplicaría la Directiva.»

VI. SISTEMAS DE EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO Y GESTIÓN DIRECTA E INDIRECTA

1. INTRODUCCIÓN

Para determinar en qué medida incide la LCAP, interpretada de conformidad con la Directiva y con la Sentencia expuesta, en materia urbanística, es necesario considerar con carácter previo los sistemas de actuación en la ejecución de los planes. Y ello porque, como veremos, la incidencia de que se trata es sustancialmente distinta en los sistemas de gestión directa y de gestión indirecta.

Sin embargo, esta clasificación, incorporada en 1956 por el Reglamento de Servicios de Entidades Locales, no se recoge en la legislación urbanística anterior a 1975, como se indica a continuación.

2. LA DISTINCIÓN ENTRE SISTEMAS DE ACTUACIÓN Y FORMAS DE GESTIÓN

Esta última distinción, que se pierde en la reforma de la Ley del Suelo de 1975, es importante desde la perspectiva del presente trabajo, que es la relativa a la relación entre las dos materias a que se refiere separadamente la Constitución: urbanismo (art. 148.1.3ª) y contratos (art. 149.1.18ª).

En efecto, en la legislación de ensanche y de reforma interior el urbanismo se lleva a cabo por medio de gestión pública, de tal forma que era de aplicación a la obra pública urbanizadora el contrato de obra y la concesión de obra. Sin embargo, en la Ley del Suelo de 1956, buscando fórmulas que permitieran la efectividad de los principios de afectación de las plusvalías al coste de la urbanización, que exigía a su vez la justa distribución de beneficios y cargas, con la consiguiente complejidad, distinguía entre sistemas de actuación en la ejecución de los planes (cooperación, expropiación total de terrenos, compensación y cesión de terrenos viales) y formas de gestión, que podría ser pública o privada.

En la gestión pública (art. 131.1) las obras de urbanización se ejecutarían por Corporaciones oficiales o concesionarios subrogados en el ejercicio de sus facultades. Y añadía el precepto que «esta forma será independiente del sistema de actuación que se aplicare y del sujeto, público o privado, al que correspondiera sufragar los gastos».

La propia Ley establecía en su artículo 137.1 que en la ejecución de planes parciales y proyectos de urbanización la gestión pública podría ser sustituida por la privada; y añadía el precepto en su nº 2 que bajo esta forma de gestión la ejecución de los Planes corresponderá a los propietarios que hubieren de sufragar todos o más de la mitad de los gastos de la urbanización o a las personas que se subrogaren en sus facultades.

A tal efecto (art. 139), el propietario o propietarios constituidos en Asociación, titulares del 60 por 100 de los terrenos que comprenda un proyecto de urbanización, tenían derecho, en los sistemas de cooperación y compensación, a *recabar del Ayuntamiento*, cuando haya de ejecutarse, *que declare la excepción licitatoria de las obras y se las adjudique directamente*.

Además (art. 138), el Estado y la entidades locales podían utilizar la forma de gestión privada para las obras que hubieren de realizar a sus expensas, mediante la constitución de sociedades anónimas, cuyas acciones les pertenezcan exclusivamente, o de empresas de economía mixta entre entidades públicas y los particulares. Y si las obras habían de sufragarse en parte por una Corporación pública y en parte por los propietarios podrían también constituirse empresas de economía mixta entre ellos o justamente con terceros.

3. LA DESAPARICIÓN DE LA DISTINCIÓN ENTRE SISTEMAS Y FORMAS DE GESTIÓN EN EL T.R. DE 1976

Con la Reforma de la Ley del Suelo de 2 de mayo de 1975, y el T.R. de 9 de abril de 1976, va a desaparecer la distinción gestión pública-gestión privada, que toma en consideración si las obras de urbanización se llevan a cabo en régimen de Derecho público o de Derecho privado.

El T.R. de 1976 afirma en su artículo 114 que la ejecución de los Planes de Ordenación corresponde al Estado, a las Entidades Locales y a las entidades urbanísticas especiales en sus respectivas esferas de actuación, sin perjuicio de la participación de los particulares en dicha ejecución en los términos establecidos en la Ley; y el artículo 4 establece que la gestión urbanística podrá encomendarse a órganos de carácter público, a la iniciativa privada y a entidades mixtas, y añade en su núm. 2 que la gestión pública suscitará, en la medida más amplia posible, la iniciativa privada y la sustituirá cuando ésta no alcanzare a cubrir los objetivos necesarios con las compensaciones que esta Ley establece.

Ahora bien, la Ley ya no regula la gestión pública-gestión privada en relación con los sistemas de actuación, que reduce a tres: el sistema de compensación, el de cooperación y el de expropiación; y simplifica la cuestión en los siguientes términos:

a. El sistema de compensación siempre será objeto de gestión indirecta, por los propietarios, que se encargarán de la reorganización de la propiedad que sea necesaria para llevar a cabo la justa distribución de beneficios y cargas, que cederán a la Administración el suelo —y, en su caso, aprovechamiento lucrativo— de cesión obligatoria y gratuita y que habrán de costear y ejecutar las obras de urbanización.

Ello no significa que las ejecuten directamente los propietarios, sino que podrán adjudicarlas a un tercero. Y debe señalarse que la Ley –art. 127.2– permite que se incorporen a la Junta de Compensación empresas urbanizadoras que hayan de participar con los propietarios en la gestión del polígono o unidad de actuación; precepto que desarrolló el artículo 176.4 del Reglamento de Gestión, el cual establece que si a la Junta de Compensación se hubiera incorporado alguna empresa urbanizadora que aporte total o parcialmente los fondos necesarios para urbanizar el suelo, la ejecución de la obra podía realizarse directamente por dicha empresa si las bases lo hubieren así previsto, en cuyo caso se garantizará el cumplimiento de una serie de circunstancias que habrán de constar en el contrato de obras; y, entre ellas, el compromiso de la empresa constructora de realizar las obras de total conformidad con los proyectos de urbanización debidamente aprobados y la obligación de la empresa de facilitar la acción inspectora de la Administración actuante.

b. El sistema de cooperación ha de ser objeto de gestión directa por la Administración; ya no cabe que los propietarios soliciten la excepción licitatoria de las obras y que se les adjudiquen directamente.

c. Y en el sistema de expropiación la Administración puede actuar tanto directa como indirectamente –por medio de un concesionario–.

4. LA GESTIÓN DIRECTA E INDIRECTA

Aun cuando la Ley del Suelo de 1976 no utiliza la distinción entre gestión directa o indirecta, esta clasificación es la más adecuada desde la perspectiva del presente trabajo, que trata de determinar la incidencia de la LCAP en materia urbanística; y es también la más adecuada para encuadrar las distintas formas de gestión establecidas en la propia Ley –arts. 114 y 115– y desarrolladas en el Reglamento de Gestión, en el que es perceptible una clara toma en consideración de las formas de gestión establecidas en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales para los servicios públicos.

Así, el Capítulo I del Título I del Reglamento de Gestión Urbanística regula los «sujetos y modalidades de gestión».

En orden a la gestión directa, el Reglamento prevé la posibilidad de llevarla a cabo con órgano especial de administración –como las gerencias de urbanismo–, la creación de un ente instrumental público –cuando se configura la Gerencia Urbanística como una entidad con personalidad y patrimonio propio–; y la personificación en forma societaria –Sociedades Anónimas–.

Y en cuanto a la gestión indirecta, el Reglamento incluye el sistema de compensación y la concesión en el sistema de expropiación.

Finalmente, debe recordarse que la Ley establece en su artículo 115 que el Estado y las Entidades locales podrán constituir no sólo Sociedades Anónimas sino también Empresas de Economía mixta, con arreglo a la legislación aplicable en cada caso, para la ejecución de los Planes de Ordenación.

5. LA LEGISLACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

La clasificación de los sistemas de actuación regulados en las leyes de las Comunidades Autónomas en formas de gestión directa e indirecta es de capital importancia para estudiar la incidencia de la legislación básica estatal en la gestión del planeamiento urbanístico.

En la legislación estatal ya hemos considerado cómo el sistema de cooperación corresponde a la gestión directa y el de compensación a la indirecta. Y asimismo cómo el sistema de expropiación es, en principio, un supuesto de gestión directa, salvo que se encomiende la gestión a un concesionario.

Ahora bien, como es sabido, la legislación estatal del suelo es de aplicación supletoria —en los términos de la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo— por lo que debe considerarse si las leyes de las Comunidades Autónomas en materia de urbanismo han establecido —como lo han hecho— nuevos sistemas, y en qué medida pueden encuadrarse en una u otra clasificación.

Por nuestra parte, y dado el carácter y alcance del presente trabajo, nos limitamos a partir de las consideraciones ya expuestas, que nos parecen suficientes, con carácter general, para estudiar la incidencia de la LCAP en la ejecución del planeamiento; si bien efectuaremos además una consideración específica del sistema de gestión por medio de Agente Urbanizador establecido por la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística de la Comunidad Valenciana —en la que se han inspirado las de otras Comunidades Autónomas—; sistema que la Ley califica como de gestión indirecta y que presenta perfiles originales que resulta pertinente considerar.

VII. INCIDENCIA DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN LA EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO EN LOS SUPUESTOS DE GESTIÓN DIRECTA

Pues bien, en los supuestos de gestión directa de la ejecución del planeamiento urbanístico, la incidencia de la legislación básica estatal en materia de contratos de las Administraciones Públicas no plantea problemas de relevancia jurídica.

Ello es así, porque en estos casos son disociables jurídicamente las distintas operaciones que comprende la ejecución de los planes de urbanismo. Pues, en efecto, la Administración puede disociar, por un lado, la distribución de beneficios y cargas por medio de la reparcelación, la consiguiente obtención de los terrenos de cesión obligatoria y gratuita, y el coste de las obras de urbanización a cargo de los propietarios; y, por otro, la obra de urbanización.

En consecuencia, el contrato de obra pública que celebre para llevar a cabo la obra de urbanización es un contrato típico, por lo que no existe inconveniente alguno para aplicar la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en cuanto ley básica.

Todavía son necesarias, sin embargo, algunas precisiones por razón del sujeto que puede llevar a cabo la gestión directa.

Cuando actúa la Administración territorial, con o sin órgano especial de Administración, no cabe duda de que el sujeto que actúa tiene la condición de Administración Pública desde la perspectiva de la LCAP.

Cuando la Administración territorial actúa a través de un ente público creado al efecto, nos encontramos con un supuesto de ente creado para satisfacer una función pública —como es la ejecución del planeamiento urbanístico—, y no una necesidad de carácter industrial o mercantil, por lo que tampoco cabe duda de que se trata de una Administración pública desde la perspectiva de la LCAP.

Cuando la Administración territorial actúa a través de una Sociedad Anónima constituida al efecto, en que todo el capital sea público, no existe ninguna incompatibilidad para aplicar los principios de publicidad y concurrencia establecidos en la Ley, por lo que han de ser observados, de conformidad con la D.A. sexta de la Ley.

Por lo demás, debe recordarse que el R.D. 1169/1978, de 2 de mayo, sobre creación de sociedades urbanísticas por el Estado, los organismos autónomos y las Corporaciones Locales, de acuerdo con el artículo 115 de la Ley del Suelo de 1976, establece en su artículo 3.5 —de aplicación supletoria— que la ejecución de obras se adjudicará por la Sociedad en régimen de libre concurrencia sin que, en ningún caso, pueda dicha Sociedad ejecutarlas directamente.

VIII. INCIDENCIA DE LA LCAP EN LOS SUPUESTOS DE GESTIÓN INDIRECTA

1. INTRODUCCIÓN

Para valorar la incidencia de la LCAP en la ejecución del planeamiento urbanístico en los supuestos de gestión indirecta, es necesario diferenciar distintos supuestos.

2. SISTEMA DE COMPENSACIÓN

La aplicación del sistema de compensación es un supuesto de gestión indirecta, de conformidad con las ideas antes expuestas.

A. *Características del sistema*

En efecto, de conformidad con el artículo 126.1 de la Ley del Suelo de 1976, en el sistema de compensación los propietarios aportarán los terrenos de cesión obligatoria, realizarán a su costa la urbanización en los términos y condiciones que se determinen en el Plan o Programa de Actuación Urbanística o en el acuerdo aprobatorio del sistema y se constituyen en Junta de Compensación, salvo que todos los terrenos pertenezcan a un solo titular.

No resulta posible, obviamente, exponer en este trabajo todas las características del sistema de compensación (que además habría que referir a cada Ley de la Comunidad Autónoma en materia de urbanismo que lo regule, al ser la Ley estatal del suelo de 1976 de aplicación supletoria), pero sí debe plantearse en qué medida es de aplicación a este sistema la LCAP y la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

A tal efecto, debe señalarse que el sistema de compensación no será normalmente el único aplicable, y que la Ley de cada Comunidad puede haberle otorgado o no carácter preferente, o puede haberlo excluido, por lo que las consideraciones que se efectúan van referidas a la regulación general de la Ley estatal del Suelo, de 9 de abril de 1976, de aplicación supletoria.

a. La Ley no establece con carácter general un derecho de los propietarios —y correlativo deber de la Administración— de realizar a su costa la urbanización, sino que indica que la Administración actuante elegirá el sistema de actuación según las necesidades, medios económico-financieros con que cuente, colaboración de la iniciativa privada y demás circunstancias que concurren, dando preferencia a los sistemas de compensación y de cooperación salvo cuando razonen de urgencia o necesidad exijan la expropiación.

No obstante, tal derecho sí aparece regulado en el núm. 3 del precepto en los supuestos en que el Plan de Ordenación o Programa de Actuación Urbanística no precisen el sistema, en cuyo caso su determinación se llevará a cabo con la delimitación del Polígono o unidad de ejecución; y en tal supuesto «si los propietarios que representan el 60 por 100 de la superficie total del polígono o unidad de actuación solici-tasen, en el trámite de información pública del procedimiento para su delimitación, la aplicación del sistema de compensación, la Adminis-

tración lo acordará previa audiencia de los demás propietarios del polígono o unidad de actuación.

b. En la aplicación del sistema de compensación los propietarios cumplen su obligación de efectuar las cesiones de terrenos (los de cesión obligatoria y gratuita) y sufragar los costes de urbanización, y llevan a cabo el justo reparto de beneficios y cargas entre los mismos.

c. Correlativamente, las facultades que la utilización del sistema atribuye a los propietarios son las propias de la ejecución de los planes de urbanismo; justa distribución de beneficios y cargas, cesiones obligatorias y gratuitas de terreno, costeamiento de la obra urbanizadora, ejecución de la misma y cesión gratuita a la Administración.

d. No se puede afirmar en sentido estricto que se produzca formalmente un contrato, aun cuando sí se producen actos que evidencian una voluntad concorde (el propio acuerdo de aplicar el sistema cuando se adopta a petición de los propietarios, la aprobación de las bases, la aprobación del Proyecto de urbanización, la recepción de la urbanización, entre otros).

e. Hechas estas precisiones, es necesario plantearse en qué medida es aplicable la LCAP, interpretada de conformidad con la Directiva 93/37, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras, cuyo sentido ha establecido la Sentencia del Tribunal de las Comunidades Europeas de 12 de julio de 2001, de conformidad con una interpretación claramente finalista, que por un lado admite las peculiaridades del Derecho urbanístico, y, por otro, pretende encuadrarlo en el ámbito de la Directiva para que se consiga la finalidad pretendida por la misma.

Para responder a esta cuestión es necesario distinguir los supuestos en los cuales las obras de urbanización que han de realizarse no alcanzan el umbral establecido en la Directiva de aquellos en que la cuantía es igual o superior a dicha cantidad. Y ello, porque el deber de interpretar la LCAP de conformidad con la Directiva Comunitaria sólo comprende estos últimos supuestos.

B. *Sobre la aplicación de la LCAP, en el supuesto de que el importe de las obras de urbanización sea inferior al umbral fijado por la Directiva 93/37*

En este supuesto hay que interpretar el sistema de compensación, tal y como ha sido regulado por el legislador, para determinar si las actuaciones que se producen pueden ser calificadas como un contrato administrativo.

Pues bien, si tomamos como referencia la regulación de la Ley estatal del suelo, pueden hacerse las siguientes consideraciones:

- se trata de un supuesto en que la Ley ha regulado un sistema de gestión por los propietarios;
- cuando la Administración decide aplicar este sistema, puede sostenerse que la gestión se produce en los términos y en el marco establecido por la Ley;
- en consecuencia, la atribución a los propietarios de la gestión del planeamiento –controlada por la Administración– no se configura por el legislador como un contrato, sino más bien como la aplicación de un marco legal por medio de actos administrativos; como luego se indica, al tratar de la perspectiva del Derecho comunitario, podría calificarse como un convenio de colaboración, de los excluidos de la LCAP por su artículo 3.1.d), si se considera que, dadas sus características, el objeto –de carácter complejo– no se encuentra comprendido en los contratos regulados por la Ley;
- en este caso, como indica el artículo 3.2 de la LCAP, estos convenios se regulan por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para solucionar las dudas y lagunas que pudieran plantearse;
- de esta forma, aunque pueda afirmarse que los propietarios son concesionarios de la gestión del plan, e incluso, dentro de este objeto, de la concesión de la obra pública urbanizadora, no se trata de una concesión que encaje en el concepto de la LCAP; y ello porque los propietarios no van a explotar la obra pública urbanizadora, sino que han de cederla a la Administración; y sólo indirectamente podría sostenerse que reciben un precio, en la medida en que al realizar la obra cumplen la obligación legal de costearla y se liberan de entregar su coste a la Administración;
- en definitiva, los propietarios tampoco pueden calificarse –en estrictos términos jurídicos– como titulares de una concesión de obra pública de las reguladas en la LCAP.

Por tanto, en conclusión, parece que puede concluirse que en este caso, es decir, en el supuesto de aplicación del sistema de compensación, no se produce un contrato entre la Administración y los propietarios, y que los propietarios tampoco son concesionarios de obras públicas, de los incluidos en la LCAP.

Este razonamiento da lugar a que los propietarios –constituidos en Junta de Compensación salvo el caso de propietario único– puedan contratar las obras públicas de urbanización sin seguir los procedimientos establecidos en la LCAP, aun cuando sí deberían seguirse sus principios para resolver las dudas y lagunas que puedan plantearse; y, en ese sentido, puede sostenerse que en estos contratos se observen algunos de los requisitos exigidos para la subcontratación por el artículo

115 —en conexión con el 131 de la LCAP—: puesta en conocimiento por escrito a la Administración del contrato a celebrar con indicación del objeto, y observancia de los requisitos personales que ha de reunir la persona con la que se contrate (art. 115.4 de la LCAP).

Se trata de una solución que respeta el sistema constitucional de distribución de competencias, dado que el urbanismo es competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, y que la LCAP no se ha preocupado especialmente de su incidencia en la materia urbanística, por lo que cobra especial relevancia la interpretación jurídica.

Ello no significa que este problema no se pueda y, aun más, se deba plantear en la modificación de la LCAP, que el Estado tiene en preparación al amparo de un título competencial específico, que es el de su competencia exclusiva para establecer las bases de las concesiones administrativas (art. 149.1. 18ª de la Constitución).

C. *Sobre la aplicación de la LCAP en el supuesto de que el importe de las obras de urbanización no sea inferior al umbral fijado por la Directiva 93/37*

Cuando el importe de las obras no sea inferior al umbral fijado por la Directiva 93/37, el problema jurídico que se plantea es diferente.

En efecto, en este caso es claro que la LCAP sí ha traspuesto la Directiva Comunitaria para obtener el resultado pretendido por la misma.

De ahí que en este supuesto sea necesario interpretar la LCAP de conformidad con la Directiva Comunitaria, tal y como, a su vez, ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su mencionada Sentencia de 12 de julio de 2001.

Debe hacerse notar además que la propia LCAP, como veremos, incluye preceptos específicos aplicables a estos contratos.

Pues bien, *a partir de estas consideraciones parece que la solución podría seguir las siguientes pautas:*

a. Las peculiaridades propias del Derecho urbanístico han sido ya tomadas en consideración por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la tan repetida Sentencia de 12 de julio de 2001, de tal forma que no se ha planteado que tales peculiaridades, que incluyen la adjudicación directa de la urbanización a los propietarios, sea contraria al Derecho comunitario. Sin perjuicio de ello, la Sentencia ha procurado evitar que, en definitiva, la adjudicación de un contrato de obra pudiera llevarse a cabo sin observar los principios de publicidad y concurrencia.

b. Desde la perspectiva del Derecho comunitario, el conjunto de actuaciones que evidencian una voluntad concorde pudiera calificarse como un convenio de colaboración excluido de la LCAP, de acuerdo

con su artículo 3.1.d). La existencia de este convenio posibilita la aplicación de la interpretación en la Directiva, efectuada por la tan repetida Sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001.

c. Dado que en este caso se trata de una adjudicación directa, sin publicidad y concurrencia alguna, la obligación de observar estos principios se traslada al contrato de obras que, para la realización de la obra pública de urbanización, realicen los propietarios.

d. La aplicación por los propietarios de los principios de publicidad y concurrencia, como si fueran un poder adjudicador, es la solución establecida por el Tribunal de las Comunidades Europeas, de acuerdo con una interpretación finalista, para evitar que, en definitiva, la adjudicación de un contrato de obra pública quede excluido de los principios de publicidad y concurrencia normalmente exigibles, cuando los propietarios adjudicatarios van a contratar la realización de la obra, siempre que por su cuantía económica hayan de incluirse en el umbral cuantitativo fijado por la Directiva.

e. Esta interpretación integradora puede aplicarse en nuestro Derecho sin graves dificultades cuando se constituya Junta de Compensación, dado que puede entenderse de aplicación lo dispuesto en su artículo 2, punto 1, de la LCAP, de acuerdo con el siguiente razonamiento:

- las Juntas de Compensación que se constituyan para la gestión del sistema cuando los terrenos afectos pertenezcan a más de un propietario, son entidades de Derecho público que no tienen la consideración de Administración Pública, a los efectos de la LCAP;
- como tales entidades de Derecho público quedan sujetas a las prescripciones de la LCAP relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, respecto de los contratos de obras en los que concurren los dos siguientes requisitos: en primer lugar, que se trate de contratos de obras que superen una determinada cuantía (el umbral de la Directiva); y en segundo término, que la principal fuente de financiación de los contratos proceda de transferencias o aportaciones de capital provenientes directa o indirectamente de las Administraciones Públicas;
- pues bien, resulta claro que las obras que por su cuantía superaran el umbral fijado en la Directiva cumplirían el primer requisito; y en cuanto al segundo, debe señalarse que los propietarios tienen una obligación de Derecho público de costear las obras de urbanización, obligación de la que se liberan mediante la realización y entrega de la obra; es decir, que el efecto es equivalente a si los propietarios entregaran a la Administración el importe de la obra y ésta fuera satisfecha por la Administración;

- la aplicación de estos criterios de publicidad y concurrencia, propios de los contratos de obras públicas, sí excluye la posibilidad de que la Junta de Compensación pueda adjudicar directamente las obras a una empresa urbanizadora con la que haya llegado a un acuerdo en el que no se hayan observado las reglas de publicidad y concurrencia.

f. Este mismo razonamiento podría aplicarse si bien con fundamento en el artículo 2.2 de la Ley, en el supuesto en que no se constituyera Junta de Compensación, por tratarse de propietario único, y en relación con los contratos que celebrara con terceros, dado que –como indica la propia Sentencia del Tribunal de las Comunidades Europeas– las obras de urbanización se encuentran comprendidas entre las relacionadas en el Anexo de la Directiva, por lo que puede sostenerse fundadamente que concurrirían los requisitos previstos en el artículo 2.2 de la LCAP siempre que la cuantía de las obras sea igual o supere el umbral fijado en la Directiva, para los contratos de obras. Pues en efecto:

- los contratos de obras de urbanización se encuentran incluidos entre los que relaciona el precepto;
- y puede sostenerse que el importe de tales obras debe satisfacerse por el propietario en cumplimiento de una obligación legal, obligación de la que se libera mediante la realización y entrega de la obra de urbanización; es decir, que el efecto es también equivalente, en este caso, a si los propietarios entregaran a la Administración el importe de la obra urbanizadora y ésta fuera satisfecha por la Administración.

g. Queda por examinar el supuesto en que la titularidad del ámbito de actuación corresponda a un propietario único –y por tanto no se constituya Junta de Compensación– que pueda realizar las obras por sí mismo. En este caso puede plantearse la cuestión de si el propietario está obligado a realizar un contrato de obras por imperativo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y de la Directiva Comunitaria que viene a trasponer, o si podría admitirse que el propietario único –y simultáneamente empresa constructora o urbanizadora– llevara a cabo las obras por sí misma.

Se trata de un supuesto que debe ser objeto de consideración. El propietario único en este caso es adjudicatario de una función de gestión del Plan; y en el ejercicio de esta función se encuentra obligado a costear la obra urbanizadora y a entregarla –una vez realizada– a la Administración.

No puede decirse que el propietario tenga la condición de contratista de obras –no se le ha adjudicado el contrato ni se ha seguido el pro-

cedimiento establecido al efecto— ni tampoco el de concesionario de obras, de los definidos en la LCAP.

Ahora bien, en la medida en que tiene una obligación de costear la obra, de gestionar su realización, y de entregarla a la Administración, podría quizá admitirse que pueda llevar a cabo el cumplimiento de su obligación en la forma que le resulte más favorable. Y si el propietario único es una empresa urbanizadora, que cumple las condiciones necesarias, no se observa que la ejecución de las obras por la propia empresa, sin acudir a la vía contractual, deba ser desechada. En definitiva, se trataría de un supuesto en el que al no celebrarse un contrato no sería de aplicación lo dispuesto para el caso en el que hubieren de celebrarse. Esta solución parece razonable pero en el momento actual carecemos de un criterio jurisprudencial del TJCE que proporcione un grado suficiente de seguridad.

En fin, si se admitiera esta solución, podría también considerarse el supuesto de que el propietario único fuera a realizar un contrato con una empresa vinculada, que no tuviera la condición de tercero, tal y como los define el artículo 134 de la LCPA. En cuyo caso, podría ser de aplicación, por analogía, la misma solución del párrafo anterior; si bien, el propietario único debería haber hecho constar esta circunstancia a la Administración, tal y como establece el indicado precepto.

3. SISTEMA DE EXPROPIACIÓN Y CONCESIÓN

Cuando se aplica el sistema de expropiación y se pretende utilizar la figura del concesionario, tampoco se producen especiales dificultades jurídicas para aplicar la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al propio contrato de concesión.

En efecto, en este caso se expropia la totalidad del ámbito de actuación, de tal forma que la Administración puede adquirir los terrenos que habrían de ser objeto de cesión obligatoria por parte de los propietarios. El concesionario está obligado a pagar el importe de las expropiaciones y a la realización de la obra urbanizadora, quedándose a cambio con la propiedad de los solares resultantes (en términos generales, y siempre de acuerdo con el clausulado de la concesión), de tal forma que la plusvalía que supone la urbanización le permite financiar el coste de expropiación y de la obra pública, y obtener un beneficio industrial.

Nos encontramos ante un supuesto peculiar de concesión, que no encaja formalmente en el concepto legal (art. 130 de la LCAP); ya que la contraprestación del concesionario no consiste en el derecho a explotar la obra, o en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

No obstante, el supuesto que ahora se considera puede reconducirse, en sentido sustantivo, al de la Ley. En efecto, si se considera que en el sistema de expropiación (tal y como fue configurado por la legislación de refor-

ma interior por la Ley de Expropiación Forzosa de 1879) el objeto de la obra pública no es solamente la realización de la obra pública, sino también la regulación de las parcelas de forma que todas las resultantes sean edificables, no deja de ser cierto que el concesionario recibe una contraprestación que puede reconducirse, aunque con esfuerzo, al derecho a explotar la obra, que es el derecho de propiedad de los terrenos de aprovechamiento lucrativo, los cuales puede explotar —o enajenar— en la forma que estime conveniente.

En todo caso, no cabe duda de que el objeto sustancial del contrato es la realización de una obra pública, por lo que tampoco puede ofrecer dudas la procedencia de aplicar los principios de publicidad y concurrencia, de acuerdo con la LCAP, interpretada de conformidad con la Directiva Comunitaria.

Por otro lado, y en relación a los contratos que celebre el concesionario con terceros, entiendo que serán de aplicación las normas de publicidad establecidas por la Ley de Contratos (arts. 133 y 134) para las concesiones de obras públicas, en orden a la aplicación de determinadas normas de publicidad —anuncio en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas— en función de que la cuantía supere el umbral fijado en la Directiva y salvo que se trate de contratos con empresas vinculadas.

4. SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA

Los supuestos de sociedad de economía mixta en la que la Administración participa en el capital social en una determinada proporción —sea o no mayoritaria— han de calificarse como un caso de gestión indirecta, de conformidad con los artículos 154.2 y 156.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y 104 del T.R. de las Disposiciones legales vigentes en materia de régimen local.

En relación con esta gestión indirecta, pueden contemplarse en este momento dos hipótesis:

- la utilización de este tipo de sociedad en el sistema de expropiación, en cuyo caso la adjudicación sólo podrá llevarse a cabo utilizando los principios de publicidad y concurrencia en la misma forma indicada el tratar de la concesión; si bien con la variante de que esta publicidad y concurrencia puede efectuarse, simultáneamente, para la selección del socio por parte de la Administración, y para atribuirle la concesión a la sociedad que se constituya;
- puede plantearse también el supuesto en que la Sociedad se cree con los propietarios. En este caso, la función que se atribuye a estas Sociedades será más compleja, al igual que sucede en el sistema de compensación; de tal forma que puede ser admisible la adjudicación directa, pero en los contratos que celebre la socie-

dad con terceros para la ejecución de las obras, habrá de observar los principios de publicidad y concurrencia tal y como, por lo demás, ya imponía el artículo 3.5 del R.D. 1116/1978, de 2 de mayo.

IX. GESTIÓN INDIRECTA POR MEDIO DE AGENTE URBANIZADOR

1. INTRODUCCIÓN

En el presente epígrafe vamos a considerar el sistema de gestión indirecta por Agente Urbanizador introducido en la legislación española por la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística de la Comunidad Valenciana, de 15 de noviembre de 1994, cuyo modelo ha sido adoptado también, con variantes, por la legislación de otras Comunidades Autónomas.

Tengo que dar por supuesto el conocimiento de las características de este sistema, que la propia Ley define como de gestión indirecta de la función pública en que consiste la ejecución del planeamiento urbanístico.

En definitiva, se pretende agilizar la gestión del planeamiento teniendo en cuenta, de una parte, las dificultades de gestión por la propia Administración, dada la complejidad de la reparcelación, que es necesaria para llevar a cabo la justa distribución de beneficios y cargas y consiguiente obtención gratuita de terrenos de cesión obligatoria y del coste de la obra de urbanización y, en definitiva, para realizar tal obra; y de otra, ante la dificultad de que los propietarios gestionen la ejecución por el sistema de compensación, lo que exige que lleven a cabo por sí mismos la distribución de beneficios y cargas, y las obras de urbanización y efectúen las cesiones correspondientes.

Al configurarse como un sistema de gestión indirecta, el problema que plantea, entre otros, el de si los propietarios deben tener un derecho preferente en el caso de que se trate de titulares «activos» dispuestos a llevar a cabo las actuaciones correspondientes.

En todo caso, y desde la perspectiva de la incidencia de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en la regulación urbanística, que es lo que ahora interesa, conviene distinguir entre dos aspectos esenciales: el procedimiento de selección del Agente Urbanizador y el posterior contrato de obras que, en su caso, puede realizar el Agente Urbanizador con un tercero.

A tal efecto, y con carácter previo, debe hacerse constar que el artículo 29 de la Ley, relativo a «los Programas para el desarrollo de Actuaciones Integrales. Objeto y determinación», establece:

- en su nº 1, que la urbanización y la posterior, o simultánea, edificación del suelo urbanizable requiere la previa concurrencia de

- dos requisitos: la aprobación de una ordenación pormenorizada; y la programación para ejecutar una ordenación pormenorizada;
- en su nº 2 define el objeto de los Programas: identificar el ámbito de una actuación integrada con expresión de las obras que se han de acometer; programar los plazos para su ejecución; establecer las bases técnicas y económicas para gestionar la actuación; regular los compromisos y obligaciones que asume el Urbanizador designado al aprobar el Programa, definiendo, conforme a esta Ley, sus relaciones con la Administración y con los propietarios afectados; y fijar las garantías del cumplimiento y las sanciones por incumplimiento de dichas obligaciones;
 - el nº 3 se refiere al ámbito del Programa que abarcará una o varias Unidades de Ejecución completas;
 - el nº 4 indica que el Programa describirá las obras de urbanización a realizar y, en su caso, las de edificación, relacionándolas con los compromisos del Urbanizador, y expresa al menos los extremos que indica (los más relevantes en relación con las obras);
 - el nº 5 se refiere a los plazos para la realización de la urbanización;
 - el nº 6 define la figura del URBANIZADOR en los siguientes términos:

«6. EL URBANIZADOR. Es el *agente público* responsable de ejecutar la Actuación. En ejercicio directo de sus competencias, esa responsabilidad puede ser asumida por la propia Administración o, mediante *gestión indirecta*, adjudicarse a un particular –sea o no propietario de terreno– *seleccionado como urbanizador en pública competencia* al aprobar el Programa y según convenio estipulado en este. El Programa ha de fijar la forma de gestión –directa o indirecta– de la Actuación Integrada»;

- el nº 7 se refiere a la RESPONSABILIDAD DEL URBANIZADOR en los siguientes términos:

«7. RESPONSABILIDAD DEL URBANIZADOR. El coste de las inversiones, instalaciones, obras y compensaciones necesarias para ejecutar el Programa, será garantizado en forma y proporción suficientes y financiado por el Urbanizador responsable de la Actuación, quien podrá repercutirlo en la propiedad de los solares resultantes. Si el Proyecto de Urbanización no es aprobado simultáneamente junto al Programa, le corresponde al Urbanizador redactarlo. El Programa precisará y regulará los compromisos, sustantivos y temporales, que asume expresamente el Urbanizador con su aprobación. La Administración puede comprometer, al aprobarse un Programa, el gasto público

necesario para financiar determinadas infraestructuras de apoyo a la Actuación que considere de interés general prioritario»;

- el nº 8 trata de las garantías para un importe mínimo del 7 por cien del coste de urbanización previsto;
- el nº 9 se refiere a las relaciones con los propietarios, de acuerdo con las siguientes bases:

«9. RELACIONES CON LOS PROPIETARIOS. El Programa regulará las relaciones entre el Urbanizador y los propietarios afectados desarrollando las siguientes bases:

- A) El Urbanizador de una Actuación Integrada debe soportar los costes de la urbanización en la medida en que le sean compensados retribuyéndole en terrenos edificables. Los costes no compensadores así, le serán resarcidos en metálico por los propietarios de terrenos edificables resultantes de la Actuación.
 - B) Los propietarios afectados por una Actuación Integrada pueden cooperar con ella aportando su primitivo terreno sin urbanizar y recibiendo, a cambio, parcelas edificables urbanizadas. Dicha cooperación admite dos modalidades, a saber, que el propietario:
 - 1º) Contribuya proporcionadamente a las cargas de la urbanización cediendo terrenos. En este caso le corresponde recibir, libre de cargas, menor solar que en el regulado en el ordinal siguiente, constituyendo la diferencia la retribución del Urbanizador.
 - 2º) Abone –en metálico y como retribución en favor del Urbanizador– su cuota parte de las cargas de la urbanización, garantizando esta deuda.
 - C) Los propietarios que expresamente declinen cooperar, por entender inconveniente o imprudente el desarrollo urbanístico de sus terrenos, pueden renunciar a ello si piden –mediante solicitud presentada en documento público antes del acuerdo aprobatorio del Programa– la expropiación y pago según su valor inicial o el que corresponda conforme a la legislación estatal a la condición de suelo urbanizable no programado. Dicho acuerdo aprobatorio determinará la incoación del expediente de determinación del justiprecio para la finca correspondiente»;
- el nº 10 trata de las relaciones entre el adjudicatario particular y la Administración. En este apartado se establece que la Administración ejercerá sus potestades públicas (como la expropiación o la reparcelación forzosa) cuando resulte necesario para desarrollar la Actuación; el urbanizador puede proponerlo, redactando los proyectos técnicos y financiando los proyectos que ello conlleve.

En otros párrafos de este mismo apartado se hace referencia a la posición contractual del Agente Urbanizador, en determinados aspectos.

2. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

Finalmente, y además de otros apartados menos relevantes a los efectos del presente trabajo, el núm. 13 del precepto contiene una regulación importante a los efectos de determinar el régimen jurídico aplicable, al decir:

«13. OTRAS INCIDENCIAS. Las relaciones derivadas de la adjudicación del Programa se registrarán por las normas rectoras de la contratación administrativa en lo que éstas no contradigan lo dispuesto por esta Ley ni sean incompatibles con los principios de la misma en los términos que reglamentariamente sean desarrollados (...).»

En relación con este precepto debe señalarse:

- en primer lugar, que no cabe duda, de acuerdo con la propia Ley, de que la relación jurídica que se establece entre la Administración y el Agente Urbanizador es de carácter contractual;
- en segundo término, y de conformidad con las consideraciones antes expuestas, que a estos contratos es de aplicación la LCAP, en cuanto a sus preceptos básicos, los cuales han de ser respetados por las Leyes de las Comunidades Autónomas;
- que, como consecuencia de lo anterior, el precepto transcrito ha de ser interpretado, de conformidad con la Constitución, en el sentido de que se refiere a las normas rectoras de la contratación administrativa que no sean de carácter básico; esta interpretación integradora, para salvar la constitucionalidad del precepto, se encuentra expresamente prevista por el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

3. EL CONTRATO CON EL AGENTE URBANIZADOR COMO CONTRATO ADMINISTRATIVO ESPECIAL

Las peculiaridades propias del Derecho urbanístico han sido ya tomadas en consideración por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la tan repetida Sentencia de 12 de julio de 2001, de tal forma que no se ha planteado que tales peculiaridades, que incluyen la adjudicación directa de la urbanización a los propietarios, sean contrarias al Derecho comunitario. Sin perjuicio de ello, la Sentencia ha procurado evitar que, en definitiva, la adjudicación de un contrato de obra pudiera llevarse a cabo sin

observar los principios de publicidad y concurrencia en la medida en que los propietarios efectúen un contrato de obra.

En conexión con lo anterior, debe señalarse que la función que se atribuye al Urbanizador seleccionado en pública concurrencia es la gestión del Programa de Actuación integrada; es decir, un conjunto de actuaciones, que incluyen también la realización de la obra de urbanización.

Todo ello permite afirmar que, considerando el objeto del contrato administrativo como un conjunto, se trata de un contrato administrativo especial, vinculado al giro o tráfico específico de la Administración contratante—como es la gestión urbanística— y que satisface de forma directa e inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella.

Debe hacerse notar, además, que esta calificación del contrato como especial sería también de aplicación si, teniendo en cuenta el artículo 5 de la LCAP, se considera la importancia económica de las prestaciones; y ello, porque la obtención de las aportaciones de los propietarios en suelo más el coste de las obras de urbanización es superior al propio coste de las obras de urbanización.

4. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ESPECIALES

El régimen jurídico aplicable a los contratos administrativos especiales es el establecido en el artículo 8 de la LCAP, antes transcrito (en el punto III.3), el cual establece en su número 1, en conexión con el artículo 7.1 de la propia Ley, que los contratos administrativos especiales se regirán por sus propias normas con carácter preferente, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción; ello salvo en los aspectos que regulan los n^{os} 2 y 3 del artículo 8, que establecen, respectivamente, las menciones que han de constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y las causas de resolución aplicables, además de las establecidas en el artículo 111 de la Ley (que no contiene una enumeración cerrada).

De conformidad con estos preceptos, resulta que para la adjudicación de estos contratos son de aplicación sus propias normas con carácter preferente, lo que significa, aplicado al objeto de nuestro estudio, que las normas de la Ley de la Comunidad Valenciana relativas a la selección del Agente Urbanizador son de aplicación preferente, si bien con la obligación de hacer constar todos los datos que establece el artículo 8.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones; siendo de aplicación supletoria lo dispuesto en el Libro I de la LCAP que contiene todas las normas aplicables relativas a la preparación, adjudicación, efectos y extinción de los contratos administrativos.

Por tanto, la aplicación de lo dispuesto en la Ley de la Comunidad Valenciana en orden al Agente Urbanizador no debería plantear pro-

blema alguno insuperable desde la perspectiva de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Esta Ley, en lo que se regula en el Libro I, será de aplicación supletoria salvo en lo establecido por el artículo 8.2 y 3, antes transcrito, porque así lo establece un precepto básico. Y es precisamente este precepto básico el que determina el régimen jurídico aplicable, que respeta la regulación especial que ha de completarse con la observancia de lo dispuesto en el artículo 8.2 y 3 antes transcrito (punto III.3 de este trabajo).

Estas consideraciones de carácter general nos permiten ya entrar en un examen más detenido de los problemas concretos que pueden plantearse.

5. EL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN DEL AGENTE URBANIZADOR

El procedimiento de tramitación de Programas para el Desarrollo de Actuaciones Integradas y selección del Agente Urbanizador se encuentra regulado en la LRAU de la Comunidad Valenciana (arts. 44 y sigs.).

Para entender adecuadamente este procedimiento conviene precisar que la Ley de la Comunidad Valenciana establece, por una parte, el carácter de función pública de urbanismo y la posibilidad de gestión directa e indirecta; y por otra, en relación con la gestión indirecta, regula que la iniciación del procedimiento se produzca a iniciativa particular, que ponga de relieve al Ayuntamiento la procedencia de tramitar la alternativa técnica de Programa, presentada por el solicitante, acompañada en su caso de una propuesta de planeamiento o/y de Proyecto de Urbanización.

El Pleno puede desestimar razonadamente la petición o establecer unas bases orientativas para la selección de urbanizador y someterla a información pública junto con las observaciones o alternativas que, en su caso estime convenientes.

La ley regula la competencia entre quienes pretendan la adjudicación, y a tal efecto establece la posibilidad de presentar tanto alegaciones como alternativas técnicas a la expuesta al público; y, asimismo, tras la conclusión de esta fase, quienes –siendo o no propietarios del terreno– deseen competir para ser seleccionados como adjudicatarios del correspondiente Programa, podrán presentar proposiciones jurídico económicas.

La información pública se anuncia mediante edicto publicado en un diario de información general editado en la Comunidad Valenciana y –posterior o simultáneamente– en el Diario Oficial de la Generalitat.

Una vez efectuada esta tramitación, el artículo 47 de la Ley regula la aprobación y adjudicación, estableciendo los criterios en los que habrá de fundarse toda decisión pública sobre programación, tanto la re-

lativa a la modalidad de gestión –directa o indirecta– como a la elección del Urbanizador y a la oportunidad misma de la Programación.

Conviene hacer notar, además, que *la propia Ley regula un régimen de adjudicación preferente y una posibilidad de subrogación* en la posición del adjudicatario:

- el régimen de adjudicación preferente se encuentra establecido en el artículo 50.1 de la Ley, a favor de quien lo solicite, haya presentado una alternativa técnica de Programa propia y original y se ofrezca a ejecutarla por plazo inferior a tres años, y cuente con la colaboración de los propietarios afectados en los términos del propio artículo 50 n° 2 (con dos variantes, contenidas en las letras A y B del propio n° 2);
- y la posibilidad de subrogación la establece el artículo 47.5, de la Ley, cuyos párrafos segundo y tercero establecen que quien formule la alternativa técnica original que sirva de base para la aprobación del Programa, puede subrogarse en el lugar y puesto del adjudicatario particular elegido, asumiendo y garantizando los mismos compromisos, garantías y obligaciones impuestos a éste; el régimen de subrogación, sin embargo, no será de aplicación cuando el primer adjudicatario haya sido seleccionado atendiendo a las mayores posibilidades de colaboración de los propietarios afectados que hubiera ofrecido y garantizado.

Esta sucinta exposición del procedimiento de selección evidencia que es un procedimiento especial, diferente del establecido con carácter general en el Libro I de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para la adjudicación de contratos.

Este procedimiento especial, a nuestro juicio, corresponde a un contrato especial, y por ello es de aplicación preferente de conformidad con la propia LCAP.

En conclusión, puede afirmarse que el procedimiento especial se ajusta a la Ley básica estatal de contratos de las Administraciones Públicas, porque la propia Ley básica estatal establece que las normas reguladoras de estos contratos son de aplicación preferente. Ello sin perjuicio de la observancia de lo dispuesto en el artículo 8.2 y 3; el núm. 2 establece la necesidad de que exista un pliego de cláusulas administrativas particulares en el que han de constar determinados extremos; y el n° 3 se refiere a las causas de resolución que, además de las que resultan de la regulación general contenida en el artículo 111 de la LCAP, han de ser las establecidas en el artículo 8.3 de la propia Ley.

En definitiva, entiendo que es posible aplicar el procedimiento dispuesto en la Ley de la Comunidad Valenciana, cumpliendo a la

vez lo dispuesto en el artículo 8 de la LCAP, n^{os} 2 y 3, antes transcritos. A tal efecto:

a. Deberá elaborarse para cada contrato un pliego de cláusulas administrativas particulares en el que consten las menciones del artículo 8.2 de la LCAP, entre ellas las garantías provisionales. Este Pliego parece que deberá incorporarse por la Administración al aprobar la alternativa técnica, de forma tal que sea conocido por quienes presenten las proposiciones jurídico económicas.

b. En dicho Pliego, para evitar cualquier equívoco, debe hacerse constar además de las causas específicas de resolución, que son también de aplicación, las establecidas en los artículos 8.3 y 111 de la LCAP, con las precisiones necesarias para su aplicación.

c. En este Pliego debería establecerse todo lo relativo al régimen del contrato de la forma más completa, de tal modo que quedaran bien claras cuales son las especialidades establecidas en la Ley urbanística y los términos de la aplicación de la LCAP; no solo en lo previsto en el artículo 8 n^{os} 2 y 3, sino en todo lo que sea de aplicación la LCAP de conformidad con el artículo 8.1 en conexión con el 7.1.

Y ello, porque de conformidad con estos preceptos, el libro I de la LCAP (arts. 1 a 119) es de aplicación en todo lo que no resulte apartado por la aplicación preferente de las Normas urbanísticas que regulan este contrato. Resulta así que es preciso plantearse y resolver, de forma expresa, en qué medida estas normas de carácter general del libro I quedan apartadas por las normas de carácter especial, siendo aplicables en todo lo demás.

d. Esta consideración completa de los términos del contrato debería comprender con toda claridad los criterios para la selección del Agente urbanizador (pues en definitiva se trata de realizar un concurso, si bien con las peculiaridades propias de los derechos de preferencia y de subrogación que contempla la Ley de la Comunidad), con relación a un objeto del contrato claramente delimitado; así como también deben estar claramente especificadas en el pliego las condiciones para aplicar el derecho de adjudicación preferente, sin riesgo de arbitrariedad.

e. Y también debería quedar claro cuál va a ser la posición jurídica del Agente Urbanizador, en su condición de Agente Público, en orden a la realización de la obra.

f. Esto significa una profundización, y una nueva perspectiva, que, si bien se piensa, es, en verdad, elemental. Si se trata de celebrar un contrato administrativo de carácter especial, habrá de observarse el régimen aplicable a estos contratos.

g. No se nos oculta que la aplicación de esta solución por los Municipios puede plantear dudas y dificultades. Y precisamente por ello resulta pertinente que tanto el Estado con ocasión de la modificación de

la LCAP —en preparación—, como la Comunidad Autónoma en el ejercicio de las competencias asumidas en el Estatuto (exclusiva en materia de urbanismo y de desarrollo legislativo y ejecución en el marco de la legislación básica en materia de contratos y concesiones), dicten las normas necesarias para que los Ayuntamientos puedan proceder con criterios ajustados a Derecho sin graves dificultades.

Mientras tanto, puede ser interesante que en ejercicio de su competencia de cooperación y asistencia jurídica (art. 36.1.d. LRBRL), las Diputaciones elaboren unos modelos que pudieran ser acogidos voluntariamente por los Municipios.

6. LA CONTRATACIÓN DE LAS OBRAS POR EL AGENTE URBANIZADOR

Pero no termina aquí la cuestión planteada porque, como sucede en el mundo del Derecho con frecuencia, la solución de un problema nos introduce en un escenario distinto en el que se suscita uno nuevo.

En este caso, la solución del problema anterior nos conduce a la siguiente situación;

- por la vía procedimental establecida en la LRAU se ha producido la adjudicación de una función pública; así resulta además de la propia Ley, que califica al Agente Urbanizador como Agente Público;
- esta adjudicación de una función pública comprende la gestión del justo reparto de beneficios y cargas entre los propietarios, de las cesiones obligatorias y gratuitas de terrenos a la Administración y aportación de los recursos para costear la obra urbanizadora, de la realización de esta misma obra y de su cesión gratuita a la Administración;
- se puede sostener que el Agente Urbanizador es un concesionario de una función pública que incluye la obra pública; pero esta concesión no puede confundirse en modo alguno con la concesión de obra pública que regula la Directiva 93/37 ni la LCAP;
- y ello, porque el Agente Urbanizador no va a ejecutar la urbanización a su riesgo y ventura, ni va a percibir como compensación el derecho a explotar la obra sino que va a realizar una función pública de gestión del Plan, que va a serle retribuida —en terrenos o en dinero— por los propietarios. Ello resulta con toda claridad del artículo 67 de la Ley «Cargas de Urbanización» según el cual son cargas de la urbanización que todos los propietarios deben retribuir en común al urbanizador, por lo que aquí importa, el coste de las obras, proyectos e indemnizaciones expresadas en el artículo 122 de la Ley del Suelo de 1976, y el beneficio empresarial del urbanizador por la promoción de la actuación y sus gastos de gestión de ella;

- por tanto, en estrictos términos jurídicos, la figura del Agente Urbanizador no puede confundirse con la del concesionario de obra pública regulado en la Directiva 93/37 ni en la LCAP. La función del urbanizador es la de promoción de la Actuación y la gestión, y por ello se le retribuye por los propietarios por los conceptos indicados y cobrará el beneficio empresarial y los gastos de gestión.

A. *La contratación de las obras de urbanización por el Agente Urbanizador*

Ahora bien, la Ley no establece que el Agente Urbanizador tenga derecho a ejecutar por sí mismo la obra urbanizadora, ni le impone la obligación de ejecutarla por sí mismo. Justamente este punto debería quedar claro en el Pliego de Condiciones del procedimiento de selección del Agente Urbanizador, que podría ser diferente según la cuantía de las obras a realizar:

- cuando la cuantía no alcanza el umbral de la Directiva Comunitaria, la realización de la obra pública de urbanización debería ser contemplada en el Pliego, que habría de incluir los requisitos que deberían cumplirse en la gestión de la obra de urbanización por el adjudicatario; en todo caso parece que, como mínimo, estos requisitos deberían al menos incluir los relativos a la subcontratación de las obras, en caso de que el Agente Urbanizador no las realizara por sí mismo, que antes han quedado indicados (al tratar del sistema de compensación, y en atención a lo dispuesto por el artículo 115 en conexión con el 131 de la LCAP): puesta en conocimiento por escrito a la Administración del subcontrato a celebrar con indicación del objeto, y observancia de los requisitos personales que ha de reunir la persona con la que se contrata (art. 115.4 de la LCAP);
- cuando la cuantía cumpla el umbral de la Directiva, habrá que tener en cuenta necesariamente la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

B. *La contratación de las obras por el Agente Urbanizador –en el caso de que su importe alcance el umbral establecido en la Directiva Comunitaria–*

La figura del Agente Urbanizador como Agente Público encaja en la línea de razonamiento que ha establecido la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su tan repetida Sentencia de 12 de julio de 2001, ya expuesta, cuando el importe de las obras a realizar alcanza el umbral establecido en la Directiva 93/37.

En consecuencia, para determinar el procedimiento que debe seguir el Agente Urbanizador en este supuesto, deben distinguirse dos hipótesis:

a. Si en el procedimiento de adjudicación se han observado las exigencias de la Directiva 93/37 –traspuesta en la LCAP– podría aplicarse al Agente Urbanizador, por analogía, el régimen previsto por la LCAP para los contratos que celebre el concesionario de obra.

Se trata de una hipótesis que se considera a efectos esquemáticos, dado que, en todo caso, los términos normales de la licitación –y de la posible concurrencia– quedan alterados por la existencia de derechos de preferencia y de subrogación.

b. Si en el procedimiento de adjudicación no se han observado tales exigencias, será de aplicación la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su Sentencia de 12 de julio de 2001.

En definitiva, ello supone que el Agente Urbanizador debe aplicar necesariamente los procedimientos de contratación previstos por dicha Directiva, tal y como indica el párrafo 100 de la Sentencia, antes transcrito, que son los que establece con carácter general la LCAP al trasponer la Directiva.

Tal aplicación es perfectamente posible, como ya se ha indicado con anterioridad al tratar del sistema de compensación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.1 o 2.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, según que el Agente Urbanizador tenga personalidad de carácter público –como puede suceder con las Agrupaciones de interés urbanístico–, o no tenga tal personalidad; pues, en definitiva, se trata de una obra que en su práctica totalidad es pagada indirectamente por la Administración, que dejará de percibir su importe en metálico –como sucede en los supuestos de gestión directa– para percibirlo en especie –las obras de urbanización ya efectuadas–; en uno y otro caso en cumplimiento de las obligaciones que la Ley impone a los propietarios.

La más perfecta adecuación a la Directiva, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europea, exigiría que esta obligación de observar los procedimientos establecidos en la Directiva –de acuerdo con la misma y con la LCAP que viene a trasponerla– se impusiera en la Resolución de adjudicación del Programa a un Agente Urbanizador.

Como excepción a todo lo razonado, puede plantearse la hipótesis de un Agente Urbanizador que a su vez fuera el propietario único de todo el ámbito de actuación y que a su vez fuera una empresa urbanizadora; en este caso excepcional entiendo que por las razones expuestas al tratar de la aplicación del sistema de compensación en un supuesto análogo (propietario único empresa urbanizadora) podría sostenerse que este singular Agente, en su condición de propietario único obligado a costear la totalidad de las obras de urbanización y a entregarlas a la Administración una vez realizadas, podría cumplir su obligación mediante

la ejecución directa de las obras, sin acudir a contrato alguno e incluso a realizarlas por medio de empresas vinculadas. Esta solución parece razonable, pero en el momento actual carecemos de un criterio jurisprudencial del TJCE que proporcione un grado suficiente de seguridad.

X. CONCLUSIÓN

Las ideas expuestas en este trabajo reflejan una primera aproximación a los complejos problemas que pueden plantearse por razón del entrecruzamiento de dos títulos competenciales: la competencia exclusiva que la Constitución reserva al Estado en materia de legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y la competencia exclusiva asumida por todas y cada una de las Comunidades Autónomas en materia de urbanismo.

En el trabajo se procura proponer soluciones equilibradas que permitan armonizar el ejercicio de ambos títulos competenciales, partiendo, como es obligado, de que las Comunidades Autónomas han de respetar el ejercicio de sus competencias exclusivas por el Estado, y que, además, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas viene a trasponer Directivas Comunitarias.

La modificación de la LCAP en preparación deberá considerar estas cuestiones y regularlas con el carácter básico que corresponde a tal competencia.

Y sería también conveniente que las Comunidades Autónomas que han asumido competencias exclusivas en materia de urbanismo, y competencias no básicas en materia de contratos —como la Comunidad Valenciana— consideraran los problemas planteados y dictaran, en su caso, las normas que permitieran establecer una regulación clara y ajustada al principio de seguridad jurídica.

Las soluciones que ahora se proponen tienen el carácter de una reflexión inicial que pretende contribuir a perfilar las líneas por las que puede avanzar nuestro Ordenamiento Jurídico.

