



VNIVERSITAT[̄] DE VALÈNCIA

FACULTAT DE DRET

DEPARTAMENT DE DRET ADMINISTRATIU I PROCESSAL

ÀREA DE DRET ADMINISTRATIU

**El urbanizador en la Comunidad Valenciana y
su relación con el empresario constructor**

TESIS DOCTORAL

Presentada por

Elísabet Guijarro González

Dirigida por:

Dra. D. ^a María José Alonso Mas

Profesora Titular de Derecho Administrativo

Valencia, Febrero 2012

SUMARIO

PRIMERA PARTE	1
I. CAPÍTULO PRIMERO.- LOS ORÍGENES DEL URBANIZADOR	3
I.1 INTRODUCCIÓN	3
I.2 ANTECEDENTES	5
I.2.1 La Ley de 29 de junio de 1864	5
I.2.2 La Ley de Obras de Saneamiento y Mejora de 1895	9
I.2.3 La Ley del Suelo de 1956	10
I.2.4 Normas que agilizan el proceso de urbanización en el período comprendido entre 1956 y 1975	17
I.2.5 Ley del Suelo de 2 de mayo de 1975 y Texto Refundido de 1976	22
I.2.6 Otras referencias históricas	30
I.2.6.a Instrucción de Obras Públicas de 10 de octubre de 1845	31
I.2.6.b La Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877	32
I.2.6.c La Ley de Expropiación Forzosa de 10 de enero de 1879	35
I.2.6.d La Ley 8/1972 de Autopistas de Peaje	35
I.2.6.e La Ley 13/2003 de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas	37
II. CAPÍTULO SEGUNDO.- LA REGULACIÓN DEL AGENTE URBANIZADOR EN LA LEY DE LA COMUNIDAD VALENCIANA 6/1994, REGULADORA DE LA ACTIVIDAD URBANÍSTICA	43
II.1 EL AGENTE URBANIZADOR EN LA LRAU: LÍNEA EVOLUTIVA	43
II.2 LA NATURALEZA JURÍDICA DEL AGENTE URBANIZADOR EN LA LRAU	55
II.2.1 Planteamiento	55
II.2.2 La Sentencia de 12 de julio de 2001, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas	61

II.2.3	La relación jurídica entre el Agente Urbanizador y la Administración en la LRAU	70
II.2.3.a	El vínculo entre el urbanizador y la Administración es diferente al que se da en el contrato de obras públicas.	71
II.2.3.b	El vínculo entre el urbanizador y la Administración como contrato de obras.	82
II.2.4	Pronunciamientos judiciales	86
II.3	LA REFORMA NECESARIA DE LA LRAU	94
III.	CAPÍTULO TERCERO.- INFLUENCIA DE LA LRAU EN OTRAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS	103
III.1	LA ESTELA DE LA LRAU	103
III.2	EL URBANIZADOR COMO SISTEMA DE GESTIÓN	109
III.2.1	Comunidad Autónoma de Extremadura	110
III.2.1.a	Normativa.	110
III.2.1.b	Formas de gestión	110
III.2.1.c	Diferencias con la figura del agente urbanizador de la LRAU	111
III.2.2	Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha	114
III.2.2.a	Normativa	114
III.2.2.b	Formas de gestión	115
III.2.2.c	Diferencias con la figura del agente urbanizador de la LRAU	116
III.2.3	Comunidad Autónoma de Castilla y León	117
III.2.3.a	Normativa	117
III.2.3.b	Formas de gestión en actuaciones integrada (Art. 74)	117
III.2.3.c	Diferencias con la figura del agente urbanizador de la LRAU	119
III.2.4	Comunidad Autónoma de la Región de Murcia	121
III.2.4.a	Normativa:	121
III.2.4.b	Formas de gestión:	121
III.2.4.c	Diferencias con la figura del agente urbanizador de la LRAU:	123
III.2.5	Comunidad Autónoma de Aragón	125
III.2.5.a	Normativa	125
III.2.5.b	Formas de gestión	125
III.2.5.c	Diferencias con la figura del agente urbanizador de la LRAU	127

III.2.6	Comunidad Autónoma de Cantabria	129
III.2.6.a	Normativa	129
III.2.6.b	Formas de gestión (previstos en el artículo 147)	129
III.2.6.c	Diferencias con la figura del Agente Urbanizador de la LRAU	130
III.2.7	Comunidad Foral de Navarra	131
III.3.7.a	Normativa	131
III.3.7.b	Formas de gestión	131
III.3.7.c	Diferencias con la figura del Agente Urbanizador de la LRAU	133
III.2.8	Comunidad Autónoma de La Rioja	134
III.3.8.a	Normativa	134
III.3.8.b	Formas de gestión	135
III.3.8.c	Diferencias con la figura del agente urbanizador de la LRAU	135
III.3	EL URBANIZADOR COMO SISTEMA DE GESTIÓN SUBSIDIARIO	137
III.3.1	Comunidad Autónoma de Andalucía	137
III.3.1.a	Normativa:	137
III.3.1.b	Sistemas y formas de gestión:	137
III.3.1.c	Diferencias con la figura del agente urbanizador de la LRAU:	140
III.3.2	Comunidad Autónoma del Principado de Asturias	140
III.3.2.a	Normativa	140
III.3.2.b	Sistemas de gestión	141
III.3.2.c	Diferencias con la figura del agente urbanizador de la LRAU	142
III.3.3	Comunidad Autónoma de Cataluña	143
III.3.2.d	Normativa	143
III.3.2.e	Sistemas de gestión	143
III.3.4	Comunidad Autónoma de Galicia	147
III.3.4.a	Normativa	147
III.3.4.b	Formas de gestión (Artículo 126)	147
III.3.4.c	Diferencias con la figura del Agente Urbanizador de la LRAU	148
III.3.5	Comunidad Autónoma de Canarias	149
III.3.5.a	Normativa	149
III.3.5.b	Formas de gestión	149
III.3.5.c	Diferencias con la figura del Agente Urbanizador de la LRAU	151

III.3.6	Comunidad Autónoma del País Vasco	152
III.3.6.a	Normativa	152
III.3.6.b	Formas de gestión	152
III.4	LEYES AUTONÓMICAS QUE NO HAN ASUMIDO LA FIGURA DEL URBANIZADOR	156
III.4.1	Comunidad de Madrid	156
III.5	CONCLUSIÓN	158
 SEGUNDA PARTE		 161
 IV. CAPÍTULO CUARTO: EL URBANIZADOR EN LA LEY 16/2005, URBANÍSTICA VALENCIANA: NATURALEZA JURÍDICA		 163
IV.1	EL AGENTE URBANIZADOR EN EL PROCESO DE FORMACIÓN DE LA LEY URBANÍSTICA VALENCIANA	163
IV.2	LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO URBANIZADOR EN LA LUV: LA GESTIÓN DIRECTA	176
IV.3	NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN ENTRE LA ADMINISTRACIÓN Y EL URBANIZADOR EN LA LUV	182
IV.3.1	La relación del urbanizador con la Administración desde la perspectiva de las Directivas Comunitarias.	183
IV.3.1.a	El contrato público de obras comunitario. Elementos	184
IV.3.1.b	La Sentencia del TJCE de 26 de mayo de 2011, sobre la LUV. Evolución interpretativa del TJCE en relación al contrato público de obras	198
IV.3.1.c	Conclusión	217
IV.3.2	La relación del urbanizador con la Administración desde la perspectiva de la normativa nacional de contratación pública	220
V.2.2.a	Contrato de obras	224
V.2.2.a	Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado	245
V.2.2.a	Conclusión	254
 TERCERA PARTE		 257

V. CAPÍTULO QUINTO: LAS RELACIONES ENTRE EL URBANIZADOR Y EL EMPRESARIO CONSTRUCTOR: NATURALEZA JURÍDICA	259
V.1 INTRODUCCIÓN	259
V.2 NATURALEZA JURÍDICA	265
V.2.1 Planteamiento.	265
V.2.2 El empresario constructor y la subcontratación	270
V.2.2.a Planteamiento: análisis con otras figuras afines	270
V.2.2.b Diferencias con la subcontratación	272
V.2.3 El urbanizador como sujeto contratante y las Directivas Comunitarias.	292
V.3.2.a Satisfacción de necesidades de interés general	295
V.3.2.b Dotación de personalidad jurídica propia	303
V.3.2.c Control por el poder adjudicador	303
V.2.4 La naturaleza jurídica del empresario constructor desde la normativa nacional de contratación	306
V.2.5 Conclusión	311
V.3 CONSIDERACIONES GENERALES EN TORNO A LA DUALIDAD URBANIZADOR Y EMPRESARIO CONSTRUCTOR	314
VI. CAPÍTULO SEXTO: EL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN DEL EMPRESARIO CONSTRUCTOR	319
VI.1 INTRODUCCIÓN	319
VI.2 LA ESTRUCTURA DEL PROCEDIMIENTO	321
VI.3 RATIFICACIÓN DEL PLIEGO POR LA ADMINISTRACIÓN	326
VI.3.1 Contenido material del pliego para la selección del empresario constructor	326
VI.3.2 Período de ratificación o rectificación del pliego para la selección del empresario constructor	327
VI.4 PROCEDIMIENTO DE EXCLUSIÓN DE LICITADORES	335
VI.5 LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO	342
VI.5.1 Consideraciones generales	342
VI.5.2 Cuestiones surgidas en torno a la intervención de la Administración en la selección del empresario constructor	347

VI.5.2.a	Posibilidad, por parte de la Administración, de proponer la adjudicación del contrato a quien el urbanizador hubiese excluido por falta de requisitos	347
VI.5.2.b	Posibilidad, por parte de la Administración, de declarar desierto el concurso	349
VI.5.2.c	Aplicación del régimen de prohibiciones de contratar	350
VI.5.2.d	Modificación del proyecto de urbanización	351
VI.5.2.e	El urbanizador no selecciona al empresario constructor en el plazo preestablecido	353
VI.5.2.f	Recapitulación	354
VI.5.3	Excepciones licitatorias	355
VI.5.3.a	Acuerdo unánime de la totalidad de propietarios o propietario único	357
VI.5.3.b	No superación de los umbrales comunitarios	364
VII.	CAPÍTULO SÉPTIMO: EL DESARROLLO DEL CONTRATO	369
VII.1	INTRODUCCIÓN	369
VII.2	LAS FASES DEL CONTRATO	370
VII.2.1	Inicio de las Obras	370
VII.2.2	Ejecución de las obras de urbanización	371
VII.2.3	Finalización de las obras	377
VII.3	RELACIÓN ENTRE LOS SUJETOS CONCURRENTES	378
VII.3.1	Planteamiento	378
VII.3.1.a	Relaciones del empresario constructor con la Administración Local	379
VII.3.1.b	Relaciones con los propietarios de los terrenos	387
VIII.	CAPÍTULO OCTAVO: EXTINCIÓN DEL CONTRATO	391
VIII.1	CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO	391
VIII.1.a	Cuestiones generales	391
VIII.1.b	Defectos en las obras ejecutadas	394
VIII.2	RESOLUCIÓN DEL CONTRATO	400

VIII.2.1	Consideraciones generales y causas de resolución	400
VIII.2.1.a	Causas relacionadas con el empresario constructor	402
VIII.2.1.b	Causas relacionadas con el urbanizador	404
VIII.2.1.c	Causas relacionadas con el objeto del contrato	405
VIII.2.2	Medios para hacer efectiva la resolución	408
IX.	CAPÍTULO NOVENO: CONSIDERACIONES FINALES Y CONCLUSIONES:	415
IX.1	FUNCIONALIDAD DEL SISTEMA Y PROPUESTAS <i>LEGE FERENDA</i>	415
IX.2	SITUACIÓN DEL URBANIZADOR EN EL CONTEXTO ACTUAL	420
IX.3	CONCLUSIONES	422
X.	BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA CONSULTADA	427
X.1	Bibliografía consultada:	427
X.2	Jurisprudencia consultada:	448

PRIMERA PARTE

I. CAPÍTULO PRIMERO.- LOS ORÍGENES DEL URBANIZADOR

I.1 INTRODUCCIÓN

El objeto del presente estudio es la relación que une al urbanizador con el empresario constructor en la gestión y ejecución del planeamiento en la Comunidad Valenciana, un tema de ciertas dificultades dado que en el mismo se entremezclan aspectos de Derecho público y privado. No obstante, con carácter previo es inevitable hacer referencia a los antecedentes en los que se encuentran los fundamentos del primero de ambos sujetos, y a aquellos otros apuntes históricos que han ido perfilando poco a poco la peculiaridad de la colaboración privada en el desarrollo urbanístico.

Haciendo mención a dichos orígenes, el arranque de la figura del urbanizador se encuentra íntimamente ligado al nacimiento de las ciudades y del propio urbanismo.

La formación y el desarrollo de las agrupaciones urbanas requieren tanto de la aprobación de unas normas que ordenen dónde y en qué condiciones se puede construir, como la aparición de un sujeto cuya función sea coordinar las nuevas construcciones con su entorno, acondicionando el terreno para su uso público, abriendo calles y dotándolas de los servicios públicos necesarios.

En nuestro país, el desarrollo de la ciudad y los elementos que la componen - el cómo, cuándo y dónde - decidieron no abandonarse al ámbito privado por considerar que afectaban a intereses colectivos, perfilándose por ello el urbanismo como una función pública.

Es decir, se requirió la intervención de un organismo público, lo que implicó que fuese la Administración Pública la encargada, con carácter exclusivo y excluyente, de todas las fases que el desarrollo urbanístico implica.

No obstante, la función de urbanizar requiere un fuerte desembolso económico que la Administración Pública no puede permitirse en la mayoría de los casos, planteando ello la cuestión de cómo salvar dicho impedimento sin que el ente público abandone la dirección del proceso urbanizador.

La búsqueda de dicho capital originará el hecho de que en la acción de urbanizar no sólo intervenga la Administración sino también los propietarios afectados, así como empresas privadas inicialmente ajenas a la actuación.¹

¹ En la búsqueda de dicho capital son de necesaria mención los *Public Private Partnership – PPP-* cuyo origen se encuentra en un programa de reformas emprendido por el Gobierno Británico denominado *PFI (Private Finance Initiative)*, que tenía como fin modernizar las infraestructuras a través de la participación privada. RUIZ OJEDA, A.; MARCOU, G.; y GOH, J. *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España (elementos comparativos para un debate)*. Civitas. Madrid, 2000. Pág. 100, comentan al respecto que a través del PFI “los distintos Departamentos tomarán en consideración las opciones de financiación privada para sus proyectos de inversión siempre que sea posible transferir al sector privado el control del proyecto y los riesgos asociados, a condición de que esto no suponga un coste desproporcionado.” Sobre la colaboración público privada en el Derecho británico puede verse el artículo de NIETO GARRIDO, E. M^a “La financiación privada de obras y servicios públicos en el Reino Unido” en *Revista de Administración Pública*, núm. 164 (mayo-agosto 2004). Págs. 389 y ss. y AZOFRA VEGAS, F. “La Financiación privada de infraestructuras públicas”, *REDA* núm. 96, octubre-diciembre 1997. Págs. 546 a 584.

I.2 ANTECEDENTES

A la hora de analizar los orígenes del urbanizador, y con el fin de trazar una línea histórica continua en la legislación urbanística, se va a realizar una división entre las normas que poseen ese específico carácter, de aquellas otras que no lo poseen, pero que a pesar de ello han contribuido a la configuración de la nombrada figura jurídica.

I.2.1 La Ley de 29 de junio de 1864

Entre las primeras “normas urbanísticas” que surgen en el territorio español, es de necesaria mención la Ley de 29 de junio de 1864, denominada de Ensanche de Poblaciones.

El objeto de esta Ley fue promover los ensanches de las ciudades y ponerlos en relación con el desarrollo de las nuevas edificaciones que se estaban llevando a cabo en cada una de ellas.

No obstante, a través de la misma no se regularon cuestiones técnicas sobre el modo de realizarse el ensanche, es decir, no se introdujeron cuestiones técnicas que indicasen cómo debía desarrollarse la ciudad, sino que su preocupación se centró en buscar el medio económico con el que llevar a cabo dicho desarrollo.

La Ley de 1864, con el fin de dar solución a la reforma interior y a la ampliación de las ciudades, planteó la ejecución de una expropiación forzosa

en las zonas a tratar, a través de la declaración de utilidad pública de los espacios necesarios para la ampliación de los viales o demás lugares públicos.²

En este caso, eran los Ayuntamientos los que, mediante dicha expropiación, obtenían los terrenos necesarios para viales y usos públicos, y subsiguientemente los urbanizaban.

A cambio de la citada expropiación, las citadas administraciones municipales recibían del Estado la cesión por veinticinco años de la contribución territorial correspondiente a la zona³, autorizándose además al municipio al cobro de un recargo extraordinario del 60 por 100 en la contribución de los propietarios afectados por la nueva urbanización⁴.

Es decir, desde las primeras manifestaciones de lo que posteriormente constituiría un conjunto de normas especializadas en urbanismo, se consideró que las mejoras que resultasen de una actuación urbanística deberían ser costeadas por los beneficiarios de la misma.

² El artículo 1 de dicha Ley decía así: “Se declaran obras de utilidad pública, para los efectos de la Ley de 17 de julio de 1836, las de ensanche de las poblaciones, en lo que se refiere a calles, plazas, mercados y paseos”.

³ En este aspecto resulta de interés el trabajo de BASSOLS COMA, M. en, *Génesis y Evolución del Derecho Urbanístico Español*. Montecorvo. Madrid,1973. Págs 240 y ss, el cual refleja de un modo admirable el proceso de elaboración parlamentaria de la Ley de 1864, recogiendo las fuertes críticas que sufrió la proposición de Ley de Retortillo principalmente respecto a la cuestión de la asunción por el presupuesto estatal de unos cargos económicos equivalentes a los condonados a los Ayuntamientos.

⁴ El artículo 3 de la Ley de 29 de junio de 1864 disponía: “Para atender a las obras de ensanche, además de la cantidad que como gasto voluntario pueda incluirse anualmente en el presupuesto municipal, se conceden a los Ayuntamientos: 1º El importe de la contribución territorial y recargos municipales ordinarios que durante 25 años satisfaga la propiedad comprendida en la zona de ensanche, deducida la suma que por aquel concepto haya ingresado en el Tesoro público en el año económico anterior al en que comience a computarse el indicado plazo. 2º. Un recargo extraordinario sobre el cupo de la contribución territorial que satisfagan las mismas propiedades comprendidas en el ensanche, el cual podrá ascender al 60 por 100 con el ordinario de que trata el número precedente. Este recargo durará hasta que estén cubiertas por los Ayuntamientos todas las obligaciones a que haya dado lugar el establecimiento de los servicios públicos en las zonas de ensanche.”

En el supuesto de la Ley de Ensanche de Poblaciones, los propietarios de la zona mejorada costeaban poco a poco, durante un período de hasta veinticinco años, las obras realizadas, a través de un recargo extraordinario.

No obstante, pese a que el desembolso final fuese particular, tal sistema provocaba una fuerte inversión monetaria por parte de las Corporaciones, puesto que los propietarios hacían frente a los costes de un modo fraccionado y durante un largo período de tiempo. Tal hecho obligaba a la Administración a solicitar préstamos con el fin de satisfacer, al menos inicialmente, el precio de la urbanización.

En este sentido, los artículos 6 y 7 de la Ley de 29 de junio de 1864 establecían que el Ayuntamiento debía llevar al efecto una cuenta separada de los ingresos y de los gastos correspondientes a cada zona parcial que fuese urbanizada, en la que se incorporase la cantidad que dicha Administración incluía en su presupuesto; y que además podría emitir, al contratar un empréstito para hacer frente al coste de la urbanización, tantas series de obligaciones cuantas fuesen las zonas a urbanizar, resultando los ingresos de cada una de estas zonas obligados a satisfacer los intereses y la amortización de las obligaciones de su serie.⁵

Por ello, y he aquí la necesidad de nombrar esta norma en los orígenes de la figura del urbanizador, la Ley de 29 de junio de 1864 permitía, como excepción al mencionado sistema, la posibilidad de que las empresas o particulares de toda o parte de una manzana cediesen al Ayuntamiento la

⁵ Artículo 6: “Hasta que queden establecidos todos los servicios de uso público, se llevará cuenta separada de los ingresos y de los gastos correspondientes a cada zona parcial o a la general en su caso. La cantidad que el Ayuntamiento incluya en su presupuesto, figurará en la cuenta de la zona parcial que en el mismo esté determinada”. Artículo 7: “El ayuntamiento podrá emitir, al contratar un empréstito, tantas series de obligaciones cuantas sean las zonas en que haya sido dividida la general de ensanche. El producto de cada serie habrá de invertirse en los gastos de la zona correlativa. Los ingresos de cada una de estas responderán especial y exclusivamente al pago de intereses y a la amortización de las obligaciones de su serie.”

propiedad de los terrenos necesarios para abrir las calles y plazas, costeasen su desmonte, e implantasen los servicios, a cambio de la entrega o condonación del importe de la contribución territorial y recargos.⁶

Esta opción parece tener una clara influencia en la llamada «Mancomunidad de reparto», planteada por Cerdá años antes en el Ensanche de Barcelona (1838-1860), la cual constituía una figura muy similar a la reparcelación obligatoria y el consiguiente reparto de beneficios y cargas que conocemos en la actualidad, puesto que en tal sistema, los propietarios afectados adelantaban los costes de la urbanización, cedían al dominio público viales y plazas y adaptaban sus fachadas a las alineaciones previstas en el nuevo trazado⁷.

Este aspecto de la Ley de Ensanche de Poblaciones del año 1864 resulta un claro antecedente de la figura del urbanizador. La norma, con el objetivo de facilitar el crecimiento, y no la ordenación de la ciudad como se ha comentado anteriormente, opta por el hecho de que sean los propios interesados quienes voluntariamente asuman el desarrollo asumiendo el coste de las obras.

⁶ Artículo 13: “A las empresas o particulares que en toda una zona o en parte de ella cedan al Ayuntamiento la propiedad de los terrenos necesarios para calles y plazas, costeasen su desmonte, construyan las alcantarillas y establezcan las aceras, empedrado y alumbrado, se les entregará o condonará en su caso el importe de la contribución territorial, y recargos municipales expresados en el número 1 del art. 3, y el especial que se autoriza en el 2 del mismo artículo, por el tiempo y en la forma que el Ayuntamiento determine, oyendo a la Junta de ensanche y con aprobación del Gobierno. De igual manera y previos los trámites marcados en el párrafo precedente, a los propietarios o empresas que sin costear las obras a que este artículo se hace referencia, cedan en propiedad a los Ayuntamientos los terrenos necesarios para la vía pública, se les podrá condonar por el espacio de tiempo que se estipule el recargo extraordinario a que se refiere el párrafo 2 del artículo 3.”

⁷ De este modo lo comenta GARCÍA BELLIDO GARCÍA DE DIEGO, J., en “La Liberación efectiva del mercado del suelo. Escisión del derecho de propiedad inmobiliaria en una sociedad avanzada”. *Revista Ciudad y Territorio: Estudios Territoriales* nº 95-96, año 1993, Págs. 175 a 198.

Pese a que la opción no obtuvo resultado en la práctica⁸, la misma nos indica que en el planteamiento de la asunción del coste económico del desarrollo de las ciudades, se vio claramente la necesidad de que la citada labor debía ser compartida con los propietarios afectados a fin de agilizar el proceso de urbanización.

I.2.2 La Ley de Obras de Saneamiento y Mejora de 1895

Respecto a La Ley de Obras de Saneamiento y Mejora de 18 de marzo de 1895, ésta preveía la iniciativa de la actuación bien por los Ayuntamientos, por Sociedades legalmente constituidas o por particulares.⁹

Una vez aprobado el proyecto, se iniciaría una subasta con el fin de adjudicar la condición de concesionario de las obras, dando entrada en la misma a cualquier particular o compañía. (Artículos 45 y ss. de la citada Ley)

El concesionario, además de adquirir la propiedad de los terrenos incluidos en las franjas laterales al vial, se veía eximido de abonar la contribución territorial durante veinte años.

Por último, dicha Ley fue desarrollada por el Real Decreto de 15 de diciembre de 1896.

⁸ BASSOLS COMA, M., op. cit. p. 257 en relación a la participación de los propietarios en el proceso de urbanización comenta: “Se trataba de un sistema voluntario de cesión de terrenos y costeamiento de obras que exigía el acuerdo de todos los propietarios de una manzana o parte de ella, acuerdo que era, obviamente, difícil de lograr sin arbitrar un sistema forzoso o voluntario de ocasión. Con estas medidas se inauguraba un sistema de fiscalidad del suelo basado en incentivos fiscales a la acción urbanizadora que ha perdurado prácticamente hasta nuestros días”.

⁹ El artículo 1º de la citada Ley decía así: “Se declaran comprendidas en los artículos 2º y 11 de la Ley de 10 de enero de 1879, las obras de saneamiento o mejora interior de las poblaciones que cuenten 30.000 o más almas. Estos proyectos podrán ser iniciados por los Ayuntamientos, por sociedades legalmente constituidas o por particulares”.

I.2.3 La Ley del Suelo de 1956

Tras un largo proceso de elaboración y un estudio minucioso, el 12 de mayo de 1956 se aprobó la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana¹⁰.

Esta Ley supuso la promulgación, por primera vez en territorio español, de una norma sistemática cuyo exclusivo objeto era la regulación del urbanismo.

Es decir, se trataba de un “Código”¹¹ en el que se contempló de una manera genérica y global la materia urbanística; agrupando, tanto las normas referidas al planeamiento, gestión y ejecución del suelo, como las instituciones encargadas de regular dichos procedimientos.

Así lo confirma la propia Ley en su Preámbulo, cuyo apartado I dice así: “el urbanismo español se rige por una serie de disposiciones que, promulgadas en muy diferentes fechas, no integran un conjunto orgánico”.

En los términos que utiliza Parejo Alfonso¹², fue en el año 1956, y en concreto, a través de la aprobación de la Ley sobre régimen del suelo y

¹⁰ Ley Sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956, BOE nº 135 de 14 de mayo de 1956.

¹¹ BASSOLS COMA, M. en *Génesis y evolución del Derecho Urbanístico Español* op. cit., pág. 560, dice que la Ley de 1956 pretendió innovar una nueva legislación urbanística incorporando aspectos de la normativa tradicional desde una perspectiva unitaria y coherente; de ahí que pudiera calificarse de auténtico Código.

¹² PAREJO ALFONSO, L., “El significado de la Ley Valenciana 6/1994 de 15 de noviembre, en la Evolución del Derecho Urbanístico: una nueva articulación de lo público y lo privado en la actividad urbanística” en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, Numero 143; 1995. Págs. 107 a 126: “En el año 1956 se produce, en efecto, la entera juridificación y publicación del urbanismo como actividad, si bien en términos complejos y poco claros. Si bien toda la actividad es una función pública (queda situada en el ámbito de lo público – administrativo), no todos los procesos urbanísticos concretos se entregan sin más a la Administración Pública. La purificación de la actividad urbanística en su conjunto se hace compatible con una apreciable heterogeneidad del régimen jurídico de las actividades concretas en que se desagrega.”

ordenación urbana, cuando se produjo la *juridificación y publicación* del urbanismo como actividad.

Por otra parte, entre las innovaciones más destacables introducidas por la Ley es de resaltar en primer lugar la confirmación del urbanismo como función pública¹³.

Es la primera vez que se normativiza la asunción, por parte de los poderes públicos, del desarrollo del suelo en todas sus fases: planeamiento, gestión y ejecución. Es decir, la Administración va a gozar desde dicho momento de la potestad urbanística¹⁴.

Continuando con las novedades, la mencionada norma introdujo un derecho estatutario de la propiedad diferente al recogido hasta ese momento en el art. 348 del Código Civil, concebido en función de la clasificación y la calificación urbanística de los terrenos.

¹³ En este tema, resultan de interés las palabras de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. en su *Manual de Derecho Urbanístico*. 21ª ed. El Consultor, Madrid, 2008. Pág. 21 y ss.; que dicen así: “Por lo pronto, la Ley reclamó por vez primera en nuestro Derecho para los poderes públicos la entera responsabilidad en lo que concierne a la ordenación urbanística de todo el territorio nacional y ello tanto en lo que respecta a la planificación, como en lo que se refiere a la determinación del régimen jurídico del suelo, la ejecución de las urbanizaciones y el fomento e intervención de las facultades dominicales relativas al uso del suelo y su edificación.

A partir de ese momento, el urbanismo en todas sus facetas quedó afirmado como una función pública indeclinable y no como una simple derivación de un poder de disposición correlativo a la titularidad dominical de los terrenos”.

¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R. en *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2011. 15ª ed. Pág. 437, siguiendo a SANTI ROMANO, comentan que “La potestad es siempre una derivación de un status legal, por lo cual resulta inexcusable una norma previa que, además de configurarla, la atribuya en concreto.

Como consecuencia de este origen legal y no negocial, las potestades son inalienables, intransmisibles e irrenunciables, justamente porque son indisponibles por el sujeto en cuanto creación del Derecho objetivo supraordenado al mismo. El titular de la potestad puede ejercitarla o no, pero no puede transferirla”.

El contenido del derecho de propiedad en suelo susceptible de urbanización y edificación, va a subordinarse al cumplimiento de dos deberes: contribuir a los gastos de urbanización y edificar en forma y plazos establecidos. Por lo tanto, el contenido del derecho de propiedad se encontrará delimitado por la función social¹⁵.

Dicho de otro modo, el *ius aedificandi* se desvinculó del derecho de propiedad, y pasó a ser una determinación pública: el propietario va a poder edificar en su terreno *siempre y cuando* respete los parámetros establecidos por la Administración Pública a través del planeamiento.¹⁶

Tal cambio es lo que García de Enterría y Parejo Alfonso¹⁷ consideraron el verdadero nacimiento del Derecho Urbanístico Español como disciplina jurídica

¹⁵ En relación a la función social de la propiedad, es de destacar el estudio realizado por BARNÉS VÁZQUEZ, J., en *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*. Civitas. Madrid, 1988, pp. 75-76, el cual, tras un profundo estudio sobre el tema, considera que la función social no es una limitación al contenido del derecho de propiedad sino más bien todo lo contrario pues no hace más que confirmarlo al considerar que el fundamento ético-político del derecho de propiedad se halla precisamente en la garantía de las libertades individuales y sociales: “Un ejemplo puede resultar elocuente; el caso de la propiedad urbana. La función social, el espíritu interno del derecho de propiedad urbana, que se traduce en hacer accesible a todos los ciudadanos su participación en la entera ciudad, delimita la facultad de edificar de acuerdo con los planes urbanísticos que desarrollan la legislación del suelo. Normas de las que se infiere, sin duda, el llamado derecho a la ciudad a favor de todos los ciudadanos [...] Se entiende, por último, que el interés del particular (*ius aedificandi*) coincida plenamente con la función social, porque tal facultad –edificación– se ejerce en la dirección que le interesa a la ciudad, expresada en las concretas normas urbanísticas. La ciudad y el particular tienen, pues, un interés idéntico: un concreto y determinado *ius aedificandi*. No existe, por consiguiente, contradicción alguna, a resultas de la intervención pública.”

¹⁶ AGUDO GONZÁLEZ, J., en “Concepción estatutaria y propiedad inmobiliaria. O la crónica de la desvalorización anunciada del derecho fundamental a la propiedad privada.”; *Revista Administración Pública*; núm. 185, mayo/agosto 2011, págs. 9-47, comenta que la función social de la propiedad ha relativizado en exceso el contenido del derecho de propiedad puesto que ha habido un vaciamiento sustancial del mismo.

¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones de Derecho Urbanístico*, Civitas. Madrid, 1981. 2ª ed. Página 94: “el verdadero acta de nacimiento de un Derecho Urbanístico Español por fin maduro, orgánico y omnicompreensivo, tan lejos del casuismo normativo, de las timideces y del arbitrio ocasional de los cien años anteriores, animado de criterios técnicos profundos, por supuesto discutibles, pero que intentan responder a la

en la que se conjugaron los privilegios y prerrogativas de la Administración y los derechos de los propietarios del suelo.

Además de ello, otras de las novedades de esta Ley fueron el establecimiento de un sistema objetivo de valoraciones del suelo, y de los recursos económicos municipales para la actividad urbanística mediante la creación de los Patrimonios Municipales del Suelo.

Por otra parte, la Ley del 56 tomó en consideración la imposibilidad de que la Administración cumpliera por sí misma con la actividad urbanística en todas sus fases. Por ello, dicha norma adoptó la opción de participación de los ciudadanos en la función pública de urbanizar, y encomendó específicamente a los propietarios afectados por una reforma o ampliación de la ciudad, la gestión urbanizadora de su sector.

Esta nueva visión originó la aparición de dos ámbitos: el público y el privado en la actividad urbanística.

Siguiendo las palabras de Parejo Alfonso¹⁸, en los dos extremos del ciclo de gestión del proceso urbanístico las opciones son claras: mientras la actividad de planeamiento se configura como estrictamente pública, la de la edificación se define como privada; y por lo tanto, «el problema se sitúa justamente en la compleja actividad consistente en la ejecución del planeamiento bajo la forma específica de urbanización sistemática o integral para la generación de nuevo tejido urbano o la regeneración del existente, pues esta concreta actividad se ofrece simultáneamente como realización de lo público y condición o presupuesto para la materialización de lo privado». La

vasta problemática de los conflictos de intereses privados y colectivos que suscita la realidad del urbanismo contemporáneo”.

¹⁸ PAREJO ALFONSO, L. “El significado de la Ley Valenciana 6/1994 de 15 de noviembre, en la Evolución del Derecho Urbanístico: una nueva articulación de lo público y lo privado en la actividad urbanística” en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, Número 143. 1995. Págs. 107 a 126.

gestión urbanística queda entremedio de ambas y es precisamente en dicho punto donde se reflejan las posibilidades “institucionales” de colaboración de los propietarios privados con la Administración.

La Ley del Suelo de 1956 introdujo la posibilidad de que fuesen los titulares de las parcelas que iban a ser objeto de la transformación urbanística, los que aportasen el capital económico necesario para poner en marcha la urbanización, adelantando de esta manera la contraprestación por las plusvalías que recibirían sus parcelas.

En este sentido, la Ley del 56 introduce cuatro sistemas de ejecución de los planes de urbanismo: cooperación, expropiación, compensación y cesión de viales, según la mayor o menor intervención de los propietarios afectados por la actuación¹⁹.

¹⁹ El párrafo cuarto del Preámbulo de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana del 56 dice así: “La ejecución de los planes de urbanismo se hará por cualquiera de estos cuatro sistemas:

a) *Cooperación*.- sobre la base de que la iniciativa individual debidamente estimulada y dirigida es insustituible, el régimen de cooperación tiende a estimular la urbanización y edificación por los propietarios. Este sistema resulta claramente aplicable a zonas que en la ciudad ofrezcan un porvenir inmediato. Ciertamente, la lentitud de la movilización económica para la expansión de las poblaciones ha venido acompañada con la excesiva centralización de las obras por los Ayuntamientos, cuando la orientación certera debe consistir en atraer el mayor número posible de colaboraciones individuales, sin perjuicio de las funciones de dirección y fiscalización que a la Administración están reservadas.

b) *Expropiación*.- Con arreglo a este sistema, la Administración expropia la totalidad de los terrenos comprendidos en un polígono, para urbanizarlos por sí o a través de Empresa concesionaria. Dichos terrenos cumplirán dos objetivos: atender las necesidades inmediatas de solares, previa su urbanización, y procurar una reserva de ellos con vista al futuro. Para determinar la extensión del polígono de expropiación convendrá considerar la superficie que puede adquirirse con los medios financieros previsibles.

c) *Compensación*.- Es conveniente ofrecer la oportunidad de transformar los terrenos en solares a todos los propietarios de un polígono, vinculándolos al resultado de la gestión urbanística mediante un régimen de compensaciones, que podrá ser promovido por ellos mismos o por la Administración.

d) *Cesión de viales*.- Este sistema es el que instauró, aunque con limitaciones, la Ley de Ensanche. Ahora se vigoriza, con la obligación de los propietarios de aportar los terrenos viales, zonas verdes y costear las obras de urbanización, en grado semejante al señalado

Es decir, manteniendo una versión mejorada de la cesión obligatoria de viales y de la expropiación establecidas por la antigua Ley de Ensanche, creó dos nuevos sistemas de actuación en los que dio participación a los propietarios.

En el sistema de cooperación, la Administración Pública es el sujeto que redacta la reparcelación y ejecuta la urbanización, mientras que los propietarios ceden al dominio público los terrenos destinados a viales, parques y jardines públicos y asumen económicamente los costes que representa la actuación.

En cambio, en el sistema de compensación, son los propietarios quienes asumen la ejecución de la urbanización, redactan la reparcelación (llamado en este supuesto proyecto de compensación), y ceden al dominio público los terrenos destinados a dicho fin. La Administración en este supuesto adopta una posición de dirección y control del proceso. Constituye, por tanto, un sistema de gestión urbanística privada a cargo de los propios propietarios, que no sólo deben costear la urbanización (lo que es común a todo sistema que implique el mantenimiento de la titularidad privada de los terrenos afectados por la ejecución del planeamiento), sino llevarla a cabo por sí mismos, dando lugar a un supuesto de autoadministración²⁰.

para el régimen de cooperación, pero con la diferencia de que serán sufragados mediante contribuciones especiales, permitiéndose en cuanto a éstas su exacción anticipada, lo que habrá de facilitar la eficacia del tributo.

La empresa urbanística podrá ser realizada por gestión pública o privada. Bajo la forma de gestión pública, las obras de urbanización se ejecutarán por las Corporaciones o por concesionarios”.

²⁰ Sentencia núm. 306 del TS de 11 de marzo de 1989: Fundamento de Derecho Segundo: “Es en el de compensación donde aparece con mayor intensidad la participación de los propietarios, dado que son ellos mismos -*art. 126.1* del Texto Refundido- los que asumen la carga, no ya de costear la urbanización, sino de llevarla a cabo por sí mismos. Y ello mediante la constitución de una Junta de Compensación que da lugar a un supuesto de auto administración: son los propios interesados los que desarrollan la función pública de la ejecución del planeamiento en virtud de una delegación que hace de la Junta un agente descentralizado de la Administración, de suerte que aquélla tiene naturaleza administrativa - *art. 127.3* del Texto Refundido- en tanto en cuanto actúe en funciones públicas”.

En relación al tema de la formación de la figura del agente urbanizador que nos ocupa, es necesario hacer mención en este punto a las Juntas de Compensación. La Ley del 56 las configuró como la agrupación de propietarios afectados por una actuación que, en el sistema del mismo nombre, asumían las funciones de la Administración de gestionar y ejecutar la urbanización de dicha actuación.

La importancia de esta figura radica en el hecho de que la misma norma que confirma al urbanismo como una función pública crea una figura jurídica que da participación a los intereses privados. Pese a que existan notables diferencias entre el agente urbanizador y la Junta de Compensación, debe hacerse mención al hecho de que la Ley del Suelo le otorgó a esta última naturaleza administrativa en tanto en cuanto actuase ejerciendo funciones públicas.

Sucedó, en cambio, que las aspiraciones de la norma del 56 no se dieron cita en la realidad puesto que la experiencia real de la misma fue distinta a la prevista por el legislador y pese a las innovaciones de dicha Ley, los propietarios permanecieron en su gran mayoría inactivos en espera de la compra del suelo por empresas dedicadas a la construcción.

La causa de dicho fracaso se encuentra principalmente en la falta de capacidad de gestión por parte de la Administración Pública, la cual ante dicha imposibilidad demoraba el proceso de planeamiento y consecuentemente el resto del proceso de desarrollo urbanístico.

Tal inoperancia originó la proliferación de actuaciones al margen del plan e incluso contra el mismo, que crearon la necesidad de llevar a cabo una reforma sobre la Ley del Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1956.

I.2.4 Normas que agilizan el proceso de urbanización en el período comprendido entre 1956 y 1975

La comentada ineficacia práctica de la Ley del Suelo del año 56 requirió la aprobación de determinadas normas que agilizaran el proceso de urbanización.

Ejemplo de dichas medidas lo encontramos en la Ley de 21 de julio de 1962, sobre *valoración de terrenos sujetos a expropiación en ejecución de los planes de vivienda y urbanismo*, que estableció un sistema de valoración del suelo que respondía a la necesidad de satisfacer el déficit de viviendas que la ejecución del Plan Nacional de Vivienda de 20 de octubre de 1961 había creado; o en la Ley de 2 de diciembre de 1963, sobre modificación de Planes de ordenación y proyectos de urbanización cuando afectasen a zonas verdes o espacios libres previstos en los mismos, que intentaba bloquear dichas zonas frente a las construcciones ilegales o las realizadas sin ningún tipo de ordenación, y pese a que aquéllos no se desarrollasen.

Es decir, la incapacidad de la Ley de 1956 para resolver la demanda del suelo, originó una serie de actuaciones con las que hacer frente a los problemas urbanísticos más escandalosos, como eran el acceso a la vivienda, las construcciones ilegales y la especulación del suelo.

Real Heredia²¹ comenta que la jurisprudencia de la época también muestra signos de la crisis de la LS 1956 al poner de manifiesto actividades urbanísticas bilaterales que desbordaban los límites legales, siendo

²¹ REAL HEREDIA, M^a. E. en "Urbanismo paralelo: La figura del convenio urbanístico", *Estudios Territoriales*, núm. 32, 1990. Pág. 170.

representativas las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1968 y la de 11 de noviembre de 1971²².

Este contexto nos da una visión de la inamovilidad de la LS56 y de la necesidad real existente de actuar en el campo del desarrollo urbano.

Tal situación provocó, y este hecho sí que es decisivo en el estudio que se está realizando, la necesidad de activar la iniciativa privada mediante concursos convocados por el Estado, volviendo con ello a los inicios de la legislación de obra pública.

El nuevo sistema tratará de dar participación a la iniciativa privada, la cual asumirá, a través de un concierto, determinadas fases de la función urbanística como son el planeamiento, la gestión o la ejecución de la urbanización según los casos. Dicho sistema será denominado Urbanismo Concertado²³.

En palabras de López Pellicer²⁴ “se trata de una técnica instrumentada para integrar la iniciativa privada en el sistema de planificación indicativa”. Y, para Carceller Fernández²⁵, el urbanismo concertado consistirá en un concurso que promoverá la actuación de los particulares encaminada al planeamiento,

²² Sentencias del TS de 5 de noviembre de 1968 y 11 de noviembre de 1971 (Ref. Ar. 4857). Ambas pusieron de manifiesto la “ilegalidad” de los convenios suscritos por la Administración. En la primera de ellas, una sociedad privada cede a un ayuntamiento el terreno que éste requería para la prolongación de una avenida a cambio de que dicha administración asegurara la libre disponibilidad y la no expropiación de unos terrenos propiedad de la sociedad; mientras que en la segunda, se suscribe un convenio en el que se concreta conceder exenciones de la obligación de expropiación, y modificar la ordenación de una zona para que los terrenos de la propiedad privada constituyesen una manzana, a cambio de la cesión de unos terrenos.

²³ En el tema del urbanismo concertado resulta básico el estudio realizado por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R. en “Urbanismo concertado y la reforma de la Ley del suelo”, *Cuadernos de Administración Pública*. Instituto de Estudios Urbanísticos, Madrid, 1974. Págs. 70 y ss.

²⁴ LÓPEZ PELLICER, J.A., “Régimen y naturaleza de las actuaciones concertadas en materia de urbanismo”. *RDUMA*, núm. 73, año 1981. pág. 48.

²⁵ CARCELLER FERNÁNDEZ, A. en *Instituciones de Derecho Urbanístico*. Montecorvo, Madrid, 1992. 5ª ed. Págs. 277 y ss.

urbanización y, en su caso, edificación de determinados sectores de suelo urbanizable no programado.

Varias fueron las normas que sentaron las bases del urbanismo concertado en España: la Ley 191/1963 de 28 de diciembre, que aprobó el Plan de Desarrollo Económico y Social para el período 1964-1967, y la Ley 22/1972, de 10 de mayo, por la que se aprueba el denominado III Plan de Desarrollo Económico y Social para el cuatrienio 1972-1975.²⁶

La primera de ellas, es decir la Ley de 28 de diciembre de 1963, establecía en su artículo 2²⁷ la no obligatoriedad, en principio y de modo general²⁸, del cumplimiento de las previsiones y objetivos del Plan de Desarrollo para los particulares, reconociendo y ensalzando con ello la importancia de la iniciativa privada en la vida económica.

En relación a la segunda de las normas, es decir, la Ley 22/1972 y el Decreto 1541 de 15 de junio del mismo año, la misma es considerada un hito en el asentamiento del urbanismo concertado en España.²⁹

²⁶ En relación a la llamada Administración concertada resulta interesante el trabajo de SALAS HERNÁNDEZ, J., "El régimen de acción concertada", en *RAP* nº 56, año 1968. pp. 435 y ss.

²⁷ El artículo 2 de la Ley de 28 de diciembre de 1963, por el que se aprueba el primer Plan de Desarrollo decía así: "las previsiones y objetivos consignados en el Plan no constituyen obligaciones para el sector privado, salvo que se establezcan por Ley o cuando se aceptan libremente en función de los beneficios e incentivos otorgados por el Estado y demás Entes públicos".

²⁸ Obviamente el citado artículo 2 no implicaba una exclusión absoluta de cumplimiento del Plan puesto que existirían vinculaciones parciales, sectoriales y por supuesto un control de la Administración.

²⁹ Según OCHOA GÓMEZ, M.^a P. en: *Los convenios urbanísticos. Límites a la figura redentora del urbanismo*. El Consultor de los Ayuntamientos (La Ley), Madrid, 2006. Pág. 77, la doctrina (ARREDONDO GUTIÉRREZ, J.M., J.M., *Los convenios urbanísticos y su régimen jurídico*, Editorial Comares, Granada 2003, 2ª edición, pág. 6; BUSTILLO BOLADO, O y CUERNO LLATA, J.R. en *Los convenios urbanísticos entre las administraciones locales y los particulares*. 3ª ed. Aranzadi, Pamplona, 2002. Pág. 61; HUERGO LORA, A., *Los convenios urbanísticos*. Civitas. Madrid, 1998. Pág. 46; y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *El urbanismo concertado y la reforma de la ley del suelo*. Cuadernos de Administración Pública. Instituto de Estudios Urbanístico, Madrid, 1974. Págs. 70 y ss.) "coincide en señalar

Esta Ley, según Martín Hernández³⁰, estableció la posibilidad de convocar concursos públicos para conseguir determinados objetivos urbanísticos como la preparación de suelo para la edificación, construcción de viviendas, dotación de equipamientos e instalaciones productivas, docentes y de asistencia social, cuyos antecedentes son las zonas de “aménagement concerté” (ZAC) a que se refiere el Código de Urbanismo francés y las “convenzione edilicia” del Derecho italiano.

En concreto, el sistema que planteaba dicha Ley radicaba en que la Administración delimitaba zonas aptas para las actuaciones urbanísticas y convocaba un concurso público para la ordenación, urbanización y posterior concurso en su caso. Tras ello, los concursantes mostraban sus ofertas, que consistían en un resumen de sus intenciones, y en el caso de ser seleccionados debían presentar un documento de planeamiento de la zona a tratar. Posteriormente, el adjudicatario debía presentar el resto de documentos necesarios para el desarrollo del suelo: plan parcial, proyecto de urbanización, etc... Y en contraprestación, el adjudicatario obtenía solares urbanizados a través de cuya venta se resarcía.³¹

como jalón definitivo en el proceso de desnaturalización del urbanismo reglamentario de la LS 1956 y elemento transicional hacia un modelo de actividad convencional cualitativamente distinto al conocido hasta ese momento en el tráfico inmobiliario.

La ley, precursora del llamado urbanismo concertado, confiere a los agentes privados un peso específico en la toma de decisiones primarias sobre el modelo urbanístico al permitir su participación activa en las decisiones de planificación”.

³⁰ MARTÍN HERNÁNDEZ, Paulino. en “Los Convenios Urbanísticos”. *RDUMA* nº 144 julio-agosto-septiembre de 1995. Págs. 63 y ss.

³¹ El artículo 19 de la citada ley 22/1972 de 10 mayo (BOE 26 de diciembre 1972) decía así: “c) Con el fin de fomentar la preparación del suelo apto para ser edificado, la construcción de viviendas, dotación de equipo colectivo e instalación de actividades productivas docentes y de asistencia sanitaria y social, el Ministerio de la Vivienda, de conformidad con las Corporaciones Locales interesadas, podrá convocar los oportunos concursos públicos cuyas bases serán previamente aprobadas por el Gobierno.

Las bases establecerán en cada caso las zonas aptas para la localización de actuaciones, las exigencias a que deberán ajustarse los correspondientes planeamientos, el programa de

Puesto que el sistema del urbanismo concertado fue adoptado por la reforma de la LS llevado a cabo en el año 1975³², que se procede a analizar en el apartado siguiente, quede dicho aquí que, si bien la norma del año 56 no tuvo casi efectos prácticos en este período, esta etapa, en relación a los orígenes de la figura del urbanizador que es la cuestión que nos ocupa, instauró la participación de la iniciativa privada, ajena a la propiedad del suelo, como respuesta a la necesidad de que las normas reguladoras del desarrollo urbanístico fuesen “ágiles y económicas”.

No obstante, ya en las primeras prácticas de este sistema concertado se intuyó que con el mismo, las grandes empresas privadas podrían llegar a sustituir la iniciativa de la Administración; siendo tal supuesto un gran error, puesto que un proceso como el urbanístico, en el que coexisten diferentes intereses públicos (acceso a vivienda, condiciones de higiene y sanidad, parques, accesos, etc...) no debe confiarse en su integridad a los estímulos de las fuerzas del mercado.³³

necesidades, la forma y plazo de ejecución de las urbanizaciones, las condiciones que regirán la venta o utilización, las obligaciones urbanísticas o de edificación a asumir por el adjudicatario y el sistema de garantías para su cumplimiento”.

³² Con carácter previo a la reforma de la Ley del Suelo del año 75 y posterior texto refundido, el Decreto 2432/1972, de 18 de agosto, que aprobó las Bases para los concursos que se convocasen en la provincia de Madrid, aplicó por primera vez en un texto normativo el término “urbanismo concertado”.

³³ CARCELLER FERNÁNDEZ, A. en *Instituciones de Derecho Urbanístico*, op. cit., pág. 280, se anticipó a las consecuencias que el urbanismo concertado podría implicar y comentó que el riesgo de tal sistema consistía en “la posible sustitución de la iniciativa de la Administración por las grandes empresas o grandes propietarios. En este sentido se ha advertido que sería un error considerar ese macroubanismo concertado como el eje del urbanismo futuro, que pudiese dispensar definitivamente de una gestión pública o que intente limitar ésta a los solos aspectos de planeamiento, y menos aún de un planeamiento que se limitase a reconocer iniciativas de urbanizadores privados”.

I.2.5 Ley del Suelo de 2 de mayo de 1975 y Texto Refundido de 1976

La aprobación de la Ley 22/1972 provocó la gestión de una reforma en la LS de 1956 que se llevó a cabo en el año 1975 a través de la Ley de 2 de mayo de 1975 y el posterior Texto Refundido de 9 de abril de 1976, aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril.

Manteniendo el sistema del urbanismo concertado, el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 introdujo los Programas de Actuación Urbanística (PAU), figura que constituye un paso más en los antecedentes que indujeron a la creación del agente urbanizador³⁴.

Estos PAUs fueron concebidos como instrumentos que definían, para un ámbito concreto del suelo clasificado como urbanizable no programado, aquellas determinaciones que no habían sido establecidas por los planes generales: desarrollo de los sistemas de la estructura general de la ordenación, señalamiento de usos globales y niveles de intensidad con expresión del aprovechamiento medio, trazados de las redes fundamentales de los distintos servicios y división del territorio en sectores para el desarrollo del programa en etapas sucesivas³⁵.

³⁴ El sistema de los PAUs era similar al de los concursos de la Ley 22/1972 puesto que, de conformidad con el art. 147 del TR LS 76, la Entidad redactaba unas bases y convocaba a concurso; los concursantes, al formular su propuesta, presentaban avances de planeamiento; en el acto de adjudicación del concurso se determinaba el sistema de actuación y se aprobaba el avance de planeamiento presentado por el concursante con las modificaciones necesarias; y por último, adjudicado el concurso, el seleccionado debía formular el correspondiente Programa de Actuación de acuerdo con el avance de planeamiento aprobado. La diferencia, se encontraba en que aquí se formulaba el PAU después de la adjudicación; sin que el contenido del PAI fuese objeto de adjudicación.

³⁵ El artículo 219 del Reglamento de Gestión Urbanística, aprobado por Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto (BOE núms. 27, 28 y 31 de enero y 1 de febrero de 1979) especificaba el contenido de los PAUs del siguiente modo:

“Acordada la formulación y ejecución del programa de actuación urbanística mediante concurso, se redactarán las bases correspondientes, que habrán de contener las siguientes determinaciones:

Es decir, se trataba de verdaderos instrumentos urbanísticos que, con el fin de agilizar la transformación del terreno, permitían definir los parámetros de la ordenación en el momento de su desarrollo, adaptándose por ello a las circunstancias reales que existiesen entonces.

El Real Decreto 1346/1976 de 9 de abril, Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, ofrecía al adjudicatario de un Programa de Actuación Urbanística la posibilidad de actuar en diferentes facetas:

- como sujeto que formula el planeamiento. Los artículos 146 y siguientes regulaban la posibilidad de que si aquél no había sido realizado anteriormente, el adjudicatario del concurso lo asumiese.
- como ejecutor de las obras necesarias para la completa ejecución del planeamiento.

-
- a) Las zonas aptas para la localización de las actuaciones.
 - b) La magnitud de las superficies urbanizables.
 - c) Las exigencias mínimas de planeamiento en relación con las determinaciones y criterios que haya establecido el Plan General.
 - d) Los usos generales a que se destina la actuación, estableciendo, si fuere procedente, un esquema de zonificación o la distribución cuantitativa de aquéllos.
 - e) La obligación de los adjudicatarios de construir un porcentaje de edificación en plazos determinados.
 - f) Los precios máximos de venta o alquiler de las edificaciones, si se estima procedente.
 - g) Las garantías exigibles para responder tanto de la formación del programa como de su ejecución, distinguiendo unas y otras.
 - h) Las sanciones que procedan en caso de incumplimiento.
 - i) Las demás circunstancias que configuren cada actuación”.

Tomás-Ramón Fernández³⁶ califica estos PAUs como piezas a través de las cuales se difiere la ordenación y la programación³⁷ de una determinada zona por razones puramente estratégicas.³⁸

En relación a la importancia de la figura de los PAUs, resulta ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1993³⁹ que confirma su

³⁶ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Manual de Derecho Urbanístico*, 21ª ed. El Consultor, Madrid, 2008. Página 66. Dicho autor califica los PAUs “como piezas del Plan General de elaboración diferida e el tiempo por razones puramente estratégicas, elementos, por lo tanto, de la ordenación general municipal, cuyo desarrollo y ejecución ha de canalizarse igualmente a través de Planes Parciales”.

³⁷ El urbanismo concertado abarca todo el proceso urbanístico, desde el planeamiento a la edificación o dación de solares al mercado, situación que lo diferencia de la concesión que tan sólo tiene por objeto la ejecución. LLISSET BORREL, F. *La actividad urbanística de los particulares*. Montecorvo, Madrid, 1975. Pág. 247.

³⁸ La naturaleza jurídica del adjudicatario de PAU no ha sido una cuestión pacífica y ejemplo de las diferentes posiciones la podemos encontrar en BLANC CLAVERO, F. “La posición jurídica del urbanizador: urbanismo concertado y contratación administrativa, *Documentación Administrativa* , 261-262, septiembre 2001-abril, 2002, que considera la adjudicación mediante programas de actuación urbanística una concesión atípica; bien como la de un contrato administrativo especial, tal como la ven AROZAMENA SIERRA en “Algunas consideraciones sobre la institución contractual y el urbanismo”. *RDUMA*, nº 146, año 1996, págs. 15 y 16 o GONZÁLEZ PÉREZ, J. en: *Comentarios a la Ley del Suelo (Texto Refundido de 1992)*. Civitas, Madrid, 1993, Tomo II, pág. 1347

³⁹ La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 178º, de 25 de mayo de 1993, ponente Jaime Barrio Iglesias, plantea la legalidad del PAU de la zona franca de Cádiz al modificar ciertas determinados del Plan General de dicho municipio. Tras hacer un análisis de dichas modificaciones, el Tribunal concluye que el PAU impugnado es acorde a derecho puesto que dichos Programas constituyen una integración de las determinaciones de los Planes Generales, configurándose como verdaderos planes urbanísticos que tienen como función la inserción de los planes generales en la realidad: “...De ahí que los planes generales sólo deban marcar en suelo urbanizable no programado unas determinaciones muy genéricas - arts. 12.1, a), 12.2.3, 19.1, a), 34 y 35 antes citados- y que los Programas de Actuación Urbanística puedan extenderse a integrarlos, completándolos con las propias del suelo urbanizable programado -arts. 12.2.2, 16, 146, 30, 71, 72 y 214, también citados-, y de ahí que el acomodamiento de los Programas de Actuación Urbanística a los Planes Generales, dispuesto en los referidos arts. 16.1, 146.1, 71.1 y 214 que el Abogado del Estado reputa infringidos, haya de entenderse en el sentido de no poder vulnerarse con los mismos las determinaciones propias de los planes generales para el suelo urbanizable no programado, mas no en el de no poder contravenir lo que con un ejercicio excesivo de la potestad planificadora haya podido determinarse en ellos para esta clase de suelo. Razones por las que habiendo respetado el Programa de Actuación Urbanística impugnado, las determinaciones del Plan General de Ordenación Urbana de Cádiz, que eran propias del suelo urbanizable no programado, aunque pudiera contravenir las impropiedades en él establecidas, ha de concluirse en su más completa legalidad.”

condición de verdadero plan urbanístico cuya misión es acercar los planes generales a las realidades que surgen en cada momento. Esto es, se conceptúan como un instrumento que adapta y flexibiliza el Plan General a las necesidades variables de la población.

Pero como se ha comentado anteriormente, además de dichas determinaciones, los citados Programas de Actuación Urbanística también operaban en la fase de gestión y programación del planeamiento puesto que podían precisar, si no lo había realizado ya el Plan General, cuál era el sistema de actuación (compensación, cooperación y expropiación) que debía llevarse a cabo para la gestión del ámbito concreto.

La elección del sistema de actuación era adoptada por la Administración actuante en función de las necesidades, medios económico-financieros con que contaba, y principalmente en función de la colaboración de la iniciativa privada, dando la Ley preferencia a los sistemas de compensación y cooperación.⁴⁰

En otras palabras, el sistema de actuación que la Administración adoptaba para la gestión de los terrenos tenía en consideración la posición que los propietarios afectados adoptaban al respecto, así como la disposición de los mismos a gestionarlo.

Retomando los sistemas de actuación que el PAU podía precisar si no había sido anteriormente establecido, el artículo 119 del TR 76 expresaba que

⁴⁰ El artículo 119.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976 dice así: "La Administración actuante elegirá el sistema de actuación aplicable según las necesidades, medios económico-financieros con los que cuente, colaboración de la iniciativa privada y demás circunstancias que concurran, dando preferencia a los sistemas de compensación y cooperación, salvo cuando razones de urgencia o necesidad exijan la expropiación".

la ejecución de los polígonos o unidades de actuación se realizaría mediante compensación, cooperación y expropiación⁴¹.

En el sistema de compensación⁴², la ejecución era privada puesto que eran los propietarios, agrupados en una Junta de Compensación – ente de naturaleza administrativa⁴³ -, quienes aportaban a la Administración los terrenos de cesión obligatoria y realizaban a su costa la urbanización.

Para que los propietarios pudieran constituirse, y consecuentemente actuar a través de una Junta de Compensación, debían representar al menos el 60% de la superficie total del polígono o unidad de actuación. Constituida ésta, se daba opción al resto de propietarios no agrupados a adherirse a la Junta. Si sus fincas finalmente no se agrupaban, eran expropiadas a favor de la Junta de Compensación, que tendría la condición jurídica de beneficiaria.⁴⁴

⁴¹ Art. 119.1 TR Ley del Suelo de 1976 (Real Decreto 1346/1976): “La ejecución de los polígonos o unidades de actuación se realizará mediante cualquiera de los siguientes sistemas de actuación: a) compensación, b) cooperación, c) expropiación.

⁴² Sistema compensación regulado en los artículos 126 a 130 del TR 76 y 157 a 185 del Reglamento de Gestión Urbanística, RGU, del año 1978.

⁴³ El artículo 127.3 del TR LS 76 expresa que “La Junta de Compensación tendrá naturaleza administrativa, personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines”. Por otra parte, existe abundante Jurisprudencia que ha confirmado tal carácter tanto en lo relativo a sus funciones, como respecto a su forma de constitución, ejemplo de ello, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1987 (RJ 1987\8683) que dice así: “(SEXTO).- Sólo el planteamiento de esta cuestión de competencia entre órganos de un mismo ente viene a representar el reconocimiento implícito de la naturaleza administrativa de dicho ente, lo que, tras de ciertas vacilaciones y discrepancias iniciales, ha venido a constituir un lugar común en la doctrina y en la jurisprudencia, y sobre lo que ya no hay lugar a dudas, dada la toma de partido adoptada por la vigente Ley del Suelo (art. 127.3) al atribuir a estas Juntas de Compensación naturaleza administrativa, personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines.” En el mismo sentido, las sentencias del TS de 29 de diciembre de 1987 (RJ 1987\9854) y de 30 de octubre de 1989 (RJ 1989\7478).

⁴⁴ BAÑO LEÓN, J.M.: *Derecho Urbanístico Común*. Iustel. Madrid, 2009. Pág. 306, comenta que el agente urbanizador “por un lado, tiene elementos comunes a la selección del urbanizador de los Programas de Actuaciones Urbanísticas del suelo urbanizable no programado y, por otro, constituye una variante del sistema de cooperación del que lo diferencia el hecho de que no sólo la Administración sino también los particulares pueden

Respecto al sistema de cooperación⁴⁵, la ejecución del planeamiento resultaba mixta, es decir pública-privada, puesto que los propietarios aportaban el suelo de cesión obligatoria, y la Administración ejecutaba las obras de urbanización con cargo a los mismos⁴⁶.

Por último se regulaba el sistema de expropiación⁴⁷ el cual, de acuerdo con la Ley, se aplicaría por polígonos o unidades de actuación completas, comprendiendo todos los bienes y derechos incluidos en los mismos.

En este sistema, la Administración asumía la titularidad de todos los terrenos a través de la propia expropiación, y posteriormente los urbanizaba, con lo cual los primitivos propietarios se desvinculaban del terreno, de su gestión y de los costes de urbanización, desde el momento en que recibían el pago del justiprecio. Esto es, era la Administración quien ejecutaba y gestionaba el plan, bien directa, bien indirectamente. En relación a este último, es obligatorio citar la mención expresa que realizaba el artículo 114.2 del TR LS 1976⁴⁸ a la figura de la concesión administrativa.

En dicho supuesto, una persona privada, a través de un concurso público, asumía la ejecución de la urbanización, recibiendo como contraprestación a la

tener la condición de agente urbanizador. (...) El agente urbanizador es una reacción frente al predominio e inconvenientes del sistema de compensación”.

⁴⁵ Artículos 131 a 133 del TR LS 76 y 186 a 193 del RGU 78.

⁴⁶ LLISSET BORRELL, F.: *La actividad urbanística de los particulares*, op. cit. Págs. 282 y 283, comenta que entre los sistemas de compensación y cooperación de la Ley del Suelo de 1956 y la Ley de Reforma de 1975 existe una gran diferencia puesto que mientras en la primera estos sistemas son convencionales, en el sentido de que nace por un acuerdo de voluntades; en la Ley de 1975 tales sistemas no son convencionales puesto que en defecto de solicitud por parte de los propietarios, se puede imponer la cooperación a todos los propietarios, sin más salida que el someterse, si incumplieren las obligaciones y cargas impuestas por la ley, a la expropiación.

⁴⁷ Artículos 134 a 145 TR LS 76 y 194 a 212 del RGU 78.

⁴⁸ Artículo 114.2 TR LS 76: “La ejecución de los Planes mediante el sistema de expropiación, puede ser objeto de concesión administrativa, que se otorgará mediante concurso, en cuyas bases se fijarán los derechos y obligaciones del concurso.”

inversión efectuada, el derecho a hacer suyas las plusvalías derivadas de la urbanización.

La mención expresa que realizaba el 114.2 al concesionario nos plantea la cuestión de la naturaleza jurídica del adjudicatario de un PAU en el sistema de expropiación.

Ante tal cuestión, se generaron dos posturas, la primera de las cuales conceptuaba tal situación como un contrato de concesión administrativa en el que la contraprestación monetaria se acomodaba a las plusvalías generadas por la obra urbanizadora; mientras que la segunda consideraba que la naturaleza de esta contraprestación no encajaba en la figura de la concesión de obras y por ello calificaba la relación como de contrato administrativo especial.

En tal sentido, Ruiz Ojeda⁴⁹ expone que aunque formalmente se restrinja la concesión de obra urbanizadora al sistema de gestión por expropiación, la regulación ofrecida para los Programas de Actuación Urbanística, cuando son ejecutados por un sujeto diferente de la Administración, contradice ese alcance restrictivo, dado que la legislación urbanística está regulando una concesión de obra pública en su sentido más genuino.

⁴⁹ RUIZ OJEDA, A.: "London Docklands: una experiencia de financiación privada de dotaciones urbanas y de liberalización de la gestión del suelo." Breve análisis comparativo con el reciente urbanismo español". *RAP* núm. 139. Enero-abril 1996, pág. 449 y ss: "Estamos, en efecto, ante una concesión de obra pública para la implantación y financiación de dotaciones e infraestructuras. La empresa adjudicataria se obliga a ejecutar unas obras a cambio de explotar económicamente una unidad de actuación y, por consiguiente, está facultada para recuperar con cargo a los beneficiarios de tal implantación las inversiones realizadas. Ese régimen de precios intervenidos es una prueba más del carácter concesional de este modo de gestión. (...) si comparamos la configuración de la ejecución de los PAU mediante empresa interpuesta con lo que nominalmente la legislación urbanística llama concesión de obra urbanizadora, podremos comprobar su directa asimilación".

Otros autores, como Arozamena Sierra⁵⁰ y J. González Pérez⁵¹ consideran que nos encontramos ante un contrato administrativo, cuyo objeto no cuadra con los contratos típicos de concesión de obra o de gestión de servicios y por ello lo asimilan a los contratos administrativos innominados o especiales.⁵²

En mi opinión, el hecho de que la propia Ley diferenciase el supuesto del citado artículo 114.2 TRLS 1976 del caso del adjudicatario de un PAU en el sistema de expropiación, nos debe hacer diferenciar ambas figuras. Blanc Clavero⁵³ comenta, en relación con el adjudicatario de los PAU, que la Ley del Suelo de 1976 no lo califica explícitamente como concesionario con el fin de resaltar la especialidad de su posición jurídica.

El adjudicatario de un PAU en el que el sistema de gestión es la expropiación, suscribe un contrato administrativo con la Administración cuyo objeto no coincide con el de la concesión de obra pública en puridad. Por otra parte, mientras el concesionario del sistema de expropiación ejecuta el planeamiento; el adjudicatario de un PAU por el sistema de expropiación ejecuta en programa, por lo que el objeto de la relación que los va a unir con la Administración va a ser necesariamente diferente.

⁵⁰ AROZAMENA SIERRA, J.: "Algunas consideraciones sobre la institución contractual y el urbanismo". *RDUMA*, nº 146, año 1996, págs. 15 y 16.

⁵¹ GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios a la Ley del Suelo (Texto Refundido de 1992)*. Tomo II. Civitas, Madrid, 1993; pág. 1347.

⁵² LEYVA ANDIA, A: en *Curso sobre propiedad horizontal y urbanizaciones privadas*, realizado en Madrid, por el Colegio de Registradores, Colección Nacional, año 1973, pág. 293 se pronuncia en el mismo sentido, al considerar que debe calificarse de contrato administrativo especial por la específica zona en que se desenvuelven las competencias urbanísticas.

⁵³ BLANC CLAVERO, F., "La posición jurídica del urbanizador: urbanismo concertado y contratación administrativa", *Documentación Administrativa*, nº 261-262; septiembre 2001-abril 2002, pág. 145:1 "La doctrina acepta unánimemente que se trata de una concesión «atípica» (LÓPEZ PELLICER: "Naturaleza, supuestos y límites de los convenios urbanísticos", *RDU*, Nº 146, 1996), que no es encuadrable en los contratos típicos de concesión de obra de gestión del servicio y que – de reputarse propiamente contrato – habría que asimilarlo a los administrativos innominados o especiales".

Por lo cual, considero que la figura del adjudicatario de un PAU en el sistema de expropiación no es asimilable al de un concesionario de obras públicas.

De todos modos, con independencia de la calificación jurídica que se le quiera conceder al adjudicatario de un PAU, la importancia de la aparición de esta figura es determinante en el posterior nacimiento del urbanizador puesto que va a implantar definitivamente, en el desarrollo urbanístico, la figura de un tercero, en principio ajeno, a la actuación.

En este sentido, es decir la visión abierta de los conceptos, es manifiesta en esta etapa la voluntad de apertura de los elementos del contrato administrativo ante las nuevas necesidades de la sociedad, y ejemplo de ello lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1972,⁵⁴ que alude a la apertura de la visión del contratista como un sujeto que va a asumir el papel de colaborador voluntario con la Administración. No obstante, tal flexibilidad no puede desnaturalizar al propio contrato administrativo.

I.2.6 Otras referencias históricas

Junto a estos orígenes, que pudiéramos denominar “estrictamente urbanísticos”, existen otras referencias históricas relativas a la ejecución de las obras públicas que también han sido consideradas como antecedentes legislativos del agente urbanizador.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 15 de junio de 1972 que dice así: “En la más moderna concepción del contrato administrativo el contratista ha dejado de ser un titular de intereses antagónicos con la Administración para convertirse en un colaborador voluntario de la misma, aunque desinteresado; en esta colaboración se entra, por cierto, contando de antemano con la voluntad predominante de los entes públicos, en cuanto, en cierta forma, el contrato administrativo puede considerarse un contrato de adhesión o un contrato tipo.”

Desde este punto de vista, Vázquez Oteo destaca que en principio, fue la legislación dedicada a la obra pública y a la expropiación forzosa “la que permitió a la iniciativa no propietaria asumir la obligación de ejecutar las obras públicas de vialidad y saneamiento, fundamentalmente, en las grandes ciudades”.

Este autor considera como primer antecedente del agente urbanizador la Instrucción de Obras Públicas de 10 de octubre de 1845, que permitió la ejecución de dichas obras bien por empresa, por contrata o por administración.

1.2.6.a Instrucción de Obras Públicas de 10 de octubre de 1845

Con el fin de impulsar la realización de obras públicas, el 10 de octubre de 1845 se dictó un Real Decreto que aprobó la Instrucción para promover y ejecutar este tipo de obras.

Según el artículo 5⁵⁵ de dicha Instrucción, la construcción y financiación de las obras públicas, fueran nacionales, provinciales o municipales, podrían realizarse a través de tres modalidades: por empresa, por contrata o por administración.

Mientras que las obras por contrata hacían referencia al contrato administrativo de obras, y las obras por administración hacían alusión a la asunción directa de las mismas por la propia entidad pública, la ejecución por empresa sugería la asunción, por parte de una sociedad de este tipo, de la

⁵⁵ El artículo 5º de la Instrucción de Obras Públicas de 10 de octubre de 1845 decía así: “Así las obras nacionales, como provinciales y municipales pueden realizarse por empresa, por contrata o por administración. En las obras por empresa, la Administración contrata con particulares la ejecución de las obras, cediéndoles en pago los productos y rendimientos de las mismas; y cuando estos no sean suficientes, estipulando concesiones en compensación de la industria de los empresarios o del capital que adelanten, de lo cual resultará a su favor en los más de los casos un privilegio por tiempo determinado.”

realización de las obras, recibiendo como pago a su prestación, los productos y rendimientos que aquéllas generasen.

La importancia de la Instrucción del año 1845 radica en la confirmación de la insuficiencia económica del poder público para asumir la ejecución de las obras públicas. La búsqueda de otros medios de financiación dará lugar a la participación de un tercero, a través de una nueva modalidad de gestión; ante la inoperancia de los métodos existentes hasta dicho momento.

La aplicación de la concesión de obra pública en el urbanismo será posible siempre y cuando no se desnaturalice su esencia, la cual, como se ha comentado anteriormente, debe permitir su explotación económica.

1.2.6.b La Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877

La existencia de tres modalidades de gestión, implantada por la Instrucción del año 1845, resulta plasmada en la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877.

Esta Ley va a confirmar la participación, bien pública, bien privada, en la ejecución de las infraestructuras públicas; al mantener la ejecución de las obras públicas bien por empresa, bien por contrata, bien por administración.

En relación al tema que nos ocupa, es de importancia la confirmación, como se ha comentado anteriormente, del sistema de concesión para la ejecución de obras públicas, el cual se recoge en el artículo 53 de la citada Ley.⁵⁶ Reiterando lo dicho, la búsqueda de financiación para la ejecución de

⁵⁶ El artículo 53 de la citada Ley General de Obras Públicas de 13 de abril decía así: “Los particulares y compañías podrán también construir y explotar obras públicas destinadas al uso general y las demás que se enumeran en el artículo 7º de esta Ley (carreteras y ferrocarriles, puertos, canales de riego y navegación, desecación de lagunas y pantanos y saneamiento de terrenos insalubres), mediante concesiones que al efecto se les otorguen.”

obras públicas abre la opción a nuevos sistemas, como el de concesión, que en esta Ley se revalida.⁵⁷

Por otra parte, también es significativo señalar, en este caso en relación a la ejecución por contrata, que el artículo 26 de la Ley de 1877 estableciese, como contraprestación del contratista, el derecho a disfrutar por un tiempo determinado el producto de los arbitrios que se estableciesen para el aprovechamiento de las obras.⁵⁸ Esta apertura en la concepción de la contraprestación pecuniaria en los contratos de obras indica un paso más en la flexibilización de los sistemas gestión y en la búsqueda de financiación. En este supuesto, la Administración va a establecer unos impuestos o arbitrios⁵⁹ a los “beneficiarios” de las obras públicas con el fin de destinar su cobro al pago de dichas obras.

Además de ello, el Capítulo VI de la Ley de 1877, denominado *De las obras ejecutadas por particulares para las que no se pida subvención ni ocupación de dominio público*, establecía la posibilidad de que fuesen los propios particulares los que presentasen al Ministerio de Fomento o entidad a

⁵⁷ Es de señalar que cuando la Ley del año 1877 enumera en su artículo 7º las obras públicas que pueden ser objeto de concesión, y por ello de ejecución por una empresa privada, no hace mención a la urbanización de un vial o de un polígono, quizás por entender que la misma es una actividad que por sí misma carece de explotación económica y por ello no puede ser objeto de concesión.

⁵⁸ Artículo 26 de la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877: “El Gobierno podrá contratar las Obras Públicas que se sean de su cargo: [1º (...)] 2º Otorgando a los contratistas el derecho a disfrutar por tiempo determinado el producto de los arbitrios que se establezcan para el aprovechamiento de las obras, según lo dispuesto en el artículo 24 de la presente Ley.”

Por su parte, el artículo 24 del mismo cuerpo legal establecía: “El Gobierno podrá establecer impuestos o arbitrios por el aprovechamiento de las obras que hubiere ejecutado o ejecute con fondos generales, salvo los derechos adquiridos, y dando cuenta a las Cortes.”

⁵⁹ Se trataba de arbitrios no fiscales puesto que no tenían una finalidad fiscal ni una finalidad recaudatoria, sino una finalidad específica: la financiación de una obra pública. En tal sentido, la figura será próxima a las contribuciones especiales o incluso a la

quien correspondiese, una solicitud para la ejecución de una determinada obra pública (carretera, alumbrado público, encauzamiento de barranco, etc.), aspecto éste también reflejado posteriormente en la normativa urbanística valenciana.

La concesión de la obra pública a través de este procedimiento requería que el particular que la solicitase presentara un proyecto aportando los datos que fuesen necesarios para poder realizar un cabal juicio de la obra, su objeto y las ventajas de su construcción.

Es decir, la Ley de 1877 permitía:

- que fuese un particular el que presentase una solicitud para la ejecución de obra pública, como por ejemplo una carretera, un alumbrado público o unas obras de saneamiento;
- que la Administración le concediese la ejecución de la misma sin realizar un concurso a la vista de un proyecto;
- que dicho particular recibiese como contraprestación a su labor, en lugar de una cantidad monetaria, el uso y la explotación de los productos resultantes de la obra pública.

De lo dicho, podemos concluir que el sistema previsto por la Ley General de Obras Públicas del año 1877 es un claro antecedente del agente urbanizador, aunque obviamente con unos caracteres muy distintos.⁶⁰

⁶⁰ El modelo concesional de la Ley de 13 de abril de 1877 fue ampliamente imitado en la Ley de Carreteras de 4 de mayo de 1877, la Ley General de Ferrocarriles, de 22 de noviembre de 1877, la Ley de Puertos de 7 de mayo de 1880, la Ley sobre construcción de obras hidráulicas con destino a riegos, de 27 de julio de 1883, etc...

1.2.6.c La Ley de Expropiación Forzosa de 10 de enero de 1879

En este sentido, otros ejemplos de los orígenes del agente urbanizador según Vázquez Oteo⁶¹, serían la Ley de Expropiación Forzosa de 10 de enero de 1879 y su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto de 13 de junio de 1879; o la Ley de Obras de Saneamiento y Mejora Interior de Grandes Poblaciones, de 18 de marzo de 1895, y el reglamento para su ejecución, aprobado por el Real Decreto de 15 de diciembre de 1896, estas últimas, anteriormente comentadas.

La primera de dichas normas previó la ejecución de las obras públicas por cualquier particular o compañía que solicitase la concesión de las mismas, acompañando el proyecto correspondiente.⁶²

1.2.6.d La Ley 8/1972 de Autopistas de Peaje

Iniciado el Plan de Autopistas, resultó necesaria una regulación especial de las concesiones que fuese aplicable a todas las autopistas y que dio origen a la Ley 8/1972, de Autopistas de Peaje.

Resultando la construcción de tales autopistas excesivamente costosa para la Administración, decidió aplicarse en su construcción el régimen

⁶¹ VÁZQUEZ OTEO, A., *El Agente Urbanizador*. La Ley-Actualidad, Madrid, 2005. Págs. 45 y siguientes.

⁶² Artículo 53 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1879: "Podrán asimismo ejecutar por sí o por medio de compañías concesionarias las obras de que se trata, con autorización del Gobierno, pero llevando cuenta separada exclusivamente por todo lo relativo a las mismas". Asimismo, el artículo 9º del citado cuerpo legal decía así: "Los concesionarios y contratistas de Obras Públicas a quienes se autorice competentemente para obtener enajenación, ocupación temporal o aprovechamiento de materiales, en los términos que esta Ley autoriza, se subrogarán en todas las obligaciones y derechos de la Administración a los efectos de la presente Ley."

concesional, por considerarse éste el más eficiente para captar la participación privada.⁶³

En estos casos, el concesionario recibía en pago por la construcción de la autopista la correspondiente tarifa, canon o peaje; no obstante, no siendo suficiente tal contraprestación y buscando mantener un equilibrio financiero, se ampliaron los plazos concesionales, el objeto social de las empresas para que pudiesen desarrollar actividades complementarias a la explotación de las autopistas, beneficios tributarios, etc....⁶⁴

⁶³ GÓMEZ FERRER MORANT, R.: "En torno a la Ley de Autopistas de peaje"; *RAP*, núm. 68, 1972. Pág. 326; justifica tal regulación en la insuficiencia de las anteriores Leyes "cuando se tratase de construir autopistas, obras cuya realización implica un coste cuantioso, lo que llevaría a plantear la necesidad de prever el otorgamiento de unos beneficios económicos y fiscales importantes, e incluso de cambiar el régimen aplicable a las sociedades anónimas con objeto de aumentar la capacidad financiera de la concesionaria. Junto a este problema financiero – y en estrecha conexión con el mismo – surgiría el de determinar el sistema de valoración de los terrenos que han de ser expropiados para la realización de la autopista, dada la existencia de la ley del Suelo junto a la Expropiación Forzosa, con sistemas de valoración distinto. Pues bien, la necesidad de crear un cauce adecuado que permite obtener la colaboración de la iniciativa privada para solucionar el problema de financiación planteado, será la causa determinante de que para la construcción de cada autopista se dicte una auténtica Ley-medida que prevea el régimen aplicable a la concesionaria."

⁶⁴ La "flexibilización" de la concesión llevada a cabo por la Ley de Autopistas de Peaje se recoge en el artículo 7º y siguientes de la citada Ley 8/1972 de 10 de mayo, entre las que destacamos el apartado 2 del artículo 8.2:

"Se entenderá que forman parte del objeto social de la sociedad concesionaria, además de las actividades enumeradas en el párrafo anterior, la construcción de aquellas obras de infraestructuras viarias, distintas a las de la concesión pero con incidencia en la misma y que se lleven a cabo dentro del área de influencia de la autopista o que sean necesarias para la ordenación del tráfico, cuyo proyecto y ejecución o sólo ejecución se impongan al concesionario como contraprestación, las actividades dirigidas a la explotación de las áreas de servicio de las autopistas cuya concesión ostente, las actividades que sean complementarias con la construcción, conservación y explotación de las autopistas, así como las siguientes actividades: estaciones de servicio, centros integrados de transportes y aparcamientos, siempre que todos ellos se encuentren dentro del área de influencia de dichas autopistas, cuya extensión se determinará reglamentariamente. También podrá la sociedad concesionaria, por sí o a través de empresas filiales o participadas, y en los términos y de acuerdo con el procedimiento que reglamentariamente se determine, realizar las actividades que en relación a infraestructuras de transporte y de comunicaciones le sean autorizadas..."

Respecto a la representatividad de la Ley de Autopistas de Peaje del año 1972 en los orígenes del urbanizador, es claro el desarrollo que la búsqueda de financiación privada provoca en la legislación relativa a la ejecución de obras públicas. Si en un principio se opta por crear un nuevo modelo de gestión como es la concesión de obra pública, poco a poco dicho sistema va flexibilizándose, casi en función de las circunstancias adaptándose a aquellos supuestos a los que por su propia naturaleza no podría alcanzar.

1.2.6.e La Ley 13/2003 de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas

En último lugar, y de fecha posterior a la aprobación de la LRAU, es de necesaria mención la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas.

Esta ley comparte con la LRAU la búsqueda de la contribución de recursos privados en la creación de infraestructuras, concibiendo la obra pública como *una realidad tangible que admite la posibilidad de explotación económica*⁶⁵.

Con anterioridad a esta Ley 13/2003, la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, había realizado unos apuntes acerca de la concesión de obra pública en su artículo 130 y siguientes, estableciendo que la contraprestación a favor del adjudicatario debía consistir en el derecho a explotar la obra o en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.⁶⁶

⁶⁵ Exposición de motivos de la Ley 13/2003, reguladora del contrato de concesión de obra pública.

⁶⁶ Por otra parte, la citada Ley 13/1995, exigía para el procedimiento de concesión de obras públicas, la misma publicidad que en el contrato de obras, siguiendo con ello el artículo 3 de

Teniendo en cuenta tal antecedente, el punto de salida de la legislación estatal en la Ley 13/2003 será afianzar las notas fundamentales de la figura de la concesión de obra pública,⁶⁷ abriendo dentro de dicho contexto las posibilidades de financiación de las infraestructuras.

El anteproyecto de la ley 13/2003, siguiendo la corriente existente en el momento de su redacción, relativa a la flexibilización del concepto de concesión con el fin de incluir nuevos medios de retribución al concesionario⁶⁸, consideró ampliar el objeto de tales contratos, dando entrada no sólo a las obras públicas susceptibles de explotación económica, sino también a las obras que fuesen necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica, o precisas para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés público o general.

la Directiva 93/37/CEE, del Consejo, de 14 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.

El artículo 130 de la Ley 13/1995, decía así: “ 1. Se considera como contrato de concesión de obras públicas aquel en el que, siendo su objeto alguno de los contenidos en el artículo 120 , la contraprestación a favor del adjudicatario consista en el derecho a explotar la obra o en dicho derecho acompañado del de percibir un precio. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6, el contrato de concesión de obras públicas queda sujeto a las normas de publicidad de los contratos de obras, con las especialidades previstas en el artículo 139. El concesionario deberá ajustarse en la explotación de la obra a lo establecido en el artículo 162. 3. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 15 a 20 en cuanto a capacidad, solvencia y prohibiciones de contratar de los empresarios, los que concurren, individualmente o conjuntamente con otros, a la licitación de una concesión de obra pública podrán hacerlo con el compromiso de constituir una sociedad, que será la titular de la concesión, en el plazo y con los requisitos y condiciones que establezca el pliego de cláusulas administrativas particulares, sin serle de aplicación los límites establecidos en el artículo 282 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre , y en el artículo 185 del Código de Comercio.”

⁶⁷ Según cita la propia Ley 13/2003, las notas fundamentales son: que sea una obra pública, que exista un riesgo concesional, que se dé un equilibrio económico y que exista una diversificación de la financiación.

⁶⁸ Ejemplo de dicha corriente, y claro antecedente de la Ley de concesión de obras públicas, es la aprobación de la Ley 8/1972, anteriormente citada, y relativa a las autopistas de peaje.

El citado anteproyecto fue informado por el Consejo de Estado, el cual emitió Dictamen el 5 de diciembre de 2001.

El Dictamen considera que la “apertura” que realiza el anteproyecto de ley a la noción de concesión de obras públicas desnaturaliza la figura del propio contrato. Razona el Consejo de Estado que siendo la concesión de obras públicas un negocio caracterizado por su objeto, que comprende la construcción, conservación y explotación de la obra pública, y por la forma de financiación, al otorgarse al concesionario el derecho a la explotación de la obra por él construida, la ampliación de cualquiera de estos dos elementos varía la noción del concepto de concesión.⁶⁹ Por ello, en la concesión, resulta esencial que la obra sea susceptible de explotación, lo que se confirma en el hecho de que la Ley 13/03 mantuvo la concesión de las obras de mera explotación.

Esta posición implicó una revisión del artículo 12 del citado anteproyecto, habida cuenta que se refería a un supuesto de contrato de ejecución de obra y conservación de la misma, o sólo de conservación, y no de concesión de obras públicas, al presuponer que la obra no es susceptible de explotación económica.⁷⁰

⁶⁹ El Dictamen del Consejo de Estado de 5 de diciembre de 2001, en las observaciones generales al anteproyecto “considera impertinente la inclusión de una previsión como la del artículo 12.1, que permite la posibilidad de que puedan ser objeto de la concesión de obras públicas la construcción y mantenimiento de una obra “no susceptible de explotación económica”, pues ello, además de constituir en realidad un contrato administrativo de obra (construcción de la obra) y otro de asistencia técnica o de servicios (mantenimiento de la obra), desvirtúa injustificadamente la verdadera esencia y naturaleza de la concesión de obra públicas, corolario de una arraigada tradición jurídica que la configura como instrumento al servicio de la acción administrativa y que ahora se pueden menoscabar.”

⁷⁰ El artículo 12 del anteproyecto decía así: “cuando una obra pública, por su naturaleza y características, no sea susceptible de explotación económica y, por tanto, objeto de concesión, su construcción y conservación, o bien sólo su conservación, podrá ser objeto del correspondiente contrato de ejecución y mantenimiento, o sólo de mantenimiento, de obra pública, pudiendo otorgar como contraprestación la Administración competente por razón de la materia, conforme a la legislación demanial específica de la misma, una

Ciertamente, tal como se ha comentado anteriormente en la aproximación al tema de la naturaleza de los PAUs, la concesión de obras públicas tiene por finalidad la construcción de dichas obras y la explotación de las mismas. Por lo tanto, las obras objeto del contrato deben ser susceptibles de explotación económica.

El origen de la concesión radica en ello: ante la imposibilidad de que una Administración haga frente con sus recursos económicos al coste que implica la construcción de determinadas obras públicas, se opta por la solución de que una vez dichas obras estén construidas, se permita su explotación temporal al contratista con el fin de que éste se resarza de los gastos generados con la construcción realizada. Si la obra pública no es susceptible de generar un rendimiento empresarial, la solución decae y el contrato de concesión carece de justificación.

Finamente, la Ley 13/2003 adopta las recomendaciones realizadas por el Consejo de Estado y considera que las obras públicas que constituyan el objeto de una concesión deberán ser susceptibles de explotación económica.⁷¹

Tal conceptualización se conecta íntimamente con la naturaleza jurídica que la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística otorgará a la figura del

concesión de dominio público en la zona de servicios o en el área de influencia en que se integra la obra".

⁷¹ El apartado III de la exposición de motivos de la Ley 13/2003 dice así: "El apartado 3 da una nueva redacción a la sección II del capítulo I del título I del libro II, introduciendo la modalidad de la financiación de una obra pública mediante una concesión de dominio público. El nuevo artículo 130 acuña, por tanto, una figura nueva de carácter mixto, en virtud de la cual la contraprestación de la Administración por la construcción y mantenimiento, o sólo por el mantenimiento (*el TR de la LCSP no contempla tal mantenimiento*), de la obra consistiría en el otorgamiento de una concesión de dominio público en la zona de servicios o en el área de influencia en que se integra aquélla. No es una concesión de obras públicas de acuerdo con lo dispuesto en esta ley, ya que se parte de la premisa de que la obra no sea susceptible de explotación económica, por lo que se ha optado por su inclusión en el título I del libro II de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, relativo al contrato de obras."

Capítulo primero: Los orígenes del urbanizador hasta la aprobación de la LRAU

urbanizador y que tantas opiniones ha generado, por lo que su mención como antecedente de esta figura es esencial, además de porque del Dictamen del Consejo de Estado, y la supresión del artículo 12, se puede deducir que el urbanizador no es un concesionario de obra pública.

En resumen, tanto los antecedentes denominados “estrictamente urbanísticos” como las leyes de expropiación que permitían la ejecución de obras públicas a cambio de la explotación de los productos que surgiesen, entre los que cabrían incluir los solares resultantes, y las relativas a la concesión, forman parte del ámbito normativo coetáneo o precedente en el que se engendró la figura del agente urbanizador tal como la contempló la Ley autonómica valenciana 6/1994, Reguladora de la Actividad Urbanística.

II. CAPÍTULO SEGUNDO.- LA REGULACIÓN DEL AGENTE URBANIZADOR EN LA LEY DE LA COMUNIDAD VALENCIANA 6/1994, REGULADORA DE LA ACTIVIDAD URBANÍSTICA

II.1 EL AGENTE URBANIZADOR EN LA LRAU: LÍNEA EVOLUTIVA

La situación del panorama urbanístico español anteriormente descrita se prolongó durante la vigencia de la Ley 8/1990¹ y su posterior Texto Refundido en el año 1992.

Durante dicho período, el desarrollo urbanístico en el territorio español fue muy escaso, puesto que la Administración Pública se veía imposibilitada para hacer frente a los gastos que el mismo implicaba.

Es decir, respecto a los sistemas de gestión y ejecución urbanística, ni los ayuntamientos ni los propietarios fueron capaces de asumir el desarrollo urbanístico que demandaba el suelo: la Administración carecía y carece en la actualidad, por regla general, de medios económicos; y la conversión de los titulares de los terrenos en agentes ejecutores de las decisiones públicas fue muy pausada dada la magnitud de los costes de urbanización que se debían asumir.

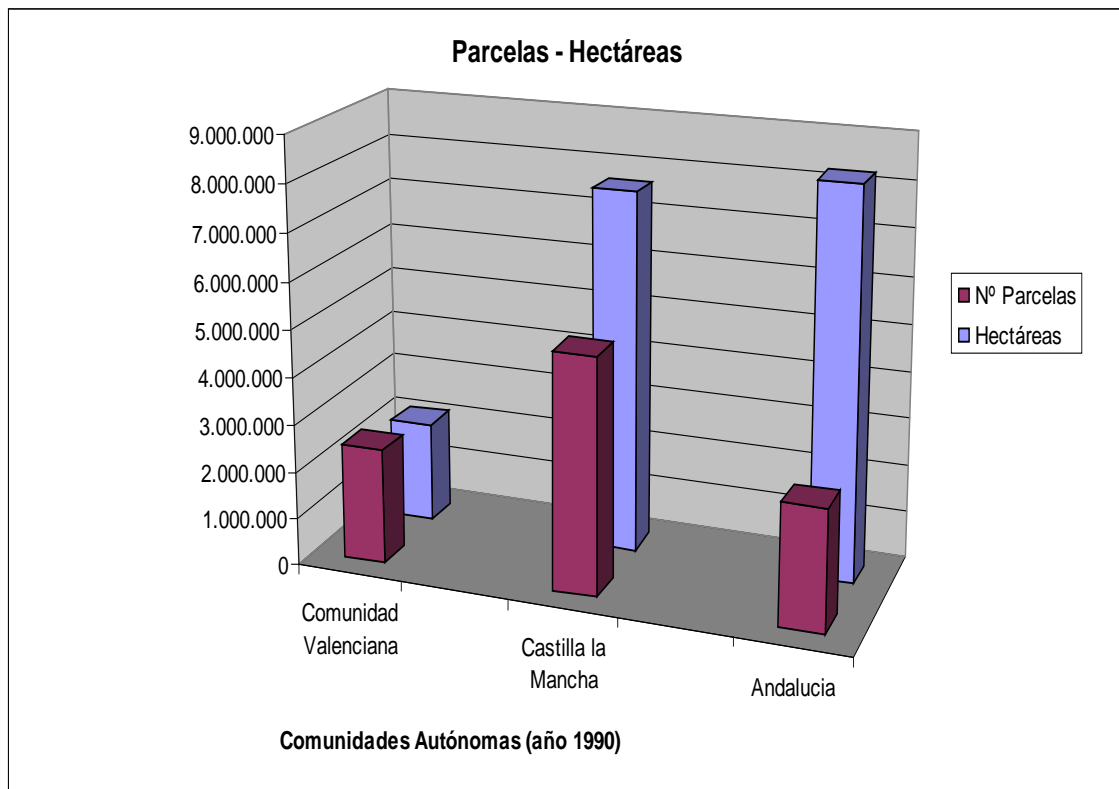
En la Comunidad Valenciana la situación se agravaba si tenemos en cuenta el alto grado de división en que se encontraba fragmentada la propiedad privada.

¹ Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo.

Capítulo segundo: La regulación del agente urbanizador en la Ley de la Comunidad Valenciana 6/1994, Reguladora de la Actividad Urbanística

Si es gravoso transformar en urbanizador a un propietario, la dificultad se multiplica por diez si intentamos convertir en urbanizadores a un grupo de ellos, previo acuerdo entre los mismos, para hacer frente a unos costes de urbanización llevando a cabo un fuerte desembolso económico.

La parcelación del terreno existente durante dicho período queda reflejada en la siguiente gráfica:



El cuadro incorporado nos muestra la diferencia existente entre la Comunidad Valenciana y Castilla La Mancha o Andalucía en los años anteriores a la aprobación de la ley autonómica.

Capítulo segundo: La regulación del agente urbanizador en la Ley de la Comunidad Valenciana 6/1994, Reguladora de la Actividad Urbanística

Mientras que en la valenciana, la ratio entre el número de parcelas y las hectáreas de cada una de ellas era de 0,87 en 1990, en el mismo año, en Castilla La Mancha era de 1,54 y en Andalucía de 3,23, lo que demuestra la complejidad que existía bajo el régimen de la legislación estatal de alcanzar un acuerdo entre los propietarios incluidos en un ámbito, con el fin de convertirlos en urbanizadores a través del sistema de compensación.

Asumidas por la Comunidad Valenciana las competencias relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, el 15 de noviembre del año 1994 se aprobó la Ley 6/94, de la Generalitat Valenciana, Reguladora de la Actividad Urbanística² (en adelante LRAU) con el fin de corregir la inactividad en el desarrollo del terreno.

La nombrada Ley realizó un cambio radical en la situación anteriormente descrita, puesto que instauró en el mundo jurídico la figura del Agente Urbanizador como remedio a la incapacidad gestora de la Administración para llevar a cabo por sí misma las actuaciones urbanísticas.

Se introducía con ello una nueva visión en el urbanismo.

Concretamente, la innovación de la LRAU radicaba en que la condición de agente urbanizador podía ser asumida bien por la Administración; bien por los propietarios agrupados,³ que se colocaban en la posición de un sujeto cuya labor era la gestión y urbanización de un concreto ámbito de actuación; o bien por un tercero totalmente ajeno a la actuación, lo que ampliaba la posibilidad de sujetos que podían ejecutar, y consecuentemente activaba la transformación del suelo.

² Ley 6/1994, de 15 de noviembre, de la Generalitat Valenciana, Reguladora de la Actividad Urbanística (DOGV núm. 2.394, de 24 de noviembre de 1994).

³ Los propietarios podían asociarse en una Agrupación de Interés Urbanístico, no siendo necesaria la incorporación a la misma de todos los afectados por un determinado ámbito de actuación.

El esquema era muy sencillo: la Administración autorizaba a que un sujeto, denominado agente urbanizador, llevase a cabo la urbanización de los terrenos, a cambio de recibir de los propietarios afectados el pago por la obra realizada, la cual se podía realizar bien en metálico, bien en especie.

Es decir, la gestión y ejecución del suelo se podría realizar, a partir de la aprobación de dicha Ley, a través del agente urbanizador, el cual asumiría la iniciativa del desarrollo y la responsabilidad de llevar a cabo la actuación urbanística, financiando y garantizando la elaboración de las obras.

El legislador autonómico valenciano consideró la actividad urbanística como un complejo entramado de actuaciones de diversa significación y alcance que, en aquel momento, se resumían bajo el concepto de “*función empresarial*”.⁴

Además de ello, la LRAU clasificó las actuaciones urbanísticas en dos tipos: actuaciones aisladas y actuaciones integradas. Según el artículo sexto de dicho texto legal⁵, mientras que las primeras de ellas tenían por objeto una sola

⁴ La propia Exposición de Motivos de la citada LRAU disponía: “La actividad urbanística es una función pública cuya responsabilidad debe reclamarse de los poderes públicos y no a los propietarios de terrenos. Esa función pública requiere una inversión económica importante y una actividad gestora de dicha inversión. Por tanto, sin perjuicio de su carácter público, es también una típica función empresarial.”

⁵ Artículo 6 de la LRAU:

“2. la actividad urbanística de ejecución del planeamiento se realiza en uno de estos dos regímenes: Actuaciones Aisladas o Actuación Integradas.

3. Se considera Actuación Integrada la obra pública de urbanización conjunta de dos o más parcelas, realizada de una sola vez o por fases, conforme a una única programación. El Plan preverá la ejecución

El Plan preverá la ejecución de Actuaciones Integradas en aquellos terrenos que pretenda urbanizar y cuya conexión a las redes de servicio existentes: A) Exija producir dos o más solares simultáneamente transformando suelo que tenga pendiente la implantación de servicios, o B) Requiera ocupar un terreno de dimensiones iguales o mayores a las reguladas en el artículo 20 de la Ley del Suelo No Urbanizable, de la Generalidad, con el fin de transformarlo produciendo uno o vario solares, o C) Se estime más oportuno ejecutar

parcela, y suponían su edificación, así como en su caso, *la previa o simultánea urbanización precisa para convertirla en solar conectándola con las redes de infraestructuras y servicios existentes e inmediatas*; las actuaciones integradas consistían en la obra pública de urbanización conjunta de dos o más parcelas, realizada de una sola vez o por fases, conforme a una única programación.

Junto a la señalada diferenciación, el artículo séptimo del citado cuerpo normativo ofreció dos modos de gestionar las actuaciones integradas partiendo de la consideración de que la ejecución de las citadas actuaciones integradas es siempre pública. Dichos modos consistían en la gestión directa y en la gestión indirecta.

La gestión directa es aquella en la que la totalidad de las obras e inversiones que comporta la actuación son financiadas con fondos públicos, y gestionadas por los entes o empresas de la Administración.

La gestión es indirecta cuando la Administración delega la condición de agente urbanizador mediante la adjudicación, a favor de una iniciativa

mediante Actuaciones Integradas para asegurar una mayor calidad y homogeneidad en las obras de urbanización.

4. Las parcelas sujetas a una Actuación Integrada serán solar cuando, además de contar con los servicios expresados en el número 1 anterior, estén ejecutadas las infraestructuras mínimas de integración y conexión de la Actuación con su entorno territorial, estipuladas al programar aquélla.

5. Actuación Aislada es la que tiene por objeto una sola parcela y supone su edificación, así como, en su caso, la previa o simultánea urbanización precisa para convertirla en solar conectándola con las redes de infraestructuras y servicios existentes e inmediatos.

El Plan, siempre que respete las limitaciones impuestas por el número 3 anterior, podrá prever la ejecución de Actuaciones Aisladas para completar la urbanización de los terrenos que estime oportuno y preferible someter a este régimen, cuando ello sea posible sin menoscabo de la calidad y homogeneidad de las obras de infraestructura correspondiendo. En particular, el Plan podrá prever que se complemente mediante Actuaciones Aisladas la urbanización parcialmente existente en manzanas o pequeñas unidades urbanas equivalentes donde, al menos, alguna de sus parcelas características ya sea solar.”

empresarial seleccionada en pública competencia, de un Programa para el desarrollo de una Actuación Integrada.⁶

En cuanto al sistema de selección del agente urbanizador, su regulación se hallaba en los artículos 44 a 52 de la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística.

El agente urbanizador era seleccionado por la Administración entre aquellos sujetos que habían presentado una Alternativa Técnica para el desarrollo de la actuación, o al menos una propuesta económica a alguna de las Alternativas Técnicas presentadas.⁷

Para abrir el proceso de selección, además de una decisión municipal de oficio que iniciase el expediente, cualquier sujeto interesado podía presentar

⁶ Esta afirmación debe entenderse en términos generales, dado que se pueden dar otras circunstancias que quiebren con la misma. Hablamos de los contratos *in house providing* y las sociedades de economía mixta. En los llamados contratos internos se excluye la aplicación de la normativa de contratación europea cuando se dan dos circunstancias: que la autoridad pública ejerza sobre la entidad contratista un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y que esta última realice la parte esencial de su actividad junto con la autoridad. Pues bien, este supuesto se excepciona, según la jurisprudencia del TJCE en las sociedades de economía mixta. (Sentencias del TJCE de 10 de noviembre de 2005, Comisión contra Austria, Asunto C-29/2004; o de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, Asunto C-26/2003), por lo que en el caso de que la posición del urbanizador fuese adquirida por una de estas sociedades de economía mixta, nos encontraríamos ante una gestión indirecta.

⁷ Los Programas para el desarrollo de Actuaciones Integradas contenían dos tipos de documentación: por una parte, la denominada Alternativa Técnica y por otra, la proposición jurídico-económica. Ambos documentos se presentaban en momentos temporales diferentes puesto que la Alternativa Técnica, bien abría el período de información pública, bien se presentaba en competencia mientras que transcurría ésta última; y la proposición jurídico económica se presentaba en un sobre cerrado en los cinco días siguientes al vencimiento del plazo anterior, es decir del período de información pública incluida prórroga si la hubiese.

Los aspirantes a urbanizador podían presentar, durante los plazos previstos al efecto, Alternativas Técnicas como proposiciones jurídico económicas en competencia, siendo posible la presentación de una proposición jurídico económica sin necesidad de redacción por el mismo sujeto de Alternativa Técnica, y permitiéndose con ello las llamadas propuestas cruzadas, en las que se redactaba una proposición jurídico económica respecto a la Alternativa Técnica presentada por un sujeto competente.

una propuesta de programa ante el Ayuntamiento solicitando su sometimiento a información pública e iniciando así un nuevo expediente de programación.

El Alcalde, ante la solicitud planteada, podía:

- i. proponer al Ayuntamiento la desestimación de la petición, obviamente dando razones justificadas para ello,
- ii. o someterla a información pública, a través de un anuncio en el DOGV, en un diario de información general y de un previo aviso a los titulares catastrales afectados por la actuación.

Una vez que la propuesta era sometida a información pública por el período de un mes, cualquier persona podía formular alternativas técnicas en competencia, con el fin de aspirar a la condición de urbanizador.

Además de ello, cabía la posibilidad, durante el plazo establecido al efecto, de presentar una proposición jurídico-económica a cualquiera de las Alternativas Técnicas presentadas y sometidas a información pública sin necesidad de redactar una propia.

Transcurridos los plazos de presentación de propuestas, así como de formulación de proposiciones jurídico-económicas, el Ayuntamiento decidía acerca de la programación del ámbito, bien rechazando todas las iniciativas presentadas⁸, bien adjudicando la ejecución del programa a favor de quien hubiera formulado la propuesta más adecuada en atención a los criterios recogidos en el apartado dos del artículo 47 de la LRAU.⁹

⁸ Pese al afán de urbanizar existente en la Comunidad Valenciana durante el período de la LRAU, son numerosas las ocasiones en las que los Ayuntamientos decidieron rechazar todas las iniciativas presentadas, y ejemplo de ello lo encontramos en las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de 30 de mayo de 2008 (EDJ 2008/159725), y 15 de diciembre de 2006 (EDJ 414960).

⁹ Artículo 47 de la LRAU: "Aprobación y adjudicación.

Estos criterios: plazos de desarrollo más breves, compromisos más rigurosos, prestación de mayores garantías, compromiso de un beneficio empresarial más proporcionado, un menor precio económico, etc... resultaban ser las herramientas a través de las cuales los Tribunales podían controlar la actuación de la Administración comprobando si su decisión había sido o no conforme a la Ley.

Un ejemplo de dicho control lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 27 de abril de 2001 (Recurso 1650/1997).¹⁰ En este

(...) 2. El mismo acuerdo podrá adjudicar, motivadamente, la ejecución del programa aprobado en favor de quien hubiera formulado la proposición jurídico-económica y asumido la alternativa técnica más adecuada para ejecutar la actuación.

Se preferirá la alternativa que proponga un ámbito de actuación más idóneo u obras de urbanización más convenientes; la que concrete y asuma las más adecuadas calidades de obra para su ejecución; así como la proposición que se obligue a plazos de desarrollo más breves o a compromisos más rigurosos; la que preste mayores garantías efectivas de cumplimiento; la que comprometa su realización asumiendo, expresa y razonadamente, un beneficio empresarial más proporcionado por la promoción y gestión de la actuación; o la que prevea justificadamente, para unas mismas obras, un menor precio máximo para efectuarlas sin mengua de su calidad. Complementariamente se preferirá la proposición que oferte más incentivos, garantías o posibilidades de colaboración de los propietarios afectados por la actuación, para facilitar o asegurar su desarrollo, salvo que aquellos que pretendan arbitrar a costa del interés público.”

¹⁰ En la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 27 abril 2001. Ponente: Luis Manglano Sala; el Tribunal, tras analizar las alternativas técnicas y las propuestas jurídico-económicas y tomar en consideración el informe de los servicios técnicos municipales y la pericial practicada, llega a la conclusión que la decisión adoptada por el Ayuntamiento resulta injustificada.

En apoyo a tal posición, realiza una comparativa entre ambas propuestas analizándolas en detalle y así, por ejemplo, en relación a la propuesta jurídico-económica, se detiene tanto respecto a los valores y porcentajes de la retribución que percibirá el agente urbanizador, como en la no aportación de estudios o cálculos que permitan definir tal retribución, como la necesidad de valorar la proporcionalidad de tal retribución, en el valor del suelo bruto inicial, en el coste de la urbanización

Ocurre lo mismo respecto a la alternativa técnica puesto que consideran que no se ha presentado un documento sustancialmente distinto al de su oponente incumpliendo así el compromiso adquirido ante el Ayuntamiento para obtener prórroga, etc..

Es decir, el Tribunal analiza cada uno de los aspectos que componen los criterios establecidos por la norma para la selección del urbanizador, concluyendo que han sido

asunto, como en muchos otros conocidos por los órganos judiciales, el Tribunal alcanza su decisión analizando la motivación realizada por la Administración a través de un estudio de los criterios establecidos en el citado artículo cuarenta y siete.¹¹

Además del inicio de programación a través de la presentación de una propuesta ante el Ayuntamiento acompañada de la solicitud de sometimiento a información pública, la LRAU regulaba la posibilidad de eliminar dicho trámite, siendo el propio aspirante a urbanizador el que sometiera la Alternativa Técnica a exposición pública a través de un “procedimiento simplificado”¹² que se tramitaba en una Notaría.

incumplidos y controlando por ello la selección del agente urbanizador llevada a cabo por la Administración.

¹¹ Son muchas las Sentencias dictadas por el TSJ de la Comunidad Valenciana en este aspecto, y ejemplo de ello lo encontramos en las Sentencias de 14 de marzo de 2007, de 28 de julio de 2006 (EDJ 2006/381452), de 1 de febrero de 2006 (EDJ 2006/2522442), 2 de enero de 2006 (EDJ 2006/51541) y 10 de enero de 2005(EDJ 2005/323401), en las que se analiza, a través de los criterios previstos por la norma, si la adjudicación realizada por el Ayuntamiento es acorde a Derecho o no.

¹² Artículo 48 LRAU: “Simplificación del procedimiento a instancia de un particular.

1. Los particulares que formulen una alternativa técnica de programa y pretendan su ejecución, podrán obviar las actuaciones reguladas en el artículo 45 dando cumplimiento a lo siguiente:
 - A) Depositarán una copia de la alternativa ante el Ayuntamiento, acompañada, en su caso, de los proyectos de planeamiento y gestión urbanística que la complementen.
 - B) Protocolizarán la alternativa y los proyectos que la acompañen mediante acta, autorizada por Notario con competencia territorial en el municipio afectado.
 - C) La expondrán al público con sus propios medios, publicando anuncios en la forma exigida para los edictos municipales por el artículo 46.3, si bien, antes de ello, deberán remitir los avisos regulados en ese mismo precepto. Estos y aquéllos expresarán claramente: El objeto y características esenciales de su iniciativa; la notaría donde estén protocolizados los documentos que la comprenden; los datos que permitan identificar el ejemplar depositado ante el Ayuntamiento; la advertencia de que, dentro del plazo de veinte días contados desde la publicación del último anuncio, cualquier persona podrá comparecer en dicha notaría para obtener copia del acta a que se refiere el precedente apartado B) o solicitar que se le exhiba la misma. Asimismo se hará constar la posibilidad de consultar en el Ayuntamiento las actuaciones derivadas de la documentación depositada en éste y de presentar ante él, para su incorporación a

Siempre en pro de agilizar el proceso de desarrollo, se concedía la posibilidad de iniciar un procedimiento sin la intervención activa de la Administración, que se limitaba a tener conocimiento de la tramitación iniciada.

En mi opinión, el uso de esta opción, prevista por la LRAU, dejaba en manos de la iniciativa privada la función pública del urbanismo, con el riesgo de que el desarrollo del suelo respondiese a la ambición de las empresas urbanizadoras y no al interés general.¹³ Ello, junto al hecho, al igual que ocurría con otros aspectos previstos por la Ley, de que tal procedimiento simplificado coartase cualquier signo de libre competencia e igualdad de oportunidades. Si uno de los aspirantes a urbanizador había redactado su propuesta a través de un adecuado estudio, para el que había disfrutado de tiempo suficiente, por lógica dicha propuesta sería más oportuna que el resto, propondría un presupuesto económico más preciso y se adaptaría mejor a las circunstancias exactas del ámbito que sus competidoras, las cuales disponían de un tiempo muy limitado para realizar la misma labor.

Por último, especial mención dentro de este procedimiento requiere el régimen de la llamada “adjudicación preferente”.

las mismas, tanto las alegaciones como alternativas técnicas que pretendan competir con la expuesta al público, así como proposiciones jurídico-económicas para ejecutar cualquiera de las alternativas.”

¹³ El interés general exige que la iniciativa del planeamiento sea de una Administración Pública, siendo esto compatible con no excluir a la propiedad. En todo caso, abrir la opción a otros sujetos resulta contrario a los principios de concurrencia y competencia (Sentencia del TJCE de 3 de mayo de 2005, Fabricom). En el caso de sujetos públicos distintos del Ayuntamiento, no existe infracción de la libre competencia porque en su actuación está implícito el interés general. (Art. 106.2 Tratado sobre el Funcionamiento de la UE, consolidados según Tratado de Lisboa).

Su regulación, en el artículo 50 de la LRAU¹⁴, permitía aventajar una propuesta sobre las demás siempre que se cumplieran determinados requisitos.

De este modo, una proposición original y propia, que se hubiese ofrecido ejecutar en un plazo inferior a tres años, podía solicitar una adjudicación preferente si:

- se acompañaba de un proyecto de reparcelación que estuviese en condiciones de ser aprobado junto al Programa, para todos los terrenos afectados y suscrito por sus propietarios;

- o bien de un proyecto de urbanización, en condiciones de ser aprobado junto al Programa, refrendado o concertado con una Agrupación de Interés Urbanístico

¹⁴ Artículo 50 LRAU: "Régimen de adjudicación preferente.

1. El régimen de adjudicación preferente tiene por objeto fomentar la elaboración de iniciativas de programas por los particulares e incentivar su inmediata ejecución. Para su aplicación es imprescindible que quien lo solicite haya presentado una alternativa técnica de programa propia y original y que se ofrezca a ejecutarla en plazo inferior a tres años.

Se puede solicitar la adjudicación preferente a favor de:

A. La proposición que se acompañe de alternativa técnica con proyecto de reparcelación, en condiciones de ser aprobado junto al programa, para todos los terrenos afectados, suscrito por sus propietarios.

B. La proposición acompañada de proyecto de urbanización, susceptible de aprobarse junto al programa y refrendada o concertada con una Agrupación de Interés Urbanístico, cuyos estatutos y acuerdos sociales serán expuestos al público junto a la correspondiente alternativa.

3. Las iniciativas de programa que satisfagan los requisitos de los números anteriores tendrán preferencia en la adjudicación respecto a las que -sin cumplirlos- pretendan competir con ellas. Si concurren varias iniciativas que reclaman fundadamente la adjudicación preferente, tendrá preferencia la que se promueva para una sola unidad de ejecución -según delimitación ordenada por el planeamiento ya previamente vigente- respecto a la que pretenda abarcar un ámbito distinto o mayor. No obstante, si la alternativa de programa que reclame la adjudicación preferente conlleva propuestas complementarias de aprobación de otros planes o de modificación de los vigentes, se podrá adjudicar el programa a tercero que propugne desarrollar mejor alternativa de planeamiento."

Capítulo segundo: La regulación del agente urbanizador en la Ley de la Comunidad Valenciana 6/1994, Reguladora de la Actividad Urbanística

Lo descrito hasta ahora nos refleja con claridad el objeto para el que fue creado la LRAU, el cual consistía en ofrecer una mayor cantidad de suelo urbanizado, y consecuentemente una bajada del precio de la vivienda, así como facilidades a los propietarios para que se animasen a participar en el desarrollo del suelo.¹⁵

No obstante, el afán por lograr su objetivo hizo que se descuidasen otros aspectos, relativos al encaje de la nueva figura en el Ordenamiento Jurídico.

Si hasta ese momento, no se habían relacionado los sistemas de actuación en el urbanismo – compensación, cooperación y expropiación – con la legislación de contratos, ahora nos encontrábamos con un nuevo sujeto que, tal como se desarrollará, debía respetar no solo la legislación urbanística sino también la de contratación pública y el resto del Ordenamiento Jurídico con su sistema de competencias.

Sea como fuere, el agente urbanizador originó un gran cambio en la legislación dedicada al urbanismo puesto que supuso el rápido desarrollo de ciudades y municipios y la gestión de terrenos que, de otro modo, hubiesen quedado totalmente improductivos a todos los niveles.

¹⁵ La Exposición de Motivos de la LRAU era ejemplar respecto a los objetivos de la LRAU: “El propósito central de la gestión urbanística debe ser mejorar la calidad de vida ciudadana en términos compatibles con el fomento del desarrollo económico comunitario. Si ello se consigue haciendo, además, justicia a los propietarios tanto mejor. Pero excede toda razón confundir lo adjetivo con lo sustantivo y los modos de la acción pública con sus fines propios.”

II.2 LA NATURALEZA JURÍDICA DEL AGENTE URBANIZADOR EN LA LRAU

II.2.1 Planteamiento

Retomando lo dicho en apartados anteriores, la creación de la figura del agente urbanizador superó el estancamiento del modelo tradicional de la gestión urbanística, al reconocer su iniciativa a un tercer sujeto distinto del propietario del suelo.

No obstante, la nueva figura debía encajar en el marco normativo existente, y su creación originó la cuestión relativa a cuál era la naturaleza jurídica de la relación que unía a la misma con la Administración.

Dicha cuestión va unida a los conflictos entre los intereses públicos y privados que han surgido en el urbanismo actual y que ya se han anticipado anteriormente. Los extremos de las fases para el desarrollo y gestión del suelo están claras: el planeamiento es una actividad estrictamente pública, mientras que la edificación se define como privada; pero ¿qué ocurre en ese intermedio en el que participan tanto la Administración, los propietarios, como el agente urbanizador?.

La participación, bien de los propietarios, bien de empresarios ajenos a la propiedad en la actividad urbanística, ¿debía adaptarse a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas y a sus exigencias de publicidad y concurrencia?

Según la propia LRAU citaba en el apartado decimotercero de su artículo veintinueve, la respuesta era no.¹⁶ Dicho precepto nos expresaba que las

¹⁶ Artículo 29.13 LRAU: "Las relaciones derivadas de la adjudicación del Programa se regirán por las normas rectoras de la contratación administrativa en lo que éstas no contradigan lo

relaciones entre la Administración y el Agente Urbanizador se regirían por la propia Ley, y en su defecto, siempre que no resultasen incompatibles con la misma, por las normas rectoras de la contratación administrativa.

Es decir, la propia Ley 6/94 intentó desvincular la figura del urbanizador de la normativa de contratación de las Administraciones Públicas.

Los primeros comentarios realizados sobre la LRAU, elaborados principalmente por sus autores materiales, alejaron la figura del agente urbanizador de la normativa de contratación pública.

En este sentido, Gómez Ferrer¹⁷ consideraba que la relación Administración – agente urbanizador se enmarcaba dentro del denominado “contrato administrativo especial” al que hacía referencia el artículo quinto de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobada en el año 1995¹⁸ (en adelante LCAP).

El citado artículo quinto, que delimitaba el carácter administrativo y el privado de los contratos en los que participaba la Administración, disponía en su apartado 2.b) que se considerarían contratos administrativos aquellos que pese a poseer un objeto distinto de los que podríamos denominar “típicos” - ejecución de obras, gestión de servicios públicos y realización de suministros, de consultoría y asistencia o de servicios - tuviesen naturaleza administrativa por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración

dispuesto por esta Ley ni sean incompatibles con los principios de la misma en los términos que reglamentariamente sean desarrollados.”

¹⁷ GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: *Comentarios a la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística*. Valencia: Generalitat Valenciana, Conselleria d'Obres Publiques, Urbanismo i Transports, 1995. Pág. 205. En dicha obra, Gómez- Ferrer definía al Agente Urbanizador: “como una especie de concesionario del sistema de cooperación, que va a gestionar a costa de los propietarios la obra urbanizadora, la equidistribución de beneficios y cargas y las correspondientes cesiones.”

¹⁸ Artículo 5 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE 19 de mayo de 1995, núm. 119).

contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o por declararlo así una ley.

La LRAU nos hacía entender, aunque no de forma explícita, que la relación que unía al agente urbanizador con la Administración era precisamente este contrato especial; puesto que poseía carácter administrativo, dado que satisfacía de modo directo e inmediato un fin público y específico de la Administración, cual es la realización de la obra pública urbanizadora, y “especial”, puesto que no se identificaba plenamente con los denominados contratos típicos y por ello la normativa aplicable sobre el mismo se encontraba en la propia Ley.

De conformidad con ello, y en aplicación del mandato previsto en el artículo séptimo del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000 (TRLCAP), la LRAU concluía que la relación – contrato entre la Administración y el agente urbanizador - se debería regir en primer lugar por sus propias normas, y posteriormente por la legislación de contratos¹⁹.

En mi opinión, y con independencia que a continuación se realice un estudio de tal cuestión, es obvio que el legislador valenciano intentó desvincular al agente urbanizador de la normativa nacional de contratación.

¹⁹ En este sentido, la normativa que GÓMEZ-FERRER en *Comentarios a la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística*, op. cit., págs. 210-211, consideraba aplicable en la regulación del agente urbanizador era:

- “En primer lugar, por sus propias normas, con carácter preferente; es decir, por la LRAU y sus normas de desarrollo.
- En segundo término, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y sus disposiciones de desarrollo.
- A continuación, por las restantes normas de derechos administrativo, y, en su defecto por las normas de Derecho privado.”

El espíritu de la Ley, de acelerar el proceso urbanizador, hizo introducir en el procedimiento de selección del agente urbanizador algunos aspectos como la presentación y sometimiento a información pública de la propuesta a través de un procedimiento notarial, o el régimen de la adjudicación preferente, que resultaban totalmente incompatibles con los principios de la contratación pública.²⁰

Es cierto que no existía una identificación plena con los llamados contratos típicos que entonces regulada la LCAP. No obstante, el introducir algunas especialidades respecto a los contratos típicos no suponía poder eludir la normativa pública contractual.

La vinculación adoptada por la LRAU respecto a la normativa de contratación resultaba tan débil que surgieron numerosas opiniones doctrinales en relación a cuál era la naturaleza jurídica del urbanizador y consecuentemente la regulación aplicable al mismo.

Como a continuación se analizará, la relación entre el agente urbanizador y la Administración fue calificada como un convenio urbanístico, un contrato de obras públicas, un contrato de concesión de obras públicas, un contrato de concesión de servicios, y por supuesto, un contrato administrativo especial. Opiniones de muy diferente valoración que confirman que nos hallamos ante una cuestión muy debatida y que la posición adoptada por la LRAU en este aspecto no había sido adecuadamente razonada.

²⁰ El régimen de la adjudicación preferente de la LRAU confundía el derecho de los propietarios con los principios de contratación. No había un derecho preexistente para la adjudicación de los propietarios; lo que existía era una preferencia en la adjudicación del contrato y ello resultaba incompatible con la normativa de contratación pública.

Estas cuestiones debilitaron poco a poco la credibilidad de la LRAU, que fue puesta en tela de juicio, no sólo ante los Tribunales españoles, sino también a nivel europeo.

La aplicación de la LRAU hizo que su práctica afectase a numerosos propietarios, que veían cómo a través de un procedimiento muy acelerado, que apenas salvaguardaba sus derechos, estaban obligados a pagar unos costes de urbanización, generalmente muy elevados.

Además de ello, la inclusión de un determinado terreno en un ámbito de actuación para su posterior desarrollo implicaba que dicha propiedad debía ceder parte de su suelo con el fin de hacer frente a los deberes urbanísticos que le correspondían. Esta particularidad, es decir la obligación de ceder suelo, era de difícil comprensión para los propietarios que habían considerado hasta ese momento que su propiedad era ilimitada²¹, situación que se agravaba

²¹ En relación al contenido del derecho de propiedad, SÁNCHEZ GOYANES, E. en *Ley de Suelo: comentario sistemático de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo*, El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, S.A. (La Ley), Madrid, 2007, pág. 110, comenta que tanto la LS de 1998, como de 2007 asumen los fundamentos teóricos e ideológicos del vigente Derecho Urbanístico estatal: “La propiedad inmobiliaria es una propiedad estatutaria, es decir, que está integrada por las concretas facultades señaladas por la ordenación urbanística. Si ésta no reconoce a un terreno la aptitud para servir de soporte a aprovechamientos urbanísticos, no está restringiendo el contenido esencial de la propiedad inmobiliaria porque ésta solo tiene como aprovechamiento natural o inherente a ella el de carácter cinegético, ganadero, agrícola o forestal (u otros vinculados a la utilización racional de los recursos naturales) y éste definirá el contenido normal de la propiedad. (Art. 20 LS 98; artículo 13 LS 07) En segundo lugar, y consecuentemente, la «ordenación del uso de los terrenos y construcciones establecida en el planeamiento no conferirá derecho a los propietarios a exigir indemnización, salvo en los casos expresamente establecidos en las Leyes» (art. 1.2 LS98; art. 3.1.1º LS 07), porque, antes de esa ordenación, no hay per se derechos a aprovechamientos que no sean los vinculados a la utilización racional de los recursos naturales y, después de esa ordenación, solo podrá haber derechos en los términos que la misma venga a establecer, porque ella define el estatuto de cada propiedad inmobiliaria. El ius aedificandi se disocia de las facultades propias del titular dominical y solo se convierte en un derecho susceptible de apropiación por aquél, patrimonializable, si el planeamiento así lo permite para determinadas clases de terrenos.”

cuando dichos sujetos eran originarios de otros países y tenían un desconocimiento absoluto del sistema urbanístico español.

A pesar de que estos aspectos resultaron ignorados en un principio por las autoridades locales y autonómica, el carácter turístico de la Comunidad Valenciana y el hecho de constituir la residencia de numerosos extranjeros, hizo que finalmente las peticiones alcanzasen el Parlamento Europeo, el cual se manifestó acerca de las mismas en el Informe de 5 de diciembre de 2005, también conocido como Informe Fourtou²², con una posición negativa hacia la LRAU. Todo ello hizo que Europa pusiese un punto de atención en nuestra legislación urbanística y se plantease su conformidad con las Directivas Comunitarias de contratación pública.

En resumen, las voces levantadas por los propietarios – principalmente extranjeros – ante Europa que, de rebote plantearon el encaje del procedimiento de selección de agente urbanizador en las Directivas Comunitarias de contratación, y el problema de conciliación de la figura del urbanizador en la normativa nacional de contratación pública, aceleraron el proceso del fin de la LRAU.

De todos modos, si bien es cierto que el encaje de la LRAU en el Ordenamiento fue polémico, el resultado práctico de la Ley fue acallando tales contiendas hasta el momento en el que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas adoptó la famosa Sentencia conocida como de la Scala de Milán y abrió la caja de Pandora.

²² El Informe de 5 de diciembre de 2005 fue elaborado por la eurodiputada francesa Janelly Fourtou, y como posteriormente se comentará, se basa en una visión totalmente desenfocada de la realidad.

II.2.2 La Sentencia de 12 de julio de 2001, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Si las primeras “opiniones” acerca de la necesidad de que la relación entre la Administración y el agente urbanizador respetase la normativa de contratos fueron parcialmente desplazadas, entre otras cosas por el éxito de la LRAU, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de julio de 2001²³ reavivó la polémica cuestión.

El Ayuntamiento de Milán aprobó, por acuerdo núm. 82/96, un programa de obras que incluía diversas operaciones bajo la denominación de “proyecto Scala 2001”.²⁴

²³ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas Luxemburgo (Sala Sexta), de 12 de julio de 2001. Asunto C-399/1998, Ordine degli Architetti y otras personas v. Comunes di Milano. Ponente: V. Skouris (Referencia Westlaw: TJCE 2001\194)

²⁴ Como consecuencia de dicho acuerdo, el citado Ayuntamiento adoptó un convenio con las entidades Pirelli y MCS con el fin de que el desarrollo de dicho programa se ejecutase del siguiente modo:

Pirelli , como propietario privado urbanizador asumiría los gastos inherentes a la coordinación de las fases del proyecto preliminar, del proyecto definitivo y del proyecto de ejecución, así como la fase de realización de las operaciones de restauración del Teatro alla Scala.

MCS, en calidad de mandataria de los promotores del proyecto de urbanización, construiría en la zona afectada por la urbanización el Teatro alla Bicocca. (La legislación italiana exige que toda actividad que implique una transformación urbanística e inmobiliaria del territorio conlleve una participación en los gastos correspondientes que se puede materializar bien en la ejecución directa de la obra de urbanización, bien en una contribución proporcional a los gastos de urbanización. En aplicación de dicha exigencia, Pirelli, como propietario de los terrenos asumía los gastos y MCS ejecutaba la construcción de la estructura exterior del nuevo Teatro alla Bicocca.

El acondicionamiento interior del teatro correría a cargo del Ayuntamiento, que lo realizaría a través de un procedimiento de contratación pública.

A través de dichas operaciones, el citado ayuntamiento convino con dos empresas privadas la realización de las operaciones de restauración del *Teatro alla Scala* y la urbanización de su entorno, todo ello de acuerdo con la normativa nacional vigente en su momento. El convenio fue impugnado, al no haber sido precedido por un procedimiento de pública concurrencia.

Interpuestos dos recursos de anulación, el "*Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia*" dudó acerca de si la actuación analizada debía respetar las normas comunitarias relativas a la realización de una obra pública, al considerar que la construcción del Teatro *alla Bicocca* se trataba realmente de una obra pública.

La consecuencia del nacimiento de dicha interrogación, condujo al Tribunal italiano a plantear dos cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la interpretación de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras²⁵.

El artículo primero de la Directiva 93/37/CEE (hoy 2004/18/CE), establecía que deben entenderse por contratos públicos de obras, aquéllos que:

- posean carácter oneroso,
- sean celebrados por escrito
- se celebren entre un contratista, por una parte, y un poder adjudicador por otra,

²⁵ Directiva Comunitaria 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras. Actualmente dicha norma se encuentra derogada por la Directiva 2004/18/CE.

- tengan por objeto bien la ejecución, bien conjuntamente la ejecución y la redacción del proyecto de obras relativa a una de las actividades de construcción e ingeniería civil o de una obra, que sea el resultado de un conjunto de obras de construcción o de ingeniería civil destinada a cumplir por sí misma una función económica o técnica; bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador.

Para todos aquellos contratos que cumpliesen tales requisitos y fuesen calificados como de obra pública, la Directiva Comunitaria, en aplicación de los principios de contratación pública, exigía que su adjudicación fuese realizada a través de un procedimiento en el que se respetasen los principios de publicidad, transparencia y concurrencia.

Analizada la situación, el Tribunal de Justicia confirmó que el convenio suscrito por el Ayuntamiento de Milán constituía un contrato de obra pública, concluyendo por ello en la existencia de un incumplimiento de la Directiva Comunitaria y de los principios de contratación (incumplimiento de publicación de anuncio en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas)²⁶.

Para alcanzar dicha conclusión, consideró que por una parte, el titular de una licencia o de un plan de urbanización no efectúa ninguna prestación a título gratuito, puesto que queda liberado de una deuda del mismo valor; mientras

²⁶ El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas resolvió:

“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 adecuada por la concesión de la licencia, cuando el valor de dicha obra sea igual o superior al umbral fijado por la Directiva.”

que por la otra parte, la Administración, al aceptar la realización directa del propietario, renuncia al importe adeudado en concepto de retribución²⁷. También se concluyó que era un contrato de obras, a pesar de que la legislación italiana imponía la ejecución de las obras a determinado sujeto.

Como se ha dicho anteriormente, el pronunciamiento del TJCE en la Sentencia de la Scala fue analizado profusamente²⁸, y las críticas que se realizaron a la misma giraron en torno principalmente a dos cuestiones: la primera de ellas, relativa al carácter oneroso de los contratos públicos de obras; y la segunda, relativa a la extrapolación de las Directivas comunitarias a situaciones particulares de propiedad.

En relación a dichas cuestiones, debe tenerse en cuenta que en la legislación lombarda, era el propietario de los terrenos quien costeaba y

²⁷ Apartado 84 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de julio:

“(...) el titular de una licencia urbanística o de un plan de urbanización aprobado que realiza las obras de urbanización no efectúa ninguna prestación a título gratuito, puesto que queda liberado de una deuda del mismo valor, salvo que exista complemento en dinero, de la que es acreedor el Ayuntamiento, a saber, la contribución a las cargas de urbanización, sin que el carácter alternativo de la obligación, contribución en dinero o la ejecución directa de las obras, permita diferenciar su causa dependiendo del procedimiento de ejecución escogido (o preestablecido por el legislador).”

²⁸ Abundante han sido los estudios realizados sobre la Sentencia del Tribunal de Justicia del Teatro de la Scala, de 12 de julio de 2001, y ejemplo de ello lo encontramos en: TEJEDOR BIELSA, J.C., “Contratación de la obra pública urbanizadora y sistema de compensación. La STJCE de 12-7-01”, en *REDA*, 112, 2001, pág. 597 y ss.; LORA-TAMAYO VALLVÉ, M., “Ejecución de obra urbanizadora y Derecho Comunitario (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de julio de 2001 del Teatro de la Escala)”, en *RAP*, 159, 2002, pág. 257 y ss.; PARDO ALVAREZ, M., “El derecho a urbanizar: ¿sumisión a la Ley de contratos?”, *RDUMA*, nº 198, 2002, pág. 11 y ss.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “La STJE de 12-7-01 (Asunto *Proyecto Scala 2001*) y su impacto en el ordenamiento jurídico español”, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, año XI, nº 505, 25-10-01, pág. 4; GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., “Los convenios urbanísticos y el Derecho Comunitario europeo: la STJCE de 12-7-01”, en *RDUMA*, 197, 2002, pág. 97 y ss.; BAÑO LEÓN, J.M., “El mercado público de las obras de urbanización: notas sobre las consecuencias de la sentencia Scala 2001”, en *Cuadernos de Derecho local*, nº 4, 2004, pág. 31 y ss.

ejecutaba las obras de urbanización como condición a la concesión de la licencia. Es decir, la Administración – poder público – no materializaba ningún pago al sujeto ejecutor de las obras de urbanización.

Ante dicha particularidad, la parte demandada en el proceso se oponía a la aplicación de las Directivas Comunitarias al considerar que el urbanizador no se identificaba con un empresario de construcción sino simplemente con un propietario de terrenos y que por lo tanto, no podía darse una libre concurrencia de participantes.

En mi opinión, en este caso concreto del teatro de la Scala, en el que la ejecución de la urbanización debía recaer necesariamente sobre los propietarios, considero que el criterio adoptado por el Tribunal de Justicia para justificar la existencia de contrato y de carácter oneroso no es acertado.

En un análisis del supuesto enjuiciado, se comprueba que existe una Administración que permite la construcción en unos determinados terrenos, y unos propietarios que, en cumplimiento de sus deberes urbanísticos, asumen la obligación de urbanizar. Es decir, no nos hallamos ante un contrato con causa onerosa - si tú me permites construir, yo en contraprestación te urbanizo-; no es ésa la situación. Los propietarios están realizando un acto de cumplimiento ante la Administración. En el caso de la Scala, la autorización por parte de la Administración de construir en determinados terrenos a sus propietarios, es una manifestación de voluntad condicionada a que dichos propietarios bien ejecuten por sí mismos la urbanización correspondiente, bien realicen un pago sustitutivo del mismo. Por ello, entiendo que el cumplimiento de dicha opción no puede ser identificado como la contraprestación de un contrato, puesto que a través de la misma se acata una carga legal (del derecho a edificar), en el que la Administración no puede elegir. Es decir, en el supuesto analizado, ni

hay contrato, ni la relación es onerosa, conceptos ambos que posteriormente serán analizados en el presente estudio.²⁹

Pese a las muchas críticas recibidas por la Sentencia, y el análisis de cada uno de sus términos, considero que su error, en general, se encuentra en una extralimitación de las funciones del TJCE. Este Tribunal de Justicia debe ser un intérprete del Derecho Comunitario y no caer en la tentación de convertirse en un juez del Derecho de Estado; en este caso, el italiano. Es decir, quizás llevado por el apogeo de la economía y la voluntad de respeto hacia los principios generales de la contratación pública, este Tribunal realizó una definición de las características propias del contrato público de obras desde las singularidades de la normativa urbanística italiana, y ello le hizo cometer errores.

Ejemplo de ello, el tema del carácter oneroso. En el párrafo 83 de la Sentencia, se afirma que la concurrencia de tal característica proviene de la legislación nacional, remitiéndose por ello a la apreciación que a este respecto efectúe el órgano jurisdiccional de revisión. Esta posición es la adecuada en un juez europeo. El problema se encuentra cuando tras dicha afirmación, en los párrafos siguientes, el Tribunal hace suya la afirmación de la existencia de tal característica.

²⁹ En el supuesto del teatro de la Scala, la suscripción del convenio entre los propietarios y la Administración italiana podría ser el reflejo de lo que GARCÍA ENTERRÍA, E. en *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, 1956, pág. 127, denominó “adhesión al acto administrativo”, en el cual, la Administración, durante el desarrollo de un procedimiento administrativo, llega a un acuerdo con el particular sobre el contenido de la resolución o de parte de la misma, en nuestro caso el pago de la urbanización o la ejecución directa de la misma.

La adhesión al acto administrativo se considera uno de los supuestos de la terminación convencional. HUERGO LORA, A. *Los contratos sobre los actos y potestades administrativas*, Civitas, Madrid, 1998, pág. 54.

En este sentido, Huelin Martínez de Velasco³⁰ comenta que el Tribunal de Justicia erró en no rechazar tal cuestión y entrar a resolver, extralimitándose en sus funciones y convirtiéndose en un juez del Derecho del Estado.³¹

Por todo lo cual, el TJCE, al contemplar el contrato y sus características desde la visión del Derecho nacional, erró en sus funciones y consecuentemente en sus conclusiones. Si su función es interpretar el Derecho Comunitario componiendo con sus interpretaciones una noción del contrato de

³⁰ HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, J.: en "Las obras de urbanización y los contratos públicos de obras. A propósito de la Sentencia Scala 2001" *QDL Estudios*, edición electrónica, 4 de febrero de 2004, pág. 7, dice así: "Este error en el enfoque fue provocado, sin quererlo, por el Tribunal administrativo de la región de Lombardía, que preguntó sobre la conformidad con la directiva de la legislación italiana aplicable en el litigio. El Tribunal de Justicia fue consciente del inadecuado planteamiento, pues no es juez del Derecho de los estados miembros, y rectificó el interrogante, pero sólo lo hizo en apariencia, porque se cuestionó si la directiva se opone a la referida normativa italiana. Cambió la redacción de la incógnita, pero no la sustancia, por lo que las singularidades de la ejecución urbanística en el sistema italiano estuvieron presentes en el discurso, como unas anteojeras que impedían mirar en otra dirección. En mi opinión, el planteamiento adecuado era más abstracto, de modo que los jueces comunitarios debieron preguntarse, sin más, si la ejecución de la obra urbanizadora directamente por quien determina la ley, a cambio de quedar exonerado, en todo o en parte, de la contribución que la misma ley le impone, es un contrato público de obras en el sentido de la directiva; esta última era, en realidad, la cuestión debatida. C) Si el Tribunal de Justicia se hubiera conducido del indicado modo y hubiera establecido distancias con el litigio principal, nunca habría afirmado que un intercambio de prestaciones entre sujetos que determina la ley, sin posibilidad de elección, es un contrato".

³¹ En relación a la posición del TJCE y los límites de su función con el tema de la onerosidad, XIOL RÍOS, J.A. en "La Sentencia Scala 2001: ¿odiosa o indiferente para el Derecho urbanístico en España?" *QDL Estudios*, edición electrónica, 4 de febrero de 2004, pág. 29, dice así:

"A mi entender, la posición del Tribunal de Justicia es acorde con su posición de juez europeo frente a los jueces nacionales y al diálogo que debe existir entre ambos. La jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales supremos debe construirse partiendo de la interpretación del ordenamiento hecha por los tribunales competentes en cada sector. En el caso de la jurisdicción europea, este principio se traduce en la necesidad de partir, en principio, de la interpretación de su respectiva legislación realizada por los jueces nacionales. El Tribunal de Justicia, en efecto, es el intérprete del Derecho Comunitario, pero no podemos aspirar a que se convierta en juez universal (...).

Me parece acertada, en suma, la afirmación del ponente en el sentido de que la sentencia es producto del diálogo entre los jueces nacionales y el Tribunal de Justicia. Si la jurisdicción nacional dice que el contrato es oneroso, sólo razones claras de Derecho Comunitario, que no han aparecido, podrían llevar al Tribunal de Justicia de Luxemburgo a una conclusión contraria."

Capítulo segundo: La regulación del agente urbanizador en la Ley de la Comunidad Valenciana 6/1994, Reguladora de la Actividad Urbanística

obras, en este caso creó una gran incertidumbre, principalmente en el Derecho urbanístico español.

Para concluir, diremos que ambas cuestiones (onerosidad y cuestión de propiedad) fueron rápidamente exportadas a la relación creada por la legislación valenciana entre la Administración y al agente urbanizador, lo que originó múltiples opiniones a favor y contra de la Sentencia, y por ende, de la aplicación o no de las Directivas Comunitarias sobre el supuesto valenciano.

Esta cuestión suscitó que el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma Valenciana plantease en el Auto de 15 de octubre de 2001 la consulta al Tribunal Constitucional, cuestionando si la normativa valenciana de urbanismo debía someterse a la legislación nacional de contratos. Pero pese a la oportunidad de delimitar la línea divisoria entre ambas regulaciones normativas, el Tribunal Constitucional, en el Auto de 16 de julio de 2002, no llegó a pronunciarse sobre el fondo de la misma, rechazando el asunto por una cuestión de forma, pues no se admitió a trámite por incumplimiento de los requisitos procesales exigidos por la LOTC (arts. 35.1 y 37.1), por lo que la delimitación de las competencias quedó sin resolver³².

³² En este aspecto, MARTÍNEZ MORALES, "La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas versus la autonomía urbanística de las Comunidades Autónomas. El caso de la LRAU". Revista: *Documentación Administrativa*, Edit. INAP; año 2002; número 261 – 262; páginas 109 a 142, comentó que el problema de encaje entre la normativa urbanística valenciana y la normativa estatal de contratación pública respondía al reparto de competencias.

Partiendo de la consideración de que la ley de contratos de las Administraciones Públicas autoproclamaba como básicos más preceptos de los que debiere, Martínez Morales analizó las competencias de las Comunidades Autónomas en urbanismo delimitadas por pronunciamientos del Tribunal Constitucional, entre ellas la STC 54/2002, concluyendo que las competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma Valenciana comprendían tanto el planeamiento como la gestión y que era el citado Tribunal Constitucional quien debiera pronunciarse acerca de quién invade las competencias del otro.

No obstante, aunque hubiese existido un pronunciamiento constitucional que delimitase y conciliase el ámbito estatal y el autonómico en cuanto al urbanismo se refiere, todavía hubiese faltado resolver el encaje de la normativa urbanística valenciana con la normativa europea de contratación.³³

En este sentido, Agustín de Asís Roig³⁴ consideró, en cuanto a la relación que une al agente urbanizador con la Administración, que pese a hallarnos ante un contrato administrativo especial debería existir una regulación común a este tipo de contratos, principalmente respecto a la sujeción al régimen general de los contratos en cuanto se refiere a la adjudicación de los mismos, a la

³³ Tal decisión correspondería a los órganos de la jurisdicción ordinaria, según la posición adoptada tradicionalmente por el Tribunal Constitucional en las Sentencias 28/1991, de 14 de febrero, o 64/1991, de 22 de marzo: “Y debe añadirse que en esa labor de los órganos judiciales ordinarios, en su caso mediatizada por el Tribunal de Justicia, ninguna intervención puede tener este Tribunal Constitucional a través de la cuestión de inconstitucionalidad que en su caso intentaran promover aquéllos, pues, tratándose de verificar únicamente la acomodación de una norma nacional a otra del Derecho comunitario europeo, la primacía de éste exige que sean sólo aquellos órganos los llamados a asegurar directamente la efectividad de tal Derecho. Así lo tiene declarado el Tribunal de Justicia de las Comunidades en su Sentencia de 9 de marzo de 1978 (asunto Simmenthal).” (Ap. 6 de los Fundamentos Jurídicos de la STC 28/1991).

No obstante, debe tenerse en cuenta el Auto del TC 86/2011, de 9 de junio que acuerda el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea cambiando con ello la actitud del Tribunal Constitucional al respecto, la cual fue recogida en la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre dictada en relación a la constitucionalidad del artículo 1.6 del Tratado de Roma: “3. La primera cuestión se refiere al artículo 1-6 del Tratado, cuyo tenor literal es el siguiente: *La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros*. Esta estipulación del Tratado, tal y como ha hecho constar formalmente la Conferencia de los Representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros por medio de Declaración anexa al Tratado (Declaración anexa al Art. 1-6), refleja la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia, y en su expresa proclamación acota la primacía del Derecho de la Unión al ámbito del ejercicio de las competencias atribuidas a las instituciones europeas. Tal primacía no se afirma como superioridad jerárquica sino como una *exigencia existencial* de ese Derecho, a fin de lograr en la práctica el efecto directo y la aplicación uniforme en todos los Estados. Las coordenadas que así se establecen para la definición del ámbito de vigencia de ese principio son, como veremos, determinantes para su entendimiento a la luz de las categorías constitucionales que nos son propias.”

³⁴ DE ASIS ROIG, A. en “Caracterización de la función de urbanización”. Revista: *Documentación Administrativa*, Edit. INAP, año 2002, número 261-262, páginas 165 a 230.

determinación de un contenido mínimo de los pliegos de cláusulas administrativas particulares o a la previsión de unos supuestos propios de resolución de los contratos propios; concluyendo que pese al encaje de la relación urbanizador-Administración con la normativa de contratación, en tiempos de la LRAU el TRLCAP, su conciliación con la regulación comunitaria de los contratos públicos era más problemática puesto que parecía tarea complicada eludir totalmente la aplicación de la disciplina comunitaria de los contratos de obra.

De lo dicho hasta ahora, la conclusión que se alcanza es que, si bien la Sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo en el tema de la Scala no fue acertada, puesto que calificó como contrato una relación en la que no existía voluntad por una de las partes, tal pronunciamiento suscitó la cuestión relativa a la concordancia entre el sistema urbanístico valenciano y el Derecho Comunitario, poniendo en evidencia la infracción por la LRAU de los principios de contratación europeos.

II.2.3 La relación jurídica entre el Agente Urbanizador y la Administración en la LRAU

Como se ha comentado en el apartado anterior, el pronunciamiento del TJCE en la Sentencia de la Scala se extrapoló a la normativa urbanística valenciana y provocó la cuestión relativa a si la relación que unía a la Administración y al agente urbanizador debía calificarse como contrato de público de obras y por ello estar sometida al reinado de las Directivas Comunitarias.

Numerosas opiniones doctrinales surgieron a favor y en contra de tal identificación.

II.2.3.a El vínculo entre el urbanizador y la Administración es diferente al que se da en el contrato de obras públicas.

Tras la declaración del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se suscitaron numerosas opiniones doctrinales, algunas de las cuales rechazaron su aplicación en el sistema valenciano principalmente por dos razones: bien por considerar que la relación del urbanizador con la Administración no constituía un contrato público, bien por calificar dicha relación como contrato público “especial”, diferente al de obras y al del resto de contratos públicos denominados “típicos”.

a) Es un convenio y no un contrato de obras

En relación a la primera de ellas, resulta de interés la opinión de Tomás-Ramón Fernández,³⁵ que calificó la relación del urbanizador valenciano como un convenio y no como un contrato público. Este autor consideró que la citada Sentencia del TJCE de 12 de julio no era acertada por cuanto renunciaba a conocer la realidad, al adoptar una decisión aplicable a todos los supuestos, con independencia de las diferencias entre los sistemas urbanísticos de los

³⁵ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *La Sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001 (asunto <<proyecto Scala 2001>>) y su impacto en el ordenamiento urbanístico español*. Revista: Documentación Administrativa, Edit. INAP, año 2002, número 261 – 262; páginas 11 a 26 y Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 505; páginas 1 a 5.

distintos Estados. Es decir, según dicho autor, la Sentencia partía de un desconocimiento de la legislación urbanística nacional.

Específicamente, criticó la Sentencia a través de un análisis y una comparación entre los requisitos exigidos por la normativa comunitaria para la existencia de un contrato de obra pública, y los argumentos esgrimidos por aquélla para justificarlos.

Cuatro son los aspectos que Fernández Rodríguez critica de la Sentencia de Scala:

1. Reiterando lo dicho anteriormente, negación por parte del TJCE de la identidad propia del conjunto de normas urbanísticas que existían en el Derecho Nacional.

2. No consideración de la circunstancia en el supuesto analizado, de que la Administración municipal no tuviese la posibilidad de elegir a su contratante, lo que implica que no hay contrato.³⁶

3. No reconocimiento de las diferencias conceptuales que separan al contrato administrativo de los convenios de Derecho Público³⁷. (Este autor ha

³⁶ Según la ley italiana debía ser necesariamente el propietario de los terrenos que se van a urbanizar quien ejecutase las obras. Por ello, las opiniones contrarias a la aplicación del pronunciamiento del TJCE al Derecho urbanístico valenciano consideraron que si la Administración no podía elegir no nos hallábamos ante un contrato. Por otra parte, si no existía la posibilidad de opción, tampoco tenía sentido la obligación de publicidad y la apertura de una licitación.

³⁷ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. "La Sentencia..." op. cit. pág. 17: "Al razonar así, la Sentencia ignora o pretende, más bien, ignorar las diferencias conceptuales que separan el contrato administrativo a la francesa de los convenios de Derecho Público, que no son propiamente contratos, porque no hay entre ellos mecanismo alguno de intercambio o cruce de prestaciones soportado por una auténtica causa contractual, que es a lo que apuntaba con todo rigor la objeción de los demandados y coadyuvantes. De esos convenios de Derecho Público no surgen, como es obvio, obligaciones nuevas y distintas para los particulares que los concluyen (...), ni, por, supuesto, prestaciones correlativas a cargo de la Administración (...). El convenio de urbanización al que la Sentencia se refiere (...) es un

defendido que la relación entre el agente urbanizador y la Administración goza de la naturaleza de estos últimos).

4. Asimismo, también rebatió la justificación que el Tribunal realizó respecto a la falta o carencia de contraprestación a cargo del Ayuntamiento, manifestando que el razonamiento de que la Administración renunciase a la contraprestación no era válido, por cuanto el mismo, en realidad no estaba renunciando a nada. Expuso al respecto que el Ayuntamiento, al fin y al cabo, siempre recibía lo mismo: obras de urbanización sin hacer desembolso. Por todo lo cual el pronunciamiento también era desacertado en este aspecto.

En resumen, Tomás-Ramón Fernández³⁸ manifestó que no existía colisión alguna entre nuestra legislación urbanística y la entonces Directiva 93/37, relativa al contrato de obras públicas, y que el Tribunal se había pronunciado teniendo en cuenta únicamente los intereses relativos a la concurrencia empresarial y olvidando con ello otros intereses públicos dignos de la misma protección.

Los convenios suscritos entre la Administración y las personas sujetas a Derecho privado³⁹ han sido tradicionalmente excluidos de la legislación de

simple negocio jurídico de fijación, en el que se fija y concreta una obligación legal preexistente y se precisa la forma y el plazo en el que habrá de ser cumplida, lo mismo que los convenios urbanísticos que regulan nuestras propias leyes.”

³⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “La Sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001 (asunto «proyecto Scala 2001») y su impacto en el ordenamiento urbanístico español” (op. cit): “el Tribunal de Justicia se instala así en una suerte de fundamentalismo sumamente inquietante, porque se niega a radice a tomar en consideración cualesquiera otros intereses públicos dignos de protección que no sean los vinculados a la concurrencia empresarial, ese nuevo ídolo que, contradiciendo su propia esencia, no admite la competencia de ningún otro, ni permite siquiera plantearla como hipótesis.”

³⁹ Son básicos en el tema de la relación entre los convenios urbanísticos y los contratos: HUERGO LORA, A., *Los convenios urbanístico*,. Civitas, Madrid, 1998, págs. 119 y ss.; BUSTILLO BOLADO, R.O. y CUERNO LLATA, J.R., *Los convenios urbanísticos entre las Administraciones Locales y los particulares*, Aranzadi, Madrid, 1996, pág. 110: CANO

contratos, y con ello de la aplicación de los principios establecidos por las Directivas Comunitarias;⁴⁰ por ello Tomás Ramón Fernández, al contemplar la relación del urbanizador con la Administración, desde el punto de vista del propietario en el clásico sistema de compensación, calificó la relación como privada. No obstante, entiendo que no es así.

La diferencia entre el convenio y el contrato no es fácil. Pese a ello, no cabe diferenciar un contrato de un convenio en función de la categoría o denominación que se le adjudique a uno u otro;⁴¹ y por ello la denominación que haga la LRAU al respecto resulta irrelevante.

En los hitos que marcan diferencias entre los contratos públicos y los convenios, parte de la jurisprudencia ha considerado que uno de ellos se

MURCIA, A. *Teoría y Práctica del convenio urbanístico*. Aranzadi, Madrid, 1996; AROZAMENA SIERRA, J.: "Algunas consideraciones sobre la institución contractual y el urbanismo" *RDUMA*, nº 146, 1996, págs. 11 y ss

⁴⁰ No obstante, pese a esta tradicional "exclusión" debe tenerse en cuenta la reciente jurisprudencia existente al respecto, y ejemplo de ella la encontramos en la Sentencia del TJCE de 13 de enero de 2005, asunto C-84/2003, Comisión contra Reino de España, cuyos apartados 37 a 41 manifiestan la incorrecta adaptación del Derecho interno a las Directivas por haber excluido *a priori* de la normativa de contratación, los convenios entre entidades de Derecho público, al existir entre éstos y los contratos de suministro o de obras una identidad de elementos.

⁴¹ El artículo 32, apartado C) de la LRAU califica de "convenio" la relación entre el agente urbanizador seleccionado para la ejecución de un Programa de Actuación Integrada y la Administración:

"El Programa contendrá los siguientes documentos:

- A) Copia de la cédula de urbanización o resguardo acreditativo de que ésta se ha solicitado, salvo en los casos en que sea innecesario de acuerdo con esta Ley.
- B) Anteproyecto de urbanización con los contenidos expresados en el artículo 29.4
- C) Si la Administración Local optase por la gestión indirecta del Programa se formalizará en su documentación un convenio urbanístico a suscribir, de una parte, por el adjudicatario particular de la Actuación y, de otra, tanto por la Administración actantes como, en su caso, por aquellas otras que resolvieran asumir compromisos en dicha ejecución. En él se harán constar los compromisos y plazos que asumen la Administración y el Urbanizador, las garantías que éste presta para asegurarlos y las penalizaciones a que se somete por incumplimiento."

encuentra en el hecho de si en la relación se crean o no derechos y obligaciones que supongan la preexistencia de una relación jurídica.⁴²

En el supuesto en el que nos encontramos, la relación entre la Administración y el urbanizador sí que es creadora de una serie de obligaciones tanto para la Administración como para el agente urbanizador. Este último es un particular que opta voluntariamente y sin ningún tipo de obligación legal – no preexiste ninguna relación jurídica - por realizar un negocio jurídico con la Administración, cual es ejecutar unas obras de urbanización a cambio de un precio, por lo que no se puede calificar tal relación como convenio.

Es cierto que existiría una obligación preexistente de urbanizar, pero ésta afectaría a los propietarios y no al agente urbanizador. Para el agente urbanizador la relación se crea *ex novo* a partir del momento de la firma con la Administración.

Por otra parte, otro de los rasgos diferenciadores entre el convenio y el contrato público administrativo es el ejercicio o no por parte de la Administración de potestades⁴³. En el contrato administrativo la Administración

⁴² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo de 18 de febrero 2004. Ponente: Rodolfo Soto Vázquez: (Fundamento de Derecho Cuarto): “Sin intención de hacer un repaso exhaustivo de dicho concepto, es evidente que un sector de la doctrina científica parte de la idea de que la auténtica naturaleza de un convenio de carácter administrativo, como categoría diferente al contrato propiamente dicho, supone la existencia de un elemento transaccional que a su vez implica la preexistencia de una relación jurídica, sea de origen voluntario o impuesta por la Ley, con la misma Administración, de suerte que el convenio afecta de alguna forma a la medida y extensión de las obligaciones derivadas de dicha relación jurídica.”

⁴³ HUERGO LORA, A.: *Los Convenios Urbanísticos* en Estudios de Derecho Urbanístico, Civitas, Madrid, 1998, págs 67 y 68:

“Tal vez su característica más generalizada, la que se da en una proporción mayor de convenios, sea que la Administración renuncia, al concluir el convenio, a dirigir de modo

goza de ciertas prerrogativas y tales prerrogativas son visibles en la posición que adopta la Administración en su relación con el urbanizador.⁴⁴

Consecuentemente, en mi opinión, nos hallaríamos ante un contrato administrativo público porque en el mismo concurrirían:

- Finalidad: El objeto del contrato es principalmente la ejecución de una obra pública, que constituye uno de los fines públicos de la Administración, y
- la Administración goza de prerrogativas.
- Se crean derechos y obligaciones

En resumen, considero que la defensa de la exclusión de la LRAU de las Directivas Comunitarias a través de su calificación como convenio se apoya en argumentos muy débiles. El caso de la Scala es distinto puesto que el mismo hace referencia a una obligación legal de urbanizar, que se constituye como alternativa a través de un convenio.⁴⁵

unilateral el desarrollo urbanístico, y lo hace para obtener la colaboración de algunos particulares (quienes firman el convenio), colaboración que le parece imprescindible. (...)

Normalmente, por tanto, la razón por la que se recurre al convenio es la desconfianza en el ejercicio unilateral de las potestades urbanísticas, al que se renuncia para pactar con los interesados y obtener su colaboración.”

⁴⁴ Algunos preceptos de la Ley 6/1994, Reguladora de la Actividad Urbanística demuestran la posición dominante de la Administración en su relación con el agente urbanizador. Ejemplo de ello el propio artículo 29.10 que al regular las relaciones entre el urbanizador y la Administración declara en su primer párrafo que “la Administración ejercerá sus potestades públicas.”

⁴⁵ La propia Jurisprudencia establece la prevención con que deben examinarse los convenios con el fin de evitar un fraude de ley. En este sentido, la Sentencia del TS de 18 de febrero de 2004, y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias, Las Palmas, de 5 de julio de 2002.

En similar posición doctrinal, aunque con diferentes argumentos, Parejo Alfonso⁴⁶ consideró que nos encontrábamos ante un tipo de relación contractual que por su especificidad contaba con una regulación propia. Parejo la definió como *relación contractual de carácter concesional, establecida mediante convenio urbanístico* puesto que desde la perspectiva de la legislación sobre contratación administrativa, la relación entre la Administración y el agente urbanizador regulada en la LRAU no se identificaba plenamente con ninguno de los llamados contratos típicos, no cabiendo una aplicación parcial de los mismos⁴⁷.

⁴⁶ PAREJO ALFONSO, L.: *Comentarios a la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística*. Editorial Generalitat Valenciana, Valencia 1995, página 299 y ss.:

“La relación entre la Administración urbanística actuante y el agente urbanizador, que deriva de la adjudicación de la ejecución de un Programa para el Desarrollo de las Actuaciones Integradas, es, sustantivamente hablando, una relación contractual de carácter concesional (en cuanto que la adjudicación transfiere al adjudicatario el ejercicio de una actividad del carácter público), establecida mediante convenio urbanístico articulado con ocasión de la terminación del procedimiento de aprobación del correspondiente Programa y que constituye la pieza fundamental de un sistema de actuación (urbanístico específico) para la ejecución del planeamiento en la correspondiente actuación; sistema cuyo régimen jurídico completo está establecido en la LRAU.”

Esta posición ha sido matizada por el TS y a modo de ejemplo, la Sentencia del TS de 22 de enero de 2008, que en relación a la suscripción de un convenio para la aprobación y adjudicación de un Programa de Actuación Integrada en la Comunidad Valenciana, manifiesta que tal figura no puede sustituir el procedimiento de aprobación y adjudicación de Programas regulado en la LRAU o prejuzgar los resultados del mismo:

“Y teniendo en cuenta esta conclusión: A) No puede traerse en apoyo del acuerdo impugnado el artículo 88 de la Ley 30/92, que permite la terminación convencional del procedimiento, porque el primer requisito de tal figura es que el pacto "no sea contrario al ordenamiento jurídico ni verse sobre materias que no sean susceptibles de transacción", como es aquí el pretender resolver por vía convencional un asunto que tiene sus trámites reglados en el ordenamiento urbanístico autonómico, y que debió tratarse en un procedimiento nuevo y distinto. B) No puede tampoco acudir al artículo 140-1-a) de la Ley de Contratos del Estado 13/95, de 18 de mayo (vigente al tiempo de dictarse el acto aquí impugnado), que prevé la posibilidad de una adjudicación sin publicidad en caso de que todas las ofertas presentadas hayan sido irregulares o inaceptables.”

⁴⁷ PAREJO ALFONSO, L. y BLANC CLAVERO, F., *Derecho Urbanístico Valenciano*. Editorial Tirant Lo Blanc, Segunda edición. Valencia, 1999. Página 389 y ss.

Esta interpretación también falla, porque la calificación de convenio no puede ser una simple excusa para huir de la regulación de contratos, tal como ha confirmado el TJCE en la Sentencia de 13 de enero de 2005, asunto C-84/2003, Comisión contra Reino de España.

Dictada la Sentencia de la Scala, a la hora de analizarla, Parejo Alfonso⁴⁸ acudió a la distinción entre lo público y lo privado en el urbanismo, y consideró que en el sistema urbanístico español, las obras que ejecutan los privados son privadas hasta su afectación al destino público, momento en el que pasan a ser públicas.

Partiendo de dicha distinción se analizó la Sentencia de la Scala, diferenciando el supuesto enjuiciado en la citada resolución y el régimen urbanístico español, puesto que en la opinión de Parejo, aquella tenía por objeto la encomienda directa de la construcción de parte de un equipamiento municipal determinado, objeto muy diferente al proceso de urbanización español, que tiene por fin transformar el suelo en solares edificables.

La identificación de la ejecución de una actuación integrada con una obra pública respondía a una mala lectura de la LRAU, por cuanto de la misma se veía claramente que la visión de la actividad urbanística como función pública no eliminaba la diferenciación de esferas de actuación pública y privada.

⁴⁸ PAREJO ALFONSO, L., “La cuestión de la constitucionalidad de la figura urbanística del urbanizador en su concreta versión original, la de la legislación valenciana”. Revista: *Documentación Administrativa*, Edit. INAP; año 2002; número 261 – 262; páginas 69 a 108. Dicho autor manifiesta al respecto: “Ninguna razón existe, pues, para dudar de la plausibilidad de la solución adoptada por el ordenación urbanístico: reconocimiento a la iniciativa privada de una cierta esfera de actuación en la consecución de los objetivos de la función pública urbanística a título de participación en ella. Y mucho menos para dudar de la permanencia de la naturaleza privada de tal actuación. Tanto más cuanto que en el caso del urbanismo ésta no supone propiamente, por lo que hace concretamente a la obra urbanizadora, tanto un desarrollo de actividad administrativa en nombre o por cuenta de la Administración titular, cuanto más bien una “contribución” a ella mediante el despliegue de una actividad privada.”

En conclusión, Parejo Alfonso declaró que no existía incompatibilidad entre la figura del agente urbanizador y la legislación de contratos, puesto que no existe una vinculación entre ambos.

Al respecto, en primer lugar, no cabe duda de que la relación entre el urbanizador valenciano y la Administración no tiene una plena identificación con ninguno de los conocidos como “contratos típicos”. No obstante, esa situación no permite huir directamente de la regulación contractual. Tal actuación facultaría burlar la aplicación de las normas de contratación con el simple hecho de variar adecuadamente alguna de las características de la relación.

Para alejar del urbanizador la figura del contratista, no es suficiente con manifestar que en el primero de ellos concurren muchas más funciones que la ejecución de una obra pública.⁴⁹ Si la parte de dichas funciones dedicada a la ejecución del planeamiento se considerase aisladamente, no existiría duda alguna de que nos hallamos ante un contrato de obras públicas, por lo que la ampliación del objeto del contrato podrá modificar su calificación, pero no su naturaleza pública.

En segundo lugar, la función final del urbanizador es ejecutar una obra de urbanización que puede alcanzar grandes dimensiones y que tiene como destino dotar de servicios públicos adecuados a una serie de ciudadanos. En mi opinión este hecho no puede desvincularse de la esfera pública, puesto que es la Administración el sujeto obligado a facilitar esos servicios mínimos a los

⁴⁹ CRIADO SÁNCHEZ, A.: en *El Agente Urbanizador en el Derecho Urbanístico Español*, Editorial Reus, S.A., Madrid, Primera Edición, 2005, páginas 112 y 113, comenta que la figura del urbanizador no debe considerarse como un sujeto ejecutor de la acción urbanizadora sino que en el mismo concurre el objetivo de mejorar la acción urbanizadora basada en la concurrencia empresarial y en el sistema de compensación, que en su fase de creación se hallaba en crisis.

ciudadanos y porque una vez ejecutados y entregados a la Administración ésta va a responder por el adecuado funcionamiento de los mismos.⁵⁰

El agente urbanizador asume el ejercicio de las funciones de gestión y ejecución del planeamiento, funciones que corresponden a la Administración Pública y que siguen siendo de su competencia, gozando por ello de naturaleza pública pese a que su realización material sea asumida por un particular.

b) No es un contrato oneroso

Otra línea de argumentación, entre cuyas voces se encuentra Blanc Clavero,⁵¹ combatió la asimilación del urbanizador con el contrato de obras públicas por considerarlo una identificación muy forzada.

Desde este punto de vista, al realizarse una comparación entre el agente urbanizador de la LRAU y el contrato administrativo, despuntaba como elemento diferenciador de ambas situaciones la ausencia de prestación onerosa. La prestación onerosa es un elemento básico requerido por todo contrato administrativo, que según esta posición no se da en la relación de la Administración con el agente urbanizador.

⁵⁰ Recordemos que el artículo 130 de la LCAP, normativa de contratación aplicable durante la vigencia de la LRAU, consideraba, al referirse al contrato de concesión de obras públicas, que las obras relativas a actuaciones urbanísticas tenían la condición de obras públicas: "Se considera como contrato de concesión de obras públicas aquél en 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."

⁵¹ BLANC CLAVERO, F. "La posición jurídica del urbanizador: urbanismo concertado y contratación administrativa". Revista: *Documentación Administrativa*, Edit. INAP, año 2002, número 261-262, páginas 143 a 164.

Además de tal diferencia, pieza clave en el análisis de la identificación del agente urbanizador con el contrato administrativo, concretamente en cuanto al contrato de obras se refiere, Blanc razonó que la justificación que realizaba la Sentencia de la Scala respecto a que la Administración renunciaba a tal prestación a cambio de que se ejecutase la obra no podía ser extrapolada a nuestro sistema, puesto que la legislación italiana y la, en este caso, valenciana, eran diferentes; dado que en la italiana el propietario pagaba, con carácter independiente al estado de urbanización en la que se encontraba su parcela, mientras que en el ámbito de la legislación valenciana, y española en general, el propietario costeaba, y costea actualmente, lo que falta para que su parcela alcance la completa urbanización.

El tema del carácter oneroso quizás sea el punto más débil de la argumentación realizada por el TJCE para remolcar el supuesto italiano al ámbito de la contratación pública y será analizado posteriormente cuando se estudie la relación entre el urbanizador y la Administración en la LUV.

En cuanto al argumento utilizado por Blanc para excluir la aplicación del pronunciamiento del TJCE del ámbito urbanístico valenciano, relativo a que el propietario costea lo que falta para que su parcela alcance la completa urbanización, no puede ser general, puesto que existen muchos supuestos en los que no se da tal circunstancia. Ejemplo de ello lo encontramos cuando parte de la cuota de urbanización a la que hacen frente los propietarios se destina a la ejecución de un parque público. El supuesto expuesto por Blanc podría ser aplicable a las parcelas que se gestionasen a través de un programa de actuación aislada, pero no a los supuestos de una actuación integrada; y por ello el razonamiento expuesto decae.

II.2.3.b El vínculo entre el urbanizador y la Administración como contrato de obras.

Como ya se anunció anteriormente, frente a las posiciones anteriormente comentadas, Romero Saura y Lorente Tallada⁵² manifestaron que el sistema previsto para la elección del agente urbanizador en la gestión indirecta podía quebrantar la garantía jurídica de la selección en pública concurrencia.

Ambos autores ponían de manifiesto que el aspirante a agente urbanizador que propusiese el programa, gozaría del tiempo que necesitase para redactar su propuesta, contactar con la Administración, recabar información sobre los propietarios y, lo que es más importante hacer cálculos de viabilidad para su propuesta. Ello les conduciría a realizar una propuesta ajustada a la realidad y muy competitiva.

El resto de aspirantes a agente urbanizador no gozarían de ninguna de estas ventajas, lo que les obligaría al hecho de que si desearan concurrir a la adjudicación de un PAI deberían redactar sus documentos y realizar sus cálculos de un modo precipitado, pudiendo ello excluir la pública concurrencia.

Por todo lo cual, consideraban que la búsqueda de la eficacia para la creación de suelos urbanizados había llevado a la LRAU a “olvidar” los principios básicos de la publicidad y competencia, lo que podría dar lugar a una concurrencia de ofertas en desigualdad de condiciones.⁵³

⁵² ROMERO SAURA, F. y LORENTE TALLADA, J.L.: *El Régimen Urbanístico de la Comunidad Valenciana*. Servicio de Publicaciones de la Universidad Politécnica de Valencia, Valencia 1996, páginas 392-393.

⁵³ La propia Exposición de Motivos de la LRAU, en su apartado III, expresaba la “importancia” de la búsqueda de eficacia en las actuaciones urbanísticas: “Las actuaciones promovidas a instancia de un particular -en las que la gestión pública sea indirecta- se anticiparán a las

Pronunciada la Sentencia de la Scala, esta posición cobra más fuerza y son muchos los autores que consideraron que efectivamente en la relación entre el urbanizador y la Administración existía un contrato de obras.

Ejemplo de ellos lo encontramos en las palabras de Yáñez Velasco⁵⁴ o de Pardo Álvarez⁵⁵, que consideraron que la adjudicación de la ejecución del planeamiento al denominado agente urbanizador era un contrato administrativo, sometido por lo tanto a la legislación vigente en materia de contratación.

El primero de dichos autores resumió su opinión en que, si la adjudicación del concurso consiste en la ejecución de unas obras públicas y en gestionar la distribución equitativa de beneficios y cargas, elementos típicos del contrato de obras públicas y del contrato de asistencia técnica, no encontraba dónde estaba la duda puesto que nos hallábamos ante un contrato administrativo.

Consideró que el hecho de que el urbanismo se considere como “algo distinto” y específico de otras funciones públicas, no tiene por qué hacernos olvidar que el contenido de la acción urbanística no es distinto de otras actividades administrativas típicas, lo que debe conducirnos a la legislación de contratos.

públicas si pueden repercutir, dentro de su propia rentabilidad, la ejecución de las mayores infraestructuras que exija esa anticipación. Se pretende así optimizar los recursos en aras a la mayor y más pronta inversión en infraestructuras de urbanización, ajustando su reparto a los únicos baremos que, por realismo, garantizan esa optimización: los presupuestos públicos y la rentabilidad privada.”

⁵⁴ YÁÑEZ VELASCO, I: “Pero ¿Alguien dudó en serio de que era un contrato administrativo? Comentario a las Sentencias a las Sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 1 de octubre de 2002 y 5 de febrero de 2003 relativas al Agente Urbanizador”. *RDUMA*, núm. 217, Abril-mayo 2005, páginas 51 a 82.

⁵⁵ PARDO ÁLVAREZ, M: “El Derecho a Urbanizar: ¿Sumisión a la Ley de Contratos?”. *RDUMA*, núm. 198, diciembre 2002, págs. 11-36.

Yáñez Velasco concluye que la LRAU resultaba inaplicable al ser contraria al Derecho Comunitario, opinión que, según él, ratificaba la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 28 de junio de 2001⁵⁶ al confirmar el alcance de la primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho interno; situación que “impone, no sólo a los órganos jurisdiccionales, sino a todos los órganos del Estado miembro, la obligación de dar eficacia plena a la normativa comunitaria”.⁵⁷

Por su parte, María Pardo Álvarez, calificando las obras de urbanización en algunos supuestos como de naturaleza pública y en otros de naturaleza privada,⁵⁸ concluyó que cuando la Administración Pública contrata la ejecución de las obras debe ser bajo el respeto de las exigencias de la legislación administrativa de contratos. Y esto sucedía, según dicha autora, cuando la Administración se convierte en ejecutora de las obras a solicitud de los propietarios obligados (caso del sistema de cooperación), o cuando es la Administración quien selecciona al urbanizador en concurso. Opinó que en estos segundos supuestos la sentencia del TJCE de la Scala habría servido para clarificar una cuestión sobre la cual la doctrina se mantenía dividida.

⁵⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 28 de junio de 2001. (Asunto 118/00), dictada en el caso Gervais Larys e Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants (INASTI).

⁵⁷ En este mismo sentido ver las Sentencias del TJCE de 5 de octubre de 1994, Van Munster, C-165/91, Rec. p. I-466, Sentencia de 26 de septiembre de 2000, Engelbrecht, C-262/97, Rec. p. I-7321 y la Sentencia del TJCE de 5 de marzo de 1998, Solred, C-347/96, Rec. p. I-937.

⁵⁸ En relación a las obras de urbanización que ejecutan los propietarios del suelo a desarrollar, caso por ejemplo del sistema de compensación, considera que estas obras son privadas mientras no sean recibidas por la Administración.

Gómez-Ferrer Morant diferenció la posición del urbanizador según su relación fuese con la normativa nacional de contratación o con las Directivas Comunitarias.⁵⁹

En el caso de la normativa nacional de contratación, opinó 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 y que satisface de forma directa e inmediata una finalidad pública.

Respecto al Ordenamiento Comunitario, consideró que la figura del urbanizador como agente público encajaba en la línea de razonamiento que había establecido el TJCE en la Sentencia de 12 de julio de 2001, de la Scala. Ello suponía que este sujeto debía aplicar necesariamente los procedimientos de contratación previstos por dicha Directiva, tal y como indicaba el párrafo 100 de la Sentencia, que eran los que establecía con carácter general la LCAP, vigente en dicho momento, al trasponer la Directiva.

En mi opinión, creo que es incuestionable que la función del urbanizador relativa a la ejecución de la obra es un contrato público de obras a nivel comunitario y a nivel nacional.

El hecho de que dicha función vaya acompañada de otras actividades, no implica que dicha calificación pueda modificarse sino que ha de realizarse una nueva definición que atienda al cometido del urbanizador en su conjunto, sin perder la individualidad de cada una de las prestaciones que lo forman. Si además de un contrato de obras tenemos un contrato de, en su día, consultoría

⁵⁹ GÓMEZ-FERRER MORANT. R. "Gestión del planeamiento y contratos administrativo" *Documentación Administrativa* nº 261-262 Edit. INAP, año 2002, págs 59 y ss.

y asistencia, la unión de los mismos no forma un contrato administrativo especial sino un contrato mixto.

Lo mismo ocurriría a nivel comunitario. La existencia de un contrato de obras, cuyo objeto es ampliado a otras prestaciones que no desvirtúan que la ejecución de las obras es la prestación principal, no permite variar la calificación de este contrato.

En conclusión, muchas y diferentes opiniones doctrinales que venían a confirmar la existencia de una cuestión muy debatida que nunca se llegó a solucionar.

II.2.4 Pronunciamientos judiciales

El debate de la legalidad y adecuación de la LRAU a la normativa de contratación alcanzó finalmente los Tribunales españoles.

En primer lugar, ya se ha citado con anterioridad la cuestión de constitucionalidad planteada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana ante el Tribunal Constitucional a través del Auto de 15 de octubre de 2001.

Puesto que la misma no fue admitida a trámite⁶⁰, la LRAU continuó aplicándose y su ajuste a la normativa contractual fue planteado a través de diferentes recursos ante el citado Tribunal Superior de Justicia, que en algunos casos, llegaron ante el Tribunal Supremo.

⁶⁰ Auto del Tribunal Constitucional de 16 de julio de 2002.

En los primeros pronunciamientos dictados al respecto, el Tribunal consideró que efectivamente la adjudicación a un particular de un programa de actuación integrada permitía a su titular la realización directa de una obra pública y que por lo tanto nos hallábamos frente a un contrato de obra sujeto a la normativa específica sobre contratación administrativa.

Ejemplo de dicha posición lo encontramos en diferentes Sentencias de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de la Comunidad Valenciana como la Sentencia 1154/2003, de 1 de julio (Ref. Aranzadi JUR 2004\223006), o la Sentencia 405/2005, de 31 de mayo (Ref. Aranzadi JUR 2005\208026)⁶¹, en las que se consideró que la relación entre el urbanizador y la Administración poseía naturaleza contractual, y que por ello, la existencia de una regulación especial, como era la urbanística, de competencia

⁶¹ Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana 405/2005, de 31 de mayo: “Que el vínculo que existe entre el Urbanizador y la Administración es de naturaleza contractual resulta del propio Art. 29-13 de la LRAU cuando dice que las relaciones derivadas de la adjudicación del Programa se regirán por las normas rectoras de la contratación administrativa, si bien supedita la aplicación de tales normas a lo dispuesto en la ley reguladora de la actividad urbanística. Y que tal relación contractual posee carácter concesional resulta a su vez, de que el urbanizador, como ya se dijo, gestiona indirectamente una función pública. A juicio de esta Sala, la conexión que existe entre el Urbanizador y el Programa no puede justificar que, en aras de la competencia que la Comunidad Autónoma ostenta en materia de urbanismo, la regulación del Urbanizador quede desvinculada de la legislación básica en materia de contratos, y ello atendidos los términos en que el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 20 de marzo de 1997, se pronunció respecto de lo que abarcaba la competencia en materia de urbanismo. En el fundamento jurídico sexto de dicha sentencia, el Tribunal Constitucional dejó dicho lo siguiente: “a) Sin perjuicio de ulteriores concreciones, el urbanismo, como sector material susceptible de atribución competencial, alude a la disciplina jurídica del hecho social o colectivo de los asentamientos de población en el espacio físico, lo que, en el plano jurídico, se traduce en la “ordenación urbanística”, como objeto normativo de las leyes urbanísticas (recogida en la primera Ley del Suelo de 1956, artículo 1º). Sin propósito definitorio, el contenido del urbanismo se traduce en concretas potestades (en cuanto atribuidas a o controladas por Entes públicos), tales como las referidas al planeamiento, la gestión o ejecución de instrumentos planificadores y la intervención administrativa en las facultades dominicales sobre el uso del suelo y edificación, a cuyo servicio se arbitran técnicas jurídicas concretas; a lo que ha de añadirse la determinación, en lo pertinente, del régimen jurídico del suelo en tanto que soporte de la actividad transformadora que implica la urbanización y edificación.”

Capítulo segundo: La regulación del agente urbanizador en la Ley de la Comunidad Valenciana 6/1994, Reguladora de la Actividad Urbanística

autonómica, no podía desvincular dicha relación de la legislación básica en materia de contratos.

No obstante ello, una vez que los recursos se plantearon ante la Sección Segunda del TSJ, el tratamiento fue inicialmente diferente, puesto que se consideró que la naturaleza de la relación entre el agente urbanizador y la Administración era la de un contrato administrativo especial, y que por ello, la regulación aplicable al mismo era, en primer lugar la contenida en la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística.

En este sentido, la Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana número 338/2004, de 12 de marzo.⁶²

Como puede apreciarse en esta Sentencia, la citada Sección se separó explícitamente del criterio mantenido por la Sección Primera en este aspecto, anteriormente comentada, y sentó que no existía duda alguna sobre la constitucionalidad de la LRAU y su aplicación, al no existir *“asimilación entre agente urbanizador y contratista de la Administración”* (Sentencia de 27 de diciembre de 2004 (JUR 2005\71844) y Sentencia número 1761/2004, 26 de diciembre.

⁶² Sentencia del TSJ Comunidad Valenciana 338/2004 de 12 de marzo: “Se alude, también, al planteamiento, por la Sección Primera de esta Sala (auto de quince de octubre de dos mil uno), de cuestión de inconstitucionalidad de varios preceptos de la LRAU, relativos, en esencia, al procedimiento de selección del urbanizador por entender que era exigible pública concurrencia con las mismas garantías impuestas por la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas. Sobre el particular, hay que señalar, que, aparte de la inadmisión a trámite de dicha cuestión por el Tribunal Constitucional, esta Sección no comparte el criterio mantenido por la Primera de esta Sala, entendiéndose que la figura del urbanizador establecida en la LRAU, específica y particular, no permite la aplicación directa al procedimiento de adjudicación de los Programas de las exigencias y garantías establecidas, con carácter general, para la contratación pública, por lo que no se suscita a esta Sala duda de constitucionalidad alguna sobre el procedimiento de selección de urbanizador establecido en dicha Ley, reguladora de la actividad urbanística.”

Capítulo segundo: La regulación del agente urbanizador en la Ley de la Comunidad Valenciana 6/1994, Reguladora de la Actividad Urbanística

Esta segunda posición, en la que se calificaba la relación del agente urbanizador con la Administración de contrato administrativo especial, impidió la nulidad en cadena de las numerosas adjudicaciones de Programas de Actuación Integrada activos en la Comunidad Valenciana.

Algunos de los pronunciamientos realizados por el Tribunal autonómico fueron recurridos en casación ante el Tribunal Supremo, resolviendo dicho Tribunal a favor de la aplicación de la normativa pública de contratación en el supuesto valenciano.

A modo de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2006⁶³. Esta Sentencia confirmó la dictada por el TSJ de la Comunidad Valenciana dictada el 5 de febrero de 2002 y calificó de adecuado el pronunciamiento del Tribunal a quo, el cual consideró que la Administración había violado el ordenamiento jurídico al haber admitido intempestivamente la presentación de alternativas distintas a la original, y porque la alternativa que finalmente resultó adjudicataria no fue sometida a los mecanismos de publicidad pertinentes, de transparencia de la contratación, igualdad, no discriminación y libre concurrencia.

Pese a los argumentos esgrimidos para la casación, el TS consideró que en la selección del urbanizador, además de dicha normativa urbanística, *“han de ser respetados los principios que inspiran las normas básicas estatales sobre selección del contratista”*, así como el Derecho Comunitario Europeo.

⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2006 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª).

En el mismo sentido, la Sentencia del TS de 6 de junio de 2007⁶⁴ confirmó la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 8 de mayo de 2003, declarando que la aplicación de la normativa urbanística valenciana no excluía la aplicación de los principios de la Ley de Contratos, ni de la doctrina interpretativa de la Directiva 93/37/CEE (hoy 2004/18/CE); y que en el caso de existir un conflicto entre la normativa autonómica y la relativa a los Contratos de las Administraciones Públicas estatal, éste debería resolverse siempre desde la perspectiva de esta última, de acuerdo con lo establecido en el artículo 149.3^o de la Constitución.⁶⁵

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5^a).

⁶⁵ Respecto al conflicto entre la normativa autonómica y la relativa a la contratación pública estatal, debe hacerse mención a la denominada “cláusula de prevalencia” prevista en el artículo 149.3 de la Constitución Española. En relación a la misma, ALONSO MAS, M^a J. en “La prevalencia del Derecho del Estado y la inaplicación judicial de las leyes autonómicas: el caso de las cesiones de aprovechamiento en suelo urbano”, *Revista de Administración Pública*, nº 161, mayo-agosto 2003, pág. 328 comenta que el TC ha adoptado una posición monopolista en la interpretación del reparto de competencias, postura que no es correcta dado que deja sin contenido la cláusula de prevalencia.

Esta posición resulta de los pronunciamientos llevados a cabo por el Tribunal Constitucional en los que, en lugar de remitir a la aplicación de la cláusula de prevalencia para la solución del conflicto, resuelve la misma declarando no constitucional alguna de las normas concurrentes. Son por ejemplo, los adoptados en la Sentencia 1/2003 de 16 de enero, o 137/2011, de 14 de septiembre, en las cuales existe un voto particular criticando tal posición.

En el caso que nos ocupa, si existe un verdadero conflicto entre la normativa autonómica y la relativa a la contratación pública estatal, éste deberá resolverse aplicando la cláusula de prevalencia del 149.3, dando prioridad a la normativa estatal.

En el mismo sentido, se pronunció TEJEDOR BIELSA, J.C: *La garantía constitucional de la unidad del Ordenamiento en el Estado Autonomico: competencia, prevalencia y supletoriedad*, Civitas, Madrid, 2000 págs. 206 y 207: “continuar sosteniendo una interpretación del sistema competencial que lleva a ignorar una pieza clave del mismo, cual es la prevalencia, y que priva de auténtico sentido a otra, la supletoriedad, no resulta en modo alguno aceptable”.

Capítulo segundo: La regulación del agente urbanizador en la Ley de la Comunidad Valenciana 6/1994, Reguladora de la Actividad Urbanística

De igual forma, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2007⁶⁶ consideró aplicable a la relación entre el agente urbanizador y la Administración el régimen de prohibiciones establecido en la legislación estatal de contratos.

Éstas, y otras Sentencias del TS como la dictada el 27 diciembre 2007 [RJ 2008\674], o la de fecha 4 de enero de 2007 [RJ 2007\473], confirmaron la aplicación de la normativa de contratación en la gestión urbanística valenciana.

En relación a la posición adoptada por el Tribunal Supremo, debe realizarse un apunte acerca de la confusión en que tal órgano incurre respecto

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª). Referencia Westlaw RJ 2007\3149. Entre los últimos pronunciamientos del TS publicados al respecto, la Sentencia de 27 de diciembre de 2007 (RJ 2008\674), la Sentencia de 8 de abril de 2008 (RJ 2008\3747), la Sentencia de 27 de enero de 2009 (RJ 2009\574) o la Sentencia de 27 de febrero de 2008 (VLEX- WPAN115) que dice así:

“QUINTO.- En nuestras sentencias de fechas 4 de enero de 2007 (recurso de casación 4839/2003) y 5 de febrero de 2008 (recurso de casación 714/2004) hemos tenido ocasión de indicar que los preceptos legales y reglamentarios autonómicos han de interpretarse en armonía con la legislación estatal básica, pero, en cualquier caso, en esas mismas sentencias y en las de fechas 28 de diciembre de 2006 (recurso de casación 4245/2003), 27 de marzo de 2007 (recurso de casación 6007/2003), 6 de junio de 2007 (recurso de casación 7376/2003) y 27 de diciembre de 2007 (recurso de casación 10/2004) hemos declarado que es aplicable a las adjudicaciones de actuaciones urbanísticas contempladas en la Ley autonómica valenciana 6/1994, de 15 de noviembre, lo dispuesto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas 13/1995, de 18 de mayo, y en el Texto Refundido de la misma, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, dado que estos textos legales constituyen legislación básica sobre contratos administrativos de acuerdo con el artículo 149.1.18ª de la Constitución y han incorporado a nuestro ordenamiento interno el propio de la Unión Europea, entre otras la Directiva 93/37/CEE en materia de contratos de obras.

En consecuencia, el criterio del Tribunal sentenciador, al declarar en la sentencia recurrida que a las adjudicaciones de los Programas de Actuación no son aplicables los preceptos básicos de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas se aparta de la doctrina jurisprudencial expuesta y vulnera también lo establecido en dicha legislación básica y en los artículos 149.1.18ª y 149.3 de la Constitución, además de la Directiva 93/37/CEE según la interpretación que de ésta hizo la sentencia de 12 de julio de 2001 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, razón por la que el recurso de casación que examinamos debe prosperar.”

a la confrontación entre la LRAU y la legislación nacional de contratos, y la LRAU y la normativa comunitaria.

Las Sentencias del TS que han sido citadas muestran cómo este órgano considera en un conjunto la normativa de contratación, incluyendo en el mismo saco tanto la nacional como la europea. Debe tenerse en cuenta que la LRAU podría haber infringido solamente una de ellas y que la propia normativa nacional, en el momento de vigencia de la LRAU, contravenía las Directivas Comunitarias; por lo que el Tribunal Supremo podría haber analizado la LRAU frente a las Directivas Comunitarias; y más concretamente respecto a sus principios, los cuales, como se ha comentado, deben abarcar todos los contratos de carácter público realizados por un poder adjudicador, y frente a la normativa de contratación, desaprovechando con ello una ocasión para aclarar algunos términos. Además, en estos casos será de aplicación el principio de primacía y la cuestión prejudicial, y no la intervención del TC, tal como se declaró en las Sentencias de este órgano 28/1991, de 14 de febrero, y 64/1991, de 22 de marzo, anteriormente comentadas.

Sea como fuere, ante la doctrina establecida por el TS, la Sección Segunda del TSJ de la Comunidad Valenciana reconsideró su posición e interpretó que el TRLCAP constituía legislación básica aplicable a los PAIs, debiéndose entender que tanto la exigencia de clasificación como la aplicación de los principios de no discriminación y libre concurrencia eran de aplicación en el procedimiento de adjudicación de un PAI regulado por la LRAU.⁶⁷

⁶⁷ Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana nº 893/2008 de 19 de septiembre de 2008 y 30 de mayo de del mismo año: "A la luz de la doctrina que de modo reiterado ha establecido el Tribunal Supremo y, prueba de ello son las Sentencias que se citan en el anterior Fundamento de Derecho, sobre la aplicación a las adjudicaciones de actuaciones urbanísticas contempladas en la Ley Autonómica Valenciana 6/94, de 15 de noviembre, lo dispuesto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas 13/95 y, en el Texto Refundido de la misma aprobado pro el Real Decreto Legislativo 2/2000, por cuanto estos

Capítulo segundo: La regulación del agente urbanizador en la Ley de la Comunidad Valenciana 6/1994, Reguladora de la Actividad Urbanística

No obstante, la línea jurisprudencial expuesta podría plantearse dar un giro en atención al pronunciamiento del TJCE adoptado en la Sentencia de 26 de mayo de 2011. Esta Sentencia, en la que se analiza la aplicación de las Directivas Comunitarias al supuesto del urbanizador en la vigente Ley Urbanística Valenciana, llega a la conclusión de que no se ha demostrado que la relación sea un contrato de obras y que por ello queda fuera del ámbito de las Directivas.

Dado que el Tribunal no ha calificado el supuesto de la relación urbanizador-Administración en la Comunidad Valenciana, y tampoco ha negado su naturaleza como contrato de obras, entiendo que el TS mantendrá la línea adoptada hasta este momento, considerando que nos hallamos ante un contrato público de obras, al que son de aplicación los principios de publicidad y concurrencia de las Directivas Comunitarias de contratación. Además, una cosa es que no se haya demostrado que es un contrato público de obras que se encuentra incluido dentro del ámbito de las Directivas Comunitarias de contratación, y otra distinta que tampoco sea un contrato según la regulación de contratos del sector público.

Textos Legales constituyen legislación básica sobre contratos administrativos de acuerdo con el art. 149.1.18 de la Constitución y han incorporado a nuestro Ordenamiento interno el propio de la Unión Europea, entre otros la directiva 93/37 CE en materia de contratos del presente recurso por cuanto la adjudicataria del PAI no estaba debidamente clasificada para contratar con la Administración, dado que aun cuando la Ley 6/94, de la Generalitat Valenciana no exigía expresamente esta clasificación, tampoco expresamente excluía dicha exigencia, por lo que resultaría de aplicación en este caso lo establecido en la normativa estatal básica. Lo mismo sucede en relación con la denuncia de vulneración de los principios de no discriminación y libre concurrencia en la adjudicación del PAI.”

II.3 LA REFORMA NECESARIA DE LA LRAU

En resumen, la posición adoptada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, órgano interpretativo de las Directivas Comunitarias, abrió la “caja de Pandora” y marcó el comienzo del fin del imperio de la LRAU.

Las voces reclamando la adaptación de esa Ley a la normativa de contratación, y especialmente a las Directivas Comunitarias existentes en dicha materia, fueron cada vez más numerosas y con mayor fuerza, demandando un cambio de panorama.

Tal como expuso Ricard Escrivá Chordá⁶⁸ pese a la evidencia de “que el Tribunal de Justicia Europeo de Luxemburgo interpreta en un sentido muy restrictivo la capacidad de la normativa urbanística nacional (regional) para obviar en virtud del principio de especialidad de dicha normativa, la Directiva en materia de contratación pública de obras, a mi entender es posible y aconsejable una solución al problema planteado,”

Es probable que entre la LRAU y el TRLCAP hubiese cabido una compatibilidad aceptable a través de una interpretación muy forzada⁶⁹ que dejase fuera del ámbito de la ley de contratos al supuesto valenciano; no

⁶⁸ ESCRIVÁ CHORDÁ, R.: “Compatibilidad de la figura del urbanizador regulado en la Ley Urbanística Valenciana de 1994 con la legislación estatal y con las Directivas Europeas sobre contratación administrativa: situación actual tras la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 12 de julio de 2001 y el Auto del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 15 de octubre de 2001”. El Consultor, núm. 8 – 30 de abril de 2002

⁶⁹ Me refiero a que por la propia Ley se hubiese destacado alguna característica de la relación urbanizador-Administración con el fin de identificar su especialidad, y alejarla de este modo del objeto de los contratos típicos. No obstante, como se verá más adelante, tal posición tampoco hubiese resultado acertada por cuanto la citada relación se identifica con un contrato mixto, y establecer alguna especialidad con el fin de eludir una determinada regulación hubiese constituido un fraude a la normativa básica y comunitaria.

obstante no debe olvidarse que el Tribunal de Justicia de la UE había condenado en varias ocasiones a nuestro país por una incorrecta transposición del Derecho europeo,⁷⁰ por lo que la incompatibilidad con la normativa comunitaria era, a pesar de todo, insalvable.

Esta situación condujo a que se planteara la revisión de la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística con el fin de que el régimen aplicable al agente urbanizador resultase compatible con las Directivas de contratación pública, manteniendo los logros que la mencionada figura había logrado en el desarrollo y ejecución del planeamiento.

No obstante, reiterando lo anteriormente dicho, la pervivencia de la LRAU resultaba insostenible si consideramos el concepto de contrato de obra pública que manejaban las Directivas Comunitarias relativas a esta materia⁷¹.

La primera idea de reforma de la LRAU fue mantener la naturaleza de la relación Administración-agente urbanizador como un “contrato administrativo especial”, justificarlo y con ello superar las diferentes interpretaciones que pudieran sostenerse en relación a la misma.

Avanzado el estudio, se consideró modificar aquellos aspectos del procedimiento de adjudicación de los Programas que, teniendo una incidencia sobre los principios básicos de la contratación pública (publicidad y libre

⁷⁰ Sentencias del TJCE de 15 de mayo de 2003; 16 de octubre de 2003, asunto C-283/00 (SIEPSA) y 13 de enero de 2005.

⁷¹ Según las Directivas Comunitarias, el concepto de obra pública es muy amplio pues abarca aquél contrato público cuyo objeto sea bien la ejecución, o bien conjuntamente el proyecto y la ejecución de obras relativas a una de las actividades mencionadas en el anexo I de la Directiva o de una obra; bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador. Una obra es el resultado de un conjunto de obras de construcción o de ingeniería civil destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica.

conurrencia esencialmente), no pudieran justificarse por las especialidades propias de la materia urbanística.

Todo lo cual llevó a que el primer borrador de revisión de la LRAU (proyecto de ley urbanística valenciana publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Valencianas el 13 de julio de 2005⁷²) aspirase a alcanzar los siguientes logros:

- a) Aplicación de un procedimiento de adjudicación abierto, restringido o negociado en función de las características que pudiera establecer esa normativa especial.
- b) La adjudicación del contrato por subasta o por concurso, salvo en el supuesto del procedimiento negociado, o cualquier otro sistema análogo.
- c) Un régimen de publicidad de la licitación que permita la libre concurrencia entre los interesados.
- d) La garantía del principio de igualdad en la presentación de proposición a la licitación, resultando aplicables los requisitos de solvencia económica, financiera, técnica o profesional que con carácter general establecen la normativa de contratación.
- e) La garantía del principio de objetividad y transparencia de la Administración que ofrece la constitución de una Mesa de Contratación.

No obstante, pese a la aplicación de los principios de la contratación pública al sistema de adjudicación de un Programa, el artículo 137 del citado

⁷² Boletín Oficial de las Cortes Valencianas núm. 121 de 13 de julio de 2005.

proyecto mantenía el régimen de la adjudicación preferente si se cumplían determinados requisitos.⁷³

Mientras que dicho texto se perfilaba, las presiones por parte de Europa hacia la Comunidad Valenciana crecían, principalmente por las protestas de algunos propietarios, en su mayoría euroresidentes, que no entendían el sistema urbanístico en la Comunidad Valenciana.

El problema en este caso era, por regla general, una falta de información de los propietarios de suelo, habitualmente parcelas semiurbanizadas, que se veían obligados a costear los gastos de la nueva urbanización y ceder, en ocasiones, parte de su terreno. Estas personas, titulares del suelo, desconocían en su mayor parte la obligación de participar en las plusvalías que genera el desarrollo de un suelo, así como las obligaciones de cesión que como propietarios les correspondía, lo que provocaba cierto recelo.

Este hecho, junto a los fugaces plazos que la LRAU les concedía para defender sus derechos, creó un fuerte malestar que alcanzó Europa.

En este sentido se presentaron numerosas peticiones ante el Parlamento Europeo (como por ejemplo las peticiones 609/2003, 732/2003, 985/2002, 1112/2002, 107/2004) en las que se alegaba sobre la aplicación abusiva de la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística, que contribuyeron a aumentar la visión negativa que desde Europa se tenía de nuestra ley autonómica.

Como se recordará, por haber sido anteriormente comentado, tales peticiones dieron lugar a un Informe del Parlamento Europeo de cinco de

⁷³ El artículo 137 del Proyecto de la ley urbanística publicado en el BOCV de 2005 concedía una preferencia en la adjudicación de un Programa a aquellas propuestas que cumpliesen determinados requisitos relativos a la participación de los propietarios afectados por la actuación, como por ejemplo que la propuesta hubiese sido refrendada por una Agrupación de Interés Urbanístico.

Capítulo segundo: La regulación del agente urbanizador en la Ley de la Comunidad Valenciana 6/1994, Reguladora de la Actividad Urbanística

diciembre de 2005, que concluyó en declarar la urgencia de iniciar un procedimiento de revisión de la LRAU.⁷⁴

En dicho contexto, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictó la conocida Sentencia “Fabricom”⁷⁵, que tuvo una clara influencia en la reforma de la normativa urbanística valenciana.

⁷⁴ Este informe es conocido como “Informe Fourtou”, al haber sido su ponente la francesa Janelly Fourtou. En el mismo, se muestra un gran desconocimiento del sistema urbanístico español, llegando a calificar de “expropiación” y de métodos “leoninos”, al procedimiento establecido en la LRAU.

⁷⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas Luxemburgo (Sala Segunda), de 3 de marzo 2005 (Referencia Westlaw: TJCE 2005\53).

En el supuesto analizado por dicha Sentencia, se planteó si las disposiciones de Derecho Comunitario anteriormente citadas, constituían un impedimento para la aplicación de una norma nacional del Estado Belga relativa a los contratos públicos de obras, que prohibía participar o formular una oferta para un contrato público de obras, de suministro o de servicios a una persona que se hubiese encargado de la investigación, la experimentación, el estudio o el desarrollo de tales obras, suministro o servicios, sin que se concediese a esa persona la posibilidad de demostrar que, en las circunstancias del caso concreto, la experiencia adquirida por ella no ha podido falsear la competencia.

La empresa Fabricom, dedicada a las obras, solicitó ante el Conseil d’Etat, la anulación del artículo en concreto que prohibía tal participación.

La base de la impugnación se encontraba en que tal disposición era contraria al principio de igualdad de trato de todos los licitadores, al principio de efectividad de los recursos jurisdiccionales, garantizado por la Directiva 92/13, al principio de proporcionalidad, a la libertad de comercio y de industria y al respeto al derecho de propiedad, garantizado por el artículo 1 del Protocolo adicional al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

El Conseil d’Etat decidió suspender el procedimiento por considerar que la solución del litigio exigía la interpretación de las Directivas Comunitarias en materia de contratos públicos y plantear la cuestión ante el TJCE.

Según el Estado Belga, la norma impugnada tenía como fin impedir que una persona que aspirase a la adjudicación de un contrato público se beneficiase de una ventaja, contraria a la libre competencia, derivada de la investigación, de la experimentación, del estudio o del desarrollo de obras, suministros o servicios relativos a dicho contrato.

La norma prohibía con carácter general la participación de dicha persona en la adjudicación, mientras que en el caso de empresas vinculadas a la misma, permitía su participación si la entidad adjudicadora consideraba que las justificaciones facilitadas por la

En el supuesto juzgado por la Sentencia, se planteó la legalidad de una norma que prohibía con carácter general la participación, en la adjudicación de un contrato público de obras, de toda persona que se hubiese encargado de la investigación, experimentación, o estudio de tales obras.

El Tribunal consideró que ciertamente, una persona que se haya encargado de la investigación, de la experimentación, del estudio o del desarrollo de obras, suministros o servicios relativos a un contrato público no se encuentra forzosamente, respecto de la participación en el procedimiento de adjudicación de dicho contrato, en la misma situación que una persona que no haya realizado tales trabajos, pero tampoco forzosamente en otra. Por ello, opinó que una norma como la controvertida en el litigio no concede a la persona que haya realizado determinados trabajos preparatorios ninguna posibilidad de demostrar que, en su caso particular, su posición no supone una ventaja respecto al respecto de licitadores.

Por todo lo cual, concluyó que las nombradas Directivas no permitían la existencia de una norma que prohibiese la presentación de una solicitud de participación o la formulación de una oferta para un contrato público de obras, de suministro o de servicios, a una persona que se hubiese encargado de la investigación, experimentación, estudio o desarrollo de tales obras, sin que se concediese a la misma la posibilidad de demostrar que tal investigación, experimentación o estudio no le beneficiaba y por ello no se quebraba la libre concurrencia en los participantes.⁷⁶

citada empresa vinculada para demostrar que la influencia dominante no estaba acreditada y no afectaba al contrato, eran suficientes.

⁷⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas Luxemburgo (Sala Segunda), de 3 de marzo 2005. (op. cit.): “En tales circunstancias, procede responder a la primera cuestión planteada en los asuntos C-21/03 y C-34/03 que la Directiva 92/50, en

Dicha Sentencia, adoptada el 3 de marzo de 2005 por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, fue otro de los eslabones en la configuración del nuevo sistema de selección del urbanizador en la legislación valenciana, que en dicho momento se estaba elaborando; lo que se reflejó en el hecho que la fase de planeamiento, programación y gestión y la fase de ejecución de las obras de urbanización fuesen disociadas y encargadas a personas diferentes, aunque con alguna diferencia respecto al caso Fabricom puesto que como se verá, la LUV no permite demostrar que la participación en la experimentación o investigación de las obras no concede una ventaja sobre el resto de participantes. Además, el problema de la ley valenciana no era éste, puesto que se trataba de un supuesto diferente. En el caso de la norma autonómica no había, ni hay, dos fases de adjudicación sino una conjunta en la que se adjudicaba planeamiento y gestión; por ello, los autores de la LUV se equivocaron en la aplicación de la Sentencia Fabricom.

Por otra parte, el sistema planteado por la ley valenciana mantiene el privilegio o ventaja del proponente de la actuación y ello sí que quebranta los principios de contratación pública como se ha comentado anteriormente. Por ello *lege ferenda*, la normativa urbanística valenciana debería plantearse la separación de la fase de planeamiento de la de gestión y ejecución, correspondiendo la primera de ellas a la Administración y asegurando con ello una verdadera licitación a la hora de convocar la fase gestión y ejecución.

particular su artículo 3, apartado 2, la Directiva 93/36, en particular su artículo 5, apartado 7, la Directiva 93/37, en particular su artículo 6, apartado 6, y la Directiva 93/38, en particular su artículo 4, apartado 2, se oponen a una norma como la prevista en los artículos 26 del Real Decreto de 25 de marzo de 1999 por el que se modifica el Real Decreto de 10 de enero de 1996 y 32 del Real Decreto de 25 de marzo de 1999 por el que se modifica el Real Decreto de 8 de enero de 1996, conforme a la cual se prohíbe presentar una solicitud de participación o formular una oferta para un contrato público de obras, de suministro o de servicios a una persona que se haya encargado de la investigación, la experimentación, el estudio o el desarrollo de tales obras, suministro o servicios, sin que se conceda a esa persona la posibilidad de demostrar que, en las circunstancias del caso concreto, la experiencia adquirida por ella no ha podido falsear la competencia.”

En conclusión, la interpretación⁷⁷ que se está haciendo de las Directivas Comunitarias sobre contratación pública, que tiende a fomentar la concurrencia empresarial y olvida en algunos casos otros intereses públicos en juego, hizo más que necesaria la modificación del sistema del agente urbanizador previsto en la Comunidad Valenciana con el fin de evitar un posible enfrentamiento con la misma.

Si la compatibilidad entre el sistema del agente urbanizador previsto en la LRAU y la legislación nacional de contratos podía ser salvada a través de una interpretación doctrinal, los pronunciamientos judiciales realizados por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo en materia de contratación pública y las propias Directivas Comunitarias hicieron ineludible la modificación de tal sistema.

⁷⁷ Reflejo de la corriente interpretativa acerca de las Directivas Comunitarias sobre contratación pública la hallamos en la “Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho Comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública”. (2006/C 179/02), que recomienda a aquéllos contratos no sujetos a las Directivas sobre contratación (contratos de importe inferior a los umbrales de aplicación de las Directivas sobre contratación pública y contratos referidos a los servicios enumerados en el anexo IIB de la Directiva 2004/18/CE y en el anexo XVII B de la Directiva 2004/17/CE de importe superior a los umbrales de aplicación de estas Directiva), la aplicación de los criterios básicos para la adjudicación de contratos públicos, que se derivan de las normas y principios del Tratado CE (publicidad, adjudicación de contratos, etc...). Así como las Sentencias del TJCE de 6 de abril 2006, Asunto C-410/04, ANAV, cuyo apartado 18 dice que “pese a que los contratos de concesión de servicios públicos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50, sustituida por la Directiva 2004/18, las autoridades públicas que los celebren están obligadas no obstante a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado CE y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad”; y de 21 de febrero de 2008, Asunto C-412/04.

III. CAPÍTULO TERCERO.- INFLUENCIA DE LA LRAU EN OTRAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

III.1 LA ESTELA DE LA LRAU

Los efectos prácticos que tuvo la aplicación del Agente Urbanizador sobre la creación del suelo fueron observados por otras Comunidades Autónomas que consideraron oportuno importar el sistema, aunque no con total identidad.¹

Criado Sánchez² clasifica las diferentes formas de gestión urbanística adoptadas por las Comunidades Autónomas según hayan adoptado la figura del agente urbanizador, siguiendo fielmente el modelo establecido en la LRAU, o bien, según hayan regulado esta figura “dentro del marco del modelo clásico de sistemas de ejecución del planeamiento, como responsable de la actuación urbanizadora y como responsable, fundamentalmente, de la obra urbanizadora.”

Es decir, se pueden distribuir las formas de gestión urbanística adoptadas por las Comunidades Autónomas en función de su mayor o menor semejanza a la figura del agente urbanizador adoptada por la LRAU. No obstante, también

¹ Tras la aprobación de la Constitución Española, que declaró el urbanismo como una materia propia de las Comunidades Autónomas, la aprobación de la LRAU supuso el pistoletazo en la carrera por la adaptación de regulaciones propias en materia urbanística por parte del resto de autonomías. Este hecho, junto a la Sentencia del TC 61/97, de 20 de marzo que confirmó la competencia de las Comunidades Autónomas en el urbanismo, ha supuesto que en la actualidad nos hallemos ante la inexistencia de un procedimiento urbanístico general, coexistiendo tantas regulaciones y variedad de términos jurídicos como Comunidades Autónomas.

² CRIADO SÁNCHEZ, ALEJANDRO J.: *El Agente Urbanizador en el Derecho Urbanístico Español*, Edit. Reus, Madrid, 2005. Pág. 201.

es necesario hacer mención al hecho de que alguna Comunidad Autónoma, como la de las Islas Baleares, ha preferido mantener el sistema tradicional sin incorporar a su normativa la figura del urbanizador.

En el primer caso, encontraríamos por ejemplo los supuestos de Castilla La Mancha o la Comunidad Autónoma de Extremadura, mientras que en el segundo grupo se encontrarían, sin ánimo exhaustivo, las Comunidades Autónomas de Galicia o La Rioja.

Es decir, la totalidad de Comunidades Autónomas que han aprobado normas urbanísticas, han introducido la figura de un “agente urbanizador” confirmando con ello la necesidad real de agilizar el proceso y hacer económicamente más viable el desarrollo urbanístico.

Además, sea como fuere la regulación de dicha figura, la repercusión de la creación del agente urbanizador por la LRAU ha sido de tal importancia que, a nivel de la legislación estatal, tanto en la Ley 6/1998³ como en el Texto Refundido de la Ley de Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008,

³ El artículo 4.2 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones decía así: “2. La gestión pública a través de su acción urbanizadora y de las políticas de suelo suscitará, en la medida más amplia posible, la participación privada.”

BAÑO LEÓN, J.M^a. en “Los sistemas de ejecución del planeamiento urbanístico”, *Obra Colectiva: Ordenamientos Urbanísticos. Valoración crítica y perspectivas de futuro*, Marcial Pons, Madrid 1998, pág. 159, comenta que “el art. 4 de la Ley 6/1998 proclama la competencia pública en la dirección del proceso urbanístico, de acuerdo con el carácter del urbanismo como sector económico regulado por normas públicas. En el orden de la gestión ese principio no obsta a la colaboración privada. La Ley parte de su conveniencia y de hecho el proyecto originariamente enviado al Parlamento configuraba un genuino derecho subjetivo de los particulares a la transformación de los terrenos. (...) Los cambios producidos durante la tramitación parlamentaria han ampliado el campo de maniobra de las Comunidades Autónomas, que pueden recoger en sus respectivas normas cualesquiera sistemas de actuación públicos o privados, u optar, como ya hizo la legislación valenciana en 1994, por un régimen público único sujeto a la participación de la iniciativa privada seleccionada en régimen de libre competencia, aunque conservando los propietarios el derecho a la transformación de los terrenos en solares.”

de 20 de junio,⁴ se adopta una posición favorable a favor del derecho a la iniciativa privada.

En este apartado se analiza la influencia de la creación de la figura del agente urbanizador en las diferentes Comunidades Autónomas a través del estudio de los diferentes sistemas de actuación que ha adoptado cada una de ellas.

La clasificación de los sistemas de actuación que realizan las Comunidades Autónomas atiende, en su mayoría⁵, bien a las formas de gestión, como el supuesto de la LRAU, bien al sujeto a quien corresponde la iniciativa, como es el supuesto de la Región de Murcia.

En el primer caso, las formas de gestión, se hace referencia al sujeto que gestiona la actuación⁶. Es decir, nos encontraríamos con gestión directa,

⁴ MESTRE DELGADO, J.F. en “La incidencia de la Ley estatal 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, en el Derecho Urbanístico Autonómico”, *Revista española de la función consultiva*, nº extra 8, 2007, págs. 101 y 102, afirma que la Ley de Suelo, refiriéndose al texto 8/2007, regula la iniciativa privada en la actividad urbanística (artículo 6), con una importancia y significación muy destacada en la ordenación general. “El planteamiento que inspira esta regulación es claro, y está explicado en la Exposición de Motivos: se trata de disociar, del contenido propio del derecho de propiedad tal y como se ha considerado tradicionalmente en el Derecho urbanístico estatal, la tarea de urbanizar, al considerar que la misma entraña una función pública, que puede ser llevada a cabo por la propia Administración o por sujetos privados, supuesto éste último en el que es preciso observar y respetar las reglas y principios que disciplinan la libertad de empresa y la actuación en el mercado. (...) Hasta la promulgación de la Ley de Suelo, las determinaciones de la normativa urbanística autonómica han permitido la coexistencia de diversos modelos proyectados sobre este particular; que, como ya nos consta, o bien han recibido el modelo valenciano, del agente urbanizador, o bien han mantenido un diseño más clásico, heredado de las reglas de la legislación estatal sobre el suelo. Sobre esta situación se proyecta la Ley de Suelo, que parece tratar de introducir una suerte de criterio armonizador en el panorama urbanístico español. Lo hace introduciendo el derecho de iniciativa de los particulares en la urbanización y construcción, que deberá recoger la legislación autonómica “cuando ésta no deba o no vaya a realizarse por la propia Administración competente”.

⁵ En el caso de la Comunidad Autónoma de Asturias los sistemas de actuación se diferencian en función de la clasificación del suelo.

⁶ Se entiende por formas de gestión las que hacen referencia al sujeto que realiza la actuación, siguiendo a ROMERO SAURA, F. y LORENTE TALLADA, J.L. en *El régimen urbanístico de*

cuando se realizase por la Administración, y gestión indirecta, en sentido contrario.⁷

Tomando en consideración los clásicos sistemas de gestión y la figura del urbanizador, en la gestión directa tendrán entrada la expropiación⁸ y la cooperación, puesto que en ambos casos la Administración asume la función de ejecutar la urbanización; mientras que se considerará gestión indirecta la compensación, así como el sistema que dé participación al urbanizador.⁹

Según Gómez-Ferrer Morant, esta clasificación ya se recogió en la Ley del Suelo de 1976 y en el Reglamento de Gestión Urbanística aprobado por Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, que, pese a no utilizar expresamente la distinción entre gestión directa o indirecta, tomaban en

la Comunidad Valenciana. Edit. Universidad Politécnica de Valencia, Valencia, 1996, pág. 320.

⁷ ALONSO MAS, M^a.J.: “La gestión directa de los programas de actuación integrada en la Ley Urbanística Valenciana”, en obra colectiva *Curso Práctico de Derecho Urbanístico Valenciano*. Valencia 2006, Tirant Lo Blanch, pág. 562; comenta que ha de diferenciarse entre el concepto de programa de actuación integrada en régimen de gestión directa y el concepto de programa de actuación integrada de iniciativa pública. En efecto, normalmente coincidirá que los programas de gestión directa sean además de iniciativa pública; pero no se trata de algo necesario, y así es posible que se presente una iniciativa privada para iniciar el procedimiento de aprobación y adjudicación de un programa y, sin embargo, la Administración decida reservarse la gestión directa.

⁸ Puesto que la mención se realiza a las diferentes legislaciones urbanísticas autonómicas y al sistema estatal, debe recordarse en este caso, que los artículos 211 y ss. del Reglamento de Gestión Urbanística del año 1978 estableció en el caso del sistema por expropiación la posibilidad de se llevase a cabo a través de una concesión administrativa, en cuyo caso, este supuesto debería clasificarse como de gestión indirecta.

⁹ Pese a que en el sistema de compensación, la función de urbanizar es asumida por la Junta de Compensación, una entidad que goza de naturaleza administrativa, tal condición no implica por sí misma, la existencia de una gestión directa puesto que el coste de la obra es asumido por los propietarios y no por la Administración. En este sentido, véase la STJCE de 13 de enero de 2005, en la que se considera que los organismos públicos pueden ser adjudicatarios de contratos públicos regulados por las Directivas.

consideración las formas de gestión establecidas en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales para los servicios públicos.¹⁰

En cuanto a la iniciativa, ésta a su vez se dividiría en pública o privada, en función de la naturaleza del sujeto que propusiese la actuación. Por ejemplo, sería iniciativa pública el acuerdo adoptado por la Administración por iniciativa propia de gestionar y/o ejecutar un determinado ámbito; mientras que sería iniciativa privada cuando los propietarios se agrupasen voluntariamente a través de una Junta de Compensación y solicitasen el desarrollo urbanístico de un determinado ámbito.

Esta diferencia puede llevar a situaciones en las que la iniciativa sea pública pero la gestión privada y a la inversa.

En relación a estas modalidades, no debe olvidarse que el Ordenamiento Jurídico nacional ha considerado que la actividad urbanística es siempre pública. Es decir, históricamente, el urbanismo en España ha sido considerado una función pública y así se sigue entendiendo, con independencia de quien adopte la iniciativa, así como la gestión.

Dado que el objeto del presente estudio gira en torno a la gestión indirecta de los Programas de Actuación Integrada y a los sujetos que en ella intervienen, se ha considerado clasificar los sistemas urbanísticos del territorio

¹⁰ GÓMEZ-FERRER MORANT, R. "Gestión del planeamiento y contratos administrativo" en *Documentación Administrativa* nº 261-262 (septiembre 2001-abril 2002), pág. 45: "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."

Capítulo tercero: Influencia de la LRAU en otras Comunidades Autónomas

español del siguiente modo: los que consideran la opción de la figura del urbanizador como una modalidad más, los que consideran la figura del urbanizador como un sistema subsidiario, y los que directamente no consideran la figura del urbanizador.

III.2 EL URBANIZADOR COMO SISTEMA DE GESTIÓN

En esta modalidad, la gestión indirecta a través de un urbanizador es considerada una alternativa a la hora de llevar a cabo la actuación urbanística. Es el caso de la Comunidad Autónoma Valenciana, el de Castilla La Mancha, el de la Comunidad Autónoma de Extremadura, la Región de Murcia, Aragón, Cantabria o el de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

Las características de este sistema son:

- No es necesario que en la figura del urbanizador concorra la condición de propietario del terreno.
- La selección del urbanizador se realiza en pública competencia.
- La participación del urbanizador se plantea en la legislación como cualquier otro sistema de actuación.

Puesto que el sistema valenciano es objeto del presente estudio, se analizan el resto de supuestos comprendidos en el grupo.

III.2.1 Comunidad Autónoma de Extremadura

III.2.1.a Normativa.

En cuanto a la Comunidad Autónoma de Extremadura, su regulación urbanística encuentra su máximo exponente en la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura (en adelante, LSOTEX)¹¹.

A pesar de que dicha Ley, como se ha comentado anteriormente, continúa la estela de la LRAU, el hecho de haberse aprobado unos años después, hizo que la misma mejorase el sistema, evitando los fallos más incómodos de aquella.

III.2.1.b Formas de gestión

Gestión directa:

- Cooperación: Exclusiva para Administraciones y determinadas entidades.
- Expropiación: la Administración actúa y ejecuta las obras de urbanización por sí misma, aunque para la ejecución de la actuación podrá desarrollar la expropiación mediante beneficiario privado conforme a la legislación aplicable (en cuyo caso será indirecta).

Gestión Indirecta:

¹¹ Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura (LSOTEX), publicada en el DOE de 2 de enero de 2002.

- Compensación¹². Pese a la denominación tradicional este sistema de gestión no aplica la expropiación sobre los propietarios que declinan participar en la Junta de Compensación.
- Concertación¹³; sistema similar a la figura del urbanizador.

El municipio, bien de oficio o bien a instancia de un particular, deberá optar para cada sector o, en su caso unidad de actuación, por uno de los sistemas anteriormente comentados.

III.2.1.c Diferencias con la figura del agente urbanizador de la LRAU

A diferencia de la legislación valenciana, la gestión indirecta en la Ley extremeña distingue el supuesto en el que la misma se realiza a través de una Agrupación de Interés Urbanístico¹⁴ – compensación-, y aquel otro supuesto en el que la gestión indirecta se realiza a través de un particular no propietario o bien por propietarios que no alcancen el 50% de la superficie de la actuación.

En el sistema de concertación, cualquier tercero ajeno a la Administración y a los propietarios puede ser el elegido para gestionar y ejecutar la obra de urbanización. Para dicha elección, se procede a la apertura de un proceso concurrencial por un período de dos meses en los cuáles se podrán presentar los Programas de Ejecución y demás documentación por todos aquellos

¹² Pese a la denominación del sistema, la ley extremeña no adapta en su totalidad tal figura, puesto que el sistema estatal preveía una expropiación para aquellos propietarios que no se uniesen a la Junta de Compensación situación que no ocurre en esta Comunidad Autónoma.

¹³ El artículo 125 de la LSOTEX dice así: "(...) 2. Los sistemas de ejecución son los siguientes: a) en la forma de gestión directa: 1. cooperación 2. expropiación. b) En la forma de gestión indirecta: 1. compensación. 2) Concertación.

¹⁴ Artículo 138 de la LSOTEX: "2 Los propietarios se integrarán en una agrupación de interés urbanístico conforme a lo dispuesto en la letra e) del artículo 120 e intervendrán en el proceso de ejecución, asumiendo, a través de dicha agrupación, las prerrogativas y obligaciones propias del agente urbanizador de la actuación.

interesados que deseen participar y alcanzar la condición de agente urbanizador.

A diferencia de la LRAU, en la LSOTEX el plazo de presentación de propuestas para la gestión de la actuación es de dos meses, lo que mejora notablemente el aspecto de la concurrencia de participantes.¹⁵

No obstante, se mantiene el sistema de la adjudicación preferente bajo determinadas condiciones, como la presentación del proyecto de reparcelación o el apoyo de los propietarios¹⁶, así como el procedimiento simplificado de

¹⁵ En la LRAU el período de información pública de los Programas, coincidente con el período de presentación de otras alternativas técnicas, era de veinte días, prolongables a otros veinte días si durante los diez primeros de información pública alguna persona se comprometía a presentar una alternativa técnica sustancialmente distinta a la inicial y prestaba caución de ella.

¹⁶ El artículo 136 de la LSOTEX dice así: "Adjudicación preferente.

1 En el sistema de concertación el régimen de adjudicación preferente tiene por objeto fomentar la elaboración de iniciativas de Programas de Ejecución por los particulares e incentivar su inmediata ejecución. Para su aplicación será imprescindible que quien solicite su aplicación haya presentado una alternativa técnica de Programa de Ejecución propia y original y ofrecido su ejecución en plazo inferior a tres años.

2. Se podrá solicitar la adjudicación preferente en favor de

- a. La proposición que se acompañe de alternativa técnica con proyecto de reparcelación, en condiciones de ser aprobado junto con el Programa de Ejecución, para la totalidad de los terrenos afectados, suscrito por sus propietarios.
- b. La proposición acompañada de proyecto de urbanización, susceptible de aprobarse junto con el Programa de Ejecución y refrendada o concertada con una agrupación de interés urbanístico, cuyos estatutos y acuerdos sociales serán expuestos al público junto con la correspondiente alternativa.

1. Las iniciativas de Programa de Ejecución que satisfagan los requisitos de los apartados anteriores tendrán preferencia en la adjudicación respecto de las que, sin cumplirlos, pretendan competir con ellas. Si concurrieran varias iniciativas que reclamaran fundadamente la adjudicación preferente, se preferirá la que se promueva para una sola unidad de actuación, según delimitación establecida por el planeamiento ya previamente vigente, a la que pretenda abarcar un ámbito distinto o mayor. No obstante, si la alternativa de Programa de Ejecución que reclame la adjudicación preferente con lleva propuestas complementarias de aprobación de otros planes de ordenación urbanística o de modificación de los vigentes, se podrá adjudicar el

tramitación; supuestos ambos que atentan directamente con los principios de la contratación pública al aventajar desmesuradamente a una de las propuestas por encima de las demás, como ya hemos comentado anteriormente, y entre cuyos orígenes se encuentra la voluntad de unir el derecho del propietario con la contratación. Si embargo, si fuese un verdadero derecho de la propiedad con ciertos requisitos, como en el caso de la Scala o de la Junta de Compensación tradicional, dudosamente sería un contrato.

Por último, en relación al agente urbanizador, la LSOTEX nos dice que es el responsable de ejecutar la correspondiente actuación urbanizadora por cuenta de la Administración actuante. Además de ello, pese a considerarlo una figura especial que se registrará por su propia normativa, fuera del ámbito de los contratos “típicos”, le aplica supletoriamente la regulación del contrato de gestión de servicios públicos.¹⁷

Esta supletoriedad parece estar fuera de lugar si se tiene en cuenta que en la actuación del urbanizador la función principal es la de ejecutar la obra de urbanización. Además de ello, en la relación entre el urbanizador y la Administración no se dan los rasgos esenciales del contrato de gestión de servicio público: continuidad y regularidad; por lo que se descarta la presencia de este tipo de contrato y alcanzar la completa urbanización. El contrato de

Programa de Ejecución a tercero que propugne desarrollar mejor alternativa de planeamiento.”

Como ya se ha comentado, parte de la razón de ser de este régimen de adjudicación preferente, tanto en la LRAU como en la ley extremeña que nos ocupa, se encuentra en la mezcla del planeamiento con la de ejecución del mismo.

¹⁷ El artículo 138 de la LSOTEX se expresa del siguiente modo: “Las relaciones derivadas de la adjudicación del Programa de Ejecución se registrarán por lo dispuesto en esta Ley y, en el marco de la misma, en los planes de ordenación urbanística, el propio Programa de Ejecución y los actos adoptados para su cumplimiento, así como, supletoriamente, por las reglas del contrato de gestión de servicios públicos de la legislación reguladora de la contratación de las Administraciones Públicas.”

obras es un contrato de resultado, es decir, su finalidad es elegir un urbanizador cuya función sea el desarrollo del suelo. Por el contrario, en la concesión de gestión de servicio nos hallamos ante un contrato de actividad.¹⁸

III.2.2 Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha

III.2.2.a Normativa

El supuesto de Castilla La Mancha es similar. En el año 1998 se aprobó la Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y Actividad Urbanística (en adelante LOTAU)¹⁹, que siguió el modelo establecido en la LRAU.

¹⁸ La continuidad y la regularidad, han sido en nuestra tradición jurídica las notas características del servicio público, recogidas tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial. Ejemplo de ello lo encontramos en las Sentencia del TS de 22 de febrero de 1982 y 24 de octubre de 1989. Respecto a la doctrina son muchas las referencias como ARIÑO ORTIZ, G., “El servicio público como alternativa” *REDA* nº 23, 1979, pág. 551 que comenta que *la quinta nota esencial del servicio público es la necesaria continuidad y regularidad en su prestación*; GARRIDO FALLA, F. “Concepto de servicio público en Derecho Español” en *Revista de Administración Pública* nº 135, año 1994, Pág. 21; define el servicio público como aquél “servicio técnico prestado al público de una manera regular y constante mediante una organización de medios personales y materiales cuya titularidad pertenece a una Administración pública y bajo un régimen jurídico especial”; o BALLESTEROS FERNÁNDEZ, ÁNGEL, en *Manuel de Administración Local*, El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 5ª Edición, pág. 788, considera como notas esenciales del servicio público la continuidad y la regularidad “puesto que si el servicio público es esencial para la vida en sociedad, la Administración titular del mismo deberá asegurar la continuidad y regularidad en su prestación”.

¹⁹ La ley 2/1998 de 4 de junio sufrió diversas modificaciones como la llevada a cabo por el Decreto Legislativo 1/2004 de 28 de diciembre por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha, o la Ley 12/2005 de 27 de diciembre. Actualmente el máximo exponente de la legislación urbanística de Castilla La Mancha se encuentra en el Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo.

Actualmente, la legislación urbanística en Castilla La Mancha está imperada por el Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y Actividad Urbanística.

Esta normativa autonómica adoptó el sistema valenciano, pero introdujo pequeñas modificaciones en atención a las variaciones que habían existido en la normativa estatal, así como en atención a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Actualmente, la norma urbanística de cabecera en Castilla La Mancha se encuentra en el Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística.

III.2.2.b Formas de gestión

Gestión Directa²⁰

- Expropiación
- Reparcelación

Gestión Indirecta

- Urbanizador. El artículo 117 de la vigente ley urbanística manchega, aprobada por Decreto Legislativo 1/2010 de 18 de mayo, define al

²⁰ Artículo 116.3 del Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y Actividad Urbanística dice así:

“Tanto cuando se proceda mediante reparcelación, como cuando se aplique instrumentalmente la expropiación para la ejecución del planeamiento, la Administración actuante podrá desarrollar la gestión utilizando las alternativas organizativas previstas en la Sección III del Capítulo I de este Título, sin perjuicio de la contratación por el sujeto público gestor, cuando proceda y conforme a la legislación de contratación del sector público, de las distintas obras de urbanización que comprenda la actuación.”

A su vez, la Sección III del Capítulo I referido (Artículo 105) dice así: “1. La Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y los Municipios, con la cooperación con éstos, en su caso, de las Diputaciones provinciales, podrán utilizar, para la gestión directa de la actividad de ejecución que sea de su respectiva competencia todas las formas o modalidades admitidas por la legislación de régimen jurídico y de contratación del sector público y de Régimen Local.”

urbanizador como un agente gestor por adjudicación de la ejecución de un Programa de Actuación Urbanizadora.

Este urbanizador será seleccionado entre las alternativas técnicas que se presenten durante el período de información pública de una propuesta de programa, el cual es de veinte días.

III.2.2.c Diferencias con la figura del agente urbanizador de la LRAU

Respecto a la relación entre el TR de la LOTAU y la ley valenciana, el primero mantiene tanto el sistema de selección del urbanizador como el brevísimo período establecido en la LRAU para presentar ofertas en competencia, el cual es a todas luces insuficiente, además de restringir la posibilidad de la presentación de otras propuestas competitivas.

Por otra parte, el TR de la LOTAU, al igual que la ley urbanística extremeña y la LRAU, mantiene la posibilidad de simplificar el procedimiento por iniciativa particular, disminuyendo con ello, al igual que hacía la LRAU, aún más las posibilidades de participación de otros competidores, dada la posición privilegiada en la que se encuentra el primer proponente.

Por último, al igual que la Ley extremeña, el artículo 125²¹ del TR de la LOTAU aplica en la relación entre el urbanizadora y la Administración, como régimen supletorio, tras la propia Ley, las reglas del contrato de gestión de servicios públicos.

²¹ Artículo 125 de la LOTAU:

“Las relaciones derivadas de la adjudicación del Programa de Actuación Urbanizadora se regirán por lo dispuesto en esta Ley y, en el marco de la misma, en los Planes, el propio Programa y los actos adoptados para su cumplimiento, así como, supletoriamente, por las reglas del contrato de gestión de servicios públicos de la legislación de contratación del sector público. La resolución de la adjudicación se acordará por la Administración actuante, previo informe de la Comisión Regional de Ordenación del Territorio y Urbanismo, que podrá ser instado también por el urbanizador.”

Con todo, y pese a las similitudes, el desarrollo en Castilla-La Mancha no ha alcanzado, ni siquiera se ha acercado, a las cifras que se han conseguido en la Comunidad Valenciana, principalmente por las circunstancias del terreno y la demanda que del mismo se tiene en el territorio manchego, lo que también nos lleva a pensar que quizás toda “la culpa” del incontrolado y exagerado desarrollo urbanístico de la Comunidad Valenciana no deba recaer sobre la “LRAU”.

III.2.3 Comunidad Autónoma de Castilla y León

III.2.3.a Normativa

La legislación urbanística en Castilla y León encuentra su principal fuente normativa en la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León, con sus posteriores modificaciones.

III.2.3.b Formas de gestión en actuaciones integrada (Art. 74²²)

Gestión directa

- Cooperación: La iniciativa es del Ayuntamiento o de los propietarios a los que corresponda, al menos, el 25% del ámbito de la actuación (Art. 83 Ley 5/1999). El Ayuntamiento actúa como urbanizador.
- Expropiación. Sistema subsidiario previsto para cuando concurren determinadas circunstancias. Será una forma de gestión directa si no se actúa a través de concesionario.

²² El artículo 74 de la Ley 5/1999, de Urbanismo de Castilla y León dice así: “Sistemas de actuación. 1. Las actuaciones integradas se desarrollarán mediante alguno de los siguientes sistemas: a. Sistema de concierto. b. Sistema de compensación. c. Sistema de cooperación. d. Sistema de concurrencia. e. Sistema de expropiación.

Gestión Indirecta

- **Compensación:** Mantiene a rasgos generales las bases del modelo estatal del mismo nombre (al menos 50% propietarios y en defecto de participación, la expropiación).
- **Concertación:** En el sistema de concierto, el papel de urbanizador es asumido por el propietario único o por el conjunto de todos los propietarios en el caso de ser varios, que garanticen solidariamente la actuación.²³
- **Concurrencia:** es el análogo al de la figura del agente urbanizador en la LRAU

Los sistemas de compensación y cooperación mantienen a rasgos generales, las bases del modelo estatal del mismo nombre. En el primero de ellos la gestión del planeamiento se lleva a cabo por la Junta de Compensación, que engloba a los propietarios que representen al menos el 50% del aprovechamiento de la unidad de actuación; mientras que en el sistema de cooperación, la iniciativa será del Ayuntamiento o del propietario o propietarios que representen al menos el 25% del aprovechamiento de la unidad de actuación, siendo el Ayuntamiento quien actúe como urbanizador.

El sistema de expropiación se regula como un sistema subsidiario al que se podrá acudir cuando lo justifiquen especiales razones de urgencia, necesidad o dificultad en la gestión urbanística, cuando se incumplan los

²³ El artículo 78 de la Ley 5/1999 de Urbanismo de Castilla y León dice así: "Características del sistema. 1. El sistema de concierto podrá utilizarse cuando todos los terrenos de la unidad de actuación, excepto los de uso y dominio público, en su caso, pertenezcan a un único propietario, o bien cuando todos los propietarios de la unidad garanticen solidariamente la actuación. 2. En el sistema de concierto asumirá el papel de urbanizador el propietario único, o bien el conjunto de propietarios que garanticen solidariamente la actuación."

plazos señalados en los instrumentos de planeamiento y gestión urbanísticos para el desarrollo de actuaciones integradas mediante otros sistemas de actuación, o cuando en cualquiera de ellos el urbanizador perdiera las condiciones que le habilitaban para serlo.

En este sistema de expropiación, además del Ayuntamiento o de otra Administración Pública que ejerza la potestad expropiatoria, podrán actuar como urbanizador entidades de Derecho público, consorcios, sociedades urbanísticas, y cualquier particular que adquiera la condición de concesionario. Este concesionario será elegido a través de un concurso de conformidad con el artículo 90 de la Ley 5/1999²⁴.

Por lo tanto, es pues el sistema de concurrencia, regulado en los artículos 86 y siguientes de la Ley 5/1999, donde se encuentra la adaptación del urbanizador.

III.2.3.c Diferencias con la figura del agente urbanizador de la LRAU

En el sistema de concurrencia, la condición de urbanizador es adquirida por una persona física o jurídica, seleccionada por el Ayuntamiento a través de un concurso, y retribuida por los propietarios de la unidad de actuación.

La iniciativa de este sistema corresponde, bien al propio Ayuntamiento mediante la elaboración y aprobación inicial de un proyecto de actuación; bien a la Administración de la Comunidad Autónoma, cuando se trate de desarrollar

²⁴ Artículo 90 Ley 5/1999 de 8 de abril: "Concesión. En el sistema de expropiación, la condición de urbanizador podrá ser objeto de concesión mediante concurso, cuyas bases determinarán los compromisos que deba asumir el adjudicatario. En la resolución del concurso tendrán preferencia las asociaciones de propietarios que representen conjuntamente al menos el 25% de la superficie de la unidad, siempre que su oferta no sea inferior en más de un 10% a la media de las presentadas. El concesionario podrá incorporar a la gestión a los propietarios de la unidad, en las condiciones que libremente pacten, previa liberación de sus terrenos conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente."

las previsiones de los Planes y Proyectos Regionales; bien a cualquier persona física o jurídica que presente un proyecto de actuación ante el Ayuntamiento. No obstante, debe tenerse en cuenta, que tanto en el primer caso como en el tercero, es el Ayuntamiento el que decide acordar o no la convocatoria del concurso, una vez aprobado inicialmente el proyecto.

Volviendo al último de los tres supuestos, relativo a la presentación ante la Administración de un proyecto de actuación, el artículo 87 de la ley castellano leonesa establece en su apartado segundo que mediante el acuerdo de aprobación inicial del proyecto, el Ayuntamiento convocará un concurso para la selección del urbanizador.²⁵ Si finalmente es seleccionado el particular

²⁵ Artículo 87 Ley 5/1999: "Especialidades del proyecto de actuación.

1. En el sistema de concurrencia el Proyecto de Actuación podrá ser elaborado por el Ayuntamiento, la Administración de la Comunidad Autónoma o cualquier persona física o jurídica, y, en su versión inicial, podrán omitirse los contenidos citados en los apartados d), e) y f) del artículo 75.3, que, en tal caso, deberán ser objeto de las proposiciones jurídico-económicas que se deben presentar en el concurso.
2. Mediante el acuerdo de aprobación inicial del Proyecto, el Ayuntamiento convocará un concurso para la selección del urbanizador, señalando las bases para su adjudicación, cuyos contenidos y criterios se determinarán reglamentariamente. El Ayuntamiento y la Consejería competente en materia de urbanismo podrán aprobar modelos generales de bases, aplicables sin necesidad de nueva tramitación.
3. Durante el periodo de información pública, que será como mínimo de dos meses, podrán presentarse tanto las alegaciones y sugerencias ordinarias como alternativas al Proyecto. Igualmente podrán presentarse durante dicho período proposiciones jurídico-económicas para la ejecución de la actuación, en plica cerrada. La apertura de plicas tendrá lugar dentro de los cinco días hábiles siguientes al final del período.
4. El Ayuntamiento, al aprobar el Proyecto, y sin perjuicio de su potestad para introducir los cambios que procedan, adjudicará su ejecución y por tanto la condición de urbanizador, a quien presentara la mejor propuesta conforme a las bases publicadas, ya sea una proposición jurídico-económica sobre el Proyecto original, o una alternativa al Proyecto con su propia proposición.
5. El Ayuntamiento decidirá sobre la aprobación y adjudicación del Proyecto de Actuación en el plazo señalado en el artículo 76, excepto cuando exista un único concursante, quien podrá instar al Ayuntamiento para que resuelva antes de un mes desde la apertura de plicas.
6. Cuando no resulte adjudicatario el promotor de la iniciativa, el Ayuntamiento garantizará el reembolso, por cuenta del urbanizador, de los gastos justificados de elaboración del Proyecto, salvo si el concurso queda desierto."

que redactó el proyecto, con base precisamente en dicho proyecto, se estaría infringiendo los principios de igualdad y competencia aclamados por la Sentencia Fabricom, y recogidos en el artículo 56 del TRLCSP.²⁶

Por último, en los supuestos en que se realiza convocatoria (bien redacta la Administración municipal la propuesta, bien un particular presenta un proyecto), que concluye con la selección de un urbanizador por el Ayuntamiento a través de un concurso, podemos encontrar la estela de la LRAU, al encontrarnos con un sujeto privado que va a gestionar la actuación, elaborando los Proyecto de Reparcelación y Urbanización cuando no se contuvieran en el Proyecto de Actuación y financiando los gastos de urbanización, que le serán retribuidos por los propietarios mediante la cesión de solares al urbanizador, o bien en metálico mediante cuotas de urbanización.

III.2.4 Comunidad Autónoma de la Región de Murcia

III.2.4.a Normativa:

El máximo exponente de la legislación urbanística en la Comunidad Autónoma de Murcia es el Decreto 1/2005 de 10 de junio, a través del cual se aprobó el Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia, vigente en la actualidad.

III.2.4.b Formas de gestión:²⁷

²⁶ En este caso, a diferencia del supuesto valenciano, los redactores del proyecto de actuación gozan de una ventaja real y verdadera frente al resto de licitadores que optan por urbanizar el terreno.

²⁷ El artículo 171 de la LSRM dice así: "Las actuaciones integradas se desarrollarán mediante alguno de los siguientes sistemas: 1. De iniciativa privada: a) Sistema de concertación directa. b) Sistema de concertación indirecta. c) Sistema de compensación. 2. De iniciativa

Pese a que la denominación sea muy similar a los sistemas de Castilla y León existen esenciales diferencias:

Gestión Directa

- Expropiación, si la Administración no opta por que su gestión se realice a través de un concesionario.
- Ocupación Directa

Gestión Indirecta

- El sistema de compensación sigue el modelo estatal. Requiere la agrupación de al menos los propietarios que representen el 50% del ámbito de la actuación y, ofrecida la posibilidad de incorporación a la Junta, se aplicará la expropiación sobre aquellos propietarios que declinen participar (similar al supuesto castellano-leonés).
- Concertación directa: El propietario único o todos los propietarios en el caso de ser varios asumen la gestión de la urbanización. (En el caso de Castilla y León equivaldría al sistema de concertación).
- Concertación indirecta: Los propietarios que representen al menos el 25% del ámbito de la actuación (ámbito sobre el que no se haya previsto la compensación o no se alcance el porcentaje requerido para su constitución) podrán plantear la iniciativa ante Ayuntamiento. Si el Ayuntamiento decide acordar su gestión, el procedimiento seguirá los trámites previstos para el sistema de concurrencia. Este sistema, que equivaldría al de cooperación en el castellano-leonés, se diferencia de

pública: a) Sistema de cooperación. b) Sistema de concurrencia. c) Sistema de ocupación directa.

él porque en aquél la gestión es asumida por la Administración, y aquí la asumirá un urbanizador. Además de ello, en Castilla-León la iniciativa en la cooperación corresponde tanto a los propietarios como al Ayuntamiento.

- El sistema de concurrencia es el análogo al de la figura del agente urbanizador en la LRAU

III.2.4.c Diferencias con la figura del agente urbanizador de la LRAU:

En relación a las diferencias mencionadas con la LRAU, en primer lugar, el artículo 157.3 del citado Texto Refundido define la relación entre el urbanizador y la Administración como de naturaleza contractual, sometida a la legislación sobre contratos de las Administraciones Públicas, *sin perjuicio de lo establecido en esta ley y en sus normas de desarrollo*. Es decir, en palabras de la propia Ley, el régimen jurídico del urbanizador tendrá naturaleza contractual, expresión que nunca fue utilizada por la LRAU. Además, la aplicación de la normativa de contratación del sector público no es supletoria.

Por otra parte, el denominado por la Ley Urbanística murciana como sistema de concurrencia, que es el equivalente al sistema de la gestión indirecta llevada a cabo por un agente urbanizador en la LRAU, sólo puede utilizarse a iniciativa del Ayuntamiento,²⁸ por lo que éste es quien va a dirigir desde el principio el proceso de urbanización.²⁹ Ello implica, como comenta

²⁸ Artículo 186 LSRM: "Características del sistema de concurrencia. 1. El Sistema de Concurrencia podrá utilizarse a iniciativa del Ayuntamiento, que, cuando existan circunstancias de urgencia, demanda de suelo o manifiesta inactividad de la iniciativa privada, elaborará y aprobará inicialmente un Programa de Actuación y convocará un concurso para la selección del urbanizador, simultáneo a la información pública."

²⁹ Es curioso que en cambio, la cooperación o concertación sean siempre a iniciativa de los particulares.

Criado Sánchez³⁰ que la urbanización siga con mayor seguridad los diseños del interés general y no los de las empresas urbanizadoras. Este matiz es de gran relevancia por cuanto evita la pérdida del control público en la potestad de planeamiento.³¹

Pero no sólo ello, puesto que en relación al aspecto analizado en el presente estudio, la supresión de la iniciativa particular representa eliminar uno de los grandes obstáculos establecidos por la LRAU frente al principio de libre concurrencia previsto en la normativa de contratación.³²

Por ello, esta Ley mejora el sistema planteado en la LRAU, además de conceder un mayor protagonismo a los propietarios, que pueden participar en

³⁰ CRIADO SÁNCHEZ, ALEJANDRO J.: *El Agente Urbanizador en el Derecho Urbanístico Español*. Editorial Reus, Madrid 2005. Pág. 116

³¹ Pese a que este primer grupo de sistemas urbanísticos autonómicos haga referencia a aquellas Comunidades Autónomas que conciben la gestión a través del urbanizador como una opción más en los sistema de actuación, se incluye en este apartado la Región de Murcia, dada la amplitud de actuación que la literalidad del artículo 186 LSRM concede a la Administración. El citado artículo 186 LSRM dispone que el Ayuntamiento podrá adoptar este sistema *por razones de urgencia, demanda de suelo o manifiesta inactividad de la iniciativa privada*. Pese a que a primera vista, estas condiciones pudiesen enmarcar el sistema del agente urbanizador como un sistema subsidiario, la opción de aplicarlo cuando exista una *demanda de suelo* lo convierten en un sistema alternativo y no subsidiario. Cabría preguntarse en este aspecto qué actuación urbanística no tiene como fin la satisfacción de la demanda de suelo. Se trata por lo tanto de un concepto jurídico indeterminado tan amplio, que extiende la facultad de actuación hasta situarlo en un supuesto normal de actuación.

En relación a los conceptos jurídicos indeterminados véase el trabajo de GARCÍA ENTERRÍA, E.: "Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 89, 1996; o SAINZ MORENO, F.: *Conceptos jurídicos indeterminados, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976.

³² La LRAU otorgaba la posibilidad de que fuesen los particulares quienes iniciasen el procedimiento para la adjudicación de un PAI, constituyendo ello un grave atentado contra el principio de concurrencia puesto que quien iniciase el procedimiento de este modo habría tenido un tiempo más que suficiente para realizar un buen estudio del terreno, de sus necesidades, para calcular más ajustadamente los costes económicos y para redactar un adecuado programa, frente al resto de aspirantes a urbanizador que debían realizar dichas labores en el período de veinte días que concedía la LRAU desde el sometimiento a información pública.

el desarrollo del suelo a través de diversos modos (concertación directa, indirecta, compensación...), peticiones ambas planteadas frente a la LRAU.

III.2.5 Comunidad Autónoma de Aragón

III.2.5.a Normativa

La vigente Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón (en adelante, LUA), sustituyó a la primera Ley Urbanística de dicha Comunidad 5/1999, aprobada el 25 de marzo del citado año.

A través de la nueva norma, se ha pretendido reafirmar la función pública del urbanismo, tal como manifiesta su Exposición de Motivos, además de adaptar el sistema de la gestión indirecta a la normativa de contratación, tanto estatal como comunitaria.³³

III.2.5.b Formas de gestión

Gestión Directa

³³ Exposición de motivos VI Ley 3/2009, de 17 de junio de Urbanismo de Aragón:

“La gestión urbanística se iniciará una vez aprobado el planeamiento que establezca la ordenación pormenorizada. La ejecución tendrá lugar siempre bajo control público, pues pública es la obra de urbanización, mediante actuaciones aisladas o actuaciones integradas. Las mayores novedades se establecen al regular las actuaciones integradas, que podrán desarrollarse, según elija la Administración al aprobar el planeamiento, bajo formas de gestión directa, mediante expropiación o cooperación, o indirecta, ya sea mediante programa de compensación o mediante programa de urbanización. El carácter público de la urbanización aparece ahora clarificado y reforzado, de manera que la ejecutará la Administración, con financiación propia, previa expropiación, o de los propietarios, previa reparcelación, o un agente público, ya sea la junta de compensación, ya el urbanizador. Esta Ley tiene especial cuidado, precisamente por el carácter público de la obra de urbanización, al imponer el respeto a las garantías que en materia de contratación del sector público derivan de la normativa de la Unión Europea, garantías que se proyectan tanto sobre la Administración como sobre la junta de compensación o el urbanizador y que inspiran parte de las previsiones del texto refundido de la Ley de Suelo.”

- Expropiación
- Cooperación

Gestión Indirecta

- Compensación
- Urbanizador

A simple vista, podría pensarse que el sistema es similar al previsto en Extremadura; no obstante, en el caso aragonés, la intervención del urbanizador se realizará bien cuando se haya previsto tal sistema en el instrumento de ordenación pormenorizada, o bien, cuando prevista la compensación, los propietarios no cumplan con las obligaciones que el sistema de compensación les imponga.³⁴ Es decir, la normativa urbanística de Aragón se une así a la legislación de las Comunidades Autónomas que, sin querer quitar protagonismo a la propiedad en la gestión o planificación de los terrenos, prevén un “Plan B” a través de la intervención del urbanizador con el fin de

³⁴ Artículo 167 de la Ley 3/2009 de 17 de junio (LUA):

“1. La gestión indirecta por urbanizador se aplicará en los siguientes supuestos:

- a. Cuando en el planeamiento que apruebe la ordenación pormenorizada se establezca su ejecución por gestión indirecta, salvo que se prescriba expresamente la gestión indirecta por compensación.
- b. Cuando, habiéndose fijado en el planeamiento la gestión indirecta por compensación, los propietarios afectados no presenten el programa de compensación en condiciones de ser aprobado inicialmente dentro del plazo de un año desde la aprobación definitiva del planeamiento.
- c. Cuando, habiéndose aprobado definitivamente el programa de compensación, los propietarios afectados no presenten el proyecto de reparcelación en la forma establecida en esta Ley y dentro del plazo improrrogable de un año desde la aprobación definitiva del programa.
- d. Cuando, en cualquier estado de la gestión indirecta por compensación, los propietarios o la junta de compensación incumplan sus obligaciones hasta el punto de hacer inviable la gestión a juicio del municipio. En todo caso, el municipio declarará inviable la gestión cuando la obra de urbanización no haya sido iniciada dentro del plazo previsto en el planeamiento y el programa para ello.”

evitar paralizaciones por parte de los titulares del suelo. No obstante, lo tratamos aquí porque también puede preverse en el instrumento de ordenación pormenorizada.

III.2.5.c Diferencias con la figura del agente urbanizador de la LRAU

En relación a la forma de selección del urbanizador, éste será elegido a través de un concurso por procedimiento abierto³⁵, conllevando ello los caracteres propios de un procedimiento de contratación pública, como la redacción de unas bases generales y particulares por parte de la Administración.

En cuanto a la naturaleza jurídica del urbanizador en el sistema aragonés, el artículo 173 de la LUA³⁶ lo define como un agente público, responsable de ejecutar la urbanización. Esta definición ha sido considerada por algún autor³⁷ como la remisión de la figura del urbanizador al contratista del contrato de

³⁵ Artículo 184. de la Ley 3/2009: "Tramitación en competencia. 1(...) 2. La tramitación en competencia tendrá lugar mediante procedimiento abierto por concurso con admisión de variantes, conforme a lo establecido en esta Ley."

³⁶ Artículo 173 LUA:

1. El urbanizador es el agente público responsable de ejecutar la urbanización en la gestión indirecta por urbanizador. Podrá ser o no titular del suelo afectado por la actuación y será seleccionado en pública competencia conforme a lo establecido en esta Ley y, en lo que resulte de aplicación, la normativa de contratación del sector público.
2. La relación entre el urbanizador y la Administración se rige por lo establecido en esta Ley y, supletoriamente, en la normativa sobre contratación del sector público para el contrato de gestión de servicios públicos.

³⁷ ROGER FERNÁNDEZ, G.: en *Manuel del Urbanizador*; Dirección General de Urbanismo de Aragón; edición electrónica, 2008, pág. 28, comenta que "la incardinación de la figura (del urbanizador) en el marco establecido por la legislación de contratos del sector público, tal como se viene requiriendo por los tribunales españoles y el Derecho Comunitario europeo, el urbanizador aragonés se constituye y asume el estatuto de un contratista de gestión de servicio público, pues no otra cosa es ser el responsable de gestionar el desarrollo y la ejecución de una actuación urbanizadora, facultad que tal como define el artículo 6 de la Ley de Suelo estatal 8/2007 y el artículo 141 de la LUA, es siempre pública."

gestión de servicio público, considerándolo de este modo un mero gestor del servicio público y no un ejecutor de obras de urbanización.

Esta opinión sería factible si el urbanizador no ejecutase la obra de urbanización, pero no es así. Como ya se ha comentado anteriormente, el contrato de ejecución de una obra de urbanización es un contrato de resultado, mientras que el contrato de gestión de servicio público es un contrato de actividad. El supuesto que sirve de base para tal interpretación no es el único, y tampoco el más común. Puede ocurrir que el urbanizador no tenga que redactar el proyecto de urbanización, que no sea necesaria la redacción de una reparcelación y por último, también puede ocurrir, supuesto que califico como más general, que la empresa que haya adquirido la condición de urbanizador posea cualidades suficientes para ejecutar por sí misma la urbanización.

Si la obra de urbanización es ejecutada directamente por el urbanizador, la redacción del proyecto de urbanización y del proyecto de reparcelación queda en un lugar secundario, y no sólo a nivel económico sino también de tiempo y de cantidad. Además, la redacción del proyecto de urbanización o de reparcelación no encaja en el contrato de gestión de servicio público, ya que sería un contrato de servicios. En la transformación de un suelo puede que no sea necesaria la reparcelación, pero lo que no podrá faltar es la ejecución de unas obras de urbanización. El proyecto de urbanización y el proyecto de reparcelación son instrumentales de la obra urbanizadora.

Por ello, si la calificación de una relación jurídica se basa en uno solo de los supuestos que se pueden dar en la misma, tal calificación no puede ser trasladada al resto de situaciones que se dan en dicha relación, y por lo tanto no puede ser válida.

Por todo lo demás, es plausible la remisión que la LUA realiza a la normativa de contratación, adaptándose a la misma y no evitándola como otros Ordenamientos jurídicos autonómicos han realizado.

III.2.6 Comunidad Autónoma de Cantabria

III.2.6.a Normativa

Esta Comunidad Autónoma se rige, en cuanto a urbanismo se refiere, por la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del suelo de Cantabria.

III.2.6.b Formas de gestión (previstos en el artículo 147³⁸)

Gestión Directa

- Expropiación
- Cooperación. Se trata de un sistema en el que los propietarios aportan el suelo de cesión obligatoria y la Administración asume el papel de urbanizador y ejecuta con cargo a aquéllos las obras que determine el planeamiento.

Gestión Indirecta

- Compensación
- Sistema de concesión de obra urbanizadora

³⁸ Artículo 147 Ley 2/2001 de 25 de junio, de Cantabria: (...) “3. Los sistemas de ejecución del planeamiento por zonas integradas en unidades completas de actuación serán los siguientes: a. Sistema de compensación. b. Sistema de cooperación. c. Sistema de expropiación y d. Sistema de concesión de obra urbanizadora.”

Es este último caso, regulado en los artículos 168 y ss. de la Ley 2/2001, es donde encontramos la asunción de la figura del urbanizador. Se trata de un sistema en el que la Administración, a través de un concurso, concede a un agente urbanizador la realización de las obras de urbanización, la localización de los terrenos de cesión obligatoria y la distribución de beneficios y cargas entre los propietarios, obteniendo su retribución de éstos conforme a lo convenido con el Ayuntamiento.

III.2.6.c Diferencias con la figura del Agente Urbanizador de la LRAU

De hecho, además de la denominación, el apartado cuarto del artículo 169 de la Ley cántabra 2/2001 prevé, como regulación supletoria aplicable a esta figura, la legislación estatal sobre el contrato de concesión de obras públicas.³⁹

Apuntando lo ya dicho anteriormente, el sujeto que asume la función de gestionar y ejecutar el planeamiento –urbanizador- no se identifica con el concesionario de obras públicas, puesto que este tipo de contrato tiene un régimen jurídico diferente al del urbanizador.

Respecto a otras particularidades a destacar en esta norma, debe comentarse el hecho de que incluso habiéndose adjudicado provisionalmente la obra al concesionario, los propietarios podrán ejercer un derecho de concesión preferente.⁴⁰ Es decir, esta Ley asume el régimen de la adjudicación

³⁹ Artículo 169.4 de la Ley 2/2001 de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del suelo de Cantabria: “En todo lo no previsto en esta Ley será de aplicación lo dispuesto para el contrato de concesión de obra pública en la legislación del Estado, que será de aplicación también para todos los aspectos comunes a los contratos administrativos”

⁴⁰ En relación a los derechos de los propietarios y su mayor salvaguarda, es ejemplar el artículo 176 de la Ley 2/2001 que dice así: “Derechos de los propietarios. Son derechos de los propietarios: a. Recibir información del urbanizador sobre el desarrollo de la actuación, así como de los gastos y desembolsos realizados. b. Presentar al Ayuntamiento y al

preferente en el Programa que la LRAU ofrecía a los propietarios, pero lo matiza, por cuanto este derecho, según la norma, puede ser ejercido incluso en el supuesto de que previamente se haya designado provisionalmente al concesionario de obra pública.

III.2.7 Comunidad Foral de Navarra

III.3.7.a Normativa

La Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo, regula los aspectos urbanísticos del desarrollo del suelo que se encuentra en la Comunidad Foral de Navarra.

III.3.7.b Formas de gestión

Gestión Directa

- Cooperación
- Ejecución Forzosa
- Expropiación, cuando no se decida actuar a través de concesionario

Gestión Indirecta

urbanizador, sugerencias relativas al desarrollo de la actuación. c. Exigir del urbanizador la correcta ejecución del proyecto de reparcelación y de urbanización, y del Ayuntamiento la vigilancia efectiva del mismo. d. Manifiestar discrepancias respecto de los gastos de urbanización previstos, que el Ayuntamiento resolverá previo dictamen pericial y e. Ejercer el derecho de concesión preferente en los términos de esta Ley.

En relación al derecho de concesión preferente, el artículo 170 de la Ley 2/2001, recoge que el ejercicio de este derecho podrá realizarse en el plazo de un mes desde la notificación a los propietarios afectados de la adjudicación provisional, siempre que se agrupe a la totalidad de los propietarios del ámbito afectado.

- Compensación: Todos los propietarios están obligados a asociarse. La Junta de Compensación tiene naturaleza administrativa
- Reparcelación voluntaria
- Agente Urbanizador
- Expropiación, cuando se decida actuar a través del concesionario del sistema tradicional estatal.

El régimen de ejecución de las actuaciones sistemáticas⁴¹ se regula en los artículos 156 y siguientes, el primero de los cuales clasifica los sistemas de actuación en públicos y privados según se gestionen por la Administración o alguno de sus entes en el primer caso, o por un sujeto privado en el segundo.⁴²

Los sistemas de actuación privada son la compensación, la reparcelación voluntaria y el agente urbanizador. Los sistemas de actuación pública son la cooperación, la ejecución forzosa y la expropiación.

En relación a la colaboración privada – no propietaria – en los sistemas de ejecución del planeamiento, su intervención se dará tanto en la modalidad de compensación, a través de una colaboración en la gestión de la unidad de

⁴¹ La Ley Foral Navarra 35/2002, de 20 de diciembre, en su artículo 137, determina que la ejecución del planeamiento podrá realizarse mediante actuaciones sistemáticas y actuaciones asistemáticas. Siendo estas últimas aquellas cuya función es completar la urbanización del suelo urbano consolidado, su ejecución se realizará por los propios propietarios, mientras que las actuaciones sistemáticas se llevarán a cabo en suelo urbano no consolidado y en suelo urbanizable sobre ámbitos denominados unidades de ejecución, y se desarrollarán mediante alguno de los sistemas de actuación contemplados en esta Ley Foral.

⁴² Artículo 156 de la Ley Foral Navarra 35/2002: “Sistemas de actuación. 1. Las unidades de ejecución se desarrollarán por el sistema de actuación, privada o pública, que la Administración elija en cada caso. 2. Los sistemas de actuación privada son los siguientes: a. Compensación. b. Reparcelación voluntaria. c. Agente Urbanizador. 3. Los sistemas de actuación pública son los siguientes: a. Cooperación. b. Ejecución forzosa. c. Expropiación”.

ejecución,⁴³ como en el sistema de expropiación, a través de la adopción de la posición del concesionario del sistema tradicional estatal. No obstante, la adopción de la figura del agente urbanizador de la LRAU se ha importado al sistema de ejecución del mismo nombre.

III.3.7.c Diferencias con la figura del Agente Urbanizador de la LRAU

El agente urbanizador es, en los términos del artículo 170 de la Ley Foral 35/2002, un agente que podrá ser o no propietario de suelo, y se responsabilizará “de ejecutar la correspondiente actuación urbanizadora por cuenta de la Administración actuante y según el convenio estipulado, seleccionado en pública competencia al aprobar el correspondiente Programa de Actuación Urbanizadora.”

Se trata de un sistema que entrará en juego, bien porque así lo ha decidido el planeamiento, bien de forma subsidiaria cuando los propietarios o la Administración actuante hayan incumplido los plazos, tanto de la ejecución del planeamiento, equidistribución o urbanización de las unidades o sectores previstos en él.

Por último, llama la atención la afirmación que realiza el apartado tercero del artículo 170 de la citada Ley Foral, cuando asemeja el agente urbanizador a la junta de compensación: “el agente urbanizador, en su actuación urbanizadora, tendrá la consideración jurídica de la Junta de Compensación”.

La Junta de Compensación posee, según el artículo 164 de la Ley Foral 35/2002, naturaleza administrativa, por lo que asemejar al agente urbanizador

⁴³ El artículo 164.5 de la Ley Foral Navarra 35/2002 dice así: “Régimen jurídico de la Junta de Compensación. (...) Podrán también incorporarse a la Junta empresas urbanizadoras que hayan de participar con los propietarios en la gestión de la unidad de ejecución”.

en su actuación a la Junta de Compensación no es adecuado. A modo de ejemplo, los acuerdos de la Junta de Compensación podrán ser recurridos en alzada ante la Administración competente⁴⁴, lo que no es aplicable al régimen del sistema del agente urbanizador.⁴⁵

III.2.8 Comunidad Autónoma de La Rioja

III.3.8.a Normativa

La normativa de cabecera es la Ley 5/2006 de 2 de mayo, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja.

⁴⁴ El artículo 164 de la Ley Foral Navarra 35/2002 así lo recoge en su apartado cuarto: “4. Contra los acuerdos de la Junta de Compensación podrá interponerse recurso de alzada ante la Administración actuante

⁴⁵ Las diferencias existentes entre las dos figuras son muchas; sin embargo, todas ellas descansan en la diferente posición que dichas formaciones ocupan en el proceso de gestión y de urbanización. Las Juntas de Compensación comparten la gestión del planeamiento con la Administración competente. Es cierto que una vez han sido constituidas, las mismas se encargan de la redacción del proyecto de compensación; no obstante, la Administración participa de una manera directa en su propia constitución, bien requiriendo o convocando a los propietarios para que se constituyan, o bien a través del acuerdo de iniciación del procedimiento de la Junta de Compensación. Aspectos todos ellos que no se dan en la figura del urbanizador, además de que la Junta, puede expropiar a aquellos propietarios que no se adhieran en la misma, situación que no se da en el urbanizador.

Respecto a esto último, el artículo 161 del Reglamento de Gestión Urbanística del año 1978 establece que el procedimiento de constitución de la Junta de Compensación “*se iniciará mediante acuerdo de la administración actuante por el que se aprueben inicialmente y se sometan a información pública los proyectos de estatutos y bases de actuación*”, con lo que sin la presencia de ese previo acuerdo, la Junta de Compensación no debería poder existir. Es decir, es un requisito legal inherente a la eficacia de su constitución.

De hecho, la Jurisprudencia ha considerado que el acto de aprobación definitiva de los Estatutos y Bases comporta un control de legalidad por parte de la Administración en todos los aspectos, tanto formales como materiales de las Juntas de Compensación. (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1997). Es por ello que las Juntas de Compensación son contempladas por ESTEBAN CORRAL, E.: *Entidades Urbanísticas Colaboradoras y Agrupaciones de Interés Urbanístico*. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2003, pág. 48; como “*la expresión de la colaboración de los particulares con las instituciones*”, siendo entes instrumentales que asumen funciones públicas.

III.3.8.b Formas de gestión

Gestión Directa

- Cooperación
- Expropiación

Gestión Indirecta

- Compensación
- Agente Urbanizador

El artículo 130 de la Ley 5/2006 regula los sistemas de ejecución de las unidades de ejecución realizando la siguiente clasificación: compensación, cooperación, expropiación y agente urbanizador.

Respecto a los tres primeros sistemas, los mismos mantienen las líneas generales establecidas en la legislación estatal y seguidas por otras Comunidades Autónomas.

El agente urbanizador, cuyo sistema se encuentra en los artículos 155 y siguientes de la Ley 5/2006, es “el responsable de la ejecución de la correspondiente actuación urbanizadora por cuenta de la Administración actuante, seleccionado en pública concurrencia en el momento de la aprobación del Programa de Actuación Urbanizadora”

III.3.8.c Diferencias con la figura del agente urbanizador de la LRAU

La aplicación del sistema del agente urbanizador se realizará, bien por determinación del planeamiento, *bien por incumplimiento de los deberes legales en el sistema de compensación, bien por el transcurso de un año desde*

la entrada en vigor del Plan General sin que fuera delimitada la unidad o unidades de ejecución y no se haya tramitado por los propietarios o la Administración actuante los correspondientes instrumentos de ejecución, equidistribución o urbanización o plan parcial para el desarrollo del suelo urbanizable.

Destaquemos de esta legislación la preferencia que se le concede a la ejecución del planeamiento por los propietarios, puesto que cuando éstos representen más del 30% de la superficie afectada, podrán hacer suyo el PAU presentado por el agente urbanizador, siempre que presenten los mismos términos y con las mismas garantías que se hubiesen exigido.⁴⁶ El promotor podrá evitar tal preferencia cuando represente a propietarios que ostenten un porcentaje superior al de quienes pretendiesen asumirla.⁴⁷

⁴⁶ Es decir, nos hallamos ante un doble sistema de subsidiariedad de la intervención del urbanizador. Por una parte respecto a la opción de participar; y por otra, respecto a la posibilidad de que, aun habiendo adquirido tal condición, los propietarios que representen más del 30% de la superficie afectada se la arrebaten.

⁴⁷ El artículo 178.4 de la Ley 2/2006 de 2 de mayo dice así: “Los propietarios que representen más del treinta por ciento de la superficie afectada podrán hacer suyo el Programa de Actuación Urbanizadora presentado en los mismos términos y con las mismas garantías que se hubiesen exigido. En este caso se deberá compensar al promotor inicial en todos los gastos que, debidamente acreditados, hayan sido necesarios para la formulación de su propuesta.”

III.3 EL URBANIZADOR COMO SISTEMA DE GESTIÓN SUBSIDIARIO

En este supuesto, la actuación del urbanizador actuará subsidiariamente cuando exista un incumplimiento por parte del propietario, o cuando se dé una inactividad temporal.

Son legislaciones en las que por regla general se ha mantenido el sistema tradicional, incorporando al mismo la figura del urbanizador con mayor o menor exactitud respecto al previsto en la LRAU.

Entran dentro de esta clasificación las Comunidades Autónomas de Andalucía, Asturias, Galicia, Canarias o el País Vasco.

Aun así, siguiendo el mismo modelo, cada una de estas Comunidades Autónomas ha adoptado distintas especialidades que se analizan a continuación.

III.3.1 Comunidad Autónoma de Andalucía

III.3.1.a Normativa:

En materia de urbanismo, la Comunidad Autónoma de Andalucía cuenta con la Ley 7/2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía.

III.3.1.b Sistemas y formas de gestión:

El modelo andaluz acoge la figura del agente urbanizador y lo introduce en los tradicionales sistemas de ejecución urbanística: expropiación, cooperación y compensación. Es decir, el agente urbanizador va a ser considerado una forma de actividad y no un sistema de gestión propiamente dicho.

En el sistema de expropiación, la Administración actuante podrá optar entre la gestión directa y la indirecta, concediendo en este último caso la actividad de ejecución a un agente urbanizador.⁴⁸

De igual modo, en el sistema de cooperación, la Administración actuante que asume la actividad de ejecución puede optar para su desarrollo entre la gestión directa, o la gestión indirecta a través de un agente urbanizador.⁴⁹

Finalmente, en el sistema de compensación la aparición del Agente Urbanizador puede responder a dos situaciones: bien porque la Junta de Compensación que se constituya decida asumir la ejecución a través de un Agente Urbanizador, para cuyo caso se firmará un convenio urbanístico (similar supuesto Scala); bien porque el aspirante a urbanizador inste el establecimiento del sistema ante el municipio.⁵⁰

⁴⁸ Artículo 116 de la Ley 7/2002: “Formas de gestión del sistema (de expropiación): “La Administración actuante podrá optar en el sistema de actuación por expropiación entre: a) la gestión directa, pudiendo materializarse a través de cualquiera de las fórmulas previstas en el artículo 90.2 de esta ley, o contratando la ejecución material de las obras a contratista o contratistas seleccionados por los procedimientos previstos en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas. b) La gestión indirecta, en la que concede la actividad de ejecución al agente urbanizador mediante la convocatoria del correspondiente concurso, con arreglo a lo dispuesto en esta Ley.”

⁴⁹ Artículo 123 Ley 7/2002: “Características del sistema de actuación por cooperación. 1. En el sistema de actuación por cooperación: A. (...) B. La Administración actuante asume íntegramente la actividad de ejecución, pudiendo optar para su desarrollo entre: a. La gestión directa, pudiendo materializarse a través de cualquiera de las fórmulas previstas en el artículo 90.2 de esta Ley, o contratando la ejecución material de las obras a contratista o contratistas seleccionados por los procedimientos previstos en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas. B. La gestión indirecta, en la que concede la actividad de ejecución al agente urbanizador mediante la convocatoria del correspondiente concurso, con arreglo a lo dispuesto en esta Ley.”

⁵⁰ Artículo 130 Ley 7/2002: “Iniciativa para el establecimiento del sistema y su objeto.
1. La iniciativa para el establecimiento del sistema de actuación por compensación corresponderá a:
a. El propietario único, iniciando el expediente de reparcelación.
b. La totalidad de los propietarios, mediante convenio urbanístico conforme a lo previsto en el artículo 138 de esta Ley.

Se considera que la figura del urbanizador es subsidiaria en el sistema urbanístico andaluz por cuando su intervención no constituye una opción más a la hora de elegir el sistema de actuación. Esto es especialmente visible en la compensación.

En los casos de la cooperación y de la expropiación, la intervención del urbanizador dependerá de que, una vez elegido el sistema, la Administración decida gestionarlo indirectamente a través de un urbanizador. Es decir, él mismo no puede realizar una propuesta y su actuación; en estos casos dependerá de la voluntad de la Administración.

En el caso de la compensación, debe recordarse que aunque el particular aspirante a urbanizador presente una propuesta, el sistema obliga a que se constituya una Junta de Compensación que gestionará el ámbito. La intervención del urbanizador dependerá de que la Junta se constituya válidamente, y decida actuar a través de urbanizador; o de que la Junta o los propietarios no cumplan los deberes exigidos por la compensación, y por ello la Administración decida sustituir el sistema por el de cooperación, dando entrada al urbanizador.⁵¹

-
- c. Los propietarios que representen más del 50 % de la superficie de la unidad de ejecución, conforme se establece en el apartado siguiente.
 - d. Cualquier persona física o jurídica, pública o privada, propietaria o no de suelo que, interesada en asumir la actuación urbanizadora como agente urbanizador, inste el establecimiento del sistema ante el municipio, mientras no se haya establecido el mismo en virtud de alguna de las iniciativas de las letras anteriores.”

⁵¹ CRIADO SÁNCHEZ, ALEJANDRO J.: en *El Agente Urbanizador en el Derecho Urbanístico Español*. Editorial Reus, Madrid 2005. Pág. 125 comenta “respecto a la iniciativa de agente urbanizador, en primer lugar destacar que tiene como requisito el incumplimiento previo por parte de los propietarios de los deberes urbanísticos del sistema de compensación.”

III.3.1.c Diferencias con la figura del agente urbanizador de la LRAU:

Por último, en cuanto al urbanizador se refiere, en la legislación urbanística andaluza la LOUA considera que la naturaleza del citado sujeto es la de un concesionario. En este sentido, realiza reiteradas referencias a dicho contrato como por ejemplo en el artículo 116, en el artículo 119 ó en el artículo 123.⁵² En todos ellos, equipara la figura del urbanizador a la de un concesionario.

Frente a ello, y sin ánimo de realizar un estudio sobre la naturaleza jurídica del agente urbanizador en la legislación urbanística andaluza, la nominación que realiza la LOUA no ha tenido en cuenta que el objeto de la concesión debe ser susceptible de explotación económica, y que el concesionario puede usar el bien pero no disponer del mismo.

Ambas características, propias de la concesión, no se dan en el supuesto del agente urbanizador en la legislación andaluza, por lo que entiendo que la identificación que tal cuerpo normativo realiza de dicha figura con la de la concesión no es correcta.

III.3.2 Comunidad Autónoma del Principado de Asturias

III.3.2.a Normativa

⁵² La LOUA identifica al agente urbanizador con un concesionario a lo largo de su articulado y ejemplo de ello lo encontramos en el artículo 116 que dice la Administración actuante podrá optar por la gestión indirecta “en la que concede la actividad de ejecución al agente urbanizador mediante la convocatoria del correspondiente concurso...”; el artículo 119, además de denominarse “adjudicación de la concesión” equipara al agente urbanizador con el adjudicatario de una concesión; y por último, el artículo 123.2 sigue la línea del citado artículo 117 pero referido a la cooperación.

En el Principado de Asturias, la norma básica en materia de urbanismo es el Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo (en adelante, TROTU).

III.3.2.b Sistemas de gestión

A la hora de abordar el tema de la gestión del planeamiento, el TROTU hace depender el sistema de actuación de la clasificación del suelo. De este modo, realiza dentro del suelo urbanizable una distinción según éste tenga carácter prioritario o no.

Al respecto, tendrá carácter prioritario aquel suelo urbanizable que el planeamiento así decida con el fin de eliminar el déficit de vivienda, suelo industrial y equipamientos comunitarios.⁵³

Partiendo de tal aclaración, el TROTU prevé en su artículo 153⁵⁴, como sistema de gestión para el suelo urbanizable prioritario, la actuación de los propietarios; y, en el caso de que éstos no intervengan, la adopción por el Ayuntamiento, bien de la gestión a través del sistema de cooperación,

⁵³ El artículo 62.b del TROTU dice así: "Determinaciones de carácter específico en suelo urbanizable. En suelo urbanizable el Plan General de Ordenación establecerá: a (...) b. Declaración de los sectores que sean objeto de urbanización prioritaria, con determinación de sus condiciones y plazos, salvo que se estime que no existen necesidades urbanísticas que justifiquen dicha declaración, lo que deberá motivarse expresamente en la memoria del Plan. Se incluirán dentro de tal categoría, sin perjuicio de que puedan desarrollarse mediante actuaciones urbanísticas concertadas en esta y otras clases de suelo, las áreas previstas para eliminar los déficit comprobados de vivienda, suelo industrial y equipamientos comunitarios. ..."

⁵⁴ El artículo 153 del TROTU dice así: "Sistemas de actuación. 1. en el suelo urbanizable prioritario, la ejecución del planeamiento se llevará a cabo conforme a las disposiciones de la siguiente Sección de este mismo Capítulo. 2. En el suelo urbanizable no prioritario o en el suelo urbano no consolidado, los polígonos o unidades de actuación se desarrollarán por el sistema de actuación que la Administración urbanística elija en cada caso. 3. A los efectos establecidos en el apartado 2 anterior, los sistemas de actuación son los siguientes: a. Compensación. b. Cooperación. c. Expropiación."

expropiación, o a través de una sociedad urbanística, o bien la adjudicación a un urbanizador privado a través de un concurso.

En el caso del suelo urbanizable no prioritario o suelo urbano no consolidado, los sistemas de actuación serán el de compensación, cooperación y expropiación.

III.3.2.c Diferencias con la figura del agente urbanizador de la LRAU

Teniendo en cuenta que en el sistema de cooperación, el Ayuntamiento gestiona por sí mismo o a través de una encomienda a una sociedad urbanística, la participación del urbanizador como sujeto privado ajeno a la propiedad queda circunscrita al supuesto del concurso, previsto por la norma ante la inactividad de los propietarios en el suelo urbanizable prioritario.

Es decir, el urbanizador va a tener un carácter totalmente secundario, puesto que su actuación dependerá de la inactividad o inoperancia de los propietarios.⁵⁵

Respecto al estatuto jurídico del urbanizador privado, el TROTU no hace mención a su naturaleza jurídica, debiendo acudir por ello al Reglamento que lo desarrolla⁵⁶, cuyo artículo 397⁵⁷ establece la aplicación de los principios de

⁵⁵ GONZÁLEZ BUENDIA, F., “La Ley del Principado de Asturias de Régimen del Suelo y Ordenación Urbanística. El modelo asturiano del urbanismo”, en *Derecho Urbanístico del Principado de Asturias*. Obra Colectiva dirigida por E. Sánchez Goyanes. Editorial La Ley Actualidad, Madrid, 2003, pág. 38, decía, en relación a la anterior ley urbanística asturiana 3/2002 lo siguiente: “a diferencia de otras legislaciones, el urbanizador ajeno a la propiedad del suelo, sólo tendrá opciones en los suelos urbanizables, cuando se declaren prioritarios y siempre que los propietarios no los desarrollen en el plazo señalado y no opten al concurso abierto en su caso y si, además la Administración urbanística actuante no decide acometer la urbanización”

⁵⁶ Reglamento de desarrollo aprobado por Decreto 278/2007 de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación del Territorio y Urbanismo del Principado de Asturias.

transparencia, publicidad y libre concurrencia en el procedimiento de selección del urbanizador por concurso, así como de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas con carácter de legislación supletoria.

III.3.3 Comunidad Autónoma de Cataluña

III.3.2.d Normativa

El modelo catalán no ha querido absorber la figura del urbanizador tal como ha sido considerada en las otras legislaciones autonómicas.⁵⁸

La Ley urbanística catalana, aprobada inicialmente en la Ley 2/2002, de 14 de marzo, y posteriormente refundida a través de los Decretos Legislativos 1/2005, de 26 de julio, y 1/2010, de 3 de agosto, ha considerado dar mayor participación a los propietarios y, permitir, para el supuesto en que éstos no intervengan, la participación de un tercer sujeto a través de la concesión.⁵⁹

III.3.2.e Sistemas de gestión

⁵⁷ El artículo 397 del Reglamento de desarrollo del TROTU dice así: "Cuando la selección del urbanizador se realice mediante concurso, ésta deberá estar presidida por los principios de transparencia, publicidad y libre concurrencia. 2.—En todo lo no regulado en esta Sección, se estará, supletoriamente, a lo dispuesto en la legislación de contratos de las administraciones públicas."

⁵⁸ CARCELLER, FERNANDEZ, A.: "El Texto Refundido catalán sobre materia urbanística. *Revista de Derecho Urbanístico*, nº 167, enero-febrero. Madrid, 1999, pág. 29, dice así: "la revisión puede ser aprovechada para una incorporación de las novedades que el tiempo transcurrido, su aparición en otros ordenamientos o la experiencia de los últimos años pueda aconsejar. No estamos precisamente indicando la conveniencia de una copia de las novedades introducidas en la legislación de otras Comunidades Autónomas. La adopción, por ejemplo, de la figura del urbanizador, tal y como aparece en la legislación valenciana y tiende a introducirse también en otras legislaciones autonómicas, no la consideramos acertada en Cataluña, porque choca con la mentalidad de nuestras gentes y difícilmente sería admitida por el colectivo de los propietarios".

⁵⁹ La vigente ley urbanística en Cataluña es el Decreto Legislativo 1/2010 de 3 de agosto por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo.

Los sistemas previstos en la norma son: reparcelación, expropiación y ocupación directa

- Reparcelación, que a su vez comprende compensación básica, compensación concertada y por cooperación.

Es decir, como se ha comentado anteriormente, se da una absoluta prioridad a los propietarios, que pueden asumir la gestión de la urbanización tanto por el sistema de compensación básica, cuando superen el 50% de la representatividad de la propiedad afectada, como por el sistema de compensación concertada, cuando los propietarios no alcancen ese 50% pero sí representen al menos un 25% de la propiedad relativa a la superficie afectada.

En el sistema de compensación básica, la ejecución de las obras es asumida por la Junta de Compensación. Si existen propietarios que no se adscriben a la misma, la Junta solicitará su expropiación a la Administración, o bien la ocupación directa de tales propiedades a su favor.

En el caso de la compensación concertada, asumirán la gestión y ejecución del ámbito los propietarios que hayan concertado con el Ayuntamiento, los cuales, puesto que no alcanzan la representatividad para constituirse en Junta como se ha comentado, actuarán como si se tratasen de una entidad urbanística colaboradora.

Respecto al sistema de cooperación, esta modalidad, que sigue la legislación estatal, consiste en que los propietarios ceden gratuitamente el suelo correspondiente, mientras que la Administración ejecuta las obras de urbanización. La Ley catalana establece para los sectores de urbanización prioritaria el sistema de reparcelación por cooperación.

Es en el caso de la cooperación, cuando la legislación catalana prevé la intervención de un tercer sujeto, puesto que el artículo 141 del TR⁶⁰ permite la concesión de la gestión urbanística integrada.⁶¹ A pesar de que tanto en la compensación como en la cooperación se requiera una representación de la propiedad de más del 50% del terreno, la diferencia entre ambos sistemas se encuentra en que en la cooperación, la Administración ejecutará las obras, mientras que en la compensación, será la Junta de Compensación.

A la persona concesionaria, en términos de la propia Ley, le corresponde la ejecución de la obra urbanística, pudiendo incluirse la obligación de formular la figura del planeamiento y del proyecto de urbanización. Es en este supuesto donde se refleja la figura del agente urbanizador de la LRAU: se trata de un tercer sujeto, elegido en pública competencia, que asume la gestión integrada de la urbanización. No obstante, su protagonismo no es principal, sino que depende de otros.

⁶⁰ El artículo 141 del TR de la Ley de urbanismo catalana dice así: "1. La modalidad de cooperación puede desarrollarse mediante la concesión de la ejecución urbanística integrada. A tal efecto, la Administración actuante tiene que someter a información pública las características básicas de esta modalidad, por un plazo de un mes, con notificación individual a las personas propietarias afectadas, y debe incorporar el proyecto de las bases que tienen que regir la contratación. ...".

⁶¹ La ley urbanística catalana prevé los llamados sectores de urbanización prioritaria, que hacen referencia a suelos urbanos no consolidados o a suelos urbanizables delimitados que requieren una actuación urbanizadora inmediata por la concurrencia de circunstancias especiales de carácter urbanístico o demográfico, de necesidad de desarrollo de los sistemas urbanos o de necesidad de obtención inmediata de suelo urbanizado, o bien, si procede, de acuerdo con el planeamiento territorial. Estos sectores, de conformidad con el artículo 145, deberán gestionarse a través del sistema de actuación por reparcelación en su modalidad de cooperación, por lo que también podrán ser gestionados indirectamente por un tercero.

- Expropiación: en el sistema de actuación urbanística por expropiación, el artículo 115 del TR⁶² prevé, como forma de gestión de la expropiación, la atribución a concesionarios mediante un concurso.
- Ocupación Directa

En resumen:

Gestión Directa:

- Ocupación Directa
- Expropiación, cuando la Administración actúe por sí misma o a través de organismos vinculados o dependientes de ella.
- Cooperación, cuando la Administración actúe por sí misma o a través de organismos vinculados o dependientes de ella.

Gestión Indirecta

- Expropiación, cuando la Administración actúe a través de un concesionario
- Cooperación, cuando la Administración actúe a través de un concesionario de la gestión urbanística integrada

⁶² El artículo 155 del TR de la Ley de urbanismo catalana dice así: “Formas de gestión por expropiación. En el sistema de actuación urbanística por expropiación, el ayuntamiento competente puede cumplir la actividad de ejecución del planeamiento por medio de: a. gestión indiferenciada. b. La gestión por medio de una entidad de derecho público o una sociedad privada de capital íntegro del ayuntamiento. c. El encargo de la gestión, mediante un convenio de colaboración administrativa, a otra administración pública territorial o a una entidad de derecho público o una sociedad privada de capital íntegro de otra administración pública territorial. d. La atribución a concesionarios, mediante un concurso cuyas bases fijen los derechos y las obligaciones...”

- Compensación básica: Modelo tradicional en el que los propietarios que no se adhieran son objeto de expropiación
- Compensación por concertación

III.3.4 Comunidad Autónoma de Galicia

III.3.4.a Normativa

La Ley 9/2002, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia, adopta ese sistema mixto recogido por otras Comunidades Autónomas en el que el fin es mantener los sistemas tradicionales de la legislación estatal, introduciendo la figura del urbanizador como una modalidad más de gestión del planeamiento.

III.3.4.b Formas de gestión (Artículo 126⁶³)

Gestión Directa

- Cooperación
- Expropiación

Gestión Indirecta

- Concierto. Este sistema podrá utilizarse cuando todos los terrenos del polígono, excepto los de uso y dominio público, en su caso, pertenezcan a un único propietario, o bien cuando todos los

⁶³ El artículo 126 de la Ley 9/2002 de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia dice así: "Clases de sistemas de actuación. 1. (...) 2. Los sistemas de actuación son los siguientes: a. sistemas de actuación directos: 1. cooperación. 2. expropiación. b. sistemas de actuación indirectos: 1. concierto. 2. compensación. 3. concesión de obra urbanizadora."

propietarios del polígono garanticen solidariamente la actuación. (Art. 150 Ley 9/2002)

- Compensación
- Concesión de obras urbanizadora

III.3.4.c Diferencias con la figura del Agente Urbanizador de la LRAU

De entre dichos sistemas, el que nos interesa por su relación con el agente urbanizador es el llamado sistema de concesión de obra urbanizadora regulado en el artículo 161 de la Ley 9/2002.⁶⁴

Este artículo 161 nos define al agente urbanizador como el sujeto que va a asumir la realización de las obras de urbanización, procediendo a la distribución de los beneficios y cargas y obteniendo su retribución en terrenos edificables o en metálico.

Se trata, al igual que en otras Comunidades Autónomas, de un sistema residual, puesto que el mismo podrá ser elegido por la Administración cuando los propietarios, bien no cumplan con los plazos señalados para el desarrollo del planeamiento (transcurso de dos años desde su aprobación), bien no alcancen un acuerdo para promover la ejecución.

Por otra parte, no se califica la relación entre la Administración y el urbanizador; pese a que la Ley hable de “concesión”, no nos hallamos ante

⁶⁴ El artículo 160 de la ley 9/2002 se expresa del siguiente modo: “Características del sistema.
1. El sistema de concesión de obra urbanizadora es un sistema de actuación indirecta en el que el municipio otorga al agente urbanizador o concesionario la realización de las obras de urbanización, procediendo éste a la distribución de los beneficios y cargas correspondientes, obteniendo su retribución en terrenos edificables o en metálico conforme a lo convenido con el municipio.”

concesión pura y dura, puesto que no existe una remisión a la misma y su regulación, con sus especialidades diferenciadoras, se encuentra en la propia ley urbanística.

Por lo tanto y en conclusión, la principal diferencia entre este sistema y el previsto en la LRAU se encuentra principalmente en el puesto subsidiario que presenta el urbanizador en la legislación gallega y que le relega a un segundo puesto, por detrás de los propietarios, coartando de este modo la total libertad que la LRAU permitía a la iniciativa privada.

III.3.5 Comunidad Autónoma de Canarias

III.3.5.a Normativa

La normativa aplicable en esta Comunidad, es el Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias.

III.3.5.b Formas de gestión

Gestión Directa

- Expropiación
- Ejecución Forzosa. En este caso, el Ayuntamiento concluye subsidiariamente la actividad de ejecución aún pendiente conforme a cualquiera de los sistemas de ejecución privada, en sustitución, por cuanta y cargo de los propietarios y de las personas o personas directamente responsables de esa ejecución (Art. 131 D.L. 1/2000)
- Cooperación. La Administración ejecuta las obras de urbanización con cargo a los propietarios.

Gestión Indirecta

- Compensación. Los propietarios no adheridos al sistema serán expropiados. La Junta es un ente corporativo de Derecho Público.
- Sistema de Ejecución Empresarial, equivalente al urbanizador
- Concierto

El artículo 96 del Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, clasifica los sistemas de actuación según su ejecución sea pública o privada.⁶⁵

En concreto, como sistemas de ejecución del planeamiento privados regula, junto a la compensación, la modalidad de concierto y la denominada de ejecución empresarial; como sistemas de ejecución pública: cooperación, expropiación y ejecución forzosa.

Entrando en los llamados sistemas de ejecución privada y dejando a un lado la compensación, sistema adoptado de la legislación estatal, el concierto consiste en que el propietario único, o todos los propietarios conjuntamente, asumen la ejecución del planeamiento conforme a las condiciones libremente pactadas por ellos en un convenio urbanístico aprobado por el Ayuntamiento.

En este sistema, la gestión de la actividad se puede realizar por tres vías: mediante la constitución por todos los propietarios de una entidad urbanística de gestión, que tendrá naturaleza administrativa; a través de una sociedad mercantil constituida al efecto; o bien directamente por el único propietario de la totalidad de los terrenos afectados.

⁶⁵ El artículo 96 del Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo dice así: (...) "2. Los sistemas de ejecución son los siguientes: a. Sistemas de ejecución privada: 1. Concierto. 2. Compensación. 3. Ejecución empresarial. b. Sistemas de ejecución pública: 1. Cooperación. 2. Expropiación. 3. Ejecución forzosa."

La LRAU establecía un único procedimiento para la selección del urbanizador con independencia de si el aspirante era propietario o no⁶⁶; por lo que el sistema de concierto no debe considerarse una aplicación de la figura del urbanizador.

Dicho esto, la modalidad canaria que más se asemeja al urbanizador es el llamado sistema de ejecución empresarial, puesto que la ejecución de las obras de urbanización recae sobre un “empresario”.

III.3.5.c Diferencias con la figura del Agente Urbanizador de la LRAU

Este empresario–urbanizador entrará en juego, al igual que en otras Comunidades Autónomas, de forma subsidiaria, transcurrido un año sin que los propietarios afectados por un sector adopten la decisión de llevar a cabo la urbanización. Será elegido a través de un concurso, y suscribirá con la Administración un convenio en el que se plasmarán las pautas que regirán la relación entre ambos.

No obstante, debe hacerse notar que si bien transcurrido un año cualquier persona puede proponer una iniciativa, esta iniciativa sólo podrá referirse a suelo con uso predominante residencial, industrial o terciario no turístico.⁶⁷

Es loable la decisión del legislador canario en este aspecto, puesto que, ya que se deja en manos de la iniciativa privada el desarrollo privado, al menos se evita la construcción de mega-complejos turísticos que rompen el desarrollo

⁶⁶ La LRAU regulaba un único procedimiento para la selección del urbanizador con independencia de su condición de propietario o no, incluyendo las especialidades referidas a la participación de la propiedad en el momento de la selección, bien a través de la adjudicación preferente, bien a través de los criterios aplicados para dicha selección.

⁶⁷ Esta limitación encuentra ciertas semejanzas con el sistema asturiano en el que la intervención del urbanizador queda circunscrita al supuesto del concurso, previsto por la norma ante la inactividad de los propietarios en el suelo urbanizable prioritario, el cual tiene como fin eliminar el déficit de vivienda, suelo industrial y equipamientos comunitarios.

urbanístico ordenado y razonable, como ha ocurrido en otras Comunidades Autónomas.⁶⁸

III.3.6 Comunidad Autónoma del País Vasco

III.3.6.a Normativa

La Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo, regula las diferentes situaciones urbanísticas y los problemas que puedan surgir de las mismas en el territorio del País Vasco.

Tratándose de una legislación tardía, en comparación con el resto de regulaciones urbanísticas autonómicas, esta Comunidad adopta la denominación de Actuaciones Aisladas y Actuaciones Integradas de la LRAU. No obstante, se distancia de la misma al regular la figura del urbanizador como un concesionario.⁶⁹

III.3.6.b Formas de gestión

Gestión Directa

- Cooperación
- Expropiación

⁶⁸ Artículo 100 del Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo: “Artículo 100. Determinación del sistema de ejecución: Iniciativa para su establecimiento. 1. (...) Transcurrido un año desde la referida publicación, además, cualquier persona, aunque no sea propietaria de suelo, siempre que la iniciativa se refiera a un sector, ámbito o a una unidad de actuación con uso predominante residencial, industrial o terciario no turístico.”

⁶⁹ La Ley urbanística vasca define al urbanizador en su artículo 149 como un “sujeto público o privado que, en ejercicio de la iniciativa económica y en virtud de la adjudicación definitiva del correspondiente programa de actuación urbanizadora, asume, a su riesgo y en los términos de esta Ley, la responsabilidad de la ejecución de la correspondiente actuación integrada”.

Gestión Indirecta

- Concertación
- Agente Urbanizador

El artículo 159⁷⁰ de esta Ley regula los sistemas de ejecución de programas de actuación para el desarrollo de actuaciones integradas, diferenciando entre sistemas en régimen de ejecución pública, y sistemas en régimen de ejecución privada. Mientras que en el primero, la ejecución se realiza a través de los típicos sistemas de cooperación y expropiación forzosa, el régimen de ejecución privada se lleva a cabo mediante concesión administrativa, a través del sistema de agente urbanizador y del sistema de concertación.

En la ejecución del programa por concertación, la gestión es asumida por más del 50% de los propietarios afectados por la actuación, agrupados en una junta de concertación, la cual gozará de naturaleza administrativa según el artículo 163 de la nombrada Ley. Es decir, estamos hablando de un sistema similar al de compensación de la legislación estatal, puesto que la Junta requiere una determinada representación para constituirse, goza de naturaleza administrativa, personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar; en la Junta formará parte de la misma un representante del Ayuntamiento, no obstante, concurre una diferencia puesto que el sistema de concertación vasco

⁷⁰ El artículo 159 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo dice así: "Sistemas de actuación.

1. Para cada unidad de ejecución el ayuntamiento deberá optar expresamente entre uno de los sistemas de actuación incluidos en los regímenes de ejecución pública o de ejecución privada establecidos en la presente Ley.

2. Los sistemas de actuación son los siguientes:

En régimen de ejecución pública: sistema de cooperación y el sistema de expropiación forzosa.

En régimen de ejecución privada mediante concesión administrativa: sistema de agente urbanizador y el sistema de concertación."

no prevé la expropiación de los terrenos de aquellos propietarios que declinen cooperar con la Junta.

Respecto al agente urbanizador, el mismo será seleccionado a través de un concurso, rigiéndose por el convenio que se suscriba, por la propia ley urbanística y supletoriamente por la legislación estatal de contratos.

Destaquemos que la legislación vasca refuerza los principios básicos en la contratación pública, y en concreto, en el artículo 172⁷¹ requiere que cuando el agente urbanizador seleccionado no reúna los requisitos de capacidad para la ejecución por él mismo de la obra urbanizadora y vaya a contratar con un tercero dicha actividad, ese contratista deberá ser seleccionado a través de una licitación pública mediante anuncio en el Boletín Oficial correspondiente.

La solución propuesta por la ley vasca en este aspecto es loable puesto que al exigir los requisitos de capacidad en el ejecutor material de la obra, permite, por un lado, la entrada de los propietarios en la condición de urbanizador, y por otro no duplica exigencias. Esta solución contrasta con la

⁷¹ Artículo 172 de la Ley 2/2006 del País Vasco dice así: "Aplicabilidad de la legislación en materia de contratación administrativa.

1. En el procedimiento de adjudicación del programa de actuación urbanizadora descrito en los artículos anteriores deberán respetarse los requisitos relativos a publicidad y concurrencia establecidos en la normativa vigente sobre contratación administrativa.

2. En los sistemas de actuación de régimen de ejecución privada, la contratación de las obras de urbanización deberá seguir los principios de la legislación de contratación pública en cuanto a solvencia de los licitadores y publicidad y concurrencia para la selección de contratistas. A tal efecto, la selección de contratistas se someterá a licitación pública mediante anuncio en el boletín oficial correspondiente en función del importe de la obra, estableciendo los criterios objetivos de adjudicación. No obstante, cuando el agente urbanizador seleccionado en procedimiento de concurso público reuniera los requisitos de capacidad para la ejecución por él mismo de la obra urbanizadora, no será precisa la apertura de una nueva licitación pública, siempre que la ejecución de dichas obras hubiera formado parte del objeto del concurso.

3. Asimismo, en todo lo no regulado en la presente Ley respecto al procedimiento de adjudicación, modificación de las condiciones de la adjudicación y resolución de la misma se aplicará subsidiariamente la normativa vigente sobre contratación administrativa."

adoptada por la Ley 16/2005, Urbanística Valenciana, que posteriormente se analizará, y que al configurar la figura del empresario constructor como ejecutor material de las obras, no ha sido capaz de encajar dicho sujeto con la normativa de contratación, tanto comunitaria como nacional.⁷²

En este aspecto, Vázquez Oteo⁷³ manifiesta que el agente urbanizador de la legislación urbanística del País Vasco ha seguido la estela de la Ley reguladora de la actividad urbanística valenciana, y principalmente sus problemas y evolución, adoptando por ello un acercamiento a la legislación de contratación pública y de procedimiento administrativo de carácter básico y de aplicación general.

De hecho, a diferencia de la legislación valenciana, a la hora de exigir los principios de la contratación pública, la ley vasca no distingue entre los contratos de obras de urbanización que superen o no el umbral económico para considerarlos contrato de obra pública según el Derecho comunitario.

Por último, comentemos que la actuación del urbanizador, al igual que ocurre en otras Comunidades Autónomas, es supletoria; es decir, depende de la decisión que adopten los propietarios de agruparse en junta de concertación o no.

⁷² Por otra parte, es de destacar que la solución propuesta por la ley vasca configura la relación entre el agente urbanizador y la Administración como un contrato administrativo especial de los regulados en el artículo 19.1.b) TRLCSP.

⁷³ VÁZQUEZ OTEO, A.: "El sistema de actuación mediante agente urbanizador en el País Vasco". En *Obra Colectiva: Derecho Urbanístico del País Vasco*, dirigida por Enrique Sánchez Goyanes. Editorial El Consultor de los Ayuntamientos, La Ley, año 2008, pág. 676

III.4 LEYES AUTONÓMICAS QUE NO HAN ASUMIDO LA FIGURA DEL URBANIZADOR

En último lugar se encontrarían aquellas regiones que no han asumido la figura del urbanizador, como la Comunidad de Madrid, la Comunidad Autónoma de Baleares o Ceuta y Melilla.

En relación a la legislación urbanística de las Islas Baleares, como se ha comentado al inicio de este capítulo, esta Comunidad mantiene el sistema estatal, no habiéndose absorbido por ella la figura del agente urbanizador de la LRAU, mientras que el caso de Madrid es analizado a continuación. Respecto a Ceuta y Melilla, las mismas aplican la legislación estatal puesto que carecen de potestad para regular la materia.

III.4.1 Comunidad de Madrid

La relación de la Comunidad de Madrid con el agente urbanizador es interesante.

En el año 2001 se aprobó la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid.

Esta Ley, vigente en la actualidad, prevé en su artículo 101,⁷⁴ como sistemas de ejecución, la ejecución privada, que se llevará a cabo por el

⁷⁴ El artículo 101 de la Ley 9/2001, de 17 de julio dice así: "Sistemas de ejecución. 1. Para cada ámbito de actuación, sector o unidad de ejecución, el planeamiento urbanístico deberá optar expresamente, para el desarrollo de la actividad de ejecución, entre los sistemas de ejecución privada y pública, especificando el sistema elegido. Si el planeamiento no hubiera expresado el sistema de ejecución elegido, se llevará a cabo por la Administración al resolver sobre la delimitación de la correspondiente unidad de ejecución. 2. La ejecución

sistema de compensación, y la ejecución pública, que se llevará a cabo por el sistema de cooperación, expropiación o ejecución forzosa.

Respecto a la inclusión del urbanizador en su regulación, la Ley 9/2001, en su versión original, permitía la actuación del urbanizador en el sistema de compensación, cuando los propietarios no cumplieren sus obligaciones. Es decir, nos hallábamos de nuevo ante un urbanizador que adoptaba un papel secundario, en espera que el principal no llevase a cabo sus funciones en unos plazos determinados.

No obstante, la Ley 3/2007 de 26 de julio, de Medidas Urgentes de Modernización del Gobierno y la Administración de la Comunidad de Madrid eliminó la intervención del urbanizador, al considerar que durante el período de tiempo en el que tal figura había estado vigente, no había resultado eficaz.⁷⁵

Por ello, a través de su artículo 17 suprimió aquellos artículos de la Ley del Suelo de Madrid relativos a la ejecución de la urbanización por un sujeto privado ajeno a la propiedad, que se recogían, principalmente, en los artículos 109 y siguientes bajo la denominación de “ejecución por adjudicatario en concurso”.

privada del planeamiento en actuaciones integradas se llevará a cabo por el sistema de compensación. 3. La ejecución pública del planeamiento en actuaciones integradas, salvo que deba tener por objeto sólo obras públicas ordinarias, se llevará a cabo por alguno de los sistemas siguientes: a. cooperación, b. expropiación, c. ejecución forzosa.”

⁷⁵ La Ley 3/2007 de Medidas Urgentes de Modernización del Gobierno y la Administración de la Comunidad de Madrid se expresa en su exposición de motivos del siguiente modo: “Otra importante novedad de la Ley es la supresión de la figura del agente urbanizador, que durante su existencia no ha demostrado su eficacia y cuyas funciones podrían entrar en colisión con el derecho de propiedad de numerosos ciudadanos. Igualmente, debe destacarse la prohibición de los convenios urbanísticos de planeamiento, con lo que se fortalece la independencia de los ayuntamientos y se garantiza mejor la transparencia de todas las decisiones urbanísticas.”

III.5 CONCLUSIÓN

Después de la enumeración realizada, tal como se puede observar, la reproducción de la figura del agente urbanizador no ha sido idéntica en todas las Comunidades Autónomas, variando el grado de asunción de sus características: desde las más fieles, que apenas incluyen pequeñas diferencias, caso por ejemplo de Castilla-La Mancha; hasta las más distantes, que mantienen el sistema estatal⁷⁶, vigente con anterioridad a la aprobación de la LRAU; supuesto, por ejemplo de la Comunidad de Madrid. Desde luego, ninguna tan innovadora como la de la Comunidad Valenciana.

Volviendo de nuevo a las citadas diferencias, debe apuntarse que algunas de ellas han sido fruto de la línea doctrinal y jurisprudencial que se ha ido desarrollando al respecto, marcando por ello, en algunas ocasiones, el punto y final a las cuestiones relativas a la posible contradicción entre el agente urbanizador y la legislación de contratos. Ejemplo de ello lo tenemos en la vigente legislación urbanística de la Comunidad de Madrid, que eliminó la figura del urbanizador, o en el hecho de que la mayoría de las Comunidades Autónomas realicen una remisión a la legislación de contratos en el procedimiento de selección del urbanizador.

⁷⁶ BAÑO LEÓN, J.M^a.: *Derecho Urbanístico Común*. Iustel, Madrid 2009, pág. 35, comenta que a pesar de las apariencias de la existencia de diecisiete ordenamientos urbanísticos, “existe en España un *ius commune urbis*, un derecho urbanístico común, que se articula sobre el pesa enorme de un sistema de conceptos sistematizados por la Ley de 1956 y definitivamente articulado en el TR de 1976, en el que se han formado todas las generaciones de urbanistas de nuestro país.”

Ante tanta diversidad, González-Varas Ibáñez⁷⁷ se plantea la necesidad de crear el llamado contrato administrativo urbanístico. Considera que la Unión Europea tiene claro que el nuevo urbanismo es un tema de contratos públicos y que, paulatinamente, el sistema urbanístico es cada día más público. Manifiesta que el sistema urbanístico, similar al planteado por la LRAU, funcionó mal porque la regulación del contratista se hizo en clave urbanística inapropiada. Por ello, teniendo en consideración tales circunstancias, ve necesaria la creación de un nuevo contrato administrativo urbanístico con el fin de que el Estado rescate su posición central en el urbanismo. Este contrato serviría de referencia para la concreción del sistema, puesto que determinaría la regulación sobre publicidad y concurrencia, definiría la posición de los distintos agentes,... todo ello respetando las competencias de las Comunidades Autónomas.

No obstante, en este apartado no se quiere entrar a analizar la naturaleza de esta figura ni su encaje en el Ordenamiento Jurídico, sino únicamente se valora en cuanto a su objetivo, obtención de capital privado; y resultado, aumento del suelo urbanizado, concluyendo que en ambos aspectos se han cumplido las expectativas.

Por ello debemos concluir que el análisis de la expansión de la figura del agente urbanizador de la LRAU al resto de Comunidades Autónomas, nos indica que la creación de esta figura, en cuanto a la introducción de una financiación privada en el campo del urbanismo, ha sido un triunfo. Máxime

⁷⁷ GÓNZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: "El estado desorientado: la necesidad de una regulación estatal del nuevo contrato administrativo de obras de urbanización". *RDUMA* nº 228, 2006, págs. 10 y ss.

cuando se comprueba que la propia legislación estatal del suelo fomenta la introducción de este agente privado en el desarrollo del suelo.⁷⁸

⁷⁸ El artículo 3.3 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo dice así: "La gestión urbanística y de las políticas del suelo fomentará la participación privada".

SEGUNDA PARTE

IV. CAPÍTULO CUARTO: EL URBANIZADOR EN LA LEY 16/2005, URBANÍSTICA VALENCIANA: NATURALEZA JURÍDICA

IV.1 EI AGENTE URBANIZADOR EN EL PROCESO DE FORMACIÓN DE LA LEY URBANÍSTICA VALENCIANA

Tras el encuadre de la relación agente urbanizador-Administración establecida por la LRAU en la legislación de contratos, la preocupación por el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la Sentencia de la Scala y el auto del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que planteó la inconstitucionalidad de algunos de los artículos de la citada norma, precipitaron la redacción de un nuevo texto legal que sustituyó a la innovadora Ley 6/94, Reguladora de la Actividad Urbanística.

En este marco legal, se aprobó la Ley 16/2005, Urbanística Valenciana (LUV)¹.

El Preámbulo de la citada Ley dispone que la misma opta “por un modelo que afirma la competencia autonómica, al tiempo que respeta los principios de la legislación estatal, tanto en materia de régimen del suelo y valoraciones, como en materia de contratos de las Administraciones Públicas, así como de procedimiento administrativo común.”

Pese a la declaración de respeto a la legislación básica nacional, la mayor preocupación de los creadores de la norma se dirigió hacia la normativa

¹ Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana (DOGV núm. 5167, de 31 de diciembre).

comunitaria, la cual se encontró en el punto de mira del proceso de formación de la LUV.²

Con el objetivo de cumplir las Directivas Comunitarias en materia de contratación pública, la Ley Urbanística Valenciana sometió el sistema de selección del urbanizador a un procedimiento en pública concurrencia, a semejanza del establecido en la legislación de contratos, y separó la figura del urbanizador de la del ejecutor material de la obra de urbanización, con el fin de evitar la identidad entre ambos sujetos y asegurar con ello una igualdad de participación de posibilidades entre todos los aspirantes.

En principio, las causas de dicha separación residen en que si la ejecución de la obra de urbanización se adjudica independientemente, primero se garantiza una mayor igualdad de oportunidades respecto a las empresas que concurren para la obtención de este segundo contrato; y segundo, se ofrece una posibilidad de participación a aquellas empresas que se dedican a la realización de estas obras, y que no tienen capacidad para asumir toda la gestión, ampliando con ello la concurrencia.³ La práctica ha demostrado que,

² Las presiones por parte de Europa habían sido reflejadas en el Informe "Fourtou" de 5 de diciembre de 2005, comentado en el Capítulo Segundo del presente estudio, así como en el requerimiento realizado por la Comisión Europea contra el Reino de España el 21 de marzo de 2005 y en la Resolución del Parlamento Europeo de 13 de diciembre de 2005 (DO C 286 E de 23 de noviembre de 2006, pág. 225), cuyo apartado 6 dice así: "Con el fin de resolver los problemas que plantea la actual legislación en los aspectos relacionados con la protección de los derechos de propiedad, que suscitan cuestiones relacionadas con los derechos humanos y los derechos fundamentales, así como respecto a la normativa comunitaria en materia de contratación pública, insta a las autoridades competentes a que tengan en cuenta las siguientes recomendaciones: (...) – la revisión en profundidad de las bases de selección del urbanizador, así como del procedimiento de adjudicación de contratos al urbanizador seleccionado, de forma que esta función sea compatible con la legislación europea, dado que- como se desprende del procedimiento de infracción en curso- existen serias dudas al respecto; todo ello en aras de la transparencia del procedimiento de adjudicación de los contratos públicos y con el fin de garantizar la protección de los derechos de propiedad de los ciudadanos europeos."

³ La participación de las llamadas PYMES en la contratación pública ha sido objeto de impulso tanto por la Directiva Comunitaria 2004/18/CE, cuyo considerando 32 declara que "con el fin de favorecer el acceso de las pequeñas y medianas empresas a los contratos públicos,

efectivamente, la ejecución de la obra de urbanización ha recaído en algunas ocasiones en empresas que por sus medios no hubiesen podido acceder a la condición de urbanizador; el problema ha sido que la elección de dichas empresas había sido en numerosas ocasiones previamente acordada con el urbanizador, puesto que el mismo es una empresa privada que no tiene obligación de responder a un interés general y cuyo objetivo es la satisfacción de sus intereses personales.

Es decir, las funciones de redactar un programa y ejecutar las obras de urbanización, que la LRAU atribuía a un solo sujeto, el Agente Urbanizador, son separadas, dando lugar a dos nuevos procedimientos y a dos sujetos: el urbanizador, responsable del desarrollo y ejecución de la actuación urbanística, que engloba la redacción de documentos técnicos, proposición y gestión del proyecto de reparcelación y contratación del empresario constructor⁴, y el contratista de las obras, ejecutor del proyecto de urbanización aprobado por la Administración.⁵

conviene prever disposiciones en materia de subcontratación”; como por la Comisión Nacional de Competencia (CNC) en su “Guía sobre contratación pública y competencia”, en cuya página 28 dice que “la subcontratación puede favorecer la participación de ciertas empresas en la contratación pública, en particular las PYME, sin embargo, en ocasiones, la ejecución del contrato por uno o varios operadores diferentes del adjudicatario original puede dar lugar a una reducción de la competencia efectiva en la fase de licitación, y ello incluso cuando se realiza por debajo del límite establecido en la LCSP”.

⁴ Pese a que la LUV no enumere como funciones del urbanizador la ejecución de la obra de urbanización, éste es responsable de la misma puesto que, además de garantizar su correcta realización ante la Administración, redacta el pliego que va a regir la selección del contratista, y contrata con el empresario constructor su ejecución, implicando tal acto que la materialización de la obra de urbanización es de su competencia. Además de ello, el presupuesto económico del contrato que suscribe con la Administración incorpora la realización de la urbanización; confirmando tal situación que la ejecución de las obras forman parte del objeto de ese contrato que le une a la Administración, y que la garantía que presta es correlativa a dicha obligación.

⁵ En relación a la existencia de estos dos procedimientos es necesario recordar la Sentencia TJCE de 20 de octubre de 2005, Comisión contra Francia, Asunto C-264/03, en el que ante una situación con estructura jurídicamente similar a la de la LUV, es decir, dos procedimientos, el primero para la selección del mandatario de la Administración, y

Mientras que el primero de ellos es escogido a través de un procedimiento de libre concurrencia, anunciado en el Diario Oficial de la Unión Europea y promovido por la Administración, el segundo es seleccionado mediante un concurso⁶ o subasta, promovido por el propio urbanizador.

El preámbulo de la LUV dispone al efecto:

“Se establece una separación nítida entre las figuras del urbanizador y del empresario constructor de las obras de urbanización. Mientras que al urbanizador le corresponderá redactar todos los documentos técnicos necesarios para la gestión del programa en su integridad, el empresario constructor tendrá que ejecutar las obras previamente definidas en el proyecto de urbanización aprobado por el ayuntamiento.”

El modelo escogido fue la consecuencia de un proceso en el que se barajaron diferentes posiciones jurídicas relativas a la relación entre la Administración y el urbanizador, como la de su consideración como un contrato de concesión de obra pública. No obstante, al igual que ocurría en la LRAU, faltaba un presupuesto básico de este tipo de contratos: que la obra urbanizada pudiese ser objeto de explotación, tal como estableció el Dictamen del Consejo

posteriormente otro, relativo a la obra, se planteó si el contrato se incluía en el ámbito de las Directivas Comunitarias.

En el supuesto planteado, el Tribunal concluye que la situación analizada constituye un contrato público de servicio, y por lo tanto, sobre el mismo era de aplicación la Directiva Comunitaria 92/50.

No obstante, encuentro que tal pronunciamiento no es aplicable al supuesto de la LUV puesto que se trata de situaciones de hecho diferentes. En el caso francés, el “mandatario” ejercía un servicio de representación, mientras que en el supuesto valenciano, la función del urbanizador no es representar a la Administración, sino gestionar y desarrollar el suelo.

⁶ Dado que el proyecto de urbanización está ya definido, en la selección del empresario constructor las ofertas presentadas por los licitadores se centrarán en el precio, los plazos, las garantías de ejecución, y quizás en algunas mejoras

de Estado en su informe al Anteproyecto de la Ley de Concesión de Obras Públicas del año 2003.⁷

Asimismo también se planteó la consideración de definir tal relación como un contrato de gestión de servicio público. Es decir, se barajó la opción de identificar la relación entre la Administración y el urbanizador como aquella en la que el primero de estos sujetos encomienda al segundo la gestión de un servicio de su competencia, manteniendo la Administración la titularidad del servicio y disponiendo por ello de facultades respecto al mismo.⁸

No obstante, pese a la apertura que el concepto de servicio público ha ido sufriendo en los últimos años, falla la naturaleza del contrato: el objeto principal de la función urbanizadora es la ejecución de las obras públicas y esta labor, como tal, no constituye un servicio público. Es decir, como ya se comentó anteriormente, estamos ante un contrato de resultado, por lo que su objeto no puede ser identificado con el del contrato de gestión de servicio, puesto que este último es un contrato de actividad. Además, en la gestión y ejecución del planeamiento, tampoco concurren dos elementos básicos e inherentes a todo servicio público, como son la continuidad y la regularidad.⁹ Por otro lado, el

⁷ El Dictamen del Consejo de Estado de 5 de diciembre de 2001, en las observaciones generales al Anteproyecto "considera impertinente la inclusión de una previsión como la del artículo 12.1, que permite la posibilidad de que puedan ser objeto de la concesión de obras públicas la construcción y mantenimiento de una obra "no susceptible de explotación económica", pues ello, además de constituir en realidad un contrato administrativo de obra (construcción de la obra) y otro de asistencia técnica o de servicios (mantenimiento de la obra), desvirtúa injustificadamente la verdadera esencia y naturaleza de la concesión de obra públicas, corolario de una arraigada tradición jurídica que la configura como instrumento al servicio de la acción administrativa y que ahora se pueden menoscabar."

⁸ Artículo 8.1 del TRLCSP, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 14 de noviembre.

⁹ GARRIDO FALLA, F. "Concepto de servicio público en Derecho Español" en *Revista de Administración Pública* nº 135, año 1994, Pág. 21; define el servicio público como aquél "servicio técnico prestado al público de una manera regular y constante mediante una organización de medios personales y materiales cuya titularidad pertenece a una Administración pública y bajo un régimen jurídico especial."

contrato de gestión de servicio público está dirigido a la colectividad, mientras que en la obra de urbanización la receptora es la Administración Pública. Por último, el artículo 275 del TRLCSP¹⁰ incluye, en el objeto de este contrato, a todos los servicios de competencia de la Administración siempre que sean susceptibles de explotación por particulares; y este requisito tampoco se da en el supuesto de la LUV, motivos por los cuales también se abandonó la identificación de la relación entre el urbanizador y la Administración con el contrato de gestión de servicio público.

Finalmente, las presiones europeas iniciadas por numerosas peticiones de los ciudadanos, y la evidente necesidad de un cambio ante los últimos pronunciamientos jurisprudenciales nacionales existentes al respecto, llevaron a que se adoptase el modelo recogido en la LUV, en el que coexisten la fase de selección del urbanizador y la fase de selección del empresario constructor, y en el que se califica la relación como de contrato administrativo especial.¹¹

¹⁰ Artículo 75 del TRLCSP: *Ámbito del contrato (de gestión de servicios públicos)*. 1. La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

¹¹ PUCHALT RUIZ, M, "La gestión directa de las actuaciones integradas en la Ley urbanística valenciana bajo el prisma de la legislación estatal comunitaria", en *RDUMA* núm. 236, septiembre 2007; pág. 40, subraya que parte del rechazo a la LUV tiene su origen en el "extravagante" proceso de formación de la misma: "la extravagante tramitación parlamentaria del proyecto de Ley que fue altamente desfigurado por la presentación de enmiendas por el mismo grupo político que sustenta al Ejecutivo valenciano -algo verdaderamente insólito en la práctica parlamentaria- rehuyendo los cauces de participación ciudadana y los controles de ajuste a la legalidad que proporciona el Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, ante el temor de un eventual incumplimiento de la normativa comunitaria en materia de contratación pública; la ausencia de una técnica normativa rigurosa que conecte armónicamente con los sistemas ordinamentales supraautonómicos; las disonancias internas entre algunos de los preceptos de la propia Ley, y, lo que es peor, la falta de encaje y visión de conjunto de todo el paquete normativo que, en materia urbanística, ha emanado el legislador autonómico valenciano."

Catalá Martí¹² destaca que la separación entre ambas figuras se apoya en la sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001 (Scala de Milán), que consideró que no constituía obstáculo para la existencia de un contrato de obras el hecho de que las mismas no fuesen realizadas directamente por el urbanizador sino por un tercero, denominado “operador”, que fuese escogido por aquél.

En mi opinión, el modelo no es adecuado. La separación realizada ha querido dar la impresión de romper con la normativa anterior y realizar algo nuevo, diferente, adecuado tanto a la normativa de contratación estatal como a las Directivas Comunitarias; pero en lugar de ello, ha mantenido los fundamentos y principios establecidos en la LRAU, acarreado con ello sus mismos problemas. No obstante, las muchas cuestiones surgidas con la LRAU no deben hacernos olvidar que la misma introdujo un sistema de competencia, aunque muy precario respecto a lo exigido por Europa.

Por otra parte, la separación del procedimiento en dos fases, además de querer dar una lavada de imagen que no ha conseguido, ha sido poco acertada en su redacción, sumando numerosos problemas a los ya existentes¹³, relativos a la naturaleza jurídica de la relación entre la Administración y el urbanizador. El resumen es claro: permanece la base de la anterior ley urbanística pero se complica el procedimiento.

Esta misma conclusión parece ser la alcanzada por la Comisión Europea, puesto que la aprobación de la LUV no acabó con las dudas acerca de la legalidad del sistema urbanístico valenciano, que fue de nuevo puesto en entredicho como manifiestan el requerimiento realizado contra el Reino de

¹² CATALÁ MARTÍ, J.V. : *La Selección del Urbanizador*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia 2007.

¹³ La LUV apenas dedica un par de artículos – artículo 120 y 160 – a la figura del empresario constructor, dejando sin resolver su estatuto jurídico, del que apenas indica que le unirá una relación de naturaleza privada al urbanizador.

España el 10 de abril de 2006, la Resolución del Parlamento de 21 de junio de 2007¹⁴, el Informe AUKEN de 10 de diciembre de 2008¹⁵ o finalmente la interposición del recurso ante el Tribunal de Justicia dando lugar al asunto C-306/08. Esta visión manifestada desde Europa obliga necesariamente a plantearse de nuevo la siguiente cuestión: ¿nos hallamos ante un contrato de obras o no?.

El contexto expuesto apuntaba a una respuesta afirmativa; es decir a que Europa consideraba que el procedimiento de selección del urbanizador infringía la normativa europea, concretamente la Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. No obstante, pese a todo ello, el 26 de mayo de 2011, el TJCE dictó Sentencia en el citado asunto C-306/08, declarando que no había quedado probado que la relación que une a la

¹⁴ La Resolución del Parlamento Europeo de 21 de junio de 2007 (DO C 146 E de 12 de junio de 2008, p. 340), tal como se expresa la misma, es el resultado del Informe de la tercera misión de investigación en España, provocada por numerosas peticiones de ciudadanos europeos; cuyo objetivo es, entre otros, comprobar el respeto a los procedimientos de contratación pública de las prácticas urbanísticas en la Comunidad Valenciana. El apartado 9 de dicha Resolución dice así: *Pone* (el Parlamento) “en tela de juicio los métodos de selección de los promotores inmobiliarios y agentes urbanizadores, así como las competencias, a menudo excesivas, que en la práctica les otorgan algunas autoridades locales a expensas de los intereses de las comunidades locales y de los ciudadanos que tienen sus hogares y sus propiedades adquiridas legalmente en los municipios afectados.”

¹⁵ El Informe “Auken”, de 10 de diciembre de 2008, también contiene algunas críticas hacia el sistema de selección del urbanizador tal como se recoge en sus apartados 2 y 3: “2. “Pide a las autoridades españolas que se deroguen todas las figuras legales que favorecen la especulación, tales como el agente urbanizador; 3. Considera que las autoridades regionales competentes deben declarar suspender y revisar todos los planes urbanísticos nuevos que no respetan los criterios rigurosos de sostenibilidad medioambiental y responsabilidad social, y que no garantizan el respeto por la propiedad legítima de los bienes adquiridos legalmente, y que detengan y anulen todos los desarrollos urbanísticos en curso que no han respetado o aplicado los criterios establecidos por el Derecho Comunitario, principalmente por lo que se refiere a la adjudicación de contratos urbanísticos y al cumplimiento de las disposiciones en materia de agua y medio ambiente.”

Administración con el urbanizador en la legislación urbanística valenciana fuese la de un contrato de obras públicas.¹⁶

Este pronunciamiento ha sido interpretado por Garrido Mayol y Collado Beneyto¹⁷ como una confirmación de que la relación Administración – urbanizador constituye un contrato administrativo especial, pese a la posición adoptada por la jurisprudencia española con fecha anterior a la STJCE de 26 de mayo de 2011.

En cuanto a la aplicabilidad de la Ley Urbanística Valenciana y su relación con la naturaleza jurídica del urbanizador, su entrada en vigor puso de manifiesto, como ya se ha comentado anteriormente, numerosas cuestiones prácticas, las cuales fueron resueltas en su mayoría a través del Reglamento de Ordenación y Gestión Territorial y Urbanística, aprobado por Decreto 67/2006, de 19 de mayo. Posteriormente, la Ley ha sufrido diversas modificaciones, bien con el fin de adaptarse a nuevas necesidades.¹⁸, bien con

¹⁶ La Sentencia de 26 de mayo de 2011, que será analizada posteriormente, desecha la idea de identificar la relación Administración-urbanizador con el contrato de obras públicas, sin entrar a calificarla jurídicamente:

“95 Sobre este particular, y por lo que respecta a la naturaleza de las actividades a cargo del urbanizador, es preciso señalar que, pese a los elementos de análisis proporcionados por el Reino de España, la Comisión no intentó apoyar sus propias alegaciones ni refutar las del Estado miembro demandado mediante un examen profundo de dichos elementos.

96 No se ha demostrado en absoluto que las obras de conexión e integración de los terrenos con las redes de infraestructuras, energía, comunicaciones y servicios públicos existentes constituyan el objeto principal del contrato celebrado entre la entidad territorial y el urbanizador en el marco de un PAI en gestión indirecta. La ejecución del PAI por el urbanizador comprende, como resulta concretamente de los apartados 21 y 23 de la presente sentencia, actividades que no pueden calificarse de «obras» en el sentido de las Directivas invocadas por la Comisión en su escrito de demanda.”

¹⁷ GARRIDO MAYOL, V. y COLLADO BENEYTO, P.: “Gestión Urbanística y Agente Urbanizador” en *Revista de Administración Pública*, núm. 186. Madrid, septiembre-diciembre 2011. Págs. 259-296.

¹⁸ Algunas de estas modificaciones son las incorporadas por la Ley 14/2007, de 26 de diciembre, de la Generalitat, de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat, que adaptan el texto de la LUV al Consejo Superior de

el fin de mejorar algunos aspectos puestos de manifiesto en el día a día.¹⁹ La última de esas reformas ha sido llevada a cabo por el Decreto Ley 2/2011, de 4 de noviembre, del Consell, de Medidas Urgentes de Impulso a la Implantación de Actuaciones Territoriales Estratégicas, que modifica algunos artículos de la LUV, relativos principalmente a las garantías.

Entre las modificaciones que deben destacarse por su relación con el tema que nos ocupa, se encuentra la llevada a cabo por el Decreto-ley 1/2008, de 27 de junio, del Consell, de medidas urgentes para el fomento de la vivienda y el suelo, que afecta entre otros al artículo 128 de la LUV²⁰, relativo a la

Territorio y Urbanismo el cuál sustituye las referencias que la Ley hacía hacia el Consejo de Territorio y Paisaje.

Otras, por ejemplo, son las incorporadas por el Decreto-ley 1/2008, de 27 de junio, del Consell, de medidas urgentes para el fomento de la vivienda y el suelo, y surgen con el fin, tal como establece su preámbulo, de mejorar la adaptación a la ley estatal, en concreto, a la Ley 8/2007 de 28 de mayo del Suelo, en cuanto a la materia relativa a la reserva de vivienda protegida y a las cesiones.

Entre las últimas modificaciones, las llevadas a cabo por el Decreto-ley 2/2010, de 28 de mayo, del Consell de medidas urgentes para agilizar el desarrollo de actividades productivas y la creación de empleo y la Ley 12/2010, de 21 de julio, de la Generalitat, de Medidas Urgentes para Agilizar el Ejercicio de Actividades Productivas y la Creación del Empleo.

¹⁹ Ejemplo de dichas reformas fue la supresión de la Cédula Territorial de Urbanización, una figura de escasa utilidad que, tal como manifestaba la Ley 12/2010, de 21 de julio, de la Generalitat, de Medidas Urgentes para Agilizar el Ejercicio de Actividades Productivas y la Creación del Empleo, *suponía una duplicidad de trámites en los proyectos para los que la LUV lo requería.*

²⁰ El artículo 128 de la LUV, relativo a la gestión directa, se expresaba en su versión original del siguiente modo: "Iniciativa pública en la formulación de los Programas.

1. Los Ayuntamientos pueden formular programas de actuación integrada, redactando de oficio la totalidad o parte de la documentación expresada en el artículo 126, sea para fomentar su desarrollo por gestión indirecta o con el fin de acometer su gestión directa. Si optara por la gestión indirecta, se adaptará el procedimiento de concurso previsto en esta ley, ajustándose la documentación requerida a los interesados a lo estrictamente necesario.

2. Si la iniciativa municipal pretende la gestión directa, la alternativa técnica se acompañará con la documentación expresada en el artículo 127, apartados 1 y 2. La elaboración de dicha documentación y la ejecución del programa podrá llevarse a cabo bien directamente por los servicios técnicos municipales, bien mediante la convocatoria de concurso para la adjudicación conjunta de la elaboración de proyecto y obra, de conformidad con lo que dispone el artículo 125 del texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones

gestión directa de los Programas, incluyendo nuevas referencias y remisiones a la normativa nacional de contratos públicos.

Esta modificación, y en general la gestión directa, son objeto de estudio en el siguiente apartado.

Por último, quiere hacerse un breve apunte sobre la intención del legislador valenciano de practicar una reforma integral en la Ley Urbanística Valenciana con el fin de impulsar, agilizar, simplificar y flexibilizar las tramitaciones urbanísticas, así como llevar a cabo la adecuación de la legislación urbanística autonómica a la normativa estatal y comunitaria.

En el borrador de esta reforma, expuesto al público el 16 de febrero de 2010, se recogen importantes modificaciones, entre las cuales se ha de destacar el retorno a las modalidades de gestión tradicionales, puesto que se prevén los sistemas de cooperación (que se identifica con la gestión directa), del agente urbanizador y de expropiación (que ya existe en la actualidad puesto

públicas, aprobado por Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, sin perjuicio de que el Ayuntamiento opte por cualquier otra forma de adjudicación que considere más conveniente a los intereses públicos.

3. El acuerdo municipal que decida la gestión directa de la actuación deberá incluir necesariamente una descripción detallada de los compromisos de inversión y gestión que contrae la administración actuante y de la disponibilidad de recursos presupuestarios para financiar, siquiera parcialmente, la actuación sin ingresar cuotas de urbanización, en previsión de la retribución en terrenos o del impago de ellas

4. La Administración municipal puede repercutir sus gastos de gestión directa mediante cuotas de urbanización o mediante las tasas aprobadas al efecto. No percibirá el beneficio empresarial del urbanizador, pero tampoco está limitada en la liquidación definitiva del programa por el precio máximo al que se refiere el artículo 127.2.e). No fijará coeficiente de canje para la retribución en suelo sino que éste se calculará en el proyecto de reparcelación, en cuya valoración del suelo deducirá los costes de promoción de la urbanización conforme al artículo 30 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones.

5. La Administración autonómica podrá asumir la iniciativa de formulación de programas para el desarrollo de una actuación integrada a fin de acometer su gestión directa de acuerdo con lo previsto en los artículos 89, 118.b) y concordantes de la presente ley, debiendo tenerse por administración actuante a la propia Generalitat.”

que se prevé como sistema para la obtención de dotaciones públicas – arts. 60, 184 y 187 LUV -; también lo recoge el art. 147 LUV como medio de gestión en las Actuaciones Aisladas, el artículo 165.4 LUV como sistema de gestión cuando es gestión directa, etc...).

Además de ello, el artículo 17 del citado documento establece, como presupuesto común a los procedimientos de gestión urbanística, que se encuentre aprobada definitivamente la ordenación pormenorizada del ámbito al que se refiera la actuación, lo que indica que finalmente son separadas la fase de planeamiento, de la fase de gestión y ejecución. Como veremos, entiendo que ésta es la línea correcta; no obstante, ello se verá más adelante.

Respecto a la selección del urbanizador existe una remisión a la legislación de contratos que incluye la exigencia de clasificación prevista en la normativa de contratación estatal para el adjudicatario en el contrato de obras públicas.²¹

No obstante, estamos ante un borrador en el que debe tenerse en cuenta, como se ha comentado anteriormente, la Sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo en el asunto C-306/08, que declara que no existe identificación

²¹ ROMERO ALOY, M^a.J.: “Reflexiones sobre el borrador de reforma de la legislación urbanística valenciana”, en *Revista Práctica Urbanística* Nº 98, Sección Estudios, Noviembre 2010, pág. 36: “La reforma que se plantea supone un replanteamiento de la gestión urbanística, acercándola a planteamientos tradicionales e introduciendo en el sistema del agente urbanizador importantes correcciones. Así los procedimientos gestores que se articulan son el de cooperación, agente urbanizador y expropiación. (...) En cuanto a la relación del agente urbanizador con la Administración comenta: Después de todo el proceloso itinerario recorrido por la doctrina (4) y la jurisprudencia en relación con el tema, el Borrador, como no podía ser de otro modo, en su art. 24 determina que tanto la selección del contratista como la adjudicación del contrato se efectuará de conformidad con lo dispuesto en la legislación estatal de contratos del sector público, con la salvedad, entre otras, de que, dado el carácter especial del contrato, para calificarlo como sujeto o no a regulación armonizada, el precio máximo que ha de constar en el pliego de condiciones se descompondrá en precio máximo de la obra y precio máximo de los servicios. La aplicación de la Ley de Contratos se extiende también a la exigencia a los concursantes de los requisitos de solvencia y capacidad que la legislación estatal exige para ser contratista de obras.”

entre el contrato de obras públicas regulado en las Directivas Comunitarias y la relación entre la Administración y el urbanizador, por lo que deberemos esperar a que se apruebe tal reforma con el fin de comprobar cómo es tratada finalmente esta relación por la legislación urbanística valenciana.

Además, precisamente la declaración de esta Sentencia parece que haya dado lugar a que el legislador valenciano entienda que ya no es tan urgente la reforma integral de la Ley, por lo que el tiempo confirmará si la misma continua adelante.

IV.2 LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO URBANIZADOR EN LA LUV: LA GESTIÓN DIRECTA

La legislación urbanística valenciana, ya en la LRAU y después en la LUV, diferenció la gestión directa de la gestión indirecta de los programas. En la gestión directa, la Administración, por sí misma o a través de sus organismos, entidades o empresas de capital íntegramente público, decide gestionar y ejecutar directamente los Programas de Actuación Integrada; mientras que en la indirecta, por el contrario, la gestión y la ejecución es asumida por un sujeto ajeno a la Administración.²²

Pese a que el objeto del presente estudio se centre en la figura del urbanizador, y por ende en la gestión indirecta, se ha creído conveniente destacar los rasgos principales del sistema de gestión directa con el fin de diferenciar, a muy grandes rasgos, ambos sistemas.

Como ya se ha comentado, en el sistema de gestión directa previsto por la LUV, la Administración gestiona y ejecuta directamente los Programas de Actuación Integrada. La noción de Administración engloba tanto la municipal, como la no municipal (Administración del Estado, Generalitat,...). Y a su vez, cada una de ellas comprende bien el ente directamente, bien a través de sus organismos. En este sentido, Alonso Mas²³ comenta que el concepto de

²² LORENTE TALLADA, J.L. y ROMERO SAURA, F. *El régimen urbanístico de la Comunidad Valenciana*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Politécnica de Valencia, Valencia, 1996; pág. 343, comentaron que la característica fundamental de la gestión directa en la LRAU era que la totalidad de las obras e inversiones que comportaba eran financiadas con fondos públicos y gestionadas por los órganos o empresas de la Administración.

²³ ALONSO MAS, M^a. J.. "La gestión directa de los programas de actuación integrada en la Ley Urbanística Valenciana", en obra colectiva: *Curso Práctico de Derecho Urbanístico Valenciano*, director: Manuel Ángel Rueda Pérez. Tirant Lo Blanc, Valencia, 2006, págs. 562 y ss. Comenta esta autora, que la amplia dicción del artículo 89.1 de la LUV, que alude a

Generalitat abarca organismos públicos vinculados o dependientes de ella, así como las empresas de capital íntegramente público, dada la amplia dicción del art. 89.1 de la LUV.

Por otra parte, la LUV considera la existencia de una actuación directa, además de cuando la gestión sea llevada por una Administración, cuando la totalidad de las obras e inversiones que comporta son financiadas con fondos públicos. Es decir, deben darse ambas circunstancias.²⁴ Es en este aspecto económico donde más se refleja la escasez y confusión que la LUV ofrece a la regulación de la gestión directa.

Ejemplo de ello se encuentra en el apartado tercero del artículo 128 de la LUV, que exige, en el acuerdo municipal que decida la gestión directa, una descripción detallada de los compromisos de inversión y gestión que contrae la Administración actuante, y la disponibilidad de recursos presupuestarios para financiar, la actuación siquiera sea parcialmente, sin ingresar cuotas de urbanización, en previsión de la retribución en terrenos o del impago de ellas.

Este precepto, cuya constitucionalidad es cuestionada por Puchalt Ruiz²⁵, parece ser el que concentra los mayores problemas de la regulación que la

“entidades”, permite subsumir asimismo dentro del mismo al caso de las fundaciones dependientes de la Generalidad.

²⁴ Artículo 117.4 de la LUV: “4. La ejecución de las actuaciones integradas es siempre pública, correspondiendo a la administración decidir su gestión directa o indirecta. Se considera que una actuación es de gestión directa, cuando la totalidad de las obras e inversiones que comporta son financiadas con fondos públicos, y gestionadas por la administración, por sí misma o a través de sus organismos, entidades o empresas de capital íntegramente público. La gestión es indirecta cuando la administración decide cometer la actuación a cargo de la financiación comprometida por un tercero y delega la condición de urbanizador adjudicándola a favor de una iniciativa seleccionada de conformidad con el procedimiento establecido en la presente Ley.

²⁵ PUCHALT RUIZ, M. “Gestión directa de las Actuaciones Integradas en la LUV”, en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*; nº 236, septiembre 2007. págs. 54 y ss. Comenta este autor, que “el art. 128.3 LUV condiciona la política presupuestaria municipal porque impone al municipio una determinada opción financiera que no se cohonestaba con el

LUV ha recogido para la gestión directa: la descripción detallada puede ser en algunos casos imposible,²⁶ y respecto a la disponibilidad de recursos presupuestarios, además de ser un término muy vago, implica unas consecuencias difíciles de alcanzar.

Por último, en relación al tema que nos ocupa, el punto de partida es el hecho de que, pese a que en la gestión directa no aparece ese tercer sujeto que gestiona y asume el planeamiento, sigue siendo necesaria la intervención de un personaje que ejecute materialmente las obras de urbanización.²⁷

La LRAU no se pronunció acerca de la naturaleza jurídica que unía a la Administración con el ejecutor material de las obras²⁸. Es más, no se hacía ninguna mención al respecto; por lo que, estando la Administración sometida al régimen de contratación pública, se entendió que pese a que aquella adoptaba la misma posición que el urbanizador en la gestión indirecta, no podía contratar libremente las obras de urbanización.²⁹

principio constitucional de la autonomía local consagrado en el art. 137 CE en conexión con el art. 142 de la Norma Fundamental.”

²⁶ Sobre este aspecto, ALONSO MAS, M^a.J. en *La gestión directa de los programas de actuación integrada en la Ley Urbanística Valenciana*, op. cit. pág. 592; comenta que en el momento de adoptar el acuerdo de actuar a través de una gestión directa, puede no estar redactado el proyecto de urbanización, así como el inventario preliminar de las indemnizaciones, dificultando tal situación la descripción detallada exigida por la Ley.

²⁷ El artículo 24 TRLCSP dispone la necesidad de que la ejecución de las obras que correspondan a la Administración, se lleve a cabo por un tercero salvo cuando el importe de las mismas sea inferior a 4.845.000 € y concurren determinadas circunstancias.

²⁸ La LRAU apenas reguló el sistema de la gestión directa, cuyo contenido y desarrollo se trataban de manera residual, siendo aplicable al mismo lo previsto en la Ley para la gestión indirecta de los Programas siempre y cuando no fuese contrario a su naturaleza.

²⁹ En este aspecto, PAREJO ALFONSO, L. y BLANC CLAVERO, F., *Derecho Urbanístico Valenciano*, op. cit. pág. 385 comentan entre las especialidades del urbanizador en la gestión directa en la LRAU el régimen de contratación de prestaciones accesorias: “la Administración está sometida, por su propio estatuto subjetivo, al régimen general de contratación pública a la hora de la realización de las obras civiles de urbanización. En la gestión indirecta, el agente urbanizador es libre de contratar por medios civiles y con quien

La LUV, en cuanto a la gestión directa de los Programas, da un paso más, y el mencionado artículo 128, en su redacción original, pese a mantener el tratamiento de la gestión directa como residual de la indirecta,³⁰ reforzó que su especialidad radica en que el procedimiento de selección del ejecutor material de la obra de urbanización debe remitirse íntegramente a la legislación nacional de contratos.

Tras la modificación, los nuevos apartados primero y segundo del artículo 128 de la LUV, al hablar de la iniciativa pública para la formulación de los programas, y especialmente de la gestión directa, excluyen de la misma el procedimiento de selección del urbanizador.

En mi opinión, la reforma ha buscado reforzar la idea de separación entre la gestión directa e indirecta, distanciando la tramitación prevista en la norma para cada una de ellas. Por ello, en cuanto a la tramitación y ejecución del

lo prefiera la obra civil u otras prestaciones accesorias; en la gestión directa o cuando el Urbanizador es persona pública el régimen es diferente.”

³⁰ Pese a que se tratan de dos tipos de gestión diferente, con unas condiciones y circunstancias distintas en cada una de ellas, la LUV, del mismo modo que hiciese la LRAU en su día, dedica gran parte de su articulado a la gestión indirecta, dedicando apenas algunos preceptos al régimen de la gestión directa y además, bajo un tratamiento de “especialidad” respecto a la indirecta.

Véase en este sentido a PAREJO ALFONSO, L. y BLANC CLAVERO, F. en *Derecho Urbanístico Valenciano*, op. cit. pág. 384 que consideraban que la gestión directa, en la LRAU, determinaba ciertas peculiaridades respecto a la tramitación y ejecución del Programa por gestión indirecta.

Del mismo modo, LORENTE TALLADA, J.L. y ROMERO SAURA, F.: *Régimen Urbanístico de la Comunidad Valenciana*, op. cit. pág. 354, también comentaban la minuciosidad de la LRAU para describir el contenido, los documentos y la elaboración del Programa por gestión indirecta; dejando “casi en la penumbra el contenido, los documentos y la elaboración de un Programa por gestión directa. Parece que debemos obtener, por exclusión, la normativa aplicable a la gestión directa.

(...) Por exclusión, con respecto a la normativa de la LRAU que regula minuciosamente la gestión indirecta, como veremos seguidamente, podemos decir que el Programa de Actuación Integrada por gestión directa deberá cumplir todas aquellas determinaciones contenidas en el art. 29 LRAU que, por exclusión, no se refieran a la gestión indirecta.”

Programa se refiere, se ha pasado de considerar a la gestión directa como una “modalidad” de la gestión indirecta, en la que el hecho de que la Administración adoptase la posición del urbanizador le dotaba de ciertas especialidades (LRAU), a intentar alejarla de esta última figura previendo una tramitación distinta para cada una de ellas (LUV).

En este mismo sentido lo han entendido Bueso Guirao y Parrizas Collado,³¹ que consideran la importancia de establecer, como principio fundamental y punto de partida, que la gestión directa de un proceso urbanístico debe de estar dotada de una regulación propia y sustantiva, que la diferencie claramente de la gestión indirecta; y que comentan que este criterio de implantar un régimen jurídico diferenciado está siendo refrendado por la normativa que se ha ido promulgando tras la LUV, como el Decreto-Ley Valenciano 1/2008, de 27 de junio.

El hecho de que en la gestión directa se acuda a un contrato de obras ordinario³² para la ejecución de la urbanización, es una idea que, como se ha comentado anteriormente, ya era manifiesta en la LRAU, al igual que en la redacción original de la LUV, que se remitía específicamente a la normativa de contratación. Por ello entiendo, que al practicar la modificación en la Ley y excluir los trámites del concurso previstos para la selección del urbanizador en la gestión indirecta, el legislador ha querido desvincular ambos tipos de gestión con el fin de confirmar que, en uno de ellos – la gestión directa -, la ejecución de las obras se realiza en virtud de un contrato ordinario de obras públicas; mientras que en el otro, la ejecución de las obras se realiza en virtud de un

³¹ BUESO GUIRAO, E. y PARRIZAS COLLADO, P. “La gestión directa en la normativa urbanística valenciana” en obra colectiva: *Urbanismo en la Comunidad Valenciana. Homenaje a José Luis Lorente Tallada*. Valencia, 2008. Tirant Lo Blanch. Pág. 928.

³² Téngase en cuenta que, a pesar de la gestión directa, la Administración puede no haber redactado los documentos del Programa, convocando un concurso no sólo para la ejecución de las obras sino también para la elaboración del proyecto.

“contrato administrativo especial”, idea en la que se apoya la legislación urbanística valenciana.

En concreto, las modificaciones que se realizan al respecto son las siguientes:

- Eliminación del párrafo final del apartado primero de este artículo: “si optara por la gestión indirecta, se adaptará el procedimiento de concurso previsto en esta ley, ajustándose la documentación requerida a los interesados a lo estrictamente necesario.”
- Introducción de un nuevo párrafo en el nombrado apartado primero, del tenor literal siguiente: *“Si acuerda la gestión directa de aquéllos, el procedimiento se iniciará por acuerdo del Pleno que determine tal forma de gestión, que lleva aparejada la exclusión de los trámites del concurso previstos en esta Ley para la selección del urbanizador.”*
- Redacción de un nuevo apartado 5 del artículo 128, que dice así: “Para la selección del empresario constructor, cuando se actúe mediante gestión directa, no se aplicarán las reglas establecidas en los artículos 120 y 160 de esta Ley, debiendo observarse las determinaciones de la legislación de contratos del sector público.”

Las referencias realizadas, que en ningún caso tienen voluntad de ser una enumeración exhaustiva de los cambios efectuados, nos confirman que la voluntad del legislador valenciano ha sido desvincular el sistema de gestión indirecta del sistema de gestión directa, reforzando la posición de este último.

IV.3 NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN ENTRE LA ADMINISTRACIÓN Y EL URBANIZADOR EN LA LUV

Retomando la idea de la gestión indirecta, el nuevo modelo replantea la cuestión de la naturaleza jurídica del vínculo entre la Administración y el urbanizador, y plantea *ex novo* la calificación de la relación entre el urbanizador y el empresario constructor.

Comenzando por la primera de ellas³³, la nueva normativa valenciana la define como un contrato administrativo especial, en los términos establecidos por la legislación estatal reguladora de la contratación pública³⁴.

En relación a tal declaración, es evidente el hecho de que nos hallamos ante un contrato administrativo porque uno de los sujetos que participa es la Administración pública, y porque existe una vinculación directa con el interés público, puesto que el objeto del mismo es el desarrollo urbanístico del suelo. No obstante, tal definición es insuficiente, y por ello es necesario un estudio que nos aclare dos cuestiones: en primer lugar, el encaje que la figura del urbanizador tiene dentro de las Directivas Comunitarias, y en segundo lugar, en

³³ La relación entre el urbanizador y el empresario constructor será objeto de estudio en el Capítulo siguiente.

³⁴ La calificación de “contrato administrativo especial”, se recoge tanto en el Preámbulo de la Ley Urbanística Valenciana, que además hace referencia al artículo 7.1 del RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio, como en el modelo de Bases Generales anexas al Reglamento de Ordenación y Gestión Territorial y Urbanística.

El artículo 7.1 del TRLCAP, actualmente derogado, establecía el régimen jurídico aplicable a los contratos administrativos, disponiendo en su inciso final que los contratos administrativos especiales, definidos en su artículo 5 como contratos de las Administraciones Públicas que diferentes a los típicos, tenían naturaleza administrativa por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, se regirían por sus propias normas con carácter preferente.

Actualmente, la regulación del contrato administrativo especial se encuentra en el artículo 19 del TRLCSP que mantiene el mismo régimen jurídico que el antiguo TRLCAP.

el ámbito de la normativa nacional de contratación, ante qué tipo de contrato administrativo nos hallamos.

IV.3.1 La relación del urbanizador con la Administración desde la perspectiva de las Directivas Comunitarias.

El punto de partida para el análisis de la relación Administración-urbanizador desde la perspectiva europea, es el concepto de contrato público según la normativa comunitaria.

A nivel del Derecho Comunitario, los contratos públicos se definen como los contratos onerosos y celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios (Art. 1 Directiva 2004/18/CE).

Es decir, la regulación que contienen las Directivas Comunitarias únicamente abarca los contratos de obras, de suministro de productos o de prestación de servicios; puesto que la concesión de obras públicas se considera una modalidad del contrato de obras con la especialidad de que su contrapartida es el derecho a explotar la obra, o bien dicho derecho acompañado de un precio.³⁵

³⁵ El hecho de que la concesión de obra pública se considere, desde el punto de vista comunitario, como una modalidad del contrato de obras es importante, dado que da pie a una noción funcional del carácter oneroso de los contratos, tal como lo entiende la Sentencia del TJCE de 18 de enero de 2007, Asunto C-220/05, Auroux-Roanne, porque la forma de retribuir es accesoria, ya que lo importante es el objeto del contrato, es decir, la obra pública.

Por otra parte, la regulación de la normativa comunitaria se delimita aún más puesto que su ámbito de aplicación solamente incluye a aquellos contratos anteriormente citados cuando en los mismos se dan unas específicas circunstancias, como son la superación de un umbral económico o la concurrencia en un sujeto de determinados requisitos.³⁶

IV.3.1.a El contrato público de obras comunitario. Elementos

La Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, define como contrato público de obra aquél en el que concurren las siguientes circunstancias:

- *Que tenga por objeto bien la ejecución, bien conjuntamente el proyecto y la ejecución de obras relativas a una de las actividades mencionadas en el anexo I (actividades de construcción e ingeniería civil, correspondientes a la división 45 de la Nomenclatura de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas) o de una obra, bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador (una obra es el resultado de un conjunto de obras de construcción o de ingeniería civil destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica).*
- Que tenga carácter oneroso.

³⁶ Debe recordarse la Comunicación interpretativa de la Comisión (2006/C 179/02), ya apuntada anteriormente, que recomienda a aquellos contratos no sujetos a las Directivas sobre contratación, la aplicación de los criterios básicos para la adjudicación de contratos públicos, que se derivan de las normas y principios del Tratado CE (publicidad, adjudicación de contratos, etc...); así como las Sentencias del TJCE de 6 de abril 2006, Asunto C-410/04, ANAV, y de 21 de febrero de 2008, Asunto C-412/04.

- Que se celebre entre un contratista y un poder adjudicador

“La definición que da el legislador comunitario corrobora la importancia que revisten estos requisitos, habida cuenta de la finalidad de la Directiva. De ello resulta que tales requisitos deben desempeñar un papel preponderante cuando se trata de apreciar si se está en presencia de un contrato público de obras en el sentido de la Directiva” (STJCE 12 de julio 2001, Scala).

1) Objeto del contrato

La normativa expuesta nos indica que, a nivel comunitario, el contrato de ejecución de obras se identifica por su objeto; es decir, que la normativa europea adopta un concepto funcional del contrato de obra pública, tal como comenta Gimeno Feliu³⁷.

Ello significa que, a nivel comunitario, será considerado contrato de obras públicas aquél cuya prestación consista en alguna de las actividades recogidas en la Directiva Comunitaria como objeto de este tipo de contrato.

³⁷ GIMENO FELIU, J. M^a “Actividad urbanística y contratos públicos: la lógica de la publicidad y concurrencia en las infraestructuras públicas”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, número IX, 2007 Página 159:

“Es decir, es el concepto funcional de obra pública lo que atrae el régimen de la contratación pública a las obras de urbanización que vienen obligados a ejecutar por imperativo legal en los sistemas de actuación indirecta por cuanto concurren todas las notas para su consideración de obra pública. Y es que, como bien justificará el profesor T.R. FERNÁNDEZ concurren las tres notas para tal calificación: a) obra artificialmente creada, b) obra vinculada al aprovechamiento general y c) obra de titularidad pública. Criterio igualmente defendido por el profesor R. GÓMEZ FERRER que sostiene, con acierto, que toda obra reurbanización es obra pública y se somete a contratación pública.”

Ante dicha definición, es evidente que la ejecución de la urbanización, prestación principal en la actuación urbanística, encaja en la calificación de obra pública; pero que no obstante, el resto de prestaciones encomendadas al urbanizador, como la redacción del proyecto de reparcelación o la gestión de las relaciones con los propietarios, no se identifican con el objeto del contrato de obras.

Como expresó Parejo Alfonso,³⁸ nos encontramos ante una actividad compleja cuyo objeto no consiste pura y simplemente en urbanizar un determinado espacio territorial. Pese a ello, aunque la actividad sea diversa, la finalidad es la ejecución de una obra pública. En este aspecto, resulta de interés la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de enero de 2007,³⁹ que en relación a un convenio realizado entre el Ayuntamiento de Roanne (Francia) y una sociedad mercantil de capital mixto para la creación de un centro de ocio, afirmó que la relación era en realidad un contrato público de obras, pese a las afirmaciones en contra realizadas por el Ayuntamiento francés, que había argumentado – entre otras cosas - que el objeto de la relación no se identificaba con dicho contrato puesto que era mucho más amplio:

³⁸ PAREJO ALFONSO, L.: “La cuestión de la constitucionalidad de la figura urbanística del urbanizador en su concreta versión original, la de la legislación valenciana”. *Documentación Administrativa*, Edit. INAP; año 2002; número 261 – 262; pág. 77. “Se está no ante el fenómeno simple de la Administración “yendo al mercado” para obtener lo que ella normalmente no tiene medios para hacer (la obra pública), sino más propiamente ante una compleja actividad (aunque incluya la realización de la obra urbanizadora) comprensiva desde luego del ejercicio de autoridad.”

³⁹ Sentencia del TJCE de 18 de enero de 2007, asunto C 220/05. Auroux y Commune de Roanne contra SEDL. En esta sentencia se discutió sobre el convenio del Ayuntamiento de Roanne (Francia) con una sociedad mercantil de capital mixto para la creación de un centro de ocio en tramos sucesivos. El Tribunal, priorizando la finalidad de la actuación, consideró que la prestación principal del contrato se constituía por la ejecución de unas obras, siendo el resto de actividades “adicionales”.

“Es cierto que, además de la ejecución de obras, el convenio confía a la SEDL tareas adicionales que, como se señala en algunas de las observaciones presentadas, son constitutivas de prestaciones de servicios. Sin embargo, en contra de lo que afirma el municipio de Roanne, de la simple inclusión en el convenio de elementos que van más allá de la mera ejecución de obras no se deriva que tal convenio quede excluido del ámbito de aplicación de la Directiva.”⁴⁰

La conclusión que alcanza el Tribunal era la solución prevista para los contratos mixtos en el antiguo TRLCAP⁴¹. Es decir, aunque a nivel europeo no se regule la figura de los contratos mixtos, la consecuencia práctica que se alcanza es la misma: en caso de existir prestaciones de dos o más tipos de contratos públicos, la prestación principal decidirá la calificación del contrato y el régimen jurídico aplicable al mismo (Art. 25 TRLCSP).

Por lo tanto, a nivel comunitario, sería de aplicación el sistema de absorción previsto en la Directiva 2004/18/CE, en el cual, la regulación a tener en cuenta es la del objeto principal del contrato.⁴²

En la normativa valenciana la ejecución de la obra es, sin duda, la prestación principal tanto a nivel económico como en cuanto al conjunto de

⁴⁰ En el mismo sentido, la STJCE de 11 de mayo de 2006, C-340/04; así como en sentido contrario, es decir excluyendo la aplicación de las Directivas Comunitarias al aplicar la teoría de la absorción y considerar la ejecución de obras públicas como la prestación accesoria, la STJCE de 19 de abril de 1994, asunto C-331/1992

⁴¹ Como posteriormente se analizará en el estudio de la normativa nacional de contratación, el TRLCSP prevé la absorción en la fase de adjudicación de los contratos.

⁴² En relación a la definición del objeto principal del contrato, la Sentencia del TJCE de 18 de enero de 2007, C-220/05, al igual que la Sentencia del TJCE de 21 de febrero 2008, asunto C-412/04, indican que el objeto principal de un contrato deberá ser determinado en función de un examen objetivo del conjunto de dicho contrato; mientras que el artículo 12 del TRLCSP aludía a la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico.

actividades que engloban las funciones del urbanizador, puesto que constituye el fin de todo proceso de desarrollo urbanístico, en el que se reflejan las decisiones adoptadas a nivel de planeamiento y de gestión.

Por ello entiendo, que el punto de vista adoptado por el Tribunal en esta Sentencia conduciría a que el contrato que une a la Administración con el urbanizador en la legislación valenciana fuese calificado como de obra pública a nivel europeo, puesto que la prestación principal de la relación es la ejecución de la urbanización (Tanto por la finalidad – TJCE -, como por la cuantía – legislación nacional).⁴³

2) Carácter oneroso del contrato

Otra de las exigencias requeridas por la normativa comunitaria para identificar la existencia de un contrato de obras públicas es su carácter oneroso.

⁴³ BAÑO LEÓN, J.M^a.: “La contratación pública en la gestión urbanística” en *Anuario de Gobierno Local, 2007. Estudios. Los retos del Derecho Urbanístico Local en el Siglo XXI*. Fundación Democracia y Gobierno Local, 2007. Págs. 154 -155 considera que la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004 es susceptible de aplicación a la gestión urbanística, siempre que el contrato lo encargue un poder adjudicador, se trate de una obra de un servicio de los contemplados en dichas directivas y superen los umbrales: “si la Administración confía a un tercero la gestión urbanística en sentido amplio estaríamos ante un contrato de servicios y si le encarga también la obra de urbanización estaríamos ante un contrato de obras, o en todo caso, ante un contrato mixto de obra y servicio al que se aplican las normas de la prestación principal”.

Según la definición recogida en el artículo 1, letra a) de la Directiva 2004/18/CE, para que exista un contrato público de obras éste debe haberse celebrado a título oneroso.⁴⁴

Puesto que la regulación comunitaria es limitada, el papel que desempeña este requisito y el resto que conforman el concepto de contrato público de obras es preponderante. Y ello porque, tal como se ha pronunciado el TJCE, en las situaciones en las que se plantea la existencia o no del contrato en el sentido de la Directiva, la apreciación de los requisitos mencionados en el citado artículo 1 debe realizarse de manera que se garantice que la eficacia de la Directiva no quede menoscabada, sobre todo cuando dichas situaciones presenten particularidades debidas a las disposiciones del Derecho nacional que le son aplicables.⁴⁵

Lo dicho significa que la comprobación de la concurrencia del carácter oneroso del contrato debe realizarse por el TJCE, en interpretación y defensa de la aplicación de las Directivas, con independencia de las particularidades que por el Derecho nacional le sean aplicables. El concepto de contrato público, a efectos de aplicación de la Directiva 2004/18/CE, es un concepto de

⁴⁴ El tema del carácter oneroso del contrato nos plantea la causa de su inclusión como una de las condiciones que deben concurrir para considerar que nos hallamos ante un contrato público de obras. De la interpretación realizada al respecto por la Jurisprudencia del TJCE entiendo que la exigencia de que la relación sea onerosa se justifica en el fin de excluir del ámbito de la Directiva a aquellas actuaciones que se realizan a título gratuito. Dicho lo cual, el carácter oneroso del contrato debiera entenderse siempre y cuando el contratista recibiese una retribución, con independencia del sujeto que la abone. Esta interpretación se confirma con el contrato de concesión de obra pública, en el que por ley, la retribución que recibe el contratista proviene de la explotación de la obra realizada.

⁴⁵ Apartado 55 de la STJCE de 12 de mayo de 2001, de la Scala.

Derecho autónomo y uniforme en toda la Unión, y por tanto, la calificación jurídica del negocio por el Derecho nacional o por las partes es irrelevante.⁴⁶

De conformidad con ello, el carácter oneroso del contrato implica que el contratista que haya celebrado un contrato público de obras reciba mediante el mismo una contraprestación.⁴⁷

En relación a la prestación que realiza el contratista, es claro que consiste en la realización de las obras que la entidad adjudicadora prevé obtener. Respecto a la contraprestación que recibe, el hecho de que sean los propietarios los que asuman los costes de urbanización y los que abonen su precio al urbanizador, no por tanto la propia Administración contratante de las obras – poder adjudicador - podría suscitar alguna duda.

Tras una evolución interpretativa del TJCE⁴⁸, la conclusión a la que se ha llegado, en relación al carácter oneroso del contrato, es que en el tema de la contraprestación lo importante no es la forma de pago sino la existencia de beneficios recíprocos para las partes. En este aspecto, el TJCE, en las

⁴⁶ Véase BAÑO LEÓN, J.Mª: “La influencia del Derecho Comunitario en la interpretación de la Ley de Contatos”, *RAP* nº 151, enero-abril 2000, págs. 11 a 36, y la referencia que realiza a la Sentencia del TJCE de 20 de septiembre de 1988, Asunto 31/87, Beentjes. Dicha Sentencia, en su apartado 39 dice así: “A este respecto, debe recordarse en primer lugar que, como ya declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia de 10 de abril de 1984 (Von Colson y Kamann, 14/83, Rec. 1984, p. 1891), la obligación de los Estados miembros, derivada de una Directiva, de alcanzar el resultado previsto por ésta, así como su deber con arreglo al artículo 5 del Tratado de adoptar todas las medidas generales o particulares necesarias para asegurar el cumplimiento de esta obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros incluidas, en el ámbito de su competencia, las autoridades judiciales. De ello se deriva que al aplicar el Derecho nacional, y en particular las disposiciones de una ley nacional dictada precisamente para dar ejecución a una Directiva, el órgano jurisdiccional nacional está obligado a interpretar su Derecho nacional a la luz del texto y de la finalidad de la Directiva para lograr el resultado previsto en el apartado 3 del artículo 189 del Tratado.”

⁴⁷ Véase en este sentido las Sentencias de 25 de marzo de 2010, Helmut Müller C-451/08, apartado 48; Sentencia de 18 de enero de 2007, Auroux y otros, C-220/05, apartado 45 y Sentencia 12 de julio de 2001, Scala, C-399/98, apartado 77)

⁴⁸ Posteriormente será analizada dicha evolución interpretativa en el apartado siguiente.

Sentencias de 18 de enero de 2007, asunto Auroux C-220, apartados 45 y 57, y de 25 de marzo de 2010, Asunto Müller, consideró la existencia de contraprestación y por ende, de onerosidad en el contrato, cuando se dispone que el poder adjudicador asumirá la propiedad de las obras objeto del contrato, y el contratista, un beneficio en contrapartida.

En este sentido, el TJCE en el Asunto Müller entendió que el carácter oneroso del contrato implica que el poder adjudicador que haya celebrado el contrato público reciba mediante el mismo una prestación a cambio de una contraprestación.⁴⁹

El poder adjudicador recibe la urbanización ejecutada, así como el suelo destinado a dotaciones y a Patrimonio Municipal. El hecho de que esto se configure como un beneficio para la Administración lo comprobamos por lo siguiente:

- En primer lugar, la propia Directiva Comunitaria 2004/18/CE así lo contempla, puesto que en su artículo 1.3 considera la concesión de obra pública como un contrato; y ello significa que la entiende onerosa. La contraprestación que recibe la Administración tanto en la concesión como en el supuesto del urbanizador es la misma: unas obras de

⁴⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de 25 de marzo 2010, Asunto C-451/08:

“(48) El carácter oneroso del contrato implica que el poder adjudicador que haya celebrado un contrato público de obras reciba mediante el mismo una prestación a cambio de una contraprestación. Esta prestación consiste en la realización de las obras que la entidad adjudicadora prevé obtener (véanse las sentencias de 12 de julio de 2001, Ordine degli Architetti y otros, C-399/98, Rec. p. I-5409, apartado 77, y de 18 de enero de 2007, Auroux y otros, C-220/05, Rec. p. I - 385, apartado 45).

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

(50) Este beneficio económico está claramente acreditado cuando se dispone que el poder adjudicador asumirá la propiedad de las obras objeto del contrato.”

urbanización ejecutadas. La especialidad del contrato de concesión de obras públicas reside en la forma en el que el concesionario obtiene el beneficio; por lo que el hecho de que la Administración reciba un beneficio parece incuestionable.

- En segundo lugar, cuando es la propia Administración quien ejecuta las obras de urbanización por gestión directa no existe duda alguna de que nos hallamos ante un contrato de obras y de que existe una reciprocidad. Tanto en la gestión directa como en la indirecta, la Administración y el urbanizador reciben, objetivamente hablando, la misma contraprestación.

La concepción funcional y finalista en la definición del contrato, que el TJCE ha adoptado en sus pronunciamientos, conduce a una interpretación amplia, en la que se admita el carácter oneroso del contrato en atención a los resultados. Es decir, para este órgano, el contrato es oneroso si tanto el poder adjudicador como el contratista obtienen finalmente un beneficio, como ocurre en los asuntos C-220/05 y C-451/08.

Arimany Lamoglia afirma que “el concepto de onerosidad debe interpretarse ampliamente. Este concepto abarca no sólo las contraprestaciones monetarias, sino también todo tipo de obligación asumida por el poder adjudicador como contrapartida a la ejecución de las obras, como, por ejemplo, el compromiso de aportar determinadas cantidades para la financiación del proyecto o para la cobertura de posibles riesgos en su ejecución..”⁵⁰

⁵⁰ ARIMANY LAMOGLIA, E. en “La apertura al mercado de los encargos de ejecución de obras de urbanización conferidos directamente a sociedades del sector público”. *REDA* Núm. 133, 2007, págs 65-88.

En mi opinión, a nivel comunitario, el carácter oneroso de un contrato debe entenderse en un sentido abierto, tal como lo ha considerado la Jurisprudencia del TJCE, abarcando la existencia de cualquier tipo de contraprestación o ventaja; puesto que la finalidad de las Directivas Comunitarias es evitar privilegios entre contratistas, la discriminación, promover la libre competencia; y por ello, la relación del urbanizador con el poder adjudicador-administración debe ser calificada como onerosa.

Una interpretación en sentido contrario atentaría contra las propias Directivas. Si, tal como se ha comentado anteriormente, la apreciación del carácter oneroso del contrato debe realizarse de manera que garantice la eficacia de la Directiva, entender que un simple contrato público de obras de urbanización entra dentro del ámbito del Ordenamiento Comunitario y la relación del urbanizador-poder adjudicador no, atenta directamente contra dicha posición jurisprudencial y también contra la finalidad de la Directiva.

Así también la entiende Gimeno Feliu que, con base en otro razonamiento, considera que la contraprestación que recibe el urbanizador se efectúa por decisión pública del poder adjudicador. El urbanizador es elegido en un proceso de selección por la Administración – poder adjudicador -, y recibe de los propietarios el pago de unas cuotas de urbanización a las que se encuentran obligados por la ejecución de una actividad pública como es el planeamiento.⁵¹ Por ello, el hecho de que los propietarios realicen el pago

⁵¹GIMENO FELIU, J. M^a : “Actividad Urbanística y contratos públicos: la lógica de la publicidad y concurrencia en las infraestructuras públicas”. *Revista Aragonesa de Administración Pública* núm. IX, 2007 pág. 165: “Pues bien, esa onerosidad se manifiesta en el dato de que la Administración urbanística 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. En caso de que la Administración no hiciera uso de la previsión anterior el carácter oneroso de este contrato ha de provenir de la decisión de adjudicación del Programa por parte del Ayuntamiento, ya que la ejecución de las Actuaciones Integrada es siempre pública y la Administración decide si la gestión de dichas actuaciones es directa o indirecta. Dicha decisión (...) permite que el urbanizador sea

directamente al urbanizador no debe hacernos olvidar que dicha deuda tiene su origen en una actuación administrativa, como es la decisión de adjudicar el Programa, la cual permite al urbanizador ser retribuido a través de la aprobación de las cargas y cuotas de urbanización.⁵² Es más, es la Administración quien debe aprobar la gestión y el cobro de las cuotas de urbanización; y en el caso de un impago quien actuará contra el propietario, por lo que se confirma la contraprestación indirecta. Si el urbanizador no recibe el pago de los propietarios, y por dicho motivo debe paralizar las obras de urbanización, el perjudicado finalmente es el poder adjudicador; por lo que es clara la contraprestación que recibe la Administración en este caso.⁵³

retribuido a través de la aprobación de las cargas y cuotas de urbanización que han de ser pagadas por los propietarios.”

⁵² ESCRIVÁ CHORDÁ, R.: “La figura del urbanizador”. *Cuadernos de Urbanismo*. Editorial Montecorvo, 2003, pág. 58 comenta que en el supuesto español, la retribución del urbanizador se hace con fondos de derecho público aportados por un propietario “que ha adquirido previamente una deuda con la Administración, desde el momento en que ésta ha aprobado la programación del ámbito de territorio donde se halla encuadrada su propiedad.”

⁵³ Éste es uno de los argumentos esgrimidos por la Comisión Europea en el asunto C-306/08 (LUV), para confirmar la onerosidad del contrato entre la Administración y el urbanizador regulado por la LUV. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 26 de mayo de 2011, Comisión contra Reino de España, dice así:

“72 Según la Comisión, el carácter oneroso del contrato se expresa en la decisión de la Administración de aprobar el PAI y de seleccionar al urbanizador, así como en el ejercicio de sus prerrogativas públicas para garantizar el respeto de las disposiciones del PAI aprobado.

73 La Comisión añade que, cuando la Administración decide gestionar directamente el PAI, debe realizar ella misma los proyectos y desembolsar las cantidades necesarias para las obras. En este caso, incurre en unos gastos que repercute después sobre los propietarios, de forma que cuando opta por la gestión indirecta la Administración no desembolsa nada, pero tampoco percibe nada. Llega a la conclusión de que, cuando opta por la gestión indirecta, la Administración deja de ingresar completamente ciertas cantidades, sin que el hecho de que no corra ya con determinados gastos atenúe en absoluto esta afirmación.”

No obstante, tal posición se apoya en los argumentos utilizados por el TJCE en la Sentencia de la Scala, cuyo supuesto de hecho trataba un supuesto diferente al que nos ocupa al no tratarse de un contrato.

No obstante, a mi entender, el hecho de que la Administración Pública reciba un beneficio no es el problema del carácter oneroso del contrato. Los argumentos relativos a la contraprestación que recibe la Administración fueron puestos de manifiesto por el TJCE en la Sentencia de la Scala con el fin de justificar la existencia de un contrato, que como tal no se daba en aquella situación. Por tanto, traerlos a colación en situaciones totalmente diferentes no confirma ni deja de confirmar la onerosidad o no de la relación.

La cuestión radica en si es compatible con el carácter oneroso del contrato el hecho de que el beneficio que percibe el contratista se obtenga de un tercer sujeto ajeno a la relación, como es el propietario. Opino, como he anticipado anteriormente, que el fin de las Directivas Comunitarias de lograr la igualdad, una libre circulación, la concurrencia y la no discriminación en la contratación, justifica tal situación, entendiéndolo por ello que el carácter oneroso del contrato existe cuando el contratista recibe una contraprestación cuyo origen sea la suscripción de un contrato, y el cumplimiento de su objeto. Es decir, entiendo que el carácter oneroso del contrato debe responder a una interpretación abierta del concepto; basándome, además de lo dicho, en el hecho, como se ha comentado anteriormente, de que las Directivas Comunitarias consideran que el contrato de concesión de obras públicas es oneroso. La justificación de que tal contrato se encuentre regulado, y la del agente urbanizador no, simplemente responde a que el legislador comunitario no previó la existencia de tal figura; no obstante, los principios a conseguir son los mismos, por lo que si uno se considera oneroso, el otro debería serlo necesariamente.

En conclusión, y por las razones expuestas, el carácter oneroso de un contrato debe entenderse en un sentido extenso, abarcando la existencia de cualquier tipo de contraprestación o ventaja con independencia del sujeto del

que provenga. Por ello, la relación entre la Administración y el urbanizador debe ser considerada onerosa.⁵⁴

3) El poder adjudicador

De lo dicho hasta ahora, la relación entre la Administración y el urbanizador regulada en la LUV coincidiría con el contrato de obras regulado en la Directiva 2004/18/CE, en el que se exige para su existencia que se celebre entre un contratista y un poder adjudicador.

En relación a este requisito, la identidad de sujetos es plena: por un lado la Administración y por otro un contratista, que coincide con el urbanizador de la normativa urbanística valenciana. La Administración Pública contrata voluntariamente, eligiendo al contratista libremente, aunque sometido a unas reglas; mientras que la cualidad de urbanizador puede recaer en todas las personas, naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, sean o no propietarias de terrenos afectados y reúnan las condiciones de solvencia económica y financiera, técnica y profesional exigibles en cada caso.

⁵⁴ STJCE 18 de enero de 2007, asunto C-220/05 y conclusiones del Abogado General Sra. Juliane Kokott en el mismo asunto: “De acuerdo con los objetivos perseguidos por la Directiva 93/37, a saber, abrir los mercados para los contratos públicos de obras y contribuir a la realización de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios en este sector, el concepto de onerosidad debe interpretarse ampliamente. Este concepto abarca no sólo las contraprestaciones monetarias, sino también todo tipo de obligación asumida por el poder adjudicador como contrapartida a la ejecución de las obras, como, por ejemplo, el compromiso de aportar determinadas cantidades para la financiación del proyecto o para la cobertura de posibles riesgos en su ejecución.”

Es decir, los términos contratista y urbanizador se ajustan a nuestro sistema, puesto que la Directiva Comunitaria únicamente requiere que en ellos se dé una obligación de presentar garantías suficientes ante la Administración.

Además, este supuesto estaría legitimado por el Derecho Comunitario, ya que la Directiva 2004/18 no exige que la persona que celebra un contrato con una entidad adjudicadora sea capaz de realizar la prestación directamente con sus propios medios. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de Luxemburgo en varias ocasiones, como en la Sentencia de 25 de marzo 2010, asunto C-451/08, apartados 59 a 63, en los que se declara que carece de relevancia que el adjudicatario ejecute las obras con medios propios o recurriendo a subcontratistas, constituyendo su obligación ejecutar **directa o indirectamente** de las obras⁵⁵.

⁵⁵ Sentencia TJCE de 25 de marzo 2010, Asunto C-451/08, Müller:

“59 Mediante sus cuestiones tercera y cuarta, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el concepto de «contrato público de obras», en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18, exige que el adjudicatario asuma, directa o indirectamente, la obligación de realizar las obras objeto del contrato y que se trate de una obligación exigible judicialmente.

60 Como se ha recordado en los apartados 45 y 47 de la presente sentencia, el artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18 define los contratos públicos como contratos onerosos. Este concepto descansa en la idea de que el adjudicatario se compromete a realizar la prestación objeto del contrato a cambio de una contrapartida. Al celebrar un contrato público de obras, el adjudicatario se obliga, pues, a ejecutar, o hacer ejecutar, las obras que constituyen su objeto.

61 Carece de relevancia que el adjudicatario ejecute las obras con medios propios o recurriendo a subcontratistas (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Ordine degli Architetti y otros, apartado 90, y Auroux y otros, apartado 44).

62 Al ser las obligaciones dimanantes del contrato jurídicamente vinculantes, su ejecución debe ser exigible judicialmente. En ausencia de normativa propia del Derecho de la Unión, y de conformidad con el principio de autonomía procedimental, se dejan al Derecho interno las modalidades de ejecución de dichas obligaciones.

63 En consecuencia, procede responder a las cuestiones tercera y cuarta que el concepto de «contrato público de obras», en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18, requiere que el adjudicatario asuma, directa o indirectamente, la obligación de realizar las obras objeto del contrato y que se trate de una obligación exigible judicialmente de conformidad con las modalidades previstas por el Derecho interno.”

Estaríamos por lo tanto ante un contrato, cuya obligación principal constituye la ejecución de una obra pública, de la que resultaría aplicable su regulación normativa; y en el que la cualidad de urbanizador pudiera recaer en cualquier persona física o jurídica que ofreciese una garantía de cumplimiento, dando entrada por ello a los propietarios de los terrenos que van a ser objeto de la transformación.

IV.3.1.b La Sentencia del TJCE de 26 de mayo de 2011, sobre la LUV. Evolución interpretativa del TJCE en relación al contrato público de obras

La cuestión planteada, además de no ser gratuita, confirma que el tema de la naturaleza jurídica del urbanizador sigue estando pendiente en la vigente Ley Urbanística Valenciana.

En este mismo sentido lo entendió la Comisión Europea, que el 12 de octubre de 2006 dirigió al Reino de España un dictamen, complementario a otro anterior referido a la LRAU⁵⁶, en el que manifestaba que la adjudicación de los PAIs con arreglo a la LUV constituía una infracción de la Directiva 2004/18 y de ciertos principios generales del Derecho Comunitario derivados del Tratado de la CE.

Pese al citado dictamen, la LUV se mantuvo en sus términos, y por ello la Comisión Europea decidió interponer un recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia, con el fin de que éste declarase que la adjudicación de los

⁵⁶ Con anterioridad al dictamen complementario, la Comisión había redactado otro dictamen, esta vez el 15 de diciembre de 2005, en el que exigía al Reino de España la adopción de las medidas necesarias para garantizar que la LRAU cumpliera lo dispuesto en la Directiva 93/37.

PAIs, con arreglo a la LUV infringía la Directiva Comunitaria relativa al contrato de obras. Dicho recurso se interpuso por demanda de 9 de julio de 2008, dando lugar al Asunto C-306/08.

En las conclusiones que el Abogado General Jääskinen realizó, presentadas el 16 de septiembre de 2010, éste manifestó que el sistema para seleccionar una alternativa de desarrollo urbanístico y al propio urbanizador era discriminatorio debido a la posición privilegiada del particular que inicia el procedimiento en comparación con los licitadores posteriores.

Ciertamente, como se ha comentado en otros momentos del presente estudio, comparto la opinión de este Abogado General, por cuanto es evidente que el aspirante a urbanizador que haya presentado una propuesta y solicitado la iniciativa del Programa posee una ventaja respecto al resto de licitadores. Por ello, *lege ferenda*, la iniciativa del Programa debería ser siempre y exclusivamente de la Administración. Ello sería acorde con el principio de no discriminación, objetivo de las Directivas Comunitarias en contratación pública.

Por otra parte, también se planteó si la relación entre la Administración y el urbanizador de la LUV posee carácter oneroso.⁵⁷

Al parecer del Abogado General, la exigencia del carácter oneroso implica que la entidad adjudicadora tiene que hacer uso de sus propios fondos, bien directamente, recurriendo a fondos públicos para pagar las obras o los servicios en cuestión, o bien indirectamente, sufriendo un perjuicio económico como consecuencia del método de financiación de las obras. Esta posición

⁵⁷ El Abogado General, en relación al tema de la onerosidad comenta en el apartado 86 de las conclusiones que a su juicio “para que exista contrato oneroso es necesario que el poder adjudicador soporte el perjuicio económico, bien positivamente, en forma de una obligación de pago frente al operador económico, o bien negativamente, como una pérdida de ingresos o de recursos que en otro caso se percibirían.”

adopta un concepto bastante estricto (y equivocado) sobre la onerosidad, similar al aplicado por el TJCE en la Sentencia de la Scala. Estricto porque únicamente considera la relación como un sinalagma entre dos sujetos. Equivocado, porque si la relación descansa en un *tanto por cuanto* no es onerosa.

En el caso de la LUV, considera que tal requisito no se da, y por ello no hay contrato de obras; llegando a la conclusión de que, no pudiéndose identificar la figura del urbanizador con la del concesionario de obra pública por faltar la característica esencial de la concesión, cual es que la obra ejecutada sea susceptible de explotación económica.⁵⁸, las Directivas Comunitarias no le son de aplicación.

En estas circunstancias se dicta la Sentencia de 26 de mayo de 2011.

En la Sentencia, se pone de manifiesto la discrepancia entre la Comisión, que considera que la relación del urbanizador con la Administración es la de un contrato de obras públicas, y la opinión del Reino de España, que lo considera un contrato de concesión de servicio público, excluido por tanto del ámbito de

⁵⁸ Apartado 94 de las conclusiones del Abogado General: "94. En el PAI todas las obras públicas definidas en el contrato (es decir, la construcción de viales y aceras, plazas de aparcamiento, señales de tráfico, redes de distribución de gas, agua y electricidad, la eliminación de aguas residuales, y la construcción de zonas verdes, que incluyan parques y árboles) se convierten en propiedad de la entidad adjudicadora una vez terminadas. Podrán usarse de manera gratuita (calles, parques, edificios públicos) o por el precio establecido por el poder adjudicador o por el ente al que se haya atribuido la gestión y el mantenimiento de las estructuras. Los urbanizadores no reciben el derecho a explotar estas obras públicas porque no tienen en estos casos la posibilidad de recobrar de los usuarios de tales obras los costes de estas. En lugar de eso el urbanizador recibe una retribución de los propietarios de terreno, en dinero en metálico o en forma de suelo. Ahora bien, no se puede considerar explotación de las obras públicas el hecho de recibir terrenos, porque las obras públicas definidas en un PAI consisten en la construcción de infraestructuras y de las conexiones necesarias a las redes existentes. Esos terrenos son de propiedad del urbanizador. Por supuesto que puede explotarlos, pero lo hará en su condición de propietario y no en calidad de concesionario."

aplicación de las Directivas Comunitarias.⁵⁹ Todo ello teniendo en cuenta que la normativa valenciana lo califica como contrato especial.

Ante dichos argumentos, el TJCE decide que no se ha demostrado que la relación regulada en la LUV sea un contrato de obras, basándose, principalmente en el hecho de que la Comisión no ha probado que la prestación principal de la misma sea la ejecución de las obras: “95 (...) la Comisión no intentó apoyar sus propias alegaciones ni refutar las del Estado miembro demandado mediante un examen profundo de dichos elementos,⁶⁰ y por ello excluye la LUV del ámbito de aplicación de la normativa comunitaria de contratación.

⁵⁹ En los argumentos realizados por el Reino de España que recoge la Sentencia encontramos:

“76 El Reino de España sostiene, por su parte, que la relación existente entre la Administración y el urbanizador, habida cuenta de la forma de retribución de éste, no constituye un contrato público de obras, sino una concesión de servicio público que no está comprendida en el ámbito de aplicación de las Directivas 93/37 y 2004/18 y que, por consiguiente, la adjudicación de los PAI está sujeta a los principios del Derecho primario de la Unión.

77 Según dicho Estado miembro, la Comisión confunde el PAI y el proyecto de obras de urbanización, siendo así que la ejecución de las obras públicas no constituye el objetivo exclusivo, ni siquiera fundamental, del PAI. La aprobación del PAI, mediante la adjudicación, implica también la financiación y la gestión de la reparcelación, así como la contratación de las obras de urbanización.”

⁶⁰ Apartado 96 de la Sentencia “96 No se ha demostrado en absoluto que las obras de conexión e integración de los terrenos con las redes de infraestructuras, energía, comunicaciones y servicios públicos existentes constituyan el objeto principal del contrato celebrado entre la entidad territorial y el urbanizador en el marco de un PAI en gestión indirecta. La ejecución del PAI por el urbanizador comprende, como resulta concretamente de los apartados 21 y 23 de la presente sentencia, actividades que no pueden calificarse de «obras» en el sentido de las Directivas invocadas por la Comisión en su escrito de demanda, a saber, la elaboración del plan de desarrollo; la propuesta y la gestión del correspondiente proyecto de reparcelación; la obtención gratuita en favor de la Administración de los suelos dotacionales públicos y con destino al patrimonio público de suelo de la entidad territorial; la gestión de la transformación jurídica de los terrenos afectados y la realización del reparto equitativo de las cargas y beneficios entre los interesados, así como las operaciones de financiación y de garantía del coste de las inversiones, obras, instalaciones y compensaciones necesarias para la ejecución del PAI.”

En mi opinión, creo que la citada Sentencia demuestra una escasez de estudio del supuesto; motivado, a mi entender, bien en la falta de interés que el tema urbanístico suscita en la actual situación de crisis económica en la que nos encontramos, o bien en una intención de dar un giro a su posición jurisprudencial. No obstante, la concurrencia de dichas circunstancias, si éstas fueran realmente las detonantes del pronunciamiento, no deberían dirigir la decisión de un Tribunal cuya función es aplicar el Derecho. No se ha querido entrar a valorar el supuesto y ello ha dejado la cuestión paralizada, por lo que deberemos esperar un cambio de circunstancias para su reanudación.

1) Desconocimiento del supuesto

En relación a la falta de estudio del supuesto valenciano, tal como se ha pronunciado en alguna ocasión el propio TJCE, cuando un contrato contiene a un tiempo elementos propios de un contrato público de obras y elementos propios de algún otro tipo de contrato, ha de estarse al objeto principal para determinar qué regulación es de aplicación. Dicho objeto principal debe determinarse “en el marco de un examen objetivo del conjunto de dicho contrato. Esta determinación debe llevarse a cabo a la luz de las obligaciones esenciales que prevalecen y que, como tales caracterizan dicho contrato por oposición a aquellas otras que sólo tienen carácter accesorio o complementario y que son impuestas por el propio objeto del contrato.”⁶¹

Sea cual fuere la razón, no se ha realizado un adecuado análisis de la norma, puesto que considero que la ejecución de las obras de urbanización constituye la prestación principal de las obligaciones que asume el urbanizador.

⁶¹ STCE de 21 de febrero de 2008, Asunto C-412/04.

Este carácter principal se encuentra en diferentes aspectos:

- El desarrollo de un suelo, y todo el urbanismo en sí, tiene como finalidad la urbanización de los terrenos; es decir, estamos ante un contrato de resultado, y por ello, el fin del contrato entre la Administración y el urbanizador es la ejecución de las obras públicas que alcancen tal cometido.
- De todas las prestaciones que debe realizar el urbanizador, la única imprescindible es la ejecución de las obras de urbanización. Ejemplo de ello lo encontramos en que puede no ser necesaria la redacción de los documentos de planeamiento al estar éste anteriormente definido, por ejemplo en el plan general o en otro instrumento que haya redactado el propio Ayuntamiento, por ejemplo, si es urbanizable en el plan parcial; o que puede tratarse de una zona que ya está consolidada o semiconsolidada por la edificación y no ser necesario un proyecto de reparcelación, etc.; por ello, de las obligaciones que asume el urbanizador, la que siempre debe existir es la ejecución de las obras. Si estas obras no son necesarias, tampoco es necesario un proyecto de urbanización, y por ende, en el caso que nos ocupa, tampoco un programa de actuación integrada, ni por supuesto el urbanizador.
- Por último, económicamente hablando, el presupuesto de la ejecución de las obras es significativamente superior a la de cualquier otra prestación que deba realizar el urbanizador.

Todo ello conduce a pensar que en la relación entre el urbanizador y la Administración, la prestación principal es la de la ejecución de las obras y por ello, de conformidad con la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CE, debería haber sido ser calificado de contrato público de obras.

Por otra parte, la relación no puede ser calificada de contrato de servicios porque el urbanizador también es responsable de la obra, junto con el empresario constructor. Asimismo, el urbanizador responderá ante la Administración de los defectos de construcción durante el periodo de garantía. Por todo ello, no puede desentenderse de la misma porque es garante de su ejecución, y además en caso de aplicación de las excepciones licitatorias del artículo 120 LUV, el propio urbanizador será el ejecutor de la obra, dicho lo cual, el objeto de la relación entre la Administración y el urbanizador no puede ser la de un contrato de servicios.

Además, ya se ha comentado que entre el urbanizador y el concesionario de un servicio público – argumentación que proponía el Reino de España - no existe identidad, principalmente por la falta de explotación de, en este caso, servicio. Si, tal como defiende la parte demandada ante Europa, la prestación principal de la relación Administración-urbanizador está constituida por el conjunto de funciones que realiza el urbanizador, dejando a un lado la ejecución de las obras, dichas funciones deberían ser, además de continuas - que no lo son-, susceptibles de ser explotadas, y ello no ocurre en el supuesto en el que nos hallamos. Desde tal punto de vista estaríamos ante un contrato de actividad y ello no es acorde con las funciones que asume el urbanizador. Por otra parte, el destinatario del servicio público es el usuario y no la Administración Pública, receptora final de las obras.

Por todo lo cual considero que la decisión del TJCE, justificada en una falta de demostración de la existencia de un contrato de obras, no ha sido acertada, habiéndose dejado perder una oportunidad única para zanjar el tema de la naturaleza jurídica del urbanizador.

2) Evolución de la Jurisprudencia Comunitaria

En segundo lugar, como se ha comentado anteriormente, la posición adoptada por el TJCE en la Sentencia de 26 de mayo de 2011 parece responder a una voluntad de modificar la línea argumental seguida por este órgano en relación al tema del ámbito de aplicación de las Directivas Comunitarias en materia de contratación pública.⁶²

Por este hecho se procede a realizar un análisis de los pronunciamientos más significativos adoptados por el Tribunal de Justicia de la CE en materia de contratos de obras, con incidencia especial en urbanismo, con el fin de mostrar la línea argumental que ha seguido hasta el dictado de la Sentencia de la LUV.

El estudio que se realice complementará la noción de contrato de obras públicas a nivel de normativa comunitaria, teniendo en cuenta además, que el Derecho Comunitario es obligatorio y directamente aplicable⁶³.

Consideremos los tres elementos básicos que conforman el contrato público de obras a nivel europeo:

a) *Objeto del contrato*

⁶² La evolución de la Jurisprudencia Comunitaria da a entender que el Tribunal no se ha atrevido a pronunciarse acerca de un cambio en el concepto de carácter oneroso del contrato, ni se ha atrevido a manifestarse acerca de la necesidad de una Directiva Comunitaria sobre urbanismo.

⁶³ Son muchos los pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales realizados al respecto sobre la eficacia directa de los mandatos establecidos en las Directivas Comunitarias siempre y cuando sean incondicionales y suficientemente claras. En este sentido destacan las Sentencias del TJCE de 4 de abril de 1974, Asunto 167/73; 5 de abril de 1979, Asunto 148/78, Ratti; 19 de noviembre de 1991, Asuntos 6/90 y 9/90, Francovich y Bonifaci; 24 de septiembre de 1998, asunto C-76/97, Tögel o el Informe 57/2005 de 19 de diciembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que sostiene la eficacia directa de los extremos concretos y particulares de la Directiva 2004/18 en los que no existen dudas de su aplicación.

Respecto a la doctrina, véase GUY ISAAC, *Manual de Derecho Comunitario General*. Ariel, Barcelona, 1997, págs. 195 y ss. sobre el efecto directo, y en particular, sobre las Directivas en las págs. 202 y ss.; MANGAS MARTIN, A y LINÁN CONTRERAS, D.: *Principios Generales del Derecho Administrativo*, McGraw Hill, 1996, págs. 394 y ss.

- Se considera la existencia de un contrato público de obras cuando sus características funcionales sean aptas para satisfacer las exigencias de urbanización que van más allá de la simple vivienda habitual; y cuando la Administración competente tenga el control de las mismas mediante un título jurídico que le asegure su disfrute por todos los usuarios de la zona.⁶⁴ (Sentencia Scala 12 de julio 2001)
- La existencia de una obra debe apreciarse a la luz de la función económica o técnica del resultado de la misma.(Sentencia de 18 de enero de 2007, Auroux y Commune de Roanne contra SEDL, Asunto C-220/05)⁶⁵
- Si en el contrato se incluyen obligaciones que van más allá de la mera ejecución de obras, se sigue estando ante un contrato de obras. Si tales prestaciones constituyen el objeto de otro contrato, diferente al de obras, se estará a la prestación principal (Sentencia Roanne).⁶⁶

⁶⁴ Apartado 67 de la Sentencia de la Scala: “A este respecto, como indica el órgano jurisdiccional de remisión, las obras de urbanización mencionadas en el artículo 4 de la Ley núm. 847/1964 pueden ser perfectamente calificadas de obras públicas debido, por una parte, a sus características funcionales aptas para satisfacer las exigencias de urbanización que van más allá de la simple vivienda individual y, por otra parte, a que la Administración competente tiene el control de tales obras mientras disponga de un título jurídico que le asegure su disponibilidad con el fin de garantizar su disfrute por todos los usuarios de la zona”

⁶⁵ El apartado 41 de la Sentencia Auroux-Roanne se expresa del siguiente modo: “Del artículo 1, letra C) de la Directiva se desprende que la existencia de una obra debe apreciarse a la luz de la función económica o técnica del resultado de las obras efectuadas (véase la sentencia de 27 de octubre de 2005, Comisión/Italia, C-187/04 y C-188/04).

⁶⁶ El apartado 37 de la Sentencia Auroux-Roanne dice así: “Como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando un contrato contiene a un tiempo elementos propios de un contrato público de obras y elementos propios de algún otro tipo de contrato público, ha de estarse al objeto principal del contrato para determinar qué directiva comunitaria de contratación pública debe en principio aplicarse.”

Es decir, el TJCE, intérprete del Derecho Comunitario⁶⁷, ha confeccionado la noción del contrato de obras desde un punto de vista funcional, que atiende al resultado de la actuación. En suma, si el producto final es una obra de urbanización, ésta encaja en el concepto de obra pública, y por ello, el contrato debe ser calificado como tal.

No obstante, este concepto funcional fue criticado en las conclusiones del Abogado General, Sr. Mengozzi,⁶⁸ en el asunto C-451/08, Müller, el cual demandó la existencia de un “vínculo directo” que determinase la aplicación de la normativa comunitaria. En relación a este vínculo, el citado Abogado General consideró que son tres los supuestos que indican su existencia: cuando la Administración obtiene la propiedad del bien que se va a realizar o dicho bien supone una ventaja económica directa para ella; cuando la Administración utiliza recursos públicos para la realización de los trabajos y/o obras; y por último, cuando tales obras son el resultado de una iniciativa de la propia Administración Pública.⁶⁹

Este planteamiento fue acogido por el Tribunal a la hora de decidir su fallo, que, en aplicación del artículo 1, apartado 2, letra b) de la Directiva 2004/18, relativo a que los contratos de obras deben tener por objeto la realización de una obra *que responda a las necesidades especificadas por el*

⁶⁷ La importancia de la jurisprudencia comunitaria se ve reflejada en la Exposición de Motivos de la Directiva 2004/18/CE, que dice así: “la presente Directiva está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación, que clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados...”

⁶⁸ Sin tratar de sacar del contexto sus argumentos, el Abogado General Sr. Mengozzi llegó a declarar que una lectura exclusivamente funcional de la Directiva podría llevar a considerar que todo aumento de valor de un bien inmueble, derivado de una actividad de los poderes públicos, debería estar sujeto a la misma. Obviamente, tal expresión es una llamada de atención al Tribunal con el fin de que éste no se extralimitase en sus funciones, dado que en el caso enjuiciado no había “obra”, y se trataba de una cuestión prejudicial.

⁶⁹. Apartados 55 a 60 de la Sentencia de 25 de marzo de 2010, Müller.

poder adjudicador, declaró que es necesario para la existencia de este tipo de contratos que haya habido una adopción de medidas tendentes a definir las características de la obras, o al menos un ejercicio de influencia determinante en su proyecto por parte de la Administración.⁷⁰

Por tanto, parece darse un cambio en la concepción finalista de la noción de contrato de obras, puesto que además de la existencia de una obra final se van a considerar otros criterios, como la existencia de determinada posición (*necesidades específicas*), por parte de la Administración (en este punto debe tenerse que el TJCE estaba condicionado por el supuesto de hecho).

b) *Poder adjudicador*⁷¹

- Para que un organismo pueda ser considerado de Derecho Público, deben concurrir en él, acumulativamente tres circunstancias: i) que haya sido creado para satisfacer necesidades de interés general y no tengan carácter industrial o mercantil; ii) que esté dotado de personalidad jurídica, iii) y que su actividad dependa del Estado, un

⁷⁰ Apartados 66 a 69 de Sentencia Müller, de 25 de marzo de 2010:

“66 Pues bien, en la tercera modalidad enunciada en el artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18, se establece que los contratos públicos de obras tienen por objeto la realización de una «obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador».

67 Para que se pueda admitir que el poder adjudicador ha especificado sus necesidades en el sentido de dicha disposición, es preciso que este último haya adoptado medidas tendentes a definir las características de la obra o, cuando menos, a ejercer una influencia determinante en su proyecto.

68 El mero hecho de que un poder público, en el ejercicio de sus competencias en materia de normativa urbanística, estudie algunos planes de construcción que le hayan sido presentados o adopte una decisión en el ejercicio de competencias en esta materia no cumple con la exigencia relativa a las «necesidades especificadas por el poder adjudicador», en el sentido de dicha disposición.”

⁷¹ En este apartado, trata de realizarse un apunte sobre los pronunciamientos más característicos del TJCE en relación al poder adjudicador. Posteriormente, en el Capítulo dedicado a las relaciones del urbanizador con el empresario constructor se analizará con más detenimiento su contenido.

ente territorial u otro organismo de Derecho Público.⁷² (Sentencia de 15 de enero de 1998, Mannesmann, asunto C-44/1996; en el mismo sentido, y aunque no referido al contrato de obras, la Sentencia de 10 de noviembre de 1998, conocida como BFI Holding, Asunto C-360/96 sobre contratos públicos de servicios; y la Sentencia de 17 de diciembre de 1998, Comisión contra Irlanda, Asunto C-353/96, sobre contratos públicos de suministro).

Respecto a las necesidades de interés general, que no tengan carácter industrial o mercantil, la Sentencia de 27 de febrero de 2003, Adolf Truley, asunto C-373/00, considera como tales “aquellas necesidades que, por una parte, no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado y que, por otra, por razones de interés general, el Estado decide satisfacerlas por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante.” (Véase la sentencia antes citada Agorà y Excelsior, apartado 37)⁷³

La Sentencia BFI Holding desarrolla un poco más este concepto y considera el interés general que debe satisfacer el poder adjudicador desde una perspectiva objetiva. Declara que el no tener carácter industrial o mercantil es un criterio que trata de precisar el concepto de necesidades de interés general en el sentido de la Directiva; por ello entiende que si el legislador hubiera estimado que todas las necesidades de interés general no tuviesen carácter industrial o mercantil, lo habría precisado. Por todo ello, llega a la

⁷² En relación a las características que definen poder adjudicador, el TJCE se expresa del siguiente modo: “20 A este respecto, es preciso observar que, según el párrafo segundo de la letra b) del artículo 1 de la Directiva 93/37, un organismo de Derecho público es cualquier organismo creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotado de personalidad jurídica, y cuya actividad depende estrechamente del Estado, de los entes territoriales o de otros organismos de Derecho público.”

⁷³ Apartado 50 de la Sentencia de 27 de febrero de 2003, Adolf Truley. Asunto C-373/00.

conclusión que el legislador distingue entre, por una parte, necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil y, por otra, necesidades de interés general que tienen carácter industrial o mercantil.⁷⁴

Del concepto funcional de organismo público que realiza la citada Sentencia BFI Holding, Baño León afirma que se alcanzan dos conclusiones: “puede haber necesidades de interés general que sean de naturaleza mercantil y pueden eventualmente ser satisfechas por empresas privadas sin que ello excluya al organismo de su sujeción a las Directivas.”⁷⁵ Es decir, la Directiva excluye de su ámbito aquellas actividades que gozan de naturaleza mercantil. Lo que la Sentencia BFI viene a decir es que aunque una necesidad de interés general puede ser satisfecha en el mercado por empresas privadas, eso no la convierte sin más en mercantil ni la excluye de la Directiva.

- No es necesario que el poder adjudicador se dedique en exclusiva a la satisfacción del interés general.⁷⁶

⁷⁴ Apartados 31 y ss. de la Sentencia de 10 de noviembre de 1998, Asunto C-360/96. BFI Holding.

⁷⁵ BAÑO LEÓN, J.M^a.: “La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”. *RAP* núm. 151, enero-abril 2000; pág. 30.

⁷⁶ Varios son los pronunciamientos que la Sentencia Mannesman dedica al respecto: “26 En efecto, el requisito exigido en el primer guión del párrafo segundo de la letra b) del artículo 1 de la Directiva, según el cual el organismo debe haber sido creado para satisfacer «específicamente» necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, no implica que esté únicamente encargado de satisfacer dichas necesidades.

31 A este respecto, procede recordar que, como se ha declarado en el apartado 26 de la presente sentencia, el propio texto del párrafo segundo de la letra b) del artículo 1 de la Directiva 93/37 no excluye que un poder adjudicador pueda ejercer otras actividades, aparte de su función de satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.

34 Por último, una interpretación del primer guión del párrafo segundo de la letra b) del artículo 1 de la Directiva 93/37, en el sentido de que su aplicación puede variar en función de la parte relativa, más o menos extensa, de la actividad ejercida para satisfacer necesidades que no tengan carácter industrial o mercantil, sería contraria al principio de

En este segundo elemento del contrato obras, relativo al poder adjudicador, la Jurisprudencia del TJCE ha ido poco a poco perfilando su definición, analizando cada situación y declarando, en unos casos, la existencia de poder adjudicador, y en otros no; como por ejemplo, al excluir del ámbito de las Directivas Comunitarias aquel contrato de obras cuyo proyecto corresponda desde su origen con el objeto social de una empresa que no es un poder adjudicador y cuando los contratos de obras relativos a dichos proyectos hayan sido celebrados por un poder adjudicador por cuenta de dicha empresa.⁷⁷

c) Contraprestación

En el tema de la contraprestación, la posición del TJCE ha evolucionado, renovando su propio criterio:

Sentencia de 12 de julio de 2001. Sentencia conocida como de la Scala. Asunto C-399/98:

- El Tribunal declara que el carácter oneroso del contrato se refiere a la contrapartida que satisface la Administración Pública interesada por la realización de las obras (Apartado 77)
- En relación a la contrapartida, el TJCE entiende que ésta concurre cuando la Administración acepta la realización de unas obras por el propietario, que elige dicha opción en lugar de costearlas directamente a la entidad pública, renunciando al cobro del importe adeudado en

seguridad jurídica que exige que una norma comunitaria sea clara y su aplicación previsible para todos aquellos que resulten afectados.

⁷⁷ El apartado 3º de la parte dispositiva de la Sentencia Mannesmann, asunto C-44/1996, de 15 de enero de 1998, dice así: “3. Un contrato público de obras no está sujeto a las disposiciones de la Directiva 93/37 cuando contenga un proyecto que, desde su origen, corresponda plenamente al objeto social de una empresa que no es un poder adjudicador y cuando los contratos de obras relativos a dicho proyectos hayan sido celebrados por un poder adjudicados por cuenta de dicha empresa”.

concepto de contribución. La “renuncia” de la Administración, es considerada por el Tribunal como la contrapartida. (Apartado 81)

- Por ello, según el TJCE, el titular de una licencia urbanística o de un plan de urbanización aprobado, que realiza las obras de urbanización, no efectúa ninguna prestación a título gratuito, puesto que queda liberado de una deuda del mismo valor, constituyendo dicha liberalización la contrapartida y confirmándose con ello el carácter oneroso del contrato.⁷⁸

Esta posición parece dar lugar a que toda actuación urbanística posea carácter oneroso.

Sentencia de 18 de enero de 2007, Auroux y Commune de Roanne contra SEDL, Asunto C-220/05:

Un contrato tiene carácter oneroso cuando el contratista, en contrapartida a las obras realizadas, obtiene un beneficio tanto del municipio como de ingresos de terceros, los cuales se generan indirectamente por la Administración Pública mediante un acto de poder.

El concepto se va abriendo y la noción de contraprestación recibe en esta Sentencia un concepto amplio, más finalista.

Sentencia de 25 de marzo de 2010. Helmut Müller. Asunto C-451/08

⁷⁸ Apartado 84 de la Sentencia de la Scala: “En relación a la onerosidad de los contratos de obras, el titular de una licencia urbanística o de un plan de urbanización aprobado que realiza las obras de urbanización no efectúa ninguna prestación a título gratuito, puesto que queda liberado de una deuda del mismo valor, salvo que exista complemento en dinero, de la que es acreedor el Ayuntamiento, a saber, la contribución a las cargas de urbanización, sin que el carácter alternativo de la obligación, contribución en dinero o la ejecución directa de las obras, permita diferenciar su causa dependiendo del procedimiento de ejecución escogido.

El Tribunal declara que, para considerar la concurrencia del carácter oneroso del contrato, la ejecución de las obras por parte del contratista debe reportar un beneficio económico directo al poder adjudicador a cambio de la contraprestación.⁷⁹

Este beneficio económico se entiende constatado cuando la Administración asume la propiedad de las obras objeto del contrato.

Además de ello, también se considera acreditado cuando el poder adjudicador dispone de un título jurídico que le asegurará la disponibilidad de las obras objeto del contrato, a los efectos de su afectación pública, y en las ventajas económicas que el poder adjudicador pueda obtener en un futuro del uso o de la cesión de la obra por el hecho de haber participado económicamente en su realización o por los riesgos que asume en el supuesto de un revés económico de la obra.⁸⁰

Por otra parte, también se plantea la cuestión de si tal requisito también se cumple por el mero hecho de que la obra satisfaga un fin público de interés general cuya competencia corresponde al poder adjudicador.⁸¹ En este caso, el Tribunal es contundente: “el mero ejercicio de competencias normativas en materia urbanística, con la finalidad de satisfacer el interés general, no tiene por objeto ni recibir prestaciones contractuales ni satisfacer el beneficio económico directo del poder adjudicador, en los términos exigidos por el artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18.”⁸²

⁷⁹ Ap. 49 Sentencia Müller: *Tanto por su naturaleza como por la estructura y los objetivos de la Directiva 2004/18 dicha prestación debe conllevar un beneficio económico directo para el poder adjudicador.*

⁸⁰ Apartado 51 de la Sentencia de 25 de marzo de 2010, Asunto C-451/08, Hellmut Müller

⁸¹ Tal interpretación hubiese desbordado el concepto de contrato público de obras.

⁸² Apartado 68 de la Sentencia Müller.

Por tanto, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo parece clarificar con este pronunciamiento que, para la existencia de un contrato público, las obras realizadas por el contratista deben aportar un beneficio económico directo al poder adjudicador. Debe tenerse en cuenta que, si bien las declaraciones que realiza el TJCE en esta Sentencia Müller son relevantes, el supuesto de hecho que las origina resulta sorprendente puesto que plantea la existencia o no de un contrato público de obras cuando ni siquiera se había formulado un proyecto al efecto.

Tejedor Bielsa comenta que, con el fin de ajustar la Sentencia Müller con el resto de pronunciamientos del TJCE, debería lograrse una jurisprudencia armónica que permitiese a los legisladores de los Estados miembros clarificar de manera adecuada el régimen jurídico aplicable, evitando con ello dudas e inseguridades jurídicas. “Y es que, en definitiva, la Sentencia Müller presupone la habilitación de los Estados para mantener un urbanismo basado en la vinculación a la propiedad de ese «derecho a explotar el terreno», pero no concreta con suficiente claridad los efectos sobre negocios jurídicos que normalmente están sujetos a la Directiva.”⁸³

Sentencia de 26 de mayo de 2011. Supuesto de la LUV. Asunto C-306/08

⁸³ TEJEDOR BIELSA, J.: “Propiedad del suelo, obras de urbanización y excepción licitatoria. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de marzo de 2010” *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 148, 2010. Pág. 871. Considera este autor que la Sentencia Müller da a entender la posibilidad de mantener a la propiedad en los procesos urbanísticos, confirmándose con ello lo ya apuntado en la Sentencia de la Scala relativo a que “la obligación municipal de cumplir la normativa de contratación no impone su directa aplicación, en todo caso, por la propia Administración municipal respecto de cualquiera obras de urbanización sujetas a la misma, sino que 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 celebre con él, a realizar las obras convenidas recurriendo a los procedimientos previstos por la Directiva, para cumplir las obligaciones que incumben a este respecto a la administración municipal en virtud de dicha Directiva”. Además de ello, también comenta TEJEDOR que la Sentencia no resuelve las dudas relativas a la figura del urbanizador manteniendo una incertidumbre en relación al mismo.

- “Por lo que respecta al carácter oneroso de la adjudicación y aprobación de los PAI, la Comisión observa que la LRAU y la LUV aplican un régimen en el que existe un contrato bilateral entre el urbanizador y el ayuntamiento en virtud del cual la contraprestación para éste está en relación directa con la ejecución de las obras públicas y la prestación de determinados servicios conexos.”
- Por otra parte, el urbanizador recibe de los propietarios de los terrenos una cantidad de dinero o su equivalente en suelo.

El TJCE admite el carácter oneroso del contrato, el cual se encuentra en la decisión de la Administración de aprobar el PAI y de seleccionar al urbanizador, así como en el ejercicio de sus prerrogativas públicas para garantizar el respeto de las disposiciones del PAI aprobado.⁸⁴

Ante la variedad de pronunciamientos realizados, la conclusión que se debe alcanzar es la de que el TJCE considera que el contrato de obras debe tener carácter oneroso, considerando que éste existe cuando el contratista obtiene, por la ejecución de las obras, un beneficio económico directo. De la interpretación realizada al respecto por la Jurisprudencia del TJCE entiendo que la exigencia de que la relación sea onerosa se justifica en el fin de excluir del ámbito de la Directiva a aquellas actuaciones que se realizan a título gratuito. Dicho lo cual, el carácter oneroso del contrato debiera entenderse siempre y cuando el contratista recibiese una retribución, con independencia

⁸⁴ El pronunciamiento del TJCE de considerar la existencia del carácter oneroso del contrato se opone a las alegaciones realizadas por el Abogado General, que niega tal carácter porque considera que para tener carácter oneroso, la Administración Pública tendría que hacer uso de sus propios fondos, directa o indirectamente; que el urbanizador no tiene derecho a explotar las obras; por último, en el caso de que los propietarios optasen por retribuir en especie al urbanizador, este hecho no se podría considerar explotación de las obras públicas porque, tras la cesión obligatoria que tuviera que realizarse, los mismos pasarían a propiedad del urbanizador.

del sujeto que la realice. Esta interpretación se confirma en el contrato de concesión de obra pública en el que por ley y por la Directiva, la retribución que recibe el contratista proviene de la explotación de la obra realizada.

La relación de las Sentencias expuestas indica que el TJCE ha mantenido, a lo largo de muchos años, un concepto de contrato de obras en el que casi todo valía: se llegó al punto en el que todo aumento de valor de un bien inmueble, derivado de una actuación de los poderes públicos, debía estar sujeto a las Disposiciones de la Directiva.⁸⁵

Los requisitos establecidos por la Directiva 2004/18 para que exista un contrato de obras se han ido ampliando, como ha podido comprobarse en la enumeración de los pronunciamientos realizados. Todo ello conduce a la impresión de que la jurisprudencia del TJCE se realiza a golpe de martillo; es decir, que en cada caso, y no sólo en aplicación de la norma, sino también en atención principalmente de las circunstancias que rodeen el supuesto, la Sentencia será en uno u otro sentido.

No obstante, los pronunciamientos del TJCE en relación al contrato público de obra en las Sentencias Müller y Parking Brixen⁸⁶ parecen tener voluntad de modificar estas posiciones y frenar los conceptos abiertos que hasta ahora habían concedido a los requisitos del contrato. Ello además, resulta confirmado en la Sentencia de 26 de mayo de 2011, relativo a la Ley Urbanística Valenciana, que emplea un concepto amplio de onerosidad, pero

⁸⁵ Conclusiones del Abogado General, Mengozzi en asunto C-451/08, Helmut Müller.

⁸⁶ El Tribunal rechaza mantener la interpretación funcional del concepto de poder adjudicador.

que aun así, declara que no se ha probado que la relación entre la Administración y el urbanizador sea la de un contrato de obras.⁸⁷

La causa de este giro es desconocida; no obstante, coincide con el cambio de la situación económica que atraviesa Europa. Mientras la Unión Europea se encontraba en una situación de bonanza, prácticamente todas las cuestiones planteadas ante el Tribunal, relativas a la existencia o no de un contrato de obras, concluían en un pronunciamiento afirmativo y en el sometimiento a las Directivas Comunitarias. Cuando ha llegado una época de crisis, tal posición ha modificado y el Tribunal adopta una posición “no tan finalista” a la hora de pronunciarse sobre los casos que debe resolver.

La actuación llevada a cabo por el Tribunal de Justicia de la CE a través de sus Sentencias, da a entender que se trata de un órgano que se preocupa más por las circunstancias que se dan en cada caso que por la interpretación en sí de la normativa comunitaria, haciendo decaer con ello la confianza de obtener un pronunciamiento objetivo acorde con las Directivas.

IV.3.1.c Conclusión

Tras el estudio de la relación que mantiene la figura del urbanizador con la normativa comunitaria, la conclusión que se alcanza es que todavía se mantiene la incertidumbre acerca de su naturaleza jurídica.

⁸⁷ Por otra parte, en esta evolución jurisprudencial parecen existir contradicciones en cuanto al concepto de contrato se refiere. Así en la Sentencia de la Scala, pese a que no había contrato, el Tribunal admitió su existencia; mientras que en el caso Müller no había contrato relativo a obra alguna (no había obra) y el Tribunal entre innecesariamente en el asunto con el fin de declarar que el supuesto no se trataba un contrato público de obras. Además, en la Sentencia del TJCE de la Scala puede ser reconocimiento de que no hay contrato el hecho de que sólo se exige licitación para el titular de la licencia; mientras que en el asunto Auroux, el Tribunal exige una doble licitación porque entiende que hay dos contratos.

El TJCE ha perdido una ocasión irrepetible al evitar pronunciarse al respecto, quizás con la esperanza de poder volver a emitir fallo sobre la naturaleza del urbanizador en otras circunstancias económicas diferentes.

Sea como fuere, en mi opinión es claro que nos encontramos ante un contrato obras: se trata de una relación entre un poder adjudicador y un contratista; el objeto principal del contrato es la ejecución de unas obras públicas, y a través del mismo, la Administración-poder adjudicador satisface unas necesidades específicas, como es la función urbanizadora, y por ello lleva a cabo la iniciativa; por último, tanto la Administración como el urbanizador obtienen un beneficio directo por la actuación.

La definición no es gratuita, pues debe tenerse en cuenta que, según la jurisprudencia del TJCE, “la definición de un contrato público de obras es materia del Derecho Comunitario”,⁸⁸ y ello significa que con independencia de la calificación que los Derechos nacionales den a los contratos, se considerará contrato de obras públicas aquel que encaje en las Directivas comunitarias según la interpretación del TJCE.

Por ello, esta calificación requeriría que la regulación que la LUV realiza del urbanizador fuese adaptada al Ordenamiento Comunitario, puesto que la primera contradice en diferentes aspectos a las Directivas de contratación, aunque el TJCE no lo haya especificado así.

Tal como comenta Delgado Gil,⁸⁹ varios son los aspectos de la LUV que contradicen las Directivas Comunitarias, como la solicitud de inicio por parte del

⁸⁸ Sentencia del TJCE de 18 de enero de 2007, asunto C-220/05 Jean Auroux y otros contra Commune de Roanne.

⁸⁹ DELGADO GIL, P. E.: “Gestión urbanística y contratación administrativa”, en obra colectiva: *Urbanismo en la Comunidad Valenciana. Homenaje a José Luis Lorente Tallada.* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 1007 y ss.

particular o la posibilidad de modificar el ámbito. Es necesario destaca de entre estas contradicciones, siguiendo la posición de García-Trevijano Garnica,⁹⁰ la relativa a la posibilidad de modificar la oferta realizada por el aspirante a urbanizador. El artículo 155.6 LUV permite a la Administración modificar la propuesta del adjudicatario antes de seleccionarla. Ello implica la posibilidad de adjudicar algo distinto a lo ofertado, supuesto que atenta contra los principios de igualdad y concurrencia, infringiendo por ello no sólo las Directivas Comunitarias sino también la normativa nacional de contratación, salvo en el caso del diálogo competitivo.

Lo dicho hasta ahora indica que la regulación prevista en la LUV, redactada entre otras razones con el fin de ajustarse al Ordenamiento Comunitario, no se adapta a las Directivas, pese al pronunciamiento que sobre la misma ha hecho el TJCE en la Sentencia de 26 de mayo de 2011.

La voluntad y obligación de enfocar las diferentes normativas urbanísticas autonómicas a las Directivas Comunitarias, con un resultado de modulación de las especialidades urbanísticas, hace plantearnos si no sería más factible redactar una Directiva específica de contratación que acogiese las distintas peculiaridades características de la materia urbanística, con el fin de armonizar la normativa europea sobre urbanismo.

Ello enlaza con lo dicho anteriormente acerca del contrato administrativo urbanístico de González-Varas⁹¹, lo que lleva a concluir en la necesidad de disponer de un cuerpo legal uniforme en materia de contratación que sienta las bases en la materia dentro del ámbito del urbanismo y que permita, dentro de

⁹⁰ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, J.A., "Gestión urbanística, sistemas, selección del urbanizador y contratación administrativa", en *Revista Jurídica de la Función Consultiva*, nº 5, 2006, p. 109.

⁹¹ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: "El Estado desorientado: la necesidad de una regulación estatal del nuevo contrato administrativo de obras de urbanización". op. cit.; págs. 10 y ss.

dichas bases, el desarrollo propio de cada una de las Administraciones competentes.⁹²

IV.3.2 La relación del urbanizador con la Administración desde la perspectiva de la normativa nacional de contratación pública

En este segundo apartado se analiza la figura del urbanizador desde la perspectiva de la normativa nacional de contratación. El punto de partida debe ser, como se ha comentado anteriormente, el hecho de que la propia LUV califica la relación como de contrato administrativo especial en los términos establecidos en la legislación de contratos.⁹³

Es decir, la normativa urbanística valenciana la define como un contrato suscrito por la Administración Pública que, teniendo un objeto distinto a los conocidos como contratos “típicos” o nominados, resulta vinculado al giro o tráfico específico de la Administración, bien por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública, bien por declararlo así una ley (en este caso, las dos cosas).

⁹² MESTRE DELGADO, J.F. y CÓRDOBA CASTROVERDE, D.: “Contratos públicos y urbanismo (la influencia del Derecho comunitario europeo y sus consecuencias en el Derecho interno)” en *El Derecho Urbanístico del Siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Martín Bassols Coma. Tomo III Urbanismo y Estado de las Autonomías*. Edit. Reus, Madrid, 2008. Págs. 391- 428, tras realizar un análisis de la situación entre la normativa urbanística, especialmente la valenciana, y la normativa de contratación comunitaria, concluyen en la sujeción del urbanismo a las reglas comunitarias y en la necesidad de una clarificación normativa sobre la materia que contribuya a garantizar la seguridad en el tráfico.

⁹³ Como se ha comentado anteriormente, la Sentencia del TJCE de mayo de 2011 ha sido interpretada por algunos autores como GARRIDO MAYOL, V. y COLLADO BENEYTO, P.: “Gestión Urbanística y Agente Urbanizador” op. cit. Págs. 259-296. como un fundamento para la calificación de la relación Administración-urbanizador de contrato administrativo especial.

La cuestión se encuentra en si realmente nuestra relación tiene un objeto distinto a los llamados “contratos típicos” para poder remitirlo al contrato administrativo especial.

Pese a que la aprobación de la LUV se realizó bajo el imperio del TRLCAP, la legislación básica nacional de contratos se encuentra recogida en la actualidad, principalmente, en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público; TRLCSP, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.⁹⁴ Esta norma regula como contratos administrativos “típicos” los de obra, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministro, servicios y contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado. Habrá que ver si la relación entre el urbanizador y la Administración, responde a alguna de estas figuras, ya que la calificación de contrato especial en el TRLCSP es subsidiaria.

Dejando para un momento posterior el análisis del contrato de obra y de colaboración entre el sector público y el sector privado, el contrato de concesión de obra pública se define en el TRLCSP, artículo 7,⁹⁵ como un

⁹⁴ Este Texto Refundido, norma cabecera en materia de contratación pública ha sido el colofón final de las diferentes modificaciones que sufrió desde su aprobación la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público: Ordenes para el establecimiento de los límites de los contratos Orden EHA 3875/2007 y 3497/2009; Reales Decretos-leyes 6/2010, de 9 de abril, 8/2010, de 20 de mayo, 5/2011, de 29 de abril, y Leyes 14/2010, de 5 de julio, 15/2010, de 5 de julio, 34/2010, de 5 de agosto, sobre el régimen de recursos en materia de contratación pública, que traslada nominalmente la perfección del contrato público a su formalización complicando artificiosamente el sistema, tal como comenta MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. en “El nacimiento de los contratos público: reflexiones sobre una equivocada transposición de la Directiva Comunitaria «de recursos»; *RAP*, núm. 185, Madrid; mayo-agosto (2011), pág. 323; Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y la seguridad y la Ley 26/2011, de 1 de agosto.

⁹⁵ El artículo 7 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público dice así: “1. La concesión de obras públicas es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de

contrato que tiene como fin la ejecución de una obra pública, y cuya contraprestación puede consistir, bien en el derecho a explotar la obra ejecutada o bien, además del derecho a la explotación de la obra citada, en la obtención de un precio.⁹⁶ Aunque

En cuanto a la identificación de la figura del urbanizador con la del concesionario de obra pública, es necesario recordar aquí lo dicho anteriormente relativo a que la concesión requiere que la obra objeto del contrato sea susceptible de explotación, tal como estableció el Dictamen del Consejo de Estado en su informe al Anteproyecto de la Ley de Concesión de Obras Públicas del año 2003,⁹⁷ supuesto que no se da en la relación urbanizador-Administración. El urbanizador percibe de los propietarios el pago del precio de las gestiones y urbanización realizadas, que nada tienen que ver

aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.”

A su vez, el artículo 6, por referencia del citado Texto Refundido, considera que son contratos de obras “1. aquellos que tienen por objeto la realización de una obra o la ejecución de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I o la realización por cualquier medio de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad del sector público contratante. Además de estas prestaciones, el contrato podrá comprender, en su caso, la redacción del correspondiente proyecto. 2. Por obra se entenderá el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble.”

⁹⁶ Muchos son los autores que han destacado por el estudio que han dedicado a la concesión de obra pública, como VILLAR PALASÍ, J.L., *Concesiones administrativas* en Nueva Enciclopedia Jurídica, tomo IV, Barcelona, 1952. Editorial Francisco Seix, S.A., pág. 687, que define este contrato como el negocio jurídico por el que la Administración encarga la realización de una obra pública a otra persona, cuya compensación económica deriva del uso de la obra pública, aunque pudiera existir también una aportación administrativa en forma de subvención; GOMEZ-FERRER MORANT, R. “El contrato de obras. La concesión de obras públicas como contrato”, en obras colectiva *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Civitas, Madrid, 2004. Pág. 755, que declara que en la concesión de obra pública la finalidad esencial del negocio estriba en la construcción de la obra; o EMBID IRUJO, A y COLOM PIAZUELO, E. *Comentarios a la Ley reguladora del contrato de concesión de obras públicas: (Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas)*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, segunda edición, págs. 35-48 que confirman la explotación y el mantenimiento como las notas características de este contrato.

⁹⁷ Dictamen del Consejo de Estado de 5 de diciembre de 2001

con una explotación de esta última o con la propiedad de solares.⁹⁸ La urbanización es entregada a la Administración y, por regla general, su uso y disfrute se abre al público, por lo que el desembolso que realizan los propietarios, contraprestación que recibe el urbanizador, no puede identificarse con el coste por el uso de la obra pública.

Cambiando de tipo contractual, la noción del contrato de gestión de servicios públicos se encuentra en el apartado 1 del artículo 8 del TRLCSP que lo define como aquél contrato en cuya virtud una Administración Pública, o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendante.⁹⁹

En cuanto a la calificación de la relación que mantiene el urbanizador con la Administración, como contrato de gestión de servicio, tampoco puede identificarse con la figura del urbanizador puesto que, esencialmente, falla la naturaleza del contrato: el objeto principal de la función urbanizadora es la ejecución de las obras públicas y esta labor, como tal, no constituye un servicio público. El contrato de ejecución de obras es un contrato de resultado, mientras que el contrato de servicios es un contrato de actividad. Por otro lado, en la

⁹⁸ Como ya afirmó en su momento CARCELLER FERNÁNDEZ, A. en *Instituciones de Derecho Urbanístico*, Montecorvo, Madrid, 1992, pág. 263; pese a que se trata de un supuesto diferente al del urbanizador, “aunque la aplicación de la técnica concesional a la acción urbanizador ha encontrado acogida en nuestro Ordenamiento jurídico, desde un punto de vista dogmático carece de una configuración propia y no encaja en las categorías tradicionales, especialmente por la ausencia de la idea de reversión inherente a la concesión, que se da para los espacios libres (viales y zonas verdes) pero no respecto de los solares.”

⁹⁹ En el estudio del servicio público destacan, entre otros, ARIÑO ORTIZ, G. “El servicio público como alternativa, *REDA*, N° 23, 1979, págs. 537-560; JÈZE, D. *Principios Generales del Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1949, o DUGUIT, L. *Manual de Derecho Constitucional*, Comares, Granada, 2005.

gestión y ejecución del planeamiento, tampoco concurren los dos elementos básicos e inherentes a todo servicio público como son la continuidad¹⁰⁰ y la regularidad.

Tal como hemos visto, y desechados los contratos de concesión de obras públicas y gestión de servicios públicos, así como el contrato de suministro y servicio por su propio objeto, se analiza la posible identidad de la relación Administración-urbanizador con el contrato de ejecución de obras, con un contrato mixto obra-servicio, o con el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. Sólo si fallan estas calificaciones, se podría considerar que nos hallamos ante un contrato administrativo especial.

V.2.2.a Contrato de obras

1) Objeto del contrato

El TRLCSP declara en su artículo 2 que son contratos del sector público, sujetos a su regulación, los contratos onerosos, cualquiera que sea su

¹⁰⁰ En relación a las características del servicio público, recogidas tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, la Sentencia del TS de 22 de febrero de 1982, declara que: “la regla interpretativa tenderá siempre a asegurar el buen funcionamiento del servicios, y la prestación del mismo de forma regular y continua, hasta el extremo que estas notas forman parte de muchas de las definiciones doctrinales que se han dado en esta institución (...) la continuidad en la prestación del servicio es la nota esencial de todo servicio público, y, por lo tanto, un principio inmanente en la naturaleza de la institución.” Respecto a la doctrina, además de los ya comentados ARIÑO ORTIZ, G. “El servicio público como” op. cit. , pág. 551 o GARRIDO FALLA, “Concepto de servicio público en Derecho Español”, op. cit.; pág. 21; merece destacar a MARTÍN REBOLLO, “De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica”, RAP, Nº 100-102, 1983, pág. 2503: *El servicio público, por su propia esencia, implica que se preste de una manera regular y continua.*

naturaleza jurídica, que celebren los sujetos enumerados en el artículo 3¹⁰¹. Dicho precepto debe complementarse con el artículo sexto del mismo cuerpo legal, el cual dispone que se entiende por contrato de obra aquel que tiene por objeto la realización de una obra, la ejecución de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I¹⁰², o la realización por cualquier medio de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad del sector público contratante.

Ante tal definición, es claro que el objeto del contrato de obra se identifica con la ejecución de la urbanización en la figura del urbanizador. No obstante, también es evidente que esta labor, prestación principal en la actuación urbanística, no es la única, y que el resto de prestaciones encomendadas al urbanizador, como la redacción del proyecto de reparcelación o la gestión de las relaciones con los propietarios, no se identifican con el objeto del contrato de obras.

El artículo 6.1 in fine del TRLCSP establece que dentro del objeto del contrato de obras, puede estar incluida la redacción del proyecto. Pese a ello, entiendo que las funciones que realiza el urbanizador diferentes a la ejecución de las obras de urbanización no pueden ser asumidas por tal concepto y requieren algo más.

Si esas otras prestaciones alcanzan una fuerte envergadura en el contrato, aunque siempre con menor entidad que la prestación relativa a la

¹⁰¹ El artículo 3 del TRLCSP, denominado ámbito subjetivo, realiza una enumeración de los sujetos que pueden ser calificados como del sector público y otros poderes adjudicadores, los cuáles no coinciden con el ámbito subjetivo previsto para las Directivas Comunitarias.

¹⁰² Entre dichas actividades, el Anexo I recoge la construcción de autopistas, carreteras, campos de aterrizaje, vías férreas y centros deportivos, incluyendo, a su vez dicha categoría la construcción de autopistas, calles, carreteras y otras vías de circulación de vehículos y peatones.

ejecución de las obras, la solución legal que nos ofrece la normativa de contratación es la de acudir a los llamados contratos mixtos y al sistema de absorción previsto para los mismos en el TRLCSP.¹⁰³

Los contratos mixtos son contratos cuyo contenido no encaja en su totalidad con ninguno de los objetos de los hasta ahora llamados contratos típicos, al contener prestaciones correspondientes a otro u varios contratos. Es decir, se trata de contratos que engloban o combinan prestaciones típicas de dos o más contratos.¹⁰⁴

El vigente TRLCSP tiene voluntad de restringir el uso de este tipo de contrato, limitando la aplicación del mismo a aquéllas prestaciones que se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad.

En el supuesto en el que nos encontramos creo que es clara la posibilidad de acudir al régimen del contrato mixto del TRLCSP, puesto que las prestaciones a las que se obliga al urbanizador están dirigidas a un único fin, cual es el desarrollo y urbanización del suelo. Por otra parte, la prestación relativa a la urbanización, la redacción de los documentos y el resto de labores que engloba la gestión del suelo son totalmente complementarias, por lo que entiendo que la relación del urbanizador con la Administración podría encajar

¹⁰³ Artículo 12 TRLCSP: Cuando un contrato contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase se atenderá en todo caso, para la determinación de las normas que deban observarse en su adjudicación, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico.

¹⁰⁴ De conformidad con lo previsto en el artículo 25.2 del TRLCSP, "sólo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la concesión de un fin institucional propio del ente, organismo o entidad contratante."

en este tipo de contrato. Ello, a pesar de que la LUV trate de evitar tal calificación llamando a la relación entre la Administración y el urbanizador contrato especial, e intentando eludir de este modo la identificación/calificación el empresario constructor con el subcontratista.

En estos supuestos, el TRLCSP aplica la regla de la absorción en su fase de adjudicación, en el sentido de que ha de estarse al objeto principal del contrato para determinar qué normativa es de aplicación en esta etapa¹⁰⁵.

Por ello, en el caso que nos ocupa, si se califica la relación urbanizador-Administración como un contrato mixto - posición que considero la más adecuada, puesto que como se ha comentado a lo largo del presente estudio, las funciones que realiza el urbanizador constituyen el objeto del contrato de obra pública, en cuanto a la ejecución de la urbanización, y del contrato de servicios, en cuanto al resto de prestación - la regulación aplicable, al menos en su fase de adjudicación, será la prevista por la norma para el contrato de obras puesto que éstas constituirán la prestación principal.

Respecto a los actos de preparación, ejecución y extinción, se registrarán acumulativamente por la normativa prevista para cada tipo de contrato de que se trate.¹⁰⁶

¹⁰⁵ En relación a la definición del objeto principal del contrato, la Sentencia del TJCE de 18 de enero de 2007, C-220/05, al igual que la Sentencia del TJCE de 21 de febrero 2008, asunto C-412/04, hablan de que el objeto principal de un contrato deberá ser determinado en función de un examen objetivo del conjunto de dicho contrato; mientras que el artículo 12 del TRLCSP habla de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico.

¹⁰⁶ El TRLCSP ha adoptado la "teoría de la absorción" en los contratos mixtos sólo parcialmente en relación a la adjudicación del contrato en su artículo 12. No obstante, la STJCE de 11 de mayo de 2006, C-340/04, señala que no existe obstáculo legal para llevar a cabo una absorción no sólo respecto a la fase de adjudicación del contrato, sino al resto de actos del procedimiento; dejando a un lado el tema del cumplimiento que cae fuera del campo de las Directivas.

En este sentido, Escrihuela Morales¹⁰⁷ comenta que habría sido más acorde con el principio de seguridad jurídica y con el de unicidad del procedimiento extender la regla de la absorción, salvo que la naturaleza del contrato lo impidiera, a los demás actos del procedimiento y no sólo a la adjudicación. Con ello se habría logrado una mayor transparencia para el administrado, evitando posibles interpretaciones contradictorias con las distintas exigencias de contratación.

Debe tenerse en cuenta que cada tipo contractual posee distintas normas específicas, por lo que tramitar paralelamente ambos expedientes puede resultar complicado, y en algunos aspectos incluso incompatible. Por ejemplo en cuanto al expediente de contratación, el TRLCSP establece una regulación especial para la preparación del contrato de obras que es diferente a la del resto de contratos. Por ello, en aplicación de la teoría de la absorción, debería tramitarse un único expediente que fuese uniforme, no duplicase trámites, y al mismo tiempo regulase todas las exigencias previstas para ambos contratos, siempre que no sean compatibles entre ellas.

Por todo lo cual, entiendo que la relación del urbanizador con la Administración debería ser calificada como de contrato mixto, obras y servicios, en el que la prestación principal del mismo está constituida por la ejecución de las obras de urbanización, siendo de aplicación sobre la misma las reglas

¹⁰⁷ ESCRIHUELA MORALES, F.J. *La contratación del sector público especial referencia a los contratos de suministro y de servicios*. La Ley; Madrid, 2007, págs 430 y 431 comenta: “Por tanto, la teoría de la absorción en la nueva Ley, aplicada a los contratos de obras, de suministro o de servicios es sólo parcial, abarcando exclusivamente, como señalábamos, a la adjudicación del contrato, lo que significa la posibilidad de aplicar por yuxtaposición, de modo simultáneo o sucesivo, el resto de normas específicas relativas a cada tipo de contrato, “...

previstas para los esos dos tipos contractuales recogidos en el artículo 5.1 del TRLCSP.¹⁰⁸

En este sentido se ha pronunciado en reiteradas ocasiones el Tribunal Supremo y ejemplo de ello lo encontramos en las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª). Referencia Westlaw RJ 2007\3149, de 27 de diciembre de 2007 (RJ 2008\674),¹⁰⁹ 8 de abril de 2008 (RJ 2008\3747), 27 de febrero de 2008 (RJ 2008\1436), 27 de enero de 2009 (RJ 2009\574).

¹⁰⁸ El citado artículo 5.1 del TRLCSP hace referencia a los contratos de obras, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos, suministro, servicios y de colaboración entre el sector público y el sector privado.

¹⁰⁹ Fundamento de Derecho Segundo: “Esta Sala y Sección del Tribunal Supremo ha declarado en sus referidas sentencias de fechas 28 de diciembre de 2006 (recurso de casación 4245/2003) (RJCA 2007, 405), 27 de marzo de 2007 (recurso de casación 6007/2003) (RJCA 2007, 3149) y 6 de junio de 2007 (recurso de casación 7376/2003) (RJ 2007, 4829) que es aplicable a las adjudicaciones de actuaciones urbanísticas contempladas en la Ley autonómica valenciana 6/1994, de 15 de noviembre, lo dispuesto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas 13/1995, de 18 de mayo, y en el Texto Refundido de la misma, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, dado que estos textos legales constituyen legislación básica sobre contratos administrativos de acuerdo con el artículo 149.1.18ª de la Constitución y han incorporado a nuestro ordenamiento interno el propio de la Unión Europea, entre otras la Directiva 93/37/CEE, en materia de contratos de obras.

En consecuencia, la tesis del Tribunal sentenciador, al declarar en la sentencia recurrida que la ejecución urbanística concedida por el Ayuntamiento al agente urbanizador reúne las características de una obra pública y tiene la naturaleza propia de un contrato de obras, es coincidente con esa doctrina jurisprudencial, y, dado que la adjudicación a aquél del Programa en cuestión no ha respetado preceptos básicos del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas , la anula, con lo que, al así resolver, no abroga precepto alguno de la Ley valenciana 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la Actividad Urbanística, ni infringe lo dispuesto en los artículos 36, 130 y 158.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas , aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, ...”

2) Contraprestación

En la normativa nacional de contratación pública, reflejo en muchos aspectos de las Directivas Comunitarias, el concepto de contrato también incluye la necesidad de que el mismo posea carácter oneroso. Así el artículo 2.1 del TRLCSP considera en su ámbito de aplicación los contratos onerosos, que celebren los sujetos enumerados en el artículo 3. Y esto, también se aplica al contrato de obras.

En relación a la definición de contrato oneroso, a diferencia de lo que ocurre en la normativa comunitaria, el Ordenamiento jurídico nacional nos ofrece distintas posibilidades a través de las cuales poder examinar tal calificación.

En este sentido, y en aplicación del artículo 1274 del Código Civil¹¹⁰, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano¹¹¹ afirma que “son contratos onerosos aquellos en los que el beneficio que espera obtener una parte mediante su cumplimiento es consecuencia, o a cambio, de un propio sacrificio previo, simultáneo o posterior en el tiempo.”

De acuerdo con dicha definición, un contrato oneroso es aquel que implica contraprestación. Aplicando dicha noción a la figura del urbanizador, en este punto surge de nuevo la cuestión de si el hecho de que sean los propietarios los que asuman los costes de urbanización, y los que abonen su precio al

¹¹⁰ Artículo 1274 C.c: “En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicios por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera libertad del bienhechor.”

¹¹¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. “Introducción al Derecho de los contratos”, en obra colectiva *Tratado de Contratos*, Tirant Lo Blanch, Tomo I, Valencia 2009 pág. 115.

urbanizador, no por tanto la propia Administración contratante de las obras, elimina el carácter oneroso del contrato.

En concreto, tal situación plantea si es admisible para calificar el contrato como oneroso el hecho de que el pago lo realice un tercero, fuera de la relación urbanizador-Administración; y si dicha Administración realiza algún tipo de prestación.

En cuanto a la *forma de pago* se refiere, la circunstancia de que el coste de la urbanización sea sufragado por los propietarios afectados por la actuación y no por la Administración podría conducirnos a considerar que falta el carácter sinalagmático del contrato.¹¹²

No obstante, el hecho de que no se trate de un contrato sinalagmático no desplaza el carácter oneroso del mismo puesto que, tal como comenta Bercovitz Rodríguez-Cano,¹¹³ no existe una identidad entre contrato sinalagmático y contrato oneroso: “todos los contratos sinalagmáticos son

¹¹² RUIZ OJEDA, A., en *La Concesión de Obra Pública*, Editorial Aranzadi, Navarra 2006. pág. 380, comenta, respecto al carácter sinalagmático de la concesión, que “no es un contrato sinalagmático, porque la relación de intercambio no se da entre las partes contratantes, sino entre una de las partes del contrato, el concesionario, y los usuarios de la obra que son, precisamente, los terceros contractuales en la concesión. No quiere decir esto que no puedan existir y, de hecho, existan intercambios entre la Administración concedente y el concesionario, sino que tales intercambios no definen el núcleo constitutivo del negocio concesional que es, esencial e irrenunciablemente, un contrato asociativo y aleatorio. La bilateralidad es, pues, un complemento, un sustitutivo, una ficción conscientemente arbitrada para sustituir una plurilateralidad que, caso de trasladarse a la estructura contractual, haría inviable el negocio por los costes de transacción que lleva aparejados”. Esta misma idea podría ser extrapolada a la relación de la Administración con el urbanizador, confirmándose con ello, el carácter oneroso del contrato.

¹¹³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. “Introducción al Derecho ...” op. cit. pág. 115, afirma al respecto que “la doctrina habla también a veces de contratos sinalagmáticos para referirse a los contratos onerosos, aunque no den lugar siempre a obligaciones recíprocas, como es el caso de los contratos onerosos unilaterales. Es decir, este autor confirma la existencia de contratos onerosos unilaterales, como es el caso del contrato de préstamo o de mutuo con interés” (Arts. 1740 y 1755 C.c.).

onerosos, pero no todos los contratos onerosos son sinalagmáticos.¹¹⁴ Un ejemplo de la falta de identidad entre contrato sinalagmático y oneroso se encuentra en el préstamo con interés; este contrato es oneroso pero no sinalagmático.

Esta idea es más clara en el Derecho Público, por cuanto en el contrato administrativo, una de las partes ocupa una posición de superioridad que la habilita a ejercitar potestades frente a terceros, y que concluye en un beneficio a la otra parte.

Por lo tanto, en atención a lo dicho, el que un contrato sea oneroso no debe implicar necesariamente que dé lugar a obligaciones causalmente recíprocas¹¹⁵, sino que la prestación de uno sea causa y consecuencia de una actuación del otro, que no sea una obligación, por lo que en el supuesto de la LUV sería totalmente admisible que fuesen los propietarios los que realizaran el pago y no la Administración.

Teniendo en cuenta tal premisa, desde una interpretación amplia del concepto de contrato oneroso – concepto funcional -, que atiende a su resultado, se confirmaría tal carácter en la relación entre el urbanizador y la Administración puesto que ambas partes reciben beneficio de la actuación.¹¹⁶

¹¹⁴ Así, como afirman DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. y GULLON BALLESTEROS, A. *Sistema de Derecho Civil* Vol. 2. Editorial Tecnos, Madrid, págs. 35 y 36, “La noción de negocio oneroso no es sinónima de contrato bilateral sinalagmático.”

¹¹⁵ Es necesario evitar la confusión entre el contrato a título oneroso y el contrato sinalagmático; entre la reciprocidad de las prestaciones y el intercambio de las obligaciones.

¹¹⁶ La concepción amplia del carácter oneroso del contrato debe ponerse en relación con las diferentes posturas civilistas existentes en torno a la interpretación del art. 1274 Cc, y relativas a la causa del contrato. En la concepción objetiva del contrato, la causa del mismo es su finalidad: lo importante es pues la prestación y la contraprestación; en esta posición, DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos de Derecho Civil*, Vol. I, Civitas, págs. 226 y 227, o CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español Común y Foral*. Tomo 3, Civitas, Madrid, 1992, págs. 636 y 637; en la subjetiva, la causa se encontraría en la intención, o

Teniendo claro que es admisible que la contraprestación que recibe el urbanizador se realice por parte de los propietarios, la segunda cuestión que se nos plantea es la reciprocidad de las prestaciones.

En el supuesto que nos ocupa, la Administración aprueba un Programa de Actuación Integrada, acordando su ejecución, y a cambio recibe el suelo destinado a dotaciones públicas y a PMS, así como la urbanización ejecutada. En la otra parte, el urbanizador gestiona el ámbito y lo ejecuta, a cambio de un precio cierto y determinado. Por lo tanto existen para ambas partes prestaciones y contraprestaciones, que confirman el carácter oneroso del contrato. Es decir, pese a que la Administración no efectúe el pago material de las cuotas – supuesto por otra parte admisible en el carácter oneroso tal como se ha comentado - , su actuación origina dichas cuotas porque sin la misma aquéllas no existirían. Dado el carácter jurídico-público en el que nos encontramos, si la Administración no aprobase el Programa no habría contrato, no se adjudicaría la condición de urbanizador, y consecuentemente no se ejecutaría la urbanización, ni se cobraría la misma. Es más, no se trata de una actuación inicial, sino que la intervención de la Administración está presente a lo largo de todo el procedimiento, como en la aprobación del proyecto de reparcelación, en la liquidación de cuotas, y en su caso, en el cobro por vía de apremio. Es decir, sin la actuación de la Administración, el urbanizador no

propósito de las partes. Una interpretación de la causa del contrato desde esta última perspectiva permitiría considerar que el contrato entre el urbanizador y la Administración existe puesto que la voluntad de ambas partes es el desarrollo de un suelo, y sus consecuencias: recibimiento del precio por parte del urbanizador y obtención de suelo urbanizado dotacional por el Ayuntamiento; voluntades todas ellas que implican el carácter oneroso, con independencia de quién asuma o de cómo se materialicen dichas obligaciones en la realidad. Desde una concepción objetiva, la causa del contrato sería la finalidad legal. La postura más aplicada al respecto, principalmente por los Tribunales, es una posición intermedia, ecléctica, como la seguida por DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico* Civitas, Madrid, 1981, págs. 190 y ss. En los contratos administrativos, la causa debe ser la finalidad legal cuando se trata de contratos típicos.

recibiría el pago económico por la obra realizada y en ese caso sí que no existiría contraprestación para este último.

De lo dicho hasta ahora, la conclusión que se alcanza es que la relación entre el urbanizador y la Administración puede ser calificada de contrato oneroso, puesto que su esquema encaja en la definición realizada por el artículo 1274 del Código civil.

Además de ello, Gimeno Feliú¹¹⁷ declara que el artículo 73.1 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, al establecer una bonificación en la cuota del IBI sobre los inmuebles que constituyen el objeto de la actividad de las empresas de urbanización, construcción y promoción inmobiliaria, indica que en la relación entre el urbanizador y la Administración no se efectúa ninguna prestación a título gratuito, puesto que el primero de ellos es liberado de una deuda de la que es acreedor el Ayuntamiento en virtud del Impuesto de Bienes Inmuebles, siempre y cuando dicho urbanizador realice efectivamente las obras y sea propietario.

Por último, el hecho de que la propia LUV califique esta relación como “contrato”, administrativo especial, pero al fin y al cabo “contrato”; está asumiendo esta afirmación.

3) La Administración Pública

¹¹⁷ GIMENO FELIÚ. J.Mª: “El urbanismo como actividad económica y mercado público: la aplicación de las normas de contratación pública”. *RAP*, núm. 173, Madrid, mayo-agosto (2007), pág. 85.

De lo dicho hasta ahora, la relación entre la Administración y el urbanizador regulada en la LUV coincidiría con el contrato mixto de obras-servicios regulado en la legislación nacional de contratación del sector público, en el que se exige para su existencia que se celebre por los entes, organismos y entidades enumerados en el artículo 3.¹¹⁸

En relación a este requisito, la identidad de sujetos es plena puesto que la LUV concede la posibilidad de programar a través de gestión indirecta a la Administración, la cual se considera un poder adjudicador, sujeto del sector público, según el citado artículo 3 TRLCSP. Además, no es un contrato privado porque una de las partes es la Administración y su objeto es la ejecución de una obra pública y una prestación de servicio.

4) El urbanizador

En el lado contrario a la Administración se encuentra el urbanizador.

Considerando que la relación de la Administración y el urbanizador es la de un contrato mixto, de obras y servicios, tal como se ha comentado anteriormente, y aplicada la teoría de la absorción en la fase de adjudicación, el urbanizador se identificaría con el contratista de obras de la legislación nacional de contratos, y por ello, aquél debería cumplir con los requisitos exigidos normativamente para este último. En concreto, el artículo 65 del TRLCSP requiere, cuando los contratos de obras y de servicios alcanzan determinados

¹¹⁸ El artículo 3 del TRLCSP diferencia en su ámbito subjetivo, los entes, organismos y entidades del Sector Público, que a su vez se dividen en poderes adjudicadores y otros sujetos. Dentro de los que sí son poderes adjudicadores, se diferenciarían las Administraciones Públicas, de aquellos organismos que no lo son.

valores, que el contratista haya obtenido la correspondiente clasificación; requisito éste que, aplicado a la figura del urbanizador, eliminaría absolutamente la posibilidad de que la mayoría de los propietarios de los terrenos participasen como urbanizadores de los mismos salvo que se dedicasen profesionalmente a la urbanización y poseyesen la clasificación requerida.

En relación a este requisito, debemos tener en cuenta que el mismo no forma parte del objeto del contrato de obras, y que por ello, la identificación entre este contrato y la relación Administración-urbanizador no queda enturbiado por su ausencia. En resumen, no hay problema conceptual, aunque pueda haberlo de régimen jurídico.

El artículo 65 del TRLCSP, considerado legislación básica al amparo del artículo 149.1.18 de la Constitución y la Disposición Final Segunda del TRLCSP, establece la clasificación, como requisito previo para contratar con las Administraciones Públicas en la ejecución de contratos de obras cuyo valor estimado sea igual o superior a 350.000 euros.¹¹⁹

Es cierto que dicha exigencia posee determinadas excepciones; no obstante, en ninguna de ellas se encuentra el supuesto de la ejecución de la urbanización a través de los diferentes sistemas de actuación que se regulan en las legislaciones autonómicas en materia urbanística.

¹¹⁹ Artículo 65 TRLCSP: "1. Para contratar con las Administraciones Públicas la ejecución de contratos de obras cuyo valor estimado sea igual o superior a 350.000 euros, o de contratos de servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a 120.000 euros, será requisito indispensable que el empresario se encuentre debidamente clasificado. Sin embargo, no será necesaria clasificación para celebrar contratos de servicios comprendidos en las categorías 6, 8, 21, 26 y 27 del Anexo II."

A modo de ejemplo, establecida la norma general en el primer apartado del artículo 65 TRLCSP, se reconocen a continuación determinadas excepciones a dicho mandato respecto a los contratos de servicios financieros, de investigación y desarrollo, jurídicos, de esparcimiento, culturales y deportivos cuando no alcancen determinados presupuestos, mucho más elevados que los establecidos de modo genérico para el contrato de obras; supuestos en los que no se encuentra la ejecución de la urbanización a través de los sistemas de actuación regulados en la normativa urbanística.

La excepción que la ley establece en el apartado segundo del citado artículo 65 TRLCSP, parece darnos una solución al problema respecto del principio de clasificación de las empresas: “en el caso de que una parte de la prestación objeto del contrato tenga que ser realizada por empresas especializadas que cuenten con una determinada habilitación o autorización profesional, la clasificación en el grupo correspondiente a esa especialización, en caso de ser exigida, podrá suplirse por el compromiso del empresario de subcontratar la ejecución de esta porción con otros empresarios que dispongan de la habilitación y, en su caso, clasificación necesarias, siempre que el importe de la parte que debe ser ejecutada por éstos no exceda del 50% del precio del contrato”. Aunque la norma está prevista para el subcontratista, naturaleza de la que no goza el empresario constructor, la idea podría ser aplicada al supuesto del urbanizador puesto que el fin sería el mismo: asegurar que el ejecutor material de las obras cuente con cierto grado de calidad. Esta excepción podría dar entrada al sistema urbanístico valenciano en la legislación nacional de contratos.

Si el urbanizador se compromete ante la Administración a que la ejecución de la urbanización se realice a través de una subcontrata con una empresa que sí posee la clasificación requerida, no es necesario que aquél

deba poseerla, solucionando con ello el problema de la exigencia de la clasificación en la parte del contrato de obras.¹²⁰

Estaríamos por lo tanto ante un contrato, cuya obligación principal constituye la ejecución de una obra pública, de la que resultaría aplicable su regulación normativa, y en el que la cualidad de urbanizador podría recaer en cualquier persona física o jurídica que ofreciese una garantía de cumplimiento.

Si la legislación urbanística valenciana obliga a diferenciar al urbanizador de la persona encargada de ejecutar las obras, es obvio que la clasificación debería exigirse en la persona que realiza materialmente las obras y no en el urbanizador en sí, pese a ser éste quien contrata directamente con la Administración.¹²¹

El problema se encuentra en el hecho de que esta excepción requiere para su aplicación que el importe de la parte que deba ser ejecutada por el

¹²⁰ Respecto a la parte del contrato que constituye servicios, al que el TRLCSP exige clasificación cuando sea igual o superior al importe de 120.000 euros, este requisito no supondría problemas de participación de los particulares, dado que sobre el mismo sería de aplicación la exigente del apartado segundo del artículo 65 TRLCSP; puesto que en la mayoría de los casos el importe del contrato suscrito con el urbanizador, correspondiente a la parte de servicios no superaría el porcentaje del 50 por 100 del precio del contrato.

¹²¹ Artículo 227 del TRLCSP:

“El contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación, salvo que el contrato o los pliegos dispongan lo contrario o que por su naturaleza y condiciones se deduzca que aquél ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario.

2. La celebración de los subcontratos estará sometida al cumplimiento de los siguientes requisitos: (...) “b. En todo caso, el adjudicatario deberá comunicar anticipadamente y por escrito a la Administración la intención de celebrar los subcontratos, señalando la parte de la prestación que se pretende subcontratar y la identidad del subcontratista, y justificando suficientemente la aptitud de éste para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia. En el caso que el subcontratista tuviera la clasificación adecuada para realizar la parte del contrato objeto de la subcontratación, la comunicación de esta circunstancia eximirá al contratista de la necesidad de justificar la aptitud de aquél. La acreditación de la aptitud del subcontratista podrá realizarse inmediatamente después de la celebración del subcontrato si ésta es necesaria para atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes y así se justifica suficientemente. (...)”

subcontratista clasificado no exceda del 50 por 100 del precio del contrato, límite bastante alejado del porcentaje que generalmente supone el presupuesto de ejecución de las obras de urbanización en el importe global de una actuación urbanizadora.

Una válvula de escape podría encontrarse en el artículo 66 del TRLCSP, que permite establecer una dispensa al respecto. No obstante, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se ha pronunciado en alguna ocasión¹²² acerca de las circunstancias que podrían motivar la adopción de dicha dispensa, fundamentándola en la concurrencia de características especiales o de urgencia que no se dan en el supuesto de la LUV. Por otra parte, la consideración de la clasificación como elemento básico que realiza el TC¹²³ también dificulta la aplicación de este mandato.

Junto a ello, en el caso específico de la LUV, las excepciones previstas en el artículo 120¹²⁴, relativas a la ejecución de las obras de urbanización por el propio urbanizador, tampoco tendrían cabida en el tema de la clasificación.

¹²² Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 19 de diciembre de 1991 y 7 de abril de 1992, relativos a los supuestos excepcionales de Barcelona 92 y la Expo de Sevilla.

¹²³ La STC 331/93 afirma que “la clasificación de los contratistas es un medio de acreditación ante el órgano de contratación correspondiente de la capacidad financiera, económica y técnica del contratista. Y, lo que es más importante, constituye un requisito de obligado cumplimiento para contratar con la Administración la ejecución de obras de determinado presupuesto (art. 98 LCE)... Las normas reguladoras de la clasificación de los contratistas afectan a los intereses de éstos y, más en general, a las condiciones de la contratación administrativa y al desarrollo de las actividades económicas privadas en régimen de libre competencia. Son normas que tienen por objeto garantizar la igualdad y la seguridad jurídica en la contratación pública, asegurando a los ciudadanos un tratamiento común por parte de todas las Administraciones, lo que las convierte en un elemento básico de la legislación sobre contratos.”

¹²⁴ Artículo 120 LUV: “El empresario constructor

(...) 6. No será preceptiva la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores cuando el presupuesto de ejecución de las obras de urbanización, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, no supere los 5.278.000 €, sin que pueda fraccionarse el contrato con objeto

Dejando aparte esta última situación, creada por las excepciones recogidas en el artículo 120 LUV, las cuales serán analizadas más adelante; únicamente cabe esperar que alguna revisión del TRLCSP exceptúe la necesidad de clasificación de la empresa en los sistemas de actuación urbanística, o, finalmente se regule el contrato administrativo urbanístico al que hacía referencia González- Varas Ibáñez.¹²⁵

En relación a la exigencia de clasificación y demás requisitos en el sujeto que efectivamente va a ejecutar la obra de urbanización, es necesaria la referencia a la jurisprudencia del TJCE, que ha considerado que la condición de urbanizador puede recaer en cualquier persona física o jurídica que ofrezca una garantía de cumplimiento; sin que sea necesario que la entidad adjudicataria sea capaz de realizarla directamente por sus propios medios.¹²⁶

Tal excepción debería ser considerada en la legislación básica del Estado, puesto que ello permitiría, en el supuesto de la legislación valenciana, que los propietarios optasen por la condición de urbanizador.

de disminuir su cuantía y eludir así lo dispuesto en los apartados anteriores, de conformidad con lo establecido en el artículo 68.2 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. En tal caso, las obras serán ejecutadas por el urbanizador, por si a a través de contratistas de su elección.

7. En aquellos Programas de Actuación Integrada que se desarrollen en terrenos de un único propietario, o en terrenos en los que exista acuerdo unánime de la totalidad de sus propietarios, y así lo acuerden tales propietarios con el urbanizador, no será preceptiva la licitación de las obras de urbanización conforme a lo dispuesto en los apartados 1 a 5 de este artículo, cualquiera que sea el presupuesto de ejecución. En tal caso, las obras serán ejecutadas en los términos pactados entre el urbanizador y los propietarios.”

¹²⁵ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. “El Estado desorientado: la necesidad... op. cit. págs. 12 y ss.

¹²⁶ Sentencias del TJCE: 25 de marzo 2010, Asunto C-451/08 (Müller); 18 de enero de 2007, Asunto C-220/05, Roanne; o 12 de julio de 2001; Asunto C-399/98, Scala.

Además, si finalmente, y según el sistema establecido en la normativa urbanística valenciana de separación entre el urbanizador y el empresario constructor, el urbanizador no va a ejecutar la urbanización, ¿por qué exigirle la clasificación aparte de para las funciones propias del contrato de servicios?

La clasificación debe ser exigida a la empresa que finalmente ejecute las obras de urbanización o materialice el resto de funciones del urbanizador, como un sistema de seguridad para el interés público, para los propietarios del suelo y para la propia Administración, que responderá frente a terceros de las obras que se ejecuten. La LUV lo pretende subrayar con la calificación de la relación Administración-urbanizador de contrato especial; no obstante, entiendo que tal calificación implica más problemas de los que pretende evitar.

De otro modo nos encontraríamos ante una contradicción difícilmente salvable que podría conducir a la quiebra del modelo urbanístico español, tal como anticipó en su día Julio Tejedor Bielsa:¹²⁷

La consecuencia que alcanza dicho autor es muy clara: si los diferentes sistemas de actuación previstos en las distintas regulaciones autonómicas en materia de urbanismo no se concilian con la legislación de contratos del sector público, están condenados a desaparecer porque dicha regulación desplaza

¹²⁷ TEJEDOR BIELSA, J., "Contratación de Obra Pública urbanizadora y Sistema de Compensación. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 12 de julio de 2001". *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 112, de oct.-dic. de 2001: "Así, a la confirmación de la estrechez de las competencias estatales que inciden sobre el urbanismo por la STC 164/2001, se une ahora, por tanto, la decisiva declaración de sujeción de la obra urbanizadora, como obra pública, a la normativa europea de contratación pública en cualquiera supuestos, esto es, no únicamente cuando sea la Administración la que directamente contrate la ejecución de la obra, sino también cuando sean terceros interpuestos quienes lo hagan. Asistimos así, en suma, a la posible quiebra de un modelo urbanístico unitario español, cuyo eje ha venido siendo la regulación de la propiedad privada del suelo, y al nacimiento, quizá apresurado y poco reflexivo, de un nuevo modelo urbanístico europeo, en el que la empresa y la garantía de la competencia se erigen como fundamentos y principios inspiradores. A la concepción propietarista del urbanismo parece suceder, ahora, una nueva y más auténtica en ocasiones, visión empresarial del mismo."

por completo la posibilidad de que los propietarios de los terrenos, por el sistema compensación o bajo la denominación que se haya adoptado, participen como urbanizadores de los mismos; conduciendo a que el sistema sea un contrato puro y duro de obras.

En relación a esta posición, entiendo que sería aplicable al supuesto de la normativa urbanística valenciana que estamos comentando, puesto que en la misma no se prevé un sistema específico de participación en el desarrollo del terreno para los propietarios afectados; pero no así a los sistemas de compensación¹²⁸ que recogen las diferentes legislaciones urbanísticas autonómicas.

En el sistema de compensación, la condición de urbanizador únicamente puede ser ocupada por los propietarios que además tiene derecho a la actuación por este sistema, desplazando al urbanizador cuando se cumplan determinados requisitos; al menos en la mayoría de las legislaciones autonómicas; por lo que remitir esta modalidad, a la normativa de contratación y exigir a la misma un concurso o licitación es absurdo puesto que la ejecución de las obras de urbanización debe ser asumida por los propietarios. Es decir, entiendo que en los sistemas de compensación no existe realmente un contrato entre los propietarios y la Administración, y por ello no es de aplicación al mismo ni la exigencia de clasificación, ni la aplicación de las Directivas sobre

¹²⁸ Este concepto engloba los diferentes sistemas gestión, regulados por las distintas legislaciones urbanísticas autonómicas, que bajo diferentes denominaciones, consisten en que la agrupación total de los propietarios afectados (puesto que en el caso de no querer agruparse se procederá a la expropiación del terreno y se perderá la condición de titular), asumen la función de gestionar y urbanizar el terreno, excluyendo tal sistema la participación de terceros en el desarrollo del suelo. Es decir, la elección de esta modalidad, implica que la condición de urbanizador va a ser *necesariamente* ocupada por los propietarios agrupados.

conurrencia o competencia.¹²⁹ Otra cosa será el posterior contrato que generalmente, las Juntas de Compensación deberán suscribir con el ejecutor material de las obras. Lora-Tamayo Vallvé¹³⁰ comenta que en esta segunda relación, el TJCE, en la Sentencia de la Scala, exige la aplicación de las Directivas comunitarias en materia de contratación. En mi opinión, el objeto de este contrato suscrito por los propietarios será el de un contrato de obras públicas, tanto a nivel comunitario como nacional, y la cuestión por tanto se encontrará si se puede considerar que la Junta de Compensación es bien un poder adjudicador, a nivel comunitario; bien un ente, organismo o entidad del sector público, a nivel de la normativa nacional de contratación.¹³¹

¹²⁹ En este sentido, GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F.: “La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el urbanismo valenciano”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 267, julio-agosto 2001, pág. 47, comenta que “para la aplicación de las Directivas comunitarias en materia de contratación pública es esencial la existencia de un contrato. Conforme al art. 1261 del Código Civil, «no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º consentimiento de los contratantes...» Y a tenor del artículo 1262 del mismo cuerpo legal «el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato». Pues bien, en el supuesto del propietarios que ejecuta obras de urbanización como deber urbanístico, cuyo cumplimiento es previo a la adquisición del derecho a edificar, sin ninguna clase de acuerdo o convenio con la Administración, ni ofrece, ni acepta, ni, por tanto, consiente el establecimiento de una determinada relación jurídica sino que ésta (la entrega de la obra de urbanización) surge del cumplimiento de una obligación legal.”

¹³⁰ LORA-TAMAYO VALLVÉ, M.: en “Ejecución de obra urbanizadora y Derecho comunitario (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de julio de 2001 el Teatro de la Escala)” *Revista General de Derecho Administrativo* nº 1, noviembre 2002, pág. 17: “la aplicación de esta interpretación del Tribunal de Justicia en el ordenamiento jurídico español es de gran interés puesto que las recientes y más novedosas legislaciones urbanísticas de las Comunidades Autónomas entienden que en la gestión indirecta de la urbanización por parte de un tercero, que puede coincidir o no con el titular de los terrenos, una vez suscrito un convenio que regula el contenido de una determinada actuación y en el régimen de contratación de prestaciones accesorias con carácter general, como veremos, el agente urbanizador parece ser libre de contratar por medios civiles y con quien lo prefiera la obra civil u otras prestaciones accesorias en algunos casos y en otros la legislación no dice nada al respecto”. En el mismo sentido, de la misma autora, *Urbanismo de obra pública y Derecho a urbanizar*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2002.

¹³¹ El TRLCSP no se aplica por igual según estemos ante una Administración Pública, un poder adjudicador, o un ente del sector público que no sea Administración Pública ni poder adjudicador. Asimismo, también resultaría interesante comprobar si por ejemplo entra dentro de la Directiva 17/2004 y Ley 31/2007. En relación a este último caso, la Junta de

Además, debe tenerse en cuenta que el Real Decreto Legislativo 2/2008, que aprobó el vigente texto de la Ley de Suelo, incluye como un derecho de los propietarios la posibilidad de ejecutar por ellos mismos las obras de urbanización de los terrenos de su propiedad. Si no se considerase a los propietarios como una excepción al requisito de clasificación exigido en la legislación de contratos nos encontraríamos con una contradicción entre ambas legislaciones – contratación y régimen urbanístico de la propiedad del suelo - , las dos de carácter estatal, que podría llevarnos incluso al absurdo de que el propietario privado de una sola parcela, a la que le faltasen determinados elementos de urbanización para ser considerada un solar, no pudiese participar activamente (los costes de urbanización serían finalmente desembolsados por el mismo) en la ejecución de la citada urbanización.

Es posible que, como comentó Martínez Morales¹³², exista un exceso de legislación “básica” en la normativa de contratos; no obstante, dicho exceso – en el caso de ser un problema de competencia, y no de conflicto de normas,¹³³ - únicamente puede ser considerado por el Tribunal Constitucional, por lo que mientras tanto debemos actuar con los medios que poseemos.

Compensación, aunque ostente ciertos derechos especiales y exclusivos, no entra dentro del ámbito de estos sectores por su propio objeto, puesto que no es agua, ni energía, etc...Por último, esta cuestión, en relación al supuesto concreto del urbanizador en la Comunidad Valenciana, será analizada en el Capítulo siguiente.

¹³² MARTÍNEZ MORALES, J.L.: “La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas versus la autonomía urbanística de las Comunidades Autónomas. El caso de la LRAU”. *Revista Documentación Administrativa*, Edit. INAP; año 2002; número 261 – 262; páginas 119:

“Los conflictos que puedan plantearse entre la legislación autonómica y la básica del Estado, deben abordarse desde el control de la legislación básica, porque su exuberancia y proliferación pueden reducir a la nada ámbitos de legislación autonómica, tan insospechadamente unida a la legislación de contratos como la urbanística.”

¹³³ Recordemos aquí lo comentado anteriormente en el Capítulo II del presente estudio al que nos remitimos, acerca de la cuestión de competencia, que debe ser resuelta por el TC, y la cuestión de conflicto, que debe ser resuelta por los órganos judiciales en aplicación de la cláusula de prevalencia prevista en el art. 149.3 de la Constitución Española.

De lo dicho hasta ahora podemos resumir que en la relación entre la Administración y el urbanizador, aquella parte relativa a la obra de urbanización es un contrato de obras según la definición que establece la legislación de contratos; por lo que entiendo que, en lugar de eludir esta identificación, la normativa valenciana debería haber buscado soluciones para coordinar ambos contratos.

Concretamente, nos hallaríamos ante un contrato mixto de obras y servicios, aplicándose la regulación prevista para el primero de ellos en la fase de adjudicación del contrato. Tal hecho plantearía el problema de la clasificación del contratista, exigida por la normativa de contratación, puesto que tal requisito eliminaría la opción de participar en el proceso de ejecución de urbanización a los propietarios. Por ello debería plantearse, bien una reforma en la normativa de contratación que unificase y coordinase los diferentes sistemas de actuación previstos en las Comunidades Autónomas, bien una modalidad de gestión específica para los propietarios – tipo el clásico sistema de compensación- que, teniendo en cuenta tal condición, excluyese la normativa de contratación y consecuentemente la exigencia de clasificación porque no hay contrato.

Apuntar de nuevo que la relación no puede ser identificada con la de una concesión de obra pública principalmente por el aspecto relativo a la remuneración de la concesión que requiere que el objeto del contrato sea susceptible de explotación económica, supuesto que no se da en la LUV:

V.2.2.a Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado

Por último, en cuanto a la calificación jurídica de la relación entre la Administración y el urbanizador se analiza el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (en adelante CPP).

Su creación se justifica, al igual que en el nacimiento de la figura del urbanizador, en la búsqueda de una financiación privada que sea capaz de asumir los costes que determinadas prestaciones implican, y que el presupuesto público no puede alcanzar.

Se trata de un contrato en el que la Administración o una Entidad pública empresarial u organismo similar de las Comunidades Autónomas encarga a una entidad de derecho privado la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación, incluya otra prestación como la construcción de obras, o la gestión integral de instalaciones complejas.¹³⁴

¹³⁴ El artículo 11 del TRLCSP, dice así: "1. Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquellos en que una Administración Pública o una Entidad pública empresarial u organismo similar de las Comunidades Autónomas encarga a una entidad de derecho privado, por un período determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda algunas de las siguientes prestaciones:

- a) La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión.
- b) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.
- c) La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollado con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.
- d) Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado."

Carlón Ruiz,¹³⁵ al plantearse las circunstancias que cualifican a este tipo de contratos, concluye que evidentemente no es el dato recogido en el artículo 11 del *TRLCSP* relativo al servicio público o a la actuación de interés general; sino que “lo que determina la cualificación objetiva de estos contratos es la combinación del criterio de globalidad e integración de las actuaciones y, sobre todo, el de su complejidad”.

La definición de estos contratos en el *TRLCSP* es la de un cajón de sastre, puesto que serán la Administración y el contratista quienes concreten los elementos y el objeto del contrato en cada caso¹³⁶.

Es decir, lo único que caracteriza a este nuevo tipo de contrato es que comprende una actuación global e integrada que ha de comprender prestaciones de diversos tipos.¹³⁷

Las características que sintetizan el CPP son las siguientes:

- Objeto del contrato: Según Chinchilla Marín,¹³⁸ el objeto del CPP consiste en la realización de una actuación global e integrada que, además de

¹³⁵ CARLÓN RUIZ, M. en “El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nº 140, año 2008, pág. 663.

¹³⁶ MORENO MOLINA, J.A.: comenta que “la definición de los contratos de colaboración público-privada es imprecisa y deja abierta la posibilidad de que Administración y contratista concreten los elementos y el objeto del contrato en cada caso”. En *La Nueva Ley de Contratos del Sector Público*. Editorial La Ley. 1ª reimpresión. Madrid, 2008, pag.236

¹³⁷ JIMÉNEZ DÍAZ, A., en “Técnicas contractuales de colaboración público-privada (II): el contrato de colaboración público-privada en la nueva ley de contratos del sector público” en *Obra Colectiva: La colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Aspectos administrativos y financieros*, Editorial La Ley, febrero 2009. (Coordinador: Jorge Villarino Marzo) se expresa así en relación al CPP y su relación con el resto de figuras contractuales: “Como puede verse, la Ley concibe el contrato de colaboración en términos tales que permiten convertir en un contrato de esa naturaleza prácticamente todos los objetos contractuales previamente definidos en la propia Ley. En efecto, en la caracterización del objeto del contrato de colaboración se dan cita elementos del contrato de obras, del de concesión de obra pública, del contrato de gestión de servicios públicos, del de suministro y del de prestación de servicios, esto es, elementos propios de la mayoría de los contratos definidos previamente en los artículos precedentes.”

financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones interés general, comprende alguna prestación más, estando enumeradas todas ellas por la Ley y constituyendo el objeto propio de los contratos típicos. Entiendo que nada obstaría a que el contrato pudiera incluir alguna prestación fuera de las enumeradas por la Ley.

- Duración. Se trata de un contrato de larga duración, que responde y es acorde con la complejidad del objeto del contrato. El artículo 314 TRLCSP,¹³⁹ establece un período máximo de 20 años; no obstante, se establece una excepción que alargará dicho período cuando en atención a la prestación principal su régimen aplicable sea el de los contratos de concesión de obra pública.¹⁴⁰

¹³⁸ CHINCHILLA MARÍN, C.: “El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado” en *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, nº 132, 2006 pág. 625.

¹³⁹ Artículo 314 del TRLCSP: “La duración de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado no podrá exceder de 20 años. No obstante, cuando por razón de la prestación principal que constituye su objeto y de su configuración, el régimen aplicable sea el propio de los contratos de concesión de obra pública, se estará a lo dispuesto en el artículo 268 sobre la duración de éstos.”

¹⁴⁰ La excesiva duración que permite la norma respecto al CPP es contemplada por diversos autores como uno de los aspectos negativos de este contrato, al permitir hipotecar una futura gestión de las Administraciones Públicas. En relación a este aspecto, GONZÁLEZ GARCÍA, J. V. en “Contrato de colaboración público-privada”, *Revista de Administración Pública*, núm. 170, Madrid, mayo-agosto (2006), pág. 9 dice así: “Esta proyección futura plantea el problema, sin embargo, de que con ello se está condicionando la acción pública en un número de anualidades que excede de los plazos normales en los procesos electorales y, por ende, cuestiona la capacidad de que la fuerza que ha obtenido la mayoría electoral pueda desarrollar su programa de gobierno, ya que está condicionado por decisiones con las que puede no estar de acuerdo en el fondo o en la forma de ejecutarlo.”

En el mismo sentido, HUERTA BARAJAS, J. A. en “Contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado en los programas y contratos de defensa”, *Contratación Administrativa Práctica* nº 78 septiembre 2008, Editorial la Ley, pág. 32 y ss, califica este aspecto como una de las debilidades de este tipo de contrato pronunciándose del siguiente modo: “3. La CPP implica una cierta dependencia a largo plazo. Como quiera que sea condición esencial de este proceso la necesidad de inversiones a largo plazo para ser

- Remuneración del contratista. El artículo 11.4 establece que la contraprestación a percibir por el contratista será un precio que se pagará durante toda la duración del contrato. Esto puede resultar contradictorio cuando el objeto del CPP coincida con el de la concesión de obras públicas, puesto que deberá haber explotación.
- Principio de Riesgo y Ventura. El régimen general del principio de riesgo y ventura, recogido en el artículo 215 del TRLCSP es aplicable al CPP. No obstante, el artículo 136 del TRLCSP¹⁴¹, ya en el concreto ámbito de la CPP, establece que en el documento contractual del mismo deberá incluirse el reparto de riesgos entre el sector público y el sector privado.¹⁴²

Con esta descripción tan abierta, es obvio que la relación entre el urbanizador y la Administración encaja en este tipo de contrato: nos hallamos ante una actuación global, en el que como se ha comentado anteriormente no existe una identidad plena y total con ninguno de los hasta ahora llamados contratos típicos.¹⁴³

atractivo para el sector privado, al mismo tiempo para los poderes públicos puede ser una hipoteca o límite para la toma de decisiones de la gestión pública futura. De aquí la necesidad de la planificación de objetivos estables de futuro que no limiten la acción de gobierno. Lo que hoy se considera óptimo, mañana puede ser inadecuado; se hace preciso establecer mecanismos correctores claros y precisos.”

¹⁴¹ Artículo 120 TRLCSP: “Clausulado del contrato. Los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado deberán incluir necesariamente, además de las cláusulas relativas a los extremos previstos en el artículo 26, estipulaciones referidas a los siguientes aspectos: a. (...) b. Condiciones de reparto de riesgos entre la Administración y el contratista, desglosando y precisando la imputación de los riesgos derivados de la variación de los costes de las prestaciones y la imputación de los riesgos de disponibilidad o de demanda de dichas prestaciones.”

¹⁴² El reparto de riesgos, tal como lo recoge el artículo 136 TRLCSP, además de ser clave en el CPP, es una característica de identificación del contrato de servicios.

¹⁴³ BRIERA DALMAU, C.:en “Los contratos de colaboración público-privado” en *Revista Española de Derecho Administrativo* n.º 149, enero-febrero 2011, pág. 139, comenta que el CPP “se trata, como han dicho diversos autores, de un modelo para armar, esto es, un

Para que dicho contrato sea de aplicación a la relación entre la Administración y el urbanizador, debe tenerse en cuenta que según el mandato previsto en el apartado segundo del artículo 11 del citado TRLCSP¹⁴⁴, podrá utilizarse este tipo de contrato cuando previamente se haya puesto de manifiesto que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas.¹⁴⁵

Con independencia de que en cada caso se realice una evaluación previa de conformidad con el TRLCSP, si algo ha confirmado la polémica acerca de la naturaleza jurídica del urbanizador, es que no existe una identificación plena – al menos pacífica -con ninguno de los tradicionales contratos típicos.

Este hecho, y el pronunciamiento del TJCE en la Sentencia de 26 de mayo de 2011 sobre la LUV, en la que sin calificar la relación Administración-

contrato en el que tiene cabida el objeto de cualquiera de los otros contratos típicos, siempre que sea de larga duración, se trata de realizar una actuación compleja, global e integrada, deba realizarse un reparto de riesgos, el operador privado participe en el proyecto desde el primer momento, se abone una contraprestación por parte de la Administración durante toda la vida del contrato y exija la financiación por el sector privado; y al que se recurrirá una vez se haya justificado por parte de la Administración contratante que las otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas”.

¹⁴⁴ El apartado segundo del artículo 11 del TRLCSP dice así: “2. Sólo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el artículo 118, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas.”

¹⁴⁵ Artículo 134 TRLCSP. “Evaluación previa.

1. Con carácter previo a la iniciación de un expediente de contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, la Administración o entidad contratante deberá elaborar un documento de evaluación en que se ponga de manifiesto que, habida cuenta de la complejidad del contrato, no se encuentra en condiciones de definir, con carácter previo a la licitación, los medios técnicos necesarios para alcanzar los objetivos proyectados o de establecer los mecanismos jurídicos y financieros para llevar a cabo el contrato, y se efectúe un análisis comparativo con formas alternativas de contratación que justifiquen en términos de obtención de mayor valor por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos, los motivos de carácter jurídico, económico, administrativo y financiero que recomienden la adopción de esta fórmula de contratación.”

urbanizador excluye que nos hallemos ante un contrato público de obras de acuerdo con la Directiva, figura contractual respecto a la que considero existen más semejanzas, conducen a que dicha relación pueda ser declarada como un CPP. Por otra parte, en esta opción, el procedimiento previsto en la legislación valenciana encajaría en el diálogo competitivo previsto para el desarrollo del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.

El diálogo competitivo¹⁴⁶ es un procedimiento de adjudicación de contratos caracterizado por su flexibilidad. Su uso está previsto para contratos de gran complejidad en los que resultan necesarios diferentes puntos de vista sobre el contrato; es decir un “diálogo” entre los participantes seleccionados por el ente administrativo que determine y defina el contenido el contrato, matiz que excluye de plano a los aspirantes que no se dediquen a este tipo de actividades.¹⁴⁷

¹⁴⁶ El diálogo competitivo se regula en los artículos 179 y siguientes del TRLCSP. El primero de dichos artículos, que caracteriza esta modalidad de adjudicación de un contrato dice así:

“1. En el diálogo competitivo, el órgano de contratación dirige un diálogo con los candidatos seleccionados, previa solicitud de los mismos, a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades y que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta.”

¹⁴⁷ Artículo 182 del TRLCSP: “Diálogo con los candidatos.

1. El órgano de contratación desarrollará, con los candidatos seleccionados, un diálogo cuyo fin será determinar y definir los medios adecuados para satisfacer sus necesidades. En el transcurso de este diálogo, podrán debatirse todos los aspectos del contrato con los candidatos seleccionados.

2. Durante el diálogo, el órgano de contratación dará un trato igual a todos los licitadores y, en particular, no facilitará, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto al resto.

El órgano de contratación no podrá revelar a los demás participantes las soluciones propuestas por un participante u otros datos confidenciales que éste les comunique sin previo acuerdo de éste.

3. El procedimiento podrá articularse en fases sucesivas, a fin de reducir progresivamente el número de soluciones a examinar durante la fase de diálogo mediante la aplicación de los criterios indicados en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo, indicándose en éstos si se va a hacer uso de esta posibilidad. El número de soluciones que se examinen en

Este tipo de procedimiento concertaría con el artículo 155.6 LUV, que permite adjudicar el contrato bajo un contenido diferente al que ha sido objeto de las ofertas.¹⁴⁸ No obstante, la falta de definición del contenido del contrato y su propia configuración, dificultan mucho y prácticamente imposibilitan, la participación de los propietarios no profesionales en el proceso, y además el procedimiento es poco ágil y dificulta por ello la búsqueda de la rapidez y eficacia propósitos del urbanismo.

Por otra parte, en el diálogo competitivo, en principio, puede solicitar su participación todo operador; no obstante, el apartado segundo del artículo 181 TRLCSP¹⁴⁹, que regula la apertura y solicitudes de participación en el mismo, hace una remisión a las normas relativas al procedimiento restringido, siendo posible por tanto, la limitación del número de empresas a las que se invitará a participar en el procedimiento. Posteriormente, el órgano de contratación desarrollará con los candidatos seleccionados un diálogo, con el fin de

la fase final deberá ser lo suficientemente amplio como para garantizar una competencia efectiva entre ellas, siempre que se hayan presentado un número suficiente de soluciones o de candidatos adecuados.

4. El órgano de contratación proseguirá el diálogo hasta que se encuentre en condiciones de determinar, después de compararlas, si es preciso, las soluciones que puedan responder a sus necesidades.

Tras declarar cerrado el diálogo e informar de ello a todos los participantes, el órgano de contratación les invitará a que presenten su oferta final, basada en la solución o soluciones presentadas y especificadas durante la fase de diálogo, indicando la fecha límite, la dirección a la que deba enviarse y la lengua o lenguas en que puedan estar redactadas, si se admite alguna otra además del castellano.”

¹⁴⁸ Como se ha expuesto anteriormente, GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., en “Gestión urbanística, sistemas,...” op. cit. pág. 109, afirma que la posibilidad de modificar la propuesta que permite el artículo 155.6 LUV no es conforme con los principios de publicidad y concurrencia. La LUV permite que se pueda adjudicar algo diferente a lo ofertado, y ello es difícil de encajar en el Ordenamiento Jurídico.

¹⁴⁹ Apartado segundo del artículo 181 TRLCSP: “2. Serán de aplicación en este procedimiento las normas contenidas en los artículos 163 a 165, ambos inclusive. No obstante, en caso de que se decida limitar el número de empresas a las que se invitará a tomar parte en el diálogo, éste no podrá ser inferior a tres.”

determinar y definir los medios adecuados para satisfacer sus necesidades. Cerrado el diálogo, se invitará a los participantes a presentar una oferta final. Finalmente, el órgano de contratación seleccionará una propuesta. Estas normas no casan con la tramitación prevista por la LUV para la selección del urbanizador, y puesto que el artículo 180 TRLCSP dispone que los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado se adjudicarán por este procedimiento, la identificación de la relación urbanizador - Administración con el CPP implicaría la modificación total del procedimiento previsto para la primera de éstas.

Además de ello, el problema de este tipo contractual se encontraría en la participación de los propietarios afectados como urbanizadores. En este tipo de contrato no se exige clasificación en el contratista, por lo que en principio se les daría participación y podrían optar a la condición de urbanizador. No obstante, se dice en principio, porque el artículo 136 del TRLCSP, en su apartado a), indica que se debe identificar la prestación principal del CPP porque su objeto condicionará el régimen sustantivo aplicable.¹⁵⁰ Es decir, que si la prestación principal es la ejecución de una obra, se aplicará la regulación del contrato de obras y el régimen de la clasificación de éste, siempre y cuando ésta no desnaturalice la funcionalidad y contenido del CPP, dejando por ello fuera de participación a los propietarios.

Además, la gran complejidad del contrato sería fatal para el frágil sistema planteado por la LUV, que acabaría siendo un caos y un sistema impracticable.

¹⁵⁰ Artículo 120.a) TRLCSP: “Los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado deberán incluir necesariamente, además de las cláusulas relativas a los extremos previstos en el artículo 26, estipulaciones referidas a los siguientes aspectos: a) Identificación de las prestaciones principales que constituyen su objeto, que condicionarán el régimen sustantivo aplicable al contrato, de conformidad con lo previsto en la letra m) de este artículo y en el artículo 313...”

Por otro lado, como se ha comentado anteriormente, la importancia del objeto del CPP es la financiación y la complejidad del objeto. Por ello, se da un diálogo competitivo entre distintas entidades de derecho privado que van a fijar las condiciones del contrato. En la relación entre la Administración y el urbanizador, la finalidad es la ejecución de obras públicas, mientras que en el CPP es la realización de una actuación global que requiere principalmente financiación. No obstante, la cuestión se centra en la remuneración y no en el objeto, asunto de menor entidad en este caso.

Por último, ambos contratos también difieren en el modo de retribución. Mientras que el urbanizador recibe el pago de los propietarios afectados, el contratista en el CPP será remunerado por la Administración a través de un precio que se hará efectivo durante toda la duración del contrato y en función al rendimiento.

V.2.2.a Conclusión

Concluyendo, la relación prevista en la LUV entre el urbanizador y la Administración es, en mi opinión, un contrato mixto de obras públicas y servicios, y así lo ha confirmado en reiteradas ocasiones el Tribunal Supremo, tal como se ha expuesto.

A pesar de que la LUV declare el carácter especial de este contrato, la voluntad del TRLCSP es dejar esta categoría contractual como residual, reuniendo la mayor cantidad de contratos bajo su regulación.

Por ello, pese a dicha calificación de especial, debemos tener en cuenta que hay una identidad entre los objetos de ambos contratos (urbanizador y de obras), y que son contratos administrativos especiales los que tienen “*un objeto distinto*” al de los contratos hasta ahora llamados típicos y recogidos en el

apartado primero del artículo 19 del TRLCSP¹⁵¹, requisito este último que no se da en la situación en la que nos encontramos.

Por lo tanto, las definiciones expuestas y los mandatos recogidos en los preceptos citados, principalmente en cuanto a la calificación de contratos se refiere, nos deben obligar a considerar que la calificación de la relación urbanizador- Administración, como contrato administrativo especial no es viable.

Por otra parte, el hecho de que la citada relación tenga cabida en el CPP no debe suponer ninguna objeción a tal afirmación, porque todo contrato que goce de cierta complejidad tiene entrada en este tipo de contrato. El CPP ha supuesto la regulación normativa de la huida de la tipicidad que ponían en práctica muchas Administraciones y que fue el objetivo de la normativa urbanística valenciana con la creación de la figura del urbanizador. Por ello, a la hora de confirmar la naturaleza jurídica de una determinada relación, en lugar de acudir a ese cajón de sastre en el que todo vale, debería intentar aplicarse, en primer lugar, esos contratos típicos de los que se ha pretendido huir.

Esto, por otra parte se encuentra regulado en el artículo 11 del TRLCSP, que otorga al CPP, al igual que en los contratos especiales, un sentido residual: entrará en juego cuando mediante los contratos típicos no se puedan satisfacer directamente las necesidades públicas, por lo que en cualquier caso el recurso

¹⁵¹ Artículo 19 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público: 1. (a...) “b) Los contratos de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados”...

Capítulo cuarto: El urbanizador en la Ley 16//2005, Urbanística Valenciana

a este contrato deberá justificarse adecuadamente, de acuerdo con el artículo 136 TRLCSP.

Si como se ha dicho, la relación puede ser calificada como contrato mixto, queda descartada la aplicación del CPP.

TERCERA PARTE

V. CAPÍTULO QUINTO: LAS RELACIONES ENTRE EL URBANIZADOR Y EL EMPRESARIO CONSTRUCTOR: NATURALEZA JURÍDICA

V.1 INTRODUCCIÓN

La innovación de la Ley 16/2005, Urbanística Valenciana es que separa la fase de planeamiento, si la hay, programación y gestión del suelo, de la fase de ejecución de las obras de urbanización.

Esta separación hace aparecer en escena dos personajes con papel protagonista: por un lado el urbanizador, calificado en los propios términos de la LUV como agente público responsable del desarrollo y ejecución, de la redacción de los documentos técnicos y contratación del ejecutor material de las obras; y por otro, el empresario constructor, que será el responsable de ejecutar el proyecto de urbanización aprobado por la Administración.¹

La separación de ambas figuras ha provocado en la práctica que la cuestión principal en el desarrollo de un suelo se traslade a la selección de dicho empresario constructor, por recaer en el mismo la posibilidad de obtención del mayor beneficio económico que genera el desarrollo urbanístico y porque es el responsable de ejecutar la obra, objetivo final del proceso de urbanización.

¹ Respecto a la relación entre el urbanizador y el empresario constructor, véase RIVERO YSERN, E. *El Derecho Administrativo y las relaciones entre particulares*. Sevilla: Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1969.

La calificación jurídica de la relación del urbanizador con el empresario constructor provoca numerosas cuestiones, que hacen necesario un análisis de su naturaleza jurídica.

La legislación valenciana califica dicha relación como “privada” en diferentes ocasiones a lo largo de su articulado:

Así, el artículo 160.8 LUV dice así:

Las relaciones entre urbanizador y empresario constructor tendrán en todo caso naturaleza privada, aplicándose a las mismas lo que establece el artículo 116 del texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, aprobado por Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio².

También en su Preámbulo, se afirma que la relación entre ambos sujetos tiene carácter privado:

*Incluso **reconociendo el carácter privado** de la relación jurídica que une a ambos operadores económicos, el empresario constructor tendrá que ser seleccionado por el urbanizador por medio de concurso o subasta³, siguiendo un procedimiento en el que quede garantizada la efectividad de todos y cada uno de los principios reguladores de la contratación pública, estableciendo un sistema ágil de tutela administrativa que ratifique con plenas garantías jurídicas el cumplimiento de la normativa de contratación pública.*

² El Real Decreto Legislativo 2/2000, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se encuentra actualmente derogado, siendo la norma básica en materia de contratación pública el TRLCSP aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

³ En cuanto a las referencias que realiza la LUV al concurso o subasta, debe tenerse en cuenta que el TRCSP no utiliza estas denominaciones para las formas de adjudicación.

Es decir, la LUV intenta despejar las dudas que puedan surgir al respecto y confirma el carácter privado de la relación. No obstante, el interés público existente en la obra de urbanización afecta numerosos aspectos de la misma, que originan una muy compleja situación en la que se entremezclan rasgos de Derecho público y privado. Ello, junto a las grandes lagunas normativas que existen en relación al tema, crean un entorno de incertidumbre que va a intentar ser resuelto en las próximas páginas.

Lorente Tallada y Costa Castellá⁴ describen dicha relación declarando que se trata de un negocio jurídico privado, autorizado por la ley, en beneficio de una mayor operatividad del urbanizador, que está sometido a unos requisitos de publicidad y concurrencia de naturaleza jurídico-pública. Respecto a tales requisitos, es una contradicción que la LUV huya de la aplicación de las Directivas Comunitarias en materia de contratación pública para definir la naturaleza del contrato que une a la Administración con el urbanizador, tal como se ha comentado anteriormente, pero en cambio sí pretenda aplicar sus bases en la selección del empresario constructor exigiendo para su elección un procedimiento de publicidad propio de la contratación pública.

Dejando de lado tal apunte, la definición realizada por Lorente y Costa no es suficiente, puesto que en dicha relación existen otras “injerencias” que poseen naturaleza jurídico-pública y que ponen en duda el carácter privado de la mencionada relación, como por ejemplo el hecho de que la LUV exige que el empresario constructor sea seleccionado mediante concurso o subasta, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 82 y siguientes del TRLCAP⁵, que

⁴ LORENTE TALLADA, J.L y COSTA CASTELLÁ, E.: *Ejecución material del PAI: contratación de obras, derechos y deberes de las partes*. En *Obra Colectiva: Derecho Urbanístico de la Comunidad Valenciana*, dirigido por Enrique Sánchez Goyanes. El Consultor de los Ayuntamientos (La Ley), Madrid, 2006. Págs. 1007 y ss.

⁵ La Ley 30/2007, ahora refundida en el TRLCSP, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, eliminó lo que el TRLCAP denominaba “formas de contratación” - subasta y

la selección del empresario constructor se realice bajo fe pública notarial, o la intervención de la Administración ante un determinado incumplimiento ...

Es decir, en la relación entre el urbanizador y el empresario constructor, existen pues no uno, sino varios y muy sustanciosos aspectos que poseen un incuestionable carácter público y que plantean la cuestión de si realmente nos encontramos ante una relación privada.

Además, por otra parte, el carácter privado del vínculo que une al urbanizador y el empresario constructor también se cuestiona, dado el limitado y prácticamente nulo contenido de la autonomía de la voluntad que se da en dicha relación.⁶ Y ello porque la LUV y ROGTU, a pesar de calificar la relación como privada, regulan el procedimiento de selección, aspectos relativos a su ejecución, así como en determinados supuestos su incumplimiento. Por ello, ante dicha regulación cabe preguntarse si queda alguna esfera dentro de la autonomía de la voluntad. A pesar de que en el mundo jurídico cada vez existan más normas que regulan, o al menos intentan regular, todos los supuestos que pueden ocurrir en determinado caso⁷, la calificación de la

concurso-, siendo el procedimiento abierto o restringido cuyo único criterio de adjudicación es el precio más bajo, el equivalente a la vieja subasta; y los procedimientos abiertos o restringidos donde se consideran varios criterios de selección, equivalentes al concurso.

⁶ En este tema resulta de interés el establecimiento de unos límites a la autonomía de la voluntad en la subcontratación que se impusieron con la aprobación de la Ley de Contratos (art. 116 TRLCAP). En su momento, se plantearon dudas sobre si era correcta la imposición de dichas limitaciones en una relación privada. Pese a que el Consejo de Estado justificó que tales limitaciones eran necesarias para salvaguardar el interés público, otros autores, como GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E. en *La cesión del contrato administrativo. La subcontratación*, Civitas, Madrid, primera edición 1997, página 110, se posicionaron en contra: “Y es difícilmente justificable que un contratista se vea compelido a abonar los pagos al suministrador como máximo en un plazo equivalente al que tiene la Administración para abonarle al contratista el pago del precio pactado. Constituye una vía de intervencionismo impropio, que rompe con los principios de oferta y demanda, y que se convierte de hecho – la práctica demostrará si es realmente útil- en un instrumento de protección hacia los subcontratistas y suministradores.”

⁷ Ejemplo de dicho intervencionismo lo encontramos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, modificada por la Ley 15/2010, de 5 de julio, por la que se establecen medidas de lucha

relación como privada requiere otorgar cierto margen a la autonomía de la voluntad, y ante la regulación que plantea la LUV al respecto cabe preguntarse si ese mínimo es respetado o no.

De lo dicho hasta ahora resulta que el carácter público o privado de la relación urbanizador-empresario constructor no es una cuestión pacífica, máxime cuando existe un incumplimiento por alguna de ambas partes, y en atención a ello, no se puede ejecutar la obra pública; por ello, la primera cuestión a despejar será la identificación de la figura jurídica ante la que nos hallamos.

La tipificación de tal relación ayudará a calificarla como pública y privada e indicará el régimen legal aplicable, labor que se anuncia compleja, dada la mezcla de elementos que se dan en la misma.

contra la morosidad en las operaciones comerciales tanto a nivel privado como público, cuya justificación, tal como comentan GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, J.A. y RECUERDA GIRELA, M.A. en “Problemas de aplicación de la nueva Ley de Morosidad y su especial incidencia en los contratos del sector público”, *REDA* nº 150, 2011, pág. 333, se encuentra en la adaptación “a los cambios que se están produciendo en el entorno económico, particularmente como consecuencia de la crisis que se está traduciendo en un aumento de impagos, retrasos y prórrogas en las liquidaciones de facturas vencidas, que afecta a la mayor parte de los sectores”. Otros ejemplos de dicho intervencionismo serían la Directiva 2000/35/CE o la Ley 32/2006, reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción que, según su exposición de motivos, establece una serie de garantías dirigidas a evitar que la falta de control en la subcontratación ocasione situaciones objetivas de riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores. Dichas cautelas, tal como continúa declarando la Ley se dirigen en una triple dirección: “en primer lugar, exigiendo el cumplimiento de determinadas condiciones para que las subcontrataciones que se efectúen a partir del tercer nivel de subcontratación respondan a causas objetivas, con el fin de prevenir prácticas que pudieran derivar en riesgos para la seguridad y salud en el trabajo. En segundo lugar, exigiendo una serie de requisitos de calidad o solvencia a las empresas que vayan a actuar en este sector, y reforzando estas garantías en relación con la acreditación de la formación en prevención de riesgos laborales de sus recursos humanos, con la acreditación de la organización preventiva de la propia empresa y con la calidad del empleo precisando unas mínimas condiciones de estabilidad en el conjunto de la empresa. Y, en tercer lugar, introduciendo los adecuados mecanismos de transparencia en las obras de construcción, mediante determinados sistemas documentales y de reforzamiento de los mecanismos de participación de los trabajadores de las distintas empresas que intervienen en la obra.”

Por otra parte, la vigente regulación urbanística valenciana, con el objetivo de agilizar el proceso, parece descargar en la figura del urbanizador el procedimiento de selección del empresario constructor, dejando a la Administración apenas una posibilidad de ratificación - apresurada - de dicha selección.⁸ Esta situación está provocando que la interpretación de las normas que regulan esta cuestión se encamine a ampliar la posibilidad de actuación de los municipios que, de otro modo, pueden verse responsables y obligados ante la ejecución de una urbanización sobre la que apenas han podido pronunciarse.

Dicha cuestión, junto a la que origina el análisis de la naturaleza jurídica de la relación entre el urbanizador y el constructor, son los temas más relevantes de la legislación urbanística valenciana, y los tratados a continuación.

⁸ En la subcontratación, ocurre algo parecido, aunque el subcontratista no tiene relación con la Administración Pública y la intervención de esta última en el subcontrato es menor que en la relación entre el urbanizador y el empresario constructor.

V.2 NATURALEZA JURÍDICA

V.2.1 Planteamiento.

Como ya ha sido comentado, la LUV declara que nos hallamos ante una relación privada, tanto en su Preámbulo como en el artículo 160.8. No obstante ello, existen muchos aspectos públicos en esta relación que cuestionan el carácter privado de la misma:

- El artículo 160 de la LUV⁹ requiere que la selección del empresario constructor se realice bajo fe pública notarial, al menos, en lo que se

⁹ El artículo 160 de la LUV dice así: "Licitación de las obras de urbanización.

1. El empresario constructor será seleccionado conforme a lo que se establece en el artículo 120 de la presente Ley.
2. Los costes que por la obra de urbanización se giren mediante cuotas de urbanización a los propietarios, se ajustarán a los que resulten de la liquidación real del contrato, ejecutándose en régimen de transparencia contable, lo que tendrá que ser fiscalizado por la administración actuante en los términos que se determinen reglamentariamente.
3. La selección del empresario constructor corresponde al urbanizador, habiendo de realizarse bajo fe pública notarial, al menos, la presentación de las ofertas, la apertura pública de las plicas y la garantía de la integridad de la documentación presentada por los licitadores.
4. El pliego de cláusulas particulares y de prescripciones técnicas que hayan de regir el concurso de selección del empresario constructor serán comunicadas por el urbanizador al ayuntamiento, el cual las ratificará o rectificará, con audiencia previa sucinta del urbanizador en caso de rectificación, en un plazo máximo de 15 días. Transcurrido el plazo sin que el ayuntamiento se haya pronunciado expresamente se entenderá ratificada la propuesta. El ayuntamiento solo podrá rectificar la propuesta del urbanizador por disconformidad de la misma con disposiciones legales o reglamentarias.
5. La resolución del ayuntamiento a que hace referencia el apartado anterior es inmediatamente ejecutiva y pone fin a la vía administrativa, y su incumplimiento por el urbanizador es causa de resolución del contrato para el desarrollo y ejecución del programa, con confiscación de la garantía definitiva.

refiere a la presentación de las ofertas, la apertura pública de las plicas y la garantía de la integridad de la documentación presentada por los licitadores.

- Asimismo, y también recogido en el citado artículo 160 LUV, en relación a la selección del empresario constructor, la Administración debe ratificar o rectificar los pliegos, adoptándose al respecto un acto administrativo que puede ser objeto de recurso. Además, seleccionado el empresario por el urbanizador, ratificará o rectificará el nombramiento.
- Por otra parte, en el caso de que se vaya a excluir a un licitador, debe iniciarse un procedimiento en el que la Administración dará audiencia al interesado. Es decir, una nueva remisión a un procedimiento administrativo en el que la Administración dirige su desarrollo.
- Por último, en cuanto a la intervención de la Administración se trata, el artículo 369 del ROGTU¹⁰ dispone que en el caso de existir un

6. Una vez tramitado el procedimiento para la selección del empresario constructor por el urbanizador, y con carácter inmediatamente anterior a la adjudicación, el urbanizador comunicará la propuesta de adjudicación al ayuntamiento, que la ratificará o rectificará, con audiencia previa sucinta del urbanizador y de los licitadores en caso de rectificación, en un plazo máximo de 15 días. Transcurrido el plazo sin que el ayuntamiento se haya pronunciado expresamente se entenderá ratificada la propuesta. El ayuntamiento solo podrá rectificar la propuesta del urbanizador por disconformidad de la misma con disposiciones legales o reglamentarias aplicables o con el pliego de cláusulas particulares o de prescripciones técnicas.

7. La resolución del ayuntamiento a que hace referencia el apartado anterior es inmediatamente ejecutiva y pone fin a la vía administrativa y su incumplimiento por el urbanizador es causa de resolución del contrato para el desarrollo y ejecución del programa, con confiscación de la garantía definitiva...”

¹⁰ Artículo 369 ROGTU. Subrogación administrativa en caso de incumplimiento del Empresario Constructor y pasividad del Urbanizador:

incumplimiento continuado por el empresario constructor de las obligaciones que le corresponden, y este incumplimiento conlleve la paralización de las obras de urbanización por un plazo superior a dos meses, o el perjuicio de forma grave al interés general, la Administración podrá subrogarse en todos los “derechos” del urbanizador relativos a exigir del empresario constructor el cumplimiento y las penalizaciones que procedan, en el supuesto en que el urbanizador haya hecho dejación de sus funciones al efecto.

Es decir, son muchos los rasgos públicos que se dan en esta relación, a la que la LUV califica como privada, y que hacen cuestionar tal naturaleza.

Por otra parte, el hecho de que la práctica totalidad de la relación se encuentre regulada y establecida en la Ley también hace cuestionar qué le queda al ámbito de la autonomía de la voluntad, rasgo esencial de todo contrato privado.¹¹

“Ante el incumplimiento continuado por el Empresario Constructor de las obligaciones que para él deriven del Contrato con el Urbanizador, que determine la paralización de las obras de urbanización por plazo superior a dos meses, o de cualquier otro modo perjudique de forma grave el interés general, la Administración actuante podrá subrogarse en todos los derechos del Urbanizador a exigir del Empresario Constructor el cumplimiento y las penalizaciones que procedan, en el supuesto en que el Urbanizador haga dejación de sus funciones a tal efecto.”

¹¹ A pesar de que en la actualidad existe un afán de normativización, justificado en el interés general, la regulación que efectúan la LUV y el ROGTU respecto a la relación entre el urbanizador y el empresario constructor prácticamente elimina las posibilidades de establecimiento de pactos entre ambas partes. Ejemplo de ello lo encontramos en el Proyecto de Urbanización que se encuentra totalmente detallado o en la definición del contenido de la Alternativa Técnica y de la proposición jurídico económica que realizan los artículos 126 y 127 LUV y que determinan aspectos como el presupuesto de la obra, los plazos de ejecución, etc.. Es decir, las decisiones más relevantes de la relación entre el urbanizador y el empresario constructor han quedado predeterminados por el PAI y el Proyecto de Urbanización, por lo cual, ante dicha situación cabe preguntarse si a pesar de ello, existe autonomía de voluntad en dicha relación.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado en reiteradas ocasiones en el sentido de entender que la calificación de los contratos ha de descansar en el contenido obligacional que las partes les asignen (ejemplo de ello es la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2006 {RJ 2007\189}); y en el supuesto en el que nos hallamos tanto las formas como el contenido del contrato hacen dudar de su calificación de contrato privado.

Puesto que el objeto del contrato entre el empresario constructor y el urbanizador coincide con el del contrato de obras públicas, cabe preguntarnos si nos hallamos ante un contrato de este tipo, analizándolo en primer lugar desde un punto de vista comunitario y posteriormente desde la normativa nacional.

Además de ello, también se realizará un estudio comparativo entre la subcontratación y la relación del urbanizador – empresario constructor; puesto que, a simple vista, existen muchas semejanzas entre ambas figuras.

Por otra parte, también podría plantearse la posibilidad de conducir la figura del empresario constructor a la de un agente de la edificación¹² regulado en la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación. La regulación que esta Ley realiza de los citados agentes se centra en dos puntos particularmente: la de sus obligaciones, y la de su responsabilidad, que ha sido calificada como legal¹³, al nacer por el incumplimiento de los deberes que precisamente le vienen impuestos por la propia Ley.

¹² Según el artículo 8 de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación, “son agentes de la edificación todas las personas, físicas o jurídicas, que intervienen en el proceso de la edificación. Sus obligaciones vendrán determinadas por lo dispuesto en esta Ley y demás disposiciones que sean de aplicación y por el contrato que origina su intervención”.

¹³ La calificación legal de esta responsabilidad, justificada en el interés general del proceso constructivo, ha sido declarada por diferentes autores como MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. en *Responsabilidad y garantías de los agentes de la edificación*, Editorial Lex Nova, 2007, pág.

No obstante, considero que no puede darse dicha identificación entre el empresario constructor y el agente de la edificación, principalmente por la función que tiene asignada cada uno de ellos por la Ley. Mientras el primero debe ejecutar unas obras de urbanización, el segundo debe impulsar y financiar la edificación, redactar el proyecto y ejecutar las obras o dirigir las, según sea promotor, proyectista, constructor o director de obra. El propio concepto de edificación¹⁴ recogido en la Ley 38/1999, excluye de su ámbito de

89; RUIZ-RICO, JM. y ARIAS DIAZ, M.D. en “La Responsabilidad por vicios constructivos en la LOE: sus caracteres básicos” de la obra colectiva: *La Responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, coord. Ruiz-Rico, JM y Moreno Torres, M.D., Editorial Comares, Granada 2002; y GONZÁLEZ POVEDA, P.: “Responsabilidades y garantías. La responsabilidad civil de los agentes intervinientes en la edificación”, en *Derecho de la edificación*, coord: Sala Sánchez, Ed. Bosch, Barcelona 2001.

- ¹⁴ El concepto de edificación de la Ley 38/1999 se recoge en su artículo 2 que dice así: “Ámbito de aplicación: 1. Esta Ley es de aplicación al proceso de la edificación, entendiéndose por tal la acción y el resultado de construir un edificio de carácter permanente, público o privado, cuyo uso principal esté comprendido en los siguientes grupos:
- a) Administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultural.
 - b) Aeronáutico; agropecuario; de la energía; de la hidráulica; minero; de telecomunicaciones (referido a la ingeniería de las telecomunicaciones); del transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo; forestal; industrial; naval; de la ingeniería de saneamiento e higiene, y accesorio a las obras de ingeniería y su explotación.
 - c) Todas las demás edificaciones cuyos usos no estén expresamente relacionados en los grupos anteriores.
2. Tendrán la consideración de edificación a los efectos de lo dispuesto en esta Ley, y requerirán un proyecto según lo establecido en el artículo 4, las siguientes obras:
- a. Obras de edificación de nueva construcción, excepto aquellas construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta.
 - b. Obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que alteren la configuración arquitectónica de los edificios, entendiéndose por tales las que tengan carácter de intervención total o las parciales que produzcan una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría, o el conjunto del sistema estructural, o tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio.
 - c. Obras que tengan el carácter de intervención total en edificaciones catalogadas o que dispongan de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico-artístico, regulada a través de norma legal o documento urbanístico y aquellas otras de carácter parcial que afecten a los elementos o partes objeto de protección.

aplicación al empresario constructor y origina una diferencia entre las obligaciones que la LUV impone al empresario constructor, y los deberes que la Ley de Ordenación de la Edificación impone a los llamados agentes de la edificación.

Por todo ello, la figura del empresario constructor no es identificable a la del agente de la edificación, y por ello, la regulación que del mismo realiza la Ley 38/1999 no es aplicable a la figura objeto de nuestro estudio.

Dicho lo cual, se procede a hacer el análisis de la naturaleza jurídica de la relación del urbanizador con el empresario constructor.

V.2.2 El empresario constructor y la subcontratación

V.2.2.a Planteamiento: análisis con otras figuras afines

Tal como está planteado el vínculo entre el urbanizador y el empresario constructor, se analiza la posible tipificación de tal relación como subcontratación, dada la similitud existente entre ambas figuras y la remisión parcial que la normativa autonómica realiza a la misma.

La subcontratación engloba aquella situación en la que un contratista principal decide contratar, con una persona ajena a la primitiva relación, la ejecución parcial de las obligaciones por él asumidas.

3. Se consideran comprendidas en la edificación sus instalaciones fijas y el equipamiento propio, así como los elementos de urbanización que permanezcan adscritos al edificio.”

La subcontratación da lugar a un nuevo contrato entre el contratista y el subcontratista, manteniéndose las condiciones del contrato originario entre la Administración y el contratista. Junto al primer contrato, que pasa a denominarse “contrato principal”, surge un nuevo contrato, denominado “contrato derivado”.¹⁵

La existencia de dicha figura ha llevado en la práctica a que, en el ámbito de la contratación pública, las grandes empresas constructoras se conviertan en intermediarios de parte de las obras públicas que le han sido adjudicadas por la Administración, cuotas que van distribuyéndose entre otras empresas más pequeñas, las de los subcontratistas, que son los que realmente ejecutan las obras.¹⁶

¹⁵ FUERTES LÓPEZ, M.: *El contratista y subcontratista ante las Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 1997. Además de dicha autora, en cuanto a las características esenciales de la subcontratación, son muchos los autores que le han dedicado su estudio. Así, VILLAR PALASÍ, J.L y VILLAR EZCURRA, J.L. *Principios de Derecho Administrativo. La contratación administrativa*. Tomo III, Universidad Complutense, Madrid, 1983, págs. 142-143, afirman que, “la cesión extingue el contrato dando lugar a uno nuevo, mientras que en la subcontratación permanece el contrato inicial; hay, además, una transferencia total de responsabilidad del contratista, a diferencia de la subcontratación donde el contratista principal sigue siendo responsable por la totalidad de la prestación; y, en fin, en la cesión la autorización administrativa es requisito esencial para su validez y existencia, en tanto que en la subcontratación su ausencia únicamente posibilita la rescisión posterior del contrato”. SUAY RINCÓN, J., “La ejecución del contrato administrativo. La cesión del contrato y la subcontratación”, en obra colectiva *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, dirigida por Gómez-Ferrer. 2ª ed. Civitas, Madrid, 2004. Pág. 514, por su parte dice que: “Frente a la cesión, la subcontratación no supone subrogación o novación en la posición del contratista. En este aspecto está la diferencia esencial entre una y otra figura y quizá por ello, porque el contratista sigue siendo el responsable y quien mantiene la ejecución jurídica del contrato, la legislación facilita ese mecanismo” y GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.: *La cesión del contrato administrativo. La Subcontratación*. Civitas, Madrid, 1997, pág. 93, señala: “En la subcontratación existirá un contrato principal y otro accesorio colgado de aquél. La existencia de este último –el subcontrato- depende de la subsistencia del contrato principal, que le sirve de imprescindible soporte. Se trata de una vinculación unilateral y no recíproca, en el sentido de que el subcontrato depende del contrato principal, sin cuya existencia no puede pervivir, mientras que la subsistencia del contrato principal no depende en modo alguno del subcontrato.”

¹⁶ Todo ello, sujeto a unos límites establecidos desde la propia norma, en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Respecto a la concreta relación del urbanizador con el empresario constructor, Catalá Martí¹⁷ afirma que nos hallamos ante un supuesto de subcontratación, pues así lo entiende el artículo 160.8 de la LUV al remitirse al Art. 116 del TRLCAP, que regula los pagos a subcontratistas. También Lorente Tallada¹⁸ comenta que la selección del empresario constructor por el urbanizador se configura como una subcontratación.

No obstante, pese a la semejanza de las citadas figuras, en mi opinión no existe una identidad entre ambas, dada la existencia de trascendentes diferencias.

V.2.2.b Diferencias con la subcontratación

Con el fin de analizar las diferencias entre la relación urbanizador-empresario constructor y la subcontratación, se procede a realizar un estudio de cada una de las figuras a las que nos referimos.

En la relación entre el urbanizador y el empresario constructor configurada por la LUV, la situación – a grandes rasgos - en la que nos encontraríamos sería:

- La Administración es titular de la potestad.

¹⁷ CATALÁ MARTÍ, J.V.: *La selección del Urbanizador*. Valencia: Tirant Lo Blanc, 2007. Página 178.

¹⁸ LORENTE TALLADA, J.L.: “Marco Legal. Alcance y Límites del Reglamento de Ordenación Territorial y Urbanística de la Comunidad Valenciana”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, nº 228, Septiembre-Octubre 2006, página 72:

“En el nuevo paquete legislativo la relación que une a la Administración con el Urbanizador, más parece un contrato de consultoría y asistencia y de los servicios que un contrato de obra pública o de concesión de obra pública pues se obliga al urbanizador a que seleccione al Empresario-Constructor y se configura la relación entre ambos como subcontrato.”

- El urbanizador, en virtud del contrato que realizó con la Administración, responde frente a la misma del desarrollo de un determinado ámbito de actuación, labor que incluye tanto la gestión del mismo, el desarrollo de las relaciones con los propietarios, la correcta ejecución de la urbanización y la actuación del subcontratista cuando la haya.
- El empresario constructor será el encargado de ejecutar las obras en cumplimiento del contrato “privado” que suscriba con el urbanizador, según la legislación autonómica valenciana. Debe recordarse que el artículo 120 LUV lo considera el “responsable” de ejecutar el proyecto de urbanización aprobado por la Administración.

En el ámbito del Derecho Administrativo, la subcontratación se halla regulada en los artículos 227 y 228 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

El primero de dichos preceptos dispone que “el contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación, salvo que el contrato o los pliegos dispongan lo contrario o que por su naturaleza y condiciones se deduzca que aquél ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario.”

La sinopsis de dicha relación a tres bandas es:

- La Administración es titular de la potestad
- El contratista, en virtud del contrato que suscribió con la Administración, responde frente a la misma de la correcta ejecución del objeto del contrato que suscribió.
- El subcontratista será el encargado de ejecutar parte del objeto de dicho contrato.

En principio, este esquema es perfectamente asimilable con el anteriormente expuesto en cuanto a la relación del urbanizador y el ejecutor de la obra de urbanización, por lo que podríamos identificar ambas relaciones en cuanto a la base de cada una de ellas.

No obstante, el precepto reproducido nos muestra la primera diferencia entre la subcontratación y la relación del urbanizador con el empresario constructor: mientras aquella es en principio voluntaria, aunque en algunos casos puede ser exigida,¹⁹ la segunda es obligatoria, puesto que viene impuesta ex lege en la LUV salvo en los supuestos de los apartados 5 y 6 del artículo 120 de la propia norma.²⁰

Además de dicha diferencia, existen otras que serán analizadas a continuación, entre las que conviene destacar que el subcontratista no responde ante la Administración Pública, mientras que el empresario constructor sí.

Hablamos pues de analogía “en cuanto a la base y a grandes rasgos”, porque la asimilación del contenido completo de dicha figura, establecida por la legislación de contratos, a la relación del urbanizador y empresario constructor no puede definirse únicamente en cuanto a la estructura de la relación. Ciertamente, esto no es lo importante.

¹⁹ La subcontratación, en principio voluntaria, puede ser impuesta por la Ley con el fin de activar la economía en el sentido de dar participación a través de la misma a las pequeñas y medianas empresas.

²⁰ Los apartados 5 y 6 del artículo 120 de la LUV recogen los supuestos en los que se excepciona la intervención del empresario constructor – según la cuantía del presupuesto de las obras de urbanización, la existencia de un único propietario o el acuerdo unánime de todos los propietarios afectados -, los cuales serán posteriormente analizados.

Por otra parte, la legislación de contratos, además del aspecto formal indicado, exige para la celebración de los subcontratos (Art. 227.2 TRLCSP) los siguientes requisitos:

- *Si así se prevé en los pliegos o en el anuncio de licitación,* los licitadores deberán indicar en la oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe y el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización.

Si el subcontrato no se ajusta a la previsión realizada en la oferta, por celebrarse con empresarios distintos de los indicados nominativamente en la oferta o por referirse a partes de la prestación diferentes a las señaladas en ella, no podrá celebrarse hasta que transcurran veinte días desde que se hubiese cursado la notificación y aportado la justificación de los requisitos exigidos.

- Que se dé conocimiento anticipadamente y por escrito a la Administración del subcontrato a celebrar, señalando la parte de la prestación que se pretende subcontratar y la identidad del subcontratista así como la justificación de su aptitud o la concurrencia de la adecuada clasificación.

- Que las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no excedan del porcentaje que se fije en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En el supuesto de que no figure en el pliego un límite especial, el contratista

podrá subcontratar hasta un porcentaje que no exceda del 60 por ciento del importe de la adjudicación.²¹

- Que el contratista se obligue a abonar a los subcontratistas y suministradores el pago del precio pactado en los plazos y condiciones regulados en el apartado segundo del artículo 228 del TRLCSP.

a) Selección

Entrando ya en el estudio de dichos requisitos, la exigencia en los pliegos o en el anuncio de la licitación de que la oferta indique la previsión de subcontratar y sus condiciones básicas no implica ningún problema de encaje con la figura del urbanizador y del empresario constructor siempre y cuando, obviamente, la oferta defina un perfil empresarial y no el nombre concreto de un subcontratista.

En cuanto a la exigencia - ésta en todo caso - de la preceptiva comunicación a la Administración del subcontrato a celebrar, el apartado tercero del artículo 160 de la LUV dispone que, una vez tramitado el procedimiento para la selección del empresario constructor, el urbanizador comunicará al Ayuntamiento la propuesta de adjudicación, y éste podrá ratificarla o rectificarla en un plazo máximo de 15 días. En relación a este requisito, la regulación que la LUV realiza sobre el mismo encaja completamente con la normativa de contratación pública, puesto que la ley

²¹ El artículo 240 del TRLCSP, en relación a la concesión de obras públicas dice así: "Modalidades de ejecución de las obras. 1. (...) La ejecución de la obra que corresponda al concesionario podrá ser contratada *en todo o en parte* con terceros, de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley y en el pliego de cláusulas administrativas particulares".

urbanística incluso da un paso más al permitir que la Administración apruebe dicha selección.

b) Porcentajes

Respecto a la necesidad de que el objeto de la subcontratación suponga una parte del fin del contrato principal, su estudio requiere más detenimiento, al plantearnos si la ejecución de la urbanización propiamente dicha podría considerarse, dada su amplitud, una “prestación parcial” en la relación entre la Administración y el urbanizador.

Efectivamente, la ejecución de la urbanización es sólo una parte de las funciones atribuidas al urbanizador por la ley. Dicho sujeto, además de seleccionar al empresario constructor, redacta los documentos técnicos que se establecen en las bases, propone y gestiona el proyecto de reparcelación, y financia el coste de las inversiones, obras, instalaciones y compensaciones necesarias para la ejecución del programa. Es decir, podemos confirmar que efectivamente la ejecución de la obra de urbanización representa una parte del contrato firmado entre el urbanizador y la Administración, por lo que nos hallaríamos ante una prestación parcial.

No obstante, frente a ello cabría plantearnos si el porcentaje que la obra de urbanización representa en las funciones encomendadas al urbanizador podría desnaturalizar el concepto de “prestación parcial”.

La cuestión planteada no es gratuita, si tenemos en cuenta los límites que en este aspecto se impusieron a la subcontratación en las diferentes redacciones de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

El texto inicial de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, permitía la subcontratación con terceros, estableciendo como límite que el valor de la misma no excediese del presupuesto del contrato. Es decir, el límite se encontraba en el propio importe del contrato principal.

Posteriormente, en el Anteproyecto de Ley de modificación de la citada Ley 13/1995 se mantuvo la posibilidad de subcontratar la totalidad de las prestaciones objeto del contrato, aunque dicha previsión fue finalmente sustituida. Según exponen Moreno Molina y Pleite Guadamillas²², tal sustitución fue practicada tras el informe negativo emitido por el Consejo Económico y Social – Dictamen nº 5/98, de 27 de mayo de 1998 -, el cual expuso que “una gestión eficiente de los recursos públicos debe perseguir limitar la subcontratación a lo estrictamente necesario o conveniente. La subcontratación de la mayor parte o incluso todas las prestaciones objeto del contrato puede significar la introducción de un sujeto o intermediario más en la relación contractual que sólo sirva para aumentar el coste del contrato sin contrapartida alguna.”²³

Por todo ello, se adoptó la idea de que la subcontratación fuese limitada en este aspecto, conceptuándose como una parte del contrato, y representándose a través de un porcentaje – inferior al 100% - del presupuesto global. Es decir, el precio del nuevo contrato no debería superar cierto porcentaje; con lo cual se aseguraba el hallarnos ante una parte del objeto del contrato y no del total.²⁴

²² MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F.: *Nuevo Régimen de Contratación Administrativa*. 3ª ed. La Ley, Madrid, septiembre 2003. Página 510.

²³ Pese a lo dicho por el Consejo Económico y Social, la subcontratación, en principio, no tiene por qué aumentar el precio del contrato, máxime cuando se adjudica por un precio cierto.

²⁴ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.: *La cesión del contrato administrativo. La Subcontratación*. Civitas, Madrid, 1997. Pág. 93: “el subcontrato no tiene como objeto el

De este modo, la redacción del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas contempló en su artículo 115²⁵ que la prestación que fuese a ser objeto de subcontratación, no excediese del porcentaje superior al 50% del importe de la adjudicación que se fijase en el pliego de cláusulas administrativas particulares; o dicho de otro modo, el porcentaje que representase dicha subrogación respecto al presupuesto total del contrato tendría como límite el establecido en las bases y en su defecto no podría superar el 50% del mismo.

Actualmente, y como ya ha sido anunciado anteriormente, el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público dispone que las prestaciones parciales no podrán exceder del porcentaje que se fije en el pliego de cláusulas administrativas particulares; y en el caso de que dicho pliego no recoja un límite, el contratista podrá subcontratar hasta un porcentaje que no exceda del 60 por 100 del importe de adjudicación.²⁶ Es decir, el límite por lo tanto se encuentra en el porcentaje del presupuesto principal que se establezca en las bases y en su defecto en el 60% del importe de la adjudicación.

contrato principal, sino sólo la ejecución material de determinadas partidas integrantes de dicho contrato principal.”

²⁵ El artículo 115 del TRLCAP, en cuanto al porcentaje del importe de la adjudicación que podía representar la subcontratación decía así:

“b) Que las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no excedan del porcentaje que, superior al 50 por 100 del importe de adjudicación, se fije en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En el supuesto de que tal previsión no figure en el pliego, el contratista podrá subcontratar hasta un porcentaje que no exceda del indicado 50 por 100 del importe de adjudicación.”

²⁶ Artículo 227.2.e) del TRLCSP: “Las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no podrán exceder del porcentaje que se fije en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En el supuesto que no figure en el pliego un límite especial, el contratista podrá subcontratar hasta un porcentaje que no exceda del 60 por 100 del importe de adjudicación.”

En resumen, la subcontratación no puede abarcar la totalidad de las prestaciones en las que consiste el contrato, dada la exigencia de la norma relativa a que aquélla consista en una “realización parcial” del contrato.

Si se tiene en cuenta que la subcontratación es concebida como un nuevo contrato a través del cual un sujeto llamado subcontratista asume parte de las obligaciones del contratista principal, considero más que acertada la imposición de unos límites para mantener dicha posición. La posibilidad de que un tercer sujeto asumiese la totalidad de las prestaciones desnaturalizaría la figura; el contratista principal en dicho caso sí que se convertiría en un mero intermediario, y por ello es necesario el establecimiento de unos límites. El acto de implantar tales límites a través de un porcentaje en relación al presupuesto del contrato evita confusiones, por ser un término totalmente controlable que no deja lugar a dudas; y obliga a la permanencia del contratista principal en el desarrollo del contrato, situación totalmente coherente con el hecho de que el subcontratista no responde ante la Administración Pública.

No obstante, debemos preguntarnos, para el supuesto de que sean las bases generales las que establezcan tal porcentaje, cuál es el límite máximo de la mencionada prestación parcial; o dicho de otro modo, si cabría por ejemplo una subcontratación de una prestación parcial que representase el 90% del contrato, puesto que en relación con las funciones que tiene adjudicadas el urbanizador, la ejecución de la urbanización, en términos económicos, representaría generalmente un porcentaje próximo a ese 90%.

Esta cuestión se hallaría íntimamente ligada con el artículo 25 del TRLCSP, que establece la libertad de pactos, cláusulas y condiciones en la contratación, siempre que no sean contrarios al interés público, al Ordenamiento Jurídico y a los principios de buena administración.

A nivel legal, no existe un precepto que prohíba tal límite.²⁷; Específicamente, en relación al contrato de obras (art. 229 y ss) y al contrato de servicios (art. 301 y ss), el TRLCSP no dispone ninguna exigencia especial para la subcontratación en cuanto a las disposiciones comunes establecidas en la misma, por lo que si se considerase que la relación entre el urbanizador y el empresario constructor es una subcontratación, no tendríamos ningún problema legal en el cumplimiento del presente requisito.²⁸

Por lo dicho, entiendo que la ejecución de la obra urbanizadora por el empresario constructor es una prestación parcial, la principal y más importante pero parcial al fin y al cabo; y por tanto podría identificarse en este aspecto con la figura de la subcontratación, puesto que el hecho de que su presupuesto representase un alto porcentaje del importe total del contrato realizado entre el urbanizador y el empresario constructor, por ejemplo un 90%, no le impide la calificación de parcial.

²⁷ En este sentido, al no existir un límite respecto al porcentaje del presupuesto que puede llegar a representar la prestación que es objeto de subcontratación, cabría preguntarse si una subcontratación de las prestaciones del contrato que representasen un alto porcentaje de dicho presupuesto, por ejemplo entre un 80 o un 90 por ciento, no debería estar sometido a los principios de publicidad y concurrencia.

²⁸ En relación a este aspecto, GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.: *La cesión del contrato administrativo. La Subcontratación*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 101 se plantea si pueden subrogarse la totalidad de las prestaciones, para concluir que la subcontratación no puede abarcar la totalidad del importe del presupuesto del contrato: "Si en el pliego se incluye una previsión sobre el porcentaje susceptible de ser subcontratado, deberá moverse necesariamente entre los dos parámetros siguientes: como límite mínimo, en el pliego no podrá disponerse que la subcontratación abarque menos del 50 por 100 del presupuesto del contrato; como límite máximo, tampoco podrá disponer la subcontratación del 100 por 100 de dicho presupuesto. Dentro de estos parámetros, en el pliego podrá optarse por el porcentaje que se estime más conveniente en función de las circunstancias."

c) Pago al subcontratista y al empresario constructor

Por último, en cuanto al tercer requisito se refiere, la previsión del apartado c) encaja perfectamente con la legislación valenciana, puesto que la propia normativa autonómica se remite, en cuanto al pago por parte del urbanizador al empresario constructor, a la legislación de contratos y más concretamente al artículo 116 del antiguo TRLCAP²⁹ (actualmente, artículo 228 TRLCSP). Además de ello, se ha de tener en cuenta que el establecimiento de

²⁹ El artículo 228 del TRLCSP corresponde con el anterior artículo 211 de la LCSP, que a su vez es el equivalente al derogado artículo 116 del TRLCAP y regula el pago a los subcontratistas del siguiente modo: "Pagos a subcontratistas y suministradores.

1. El contratista debe obligarse a abonar a los subcontratistas o suministradores el precio pactado en los plazos y condiciones que se indican a continuación.

2. Los plazos fijados no podrán ser más desfavorables que los previstos en el artículo 200.4 para las relaciones entre la Administración y el contratista, y se computarán desde la fecha de aprobación por el contratista principal de la factura emitida por el subcontratista o el suministrador, con indicación de su fecha y del período a que corresponda.

3. La aprobación o conformidad deberá otorgarse en un plazo máximo de treinta días desde la presentación de la factura. Dentro del mismo plazo deberán formularse, en su caso, los motivos de disconformidad a la misma.

4. El contratista deberá abonar las facturas en el plazo fijado de conformidad con lo previsto en el apartado 2. En caso de demora en el pago, el subcontratista o el suministrador tendrá derecho al cobro de los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre.

5. El contratista podrá pactar con los suministradores y subcontratistas plazos de pago superiores a los establecidos en el presente artículo siempre que dicho pacto no constituya una cláusula abusiva de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 9 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, y que el pago se instrumente mediante un documento negociable que lleve aparejada la acción cambiaria, cuyos gastos de descuento o negociación corran en su integridad de cuenta del contratista. Adicionalmente, el suministrador o subcontratista podrá exigir que el pago se garantice mediante aval."

En relación a este precepto, relativo al pago a subcontratistas y suministradores, debe tenerse en cuenta que el artículo 216 del TRLCSP, al que remite el trascrito 228 del mismo cuerpo legal, debe su redacción a la Ley 15/2010, que modificó la Ley 3/2004, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad. Los efectos de esta Ley sobre la refundida LCSP han sido estudiados por DEL SAZ CORDERO, S. en "La incidencia de las medidas de lucha contra la morosidad en los pagos del sector público", *Revista General del Derecho Administrativo* nº 25, año 2010, versión electrónica.

un régimen de pago no afecta en sí a la naturaleza jurídica de la figura de la subcontratación, sino a su regulación jurídica.

d) Relación del subcontratista con la Administración

Pese a las similitudes expuestas, todas ellas relativas a aspectos formales de la subcontratación previstas por la norma y no a su propia naturaleza jurídica, considero que no existe una plena identificación entre la subcontratación y la relación del urbanizador-empresario constructor, en atención, entre otras razones, a la posición que la Administración mantiene con el subcontratista.

Suay Rincón³⁰ califica el subcontrato como un negocio estructuralmente autónomo y funcionalmente dependiente: “autónomo y de naturaleza civil, por una parte; pero también dependiente, porque si se extingue el principal, se produce la imposibilidad sobrevenida de cumplirlo. Puede el subcontratista en tal hipótesis accionar contra el contratista si éste incurre en culpa; pero, como ya se ha indicado con anterioridad, no existe propiamente una relación directa entre la Administración y el subcontratista, ni en consecuencia, tampoco está reconocida la posibilidad de entablar una acción contra aquélla.” Por su parte, tampoco existe ninguna actuación de la Administración sobre el subcontratista salvo las generales³⁰ que pueda tener contra cualquier persona.

Ante tan clara definición, apenas se debe apuntar que la extinción del contrato principal, más que producir la imposibilidad de cumplimiento del

³⁰ SUAY RINCÓN: “La ejecución del contrato administrativo. La cesión del contrato y la subcontratación”. En obra colectiva *Comentario de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, coord. Gómez-Ferrer Morant. 2ª ed. Civitas/Aranzadi, Madrid, 2004. Página 524.

subcontrato, produce la pérdida sobrevenida del objeto del subcontrato, produciéndose consecuentemente su extinción.

En el mismo sentido que Suay Rincón se ha pronunciado la Jurisprudencia en reiteradas ocasiones; y ejemplo de ello lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 9 de julio de 2006, que dice así³¹:

“Como ha declarado ya esta Sala y Sección en diversas ocasiones (sentencias de 9 de julio de 1997 , 13 de octubre de 2001 y 30 de enero de 2002, 31 de marzo de 2004 y 5 de mayo de 2005), el subcontrato resulta un negocio jurídico derivado o secundario, pudiendo predicarse su carácter estructuralmente autónomo y funcionalmente dependiente: autónomo y de naturaleza civil, por una parte, pero también dependiente, porque si se extingue el principal se produce la imposibilidad sobrevenida de cumplirlo.

El subcontratista puede accionar contra el contratista, pero no existe propiamente una relación directa entre la Administración y el subcontratista ni, en consecuencia, está reconocida la posibilidad de entablar una acción contra aquella, ya que las relaciones entre la empresa contratista y la subcontratista son meramente civiles. Aunque es un tercero para la Administración, el subcontratista no introduce la figura de una tercera parte en el contrato principal en el que sólo existen dos partes en relación.” (STS de 10 de febrero de 1990 [RJ 1990, 2143]).

³¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 9 de junio de 2006 (Ref. Westlaw; JUR 2006\295894). En el mismo sentido, Sentencia del TS de 10 de febrero de 1990, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª. Ponente: Excmo. Sr. D. José Duret Abeleira (Ref. Westlaw: RJ 1990\2143).

e) Relación del empresario constructor y la Administración en la LUV

Frente a la relación del subcontratista con la Administración, la posición que adopta el ente público en la relación entre el urbanizador y el empresario constructor no es la de un tercero ajeno; ni el empresario constructor está exento de la relación directa con la Administración Pública.

Si bien el artículo 143 de la LUV configura al urbanizador como responsable de la ejecución de las obras de urbanización, estableciendo todo un sistema de penalidades por su incumplimiento, en el artículo 120 considera que el empresario constructor es el responsable de la ejecución del proyecto de urbanización.³²

Es decir, la literalidad del precepto nos indica que el empresario constructor, ejecutor de la obra de urbanización, responde, además de frente al urbanizador que lo contrata, ante la Administración, e incluso ante los propietarios afectados; y ello crea un vínculo entre el ente público y aquél, que es impensable y además vedado en la subcontratación.

En este aspecto, Alonso Mas³³ comenta que la interpretación conjunta del citado artículo 120 de la LUV, junto a la remisión que dicha norma realiza al artículo 116 del TRLCAP y no a su artículo 115 (actualmente, arts. 227 y 228 TRLCSP), confirma que el empresario constructor debe responder no sólo ante el contratista, sino también ante la Administración.

³² Artículo 120.1 LUV: "El empresario constructor será responsable de ejecutar el proyecto de urbanización aprobado por la administración."

³³ ALONSO MAS, M^a J.: "Las relaciones entre el Agente Urbanizador y el Empresario Constructor en la Ley Urbanística Valenciana y su Reglamento" en *Obra Colectiva: Urbanismo en la Comunidad Valenciana, Homenaje a José Luis Lorente Tallada*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008. Pág. 1046.

Ciertamente, la remisión que realiza la LUV al antiguo artículo 116 del TRLCAP, dejando al margen al artículo 115, en el que se establecía que los subcontratistas quedaban obligados sólo frente al contratista principal, da a entender tal situación.

Además de ello, el artículo 240 de la LUV³⁴, al referirse a determinadas infracciones y sanciones urbanísticas, exime al empresario constructor de la responsabilidad cuando justifique suficientemente haberse atendido a las instrucciones recibidas de la dirección facultativa de obra. Es decir, en caso contrario, el constructor es sujeto responsable de la comisión de infracciones. Tal como está planteada la relación de la Administración con el urbanizador, y la de este último con el empresario constructor, la responsabilidad, en el supuesto de comisión de infracciones durante la ejecución de la obra urbanizadora³⁵, debería recaer íntegramente sobre el urbanizador, sin perjuicio de que éste tuviese las correspondientes acciones privadas contra el empresario constructor. No obstante, en lugar de ello, la LUV y el Reglamento establecen el siguiente régimen:

- Art. 534.3 ROGTU: *En caso de incumplimiento de los compromisos suscritos para ejecutar los Programas de actuación, son responsables los urbanizadores.*

³⁴ Artículo 240.2: 2. “Son circunstancias que agravan la responsabilidad de los responsables de una infracción:

(...) f) Iniciación de las obras sin orden escrita del técnico director y las modificaciones que aquél introdujere en la ejecución del proyecto sin instrucciones expresas de dicho técnico cuando tales variaciones comporten una infracción urbanística, quedando exento de responsabilidad el empresario constructor en todos aquellos casos en que justifique suficientemente haberse atendido a las instrucciones recibidas de la dirección facultativa de obra.”

³⁵ Las diferentes situaciones que puedan darse durante la ejecución de la obra serán analizadas en el capítulo relativo al desarrollo del contrato, siendo suficiente en este apartado apuntar lo que se dice en el texto.

- Art. 240 LUV: Exención de la responsabilidad del empresario constructor cuando las infracciones y sanciones tengan origen en instrucciones recibidas por la dirección facultativa.

Tales preceptos nos indican:

- que el urbanizador responde ante la Administración de la ejecución del Programa de acuerdo con los compromisos suscritos.
- Que el empresario constructor responderá ante la Administración cuando cometa una infracción urbanística durante la ejecución de la obra urbanizadora, y ésta no pueda ser imputada al cumplimiento de una instrucción recibida por la dirección facultativa.

En este caso concreto, en que el empresario constructor responde ante la Administración según el artículo 240 LUV, el urbanizador también responderá ante el ente público, puesto que su condición de urbanizador le obliga, entre otras cosas, a controlar la adecuada ejecución de las obras, concurriendo por ello en el mismo una culpa *in vigilando*.

Es decir, en este último supuesto, relativo a la comisión de determinadas infracciones por parte del empresario constructor, la Ley Urbanística Valenciana establece, junto a la anteriormente comentada prevista en el artículo 120 LUV, una responsabilidad de este sujeto frente a la Administración, creándose de este modo un vínculo entre ambos.

Por ello, es innegable la existencia de la relación entre ambos sujetos, Administración pública y constructor.

En segundo lugar, e íntimamente ligado con lo inmediatamente expuesto, en la normativa valenciana se legitima a la Administración a exigir al empresario constructor el cumplimiento de sus obligaciones y a subrogarse en

la posición del urbanizador. Concretamente, el artículo 369 del ROGTU establece la posibilidad de que, ante un incumplimiento continuado por el empresario constructor de las obligaciones por éste asumidas en el contrato con el urbanizador, la Administración podrá subrogarse en todos los derechos del urbanizador o exigir del empresario el cumplimiento y las penalizaciones que procedan.

Dejando a un lado la cobertura legal de este precepto, el mandato establecido en el mismo, además de poder entenderse como la confirmación de la existencia de una relación entre la Administración y el empresario constructor, pincelada en el artículo 120 de la LUV, nos aleja definitivamente de la subcontratación; en la que es impensable, e incluso contraria a su propia naturaleza, la participación de la Administración en la relación entre el subcontratista y el subcontratado.

En la subcontratación, tal como expone García-Trevijano³⁶, el contratista subcontratante suscribirá los pactos que considere oportunos con el subcontratista, respecto de los cuales en principio la Administración se mantendrá ajena puesto que la misma no adopta la posición jurídica de parte en el subcontrato, aunque es innegable que dichos pactos podrán ser conocidos por la Administración.

En tercer lugar, en cuanto a las diferencias existentes entre ambas figuras se refiere, la propia Ley Urbanística Valenciana, en su artículo 142³⁷, ha querido

³⁶ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.: *La cesión del contrato administrativo. La Subcontratación*. Civitas, Madrid, 1997. Pág. 94.

³⁷ El artículo 142 de la LUV dice así: "Subcontratación. 1. El urbanizador podrá subcontratar con terceros la realización parcial de las prestaciones correspondientes al programa de actuación integrada que tenga por conveniente, en los términos establecidos en el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y en las bases reguladoras del programa, habiendo de dar cuenta de eso al Ayuntamiento."

diferenciarlas y regula de modo independiente la relación del urbanizador - empresario constructor y la subcontratación. Por si ello no fuese bastante, el ROGTU intenta despejar cualquier duda en esta cuestión y regula en sus artículos 284 y 335³⁸ la opción de incluir en las Bases Generales la posibilidad de subcontratar todas las prestaciones correspondientes al Programa, exceptuando las relativas a la obra de urbanización. Es decir, la normativa urbanística valenciana permite la subcontratación en las prestaciones encomendadas al urbanizador, a excepción de la prestación relativa a la ejecución de la obra de urbanización cuando ésta deba ser realizada necesariamente por un empresario constructor.

Lo que parece haber pretendido la Ley con estas salvedades es, simplemente, excluir la subcontratación de la prestación de la obra de urbanización, puesto que para la misma ya ha previsto toda una regulación específica ajena a la primera.

³⁸ “Artículo 284: Bases Generales reguladoras de la gestión indirecta de Programas de Actuación Integrada

1. Tal y como se refleja en las Bases Generales que se aprueban como Anexo II de este Reglamento, el contenido de esas Bases deberá contemplar, como mínimo, los siguientes aspectos:

a) (...)

b) La regulación de los términos en los que se podrá proceder a subcontratar la realización parcial de las prestaciones correspondientes al Programa, distintas de la obra de urbanización cuando ésta esté sujeta a licitación, todo ello de conformidad con las reglas previstas para la subcontratación en la Ley Urbanística Valenciana y en este Reglamento.”

“Artículo 335. Subcontratación

Podrán subcontratarse, sin necesidad de licitación pública, las siguientes obligaciones del urbanizador:

La ejecución de obras cuyo coste se sitúe por debajo del umbral previsto en el artículo 120.6 de la Ley Urbanística Valenciana.

Los levantamiento topográficos

La redacción del Proyecto de Reparcelación

La gestión del cobro de las cuotas de urbanización

Aquellas otras prestaciones accesorias que no estén expresamente sujetas a pública licitación por la Ley Urbanística Valenciana, por este Reglamento o por la legislación reguladora de los contratos de las Administraciones Públicas... “

Sea como fuere, los preceptos expuestos excluyen por sí la posibilidad de identificar la relación del urbanizador-empresario constructor con la subcontratación, porque su literalidad niega la posibilidad de que las Bases incorporen o establezcan un porcentaje máximo, lo que nos conduciría al límite residual del 60%, en el cual, obviamente no tienen cabida las obras de urbanización. Es decir, la propia normativa urbanística valenciana se ha encargado de diferenciar ambas figuras.

Antes de continuar con las diferencias entre la subcontratación y la relación del urbanizador con el empresario constructor, cabría preguntarnos, ante el mandato establecido en el artículo 142 de la LUV, en relación con los artículos 284 y 335 del ROGTU anteriormente mencionados, si cabría la posibilidad de que el urbanizador subcontratase todas las prestaciones que está obligado a realizar, a excepción de la ejecución de las obras de urbanización.

El tenor literal del mencionado precepto nos da una respuesta afirmativa a tal cuestión, pues no se impone límite alguno al efecto: el urbanizador puede subcontratar con terceros las prestaciones que le corresponde realizar como tal, siempre y cuando no constituyan la ejecución de la obra de urbanización. El efecto práctico que se daría en dicho caso sería que el urbanizador se constituiría en un mero intermediario, con las consecuencias negativas que ello implica (mayores costes y ampliación temporal del procedimiento).

Es más, no existe en la normativa urbanística valenciana ningún precepto que impida que el urbanizador pueda subcontratar todas las prestaciones que debe realizar, – a excepción de la ejecución de la urbanización – con la misma empresa con la que va a contratar esta última labor. En este caso, el subcontratista-empresario constructor asumiría todas las funciones del urbanizador, sin haber sido seleccionado a través de un adecuado

procedimiento con todas las garantías. Considero que tal situación atentaría contra los principios básicos de la contratación pública, siendo éste el camino de su impugnación en caso de darse tal circunstancia, aunque el urbanizador no desaparezca.

Por último, en cuarto lugar, el subcontrato se configura como un verdadero derecho del contratista, salvo determinadas excepciones como el caso en que las prestaciones que deban cumplirse por el propio contratista al tener carácter personal o los casos de imposición de la subcontratación. Esta situación choca frontalmente con la relación del urbanizador con el empresario constructor, puesto que la LUV impone al primero de ellos contratar la ejecución de la obra de urbanización.³⁹

En conclusión, no es posible identificar jurídicamente la figura de la subcontratación con la relación del urbanizador-empresario constructor, puesto que entre ambas existen diferencias insalvables que afectan a sus elementos esenciales y que nos adelantan que no nos hallamos ante una relación de carácter privado.

³⁹ En este sentido, LLIDÓ SILVESTRE, J. y GARCÍA CAMPA, J.I. en “La (¿necesaria?) selección del constructor en la legislación urbanística” *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, Nº 7, quincena del 15 al 29 abril 2010, afirman: “Lo cierto, al margen de los efectos que la selección del empresario constructor tenga para el patrimonio de los propietarios del suelo, es que la doble licitación establecida en la LUV, en realidad, impone al contratista principal, el Urbanizador, un deber de subcontratar la más importante de las prestaciones objeto de su contrato, estableciendo un régimen excepcional y extraordinario al contenido, con carácter general, en la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) que configura la subcontratación con carácter potestativo para el contratista (art. 210.1) y que, en el caso también posible de que se le imponga, la subcontratación no puede exceder del 60 por 100 del importe de adjudicación [art. 210.2.e) de la LCSP].”

V.2.3 El urbanizador como sujeto contratante y las Directivas Comunitarias.

El concepto de contrato de obras públicas a nivel comunitario se recoge en la Directiva 2004/18/CE, que considera su existencia cuando un contrato tiene carácter oneroso, se celebra por escrito entre un contratista y un poder adjudicador, y posee como objeto la ejecución de obras públicas en general.

Tal concepto debe completarse con la interpretación que el TJCE ha realizado de dicha norma⁴⁰, perfilando cada requisito y alcanzando una definición de contrato público que responde a un criterio funcional.⁴¹ Es decir, si el producto final es el de una obra de urbanización, éste atrae el régimen de la contratación pública.

Ante dicha concepción funcional, debemos preguntarnos si el hecho de que el objeto del contrato entre el urbanizador y el empresario constructor sea

⁴⁰ Tal como expone LESMES SERRANO, C., en *Guía sobre la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, El Derecho, Madrid, año 2009, pág. 12: “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en diversas sentencias ha ido perfilando distintos criterios de distinción entre uno y otro supuesto. Así se ha tenido en cuenta para diferenciar a los poderes adjudicadores de aquellos que no lo son las razones de la creación del organismo o entidad, si se le dota de potestades públicas o no, si actúa en régimen de mercado sometido a competencia efectiva, los sistemas de fijación de los precios de sus productos, etc...”

⁴¹ Son varios los autores que se han pronunciado en este sentido basando su posición en los pronunciamientos del Tribunal de Justicia. Ejemplo de ello Gimeno Feliu o R. de Vicente. Así GIMENO FELIU, J.M^a: “Actividad urbanística y contratos públicos: la lógica de la publicidad ...” (op. cit). *Revista Aragonesa de Administración Pública* número IX, 2007, pág. 159 y “El urbanismo como actividad económica y mercado público: la aplicación de las normas de contratación pública” *RAP* nº 173. Madrid, mayo-agosto 2007, pág. 75. Y por su parte, DE VICENTE DOMINGO, R.: *Gestión Local. Contratación Administrativa*. 2^a ed. Aranzadi, junio 2009: el carácter mercantil o no del interés general “es independiente de la forma jurídica de las disposiciones por las que se crea el ente y se especifican las necesidades que debe satisfacer. Dado que el concepto de entidad adjudicadora ha de recibir una interpretación funcional, no cabe hacer diferencias según la forma jurídica de las disposiciones por las que se crea el organismo y se especifican las necesidades que debe satisfacer”.

la ejecución de unas obras públicas, conlleva que el contrato pueda ser calificado como público a efectos de la Directiva Comunitaria.

Por ello, atendiendo de nuevo a las exigencias establecidas por la norma, se debe realizar una parada en el requisito relativo a los sujetos que intervienen en el contrato, puesto que en uno de los dos debe concurrir la condición de poder adjudicador. Y éste parece ser el punto más débil. ¿Puede entenderse que el urbanizador constituye un poder adjudicador?⁴²

La definición de poder adjudicador se recoge en el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18/CE⁴³, el cual debe ser interpretado de conformidad con la

⁴² La cuestión no es gratuita si se tiene en cuenta la ampliación del ámbito que el concepto de poder adjudicador ha sufrido en los últimos años. En este sentido, MORENO MOLINA, J.A.. en *Contratos públicos. Derecho Comunitario y Derecho Español*. McGraw-Hill, Madrid, 1996, págs. 67 y ss., ya comentó que la preocupación de la libre competencia se había convertido en un título de intervención al amparo del cual se extendían las restrictivas reglas de la contratación administrativa sobre determinados sujetos públicos y también privados, que tradicionalmente regían su actividad contractual bajo el principio de la autonomía de la voluntad.

En relación al tema de la ampliación del concepto de poder adjudicador es necesario mencionar a los llamados anteriormente "sectores excluidos" (agua, energía, ...). A pesar de que los mismos no supongan una ampliación de este concepto, el Derecho Comunitario, en atención a que dichas empresas ostentan derechos especiales, decide someter a ciertas reglas jurídico públicas la adjudicación de los contratos que suscriban.

GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J.: *Derecho administrativo en la contratación entre privados (sociedades, fundaciones, concesionarios y sectores excluidos)*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 28 afirma que "la extensión de las normas comunitarias de contratación pública los sujetos públicos y privados no responde tanto al principio de buena administración en orden a configurar un régimen de garantías y equilibrios administrativos para el Estado, sino que pura y simplemente se endereza a facilitar la apertura de los mercados. Esta idea adquiere singular relevancia para poder entender la razón por la que el poder público entra a disciplinar las relaciones y la esfera jurídica de los particulares, limitando su ámbito de autonomía, tal y como ocurre cuando se extiende el Derecho administrativo contractual sobre los sujetos subvencionados (art. 8 de la Directiva 2004/18), los concesionarios (apartado 32 del Preámbulo y arts. 25 y 63 y siguientes de la Directiva 2004/18) o las empresas privadas que operan en los sectores excluidos (Directiva 2004/17). El título de intervención en estos casos no guarda relación con la buena administración, sino con la apertura de la libre competencia)."

⁴³ Artículo 1.9 Directiva 2004/18/CE: "son considerados poderes adjudicadores: el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público.

jurisprudencia que el TJCE ha sentado al respecto. Interpretación que, al igual que la totalidad del contrato de obras, ha sido considerado desde un punto de vista funcional.⁴⁴

Este concepto funcional, siguiendo a Baño León⁴⁵, juega en una doble dirección, puesto que se considera ente de Derecho público a efectos de contratación toda entidad, cualquiera que sea su forma jurídica, que realice actividades de interés general y dependa financiera u orgánicamente de una entidad pública; y en sentido contrario, toda empresa, aunque sea una entidad pública, que realice exclusivamente actividades mercantiles o industriales en el mercado no puede considerarse ente público a efectos de las Directivas comunitarias.

Es considerado *organismo de Derecho público* cualquier organismo:

- a. creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil,
- b. dotado de personalidad jurídica y
- c. cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público.”

En el anexo III figuran las listas no exhaustivas de los organismos y de las categorías de organismos de Derecho público que cumplen los criterios enumerados en las letras a, b y c del párrafo segundo. Los Estados miembros notificarán periódicamente a la Comisión las modificaciones que se hayan producido en sus listas.

⁴⁴ BAÑO LEÓN, J.M^a: “La influencia del Derecho Comunitario en la interpretación de las Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 151 Enero-abril 2001; pág. 27: “Comenzando por el concepto mismo de «entidad de Derecho Público», el Tribunal de Justicia, como ya antes adelantamos, se ha pronunciado inequívocamente por un concepto funcional. Es advertible en esta jurisprudencia el paralelismo con la doctrina elaborada sobre las empresas públicas a propósito de las ayudas o subvenciones públicas. De la misma manera que el Tribunal huyó de etiquetas formales, consagrándose a verificar si desde la perspectiva de sus funciones la entidad subvencionada era una empresa que competía en el mercado, al analizar el ámbito subjetivo de la aplicación de las Directivas de contratos, el Tribunal prescinde de las formas jurídicas para escudriñar el fondo de las actividades que realiza una determinada entidad.”

⁴⁵ BAÑO LEÓN, J.M^a: “La influencia del Derecho Comunitario...” op. cit. págs. 27 y 28

Como hemos visto, tres son los requisitos exigidos por el TJCE para considerar la existencia de un poder adjudicador sometido a las reglas de contratación pública:

- a) que se trate de un ente, organismo o entidad creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil
- b) Que estén dotados de personalidad jurídica propia
- c) Que uno o varios sujetos considerados poder adjudicador financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración.⁴⁶

Estos tres requisitos son acumulativos y no alternativos, debiendo exigirse por lo tanto, la concurrencia de todos ellos para considerar la existencia de un poder adjudicador.

V.3.2.a Satisfacción de necesidades de interés general

Como se ha enunciado, para que un ente, organismo o entidad pueda ser considerado poder adjudicador debe haber sido creado para satisfacer necesidades: (i) que sean de interés general y (ii) que no tengan carácter industrial o mercantil.⁴⁷

⁴⁶ Estos tres requisitos han sido incorporados en las Directivas sobre contratos públicos, las cuales incorporan una definición funcional de poder adjudicador.

⁴⁷ GALLEGO CÓRCOLES, I.: en "El concepto de poder adjudicador en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (1)", *Contratación Administrativa Práctica*, Nº 77 Julio 2008, pág. 47 afirma en relación a este requisito que incluye dos condiciones: "«necesidades de interés general», y «que no tengan carácter industrial o mercantil», que deben ser examinadas separadamente, ya que no son equivalentes. En

En cuanto a la satisfacción de necesidades de interés general, para que un ente pueda ser considerado poder adjudicador, se requiere que su objeto sea la consecución de necesidades calificadas como esenciales para los ciudadanos. En relación a esta exigencia, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha considerado en diferentes ocasiones (Asunto C-44/96, Mannesmann y C-360/96 BFI Holding), que el desempeño por parte de la entidad de otras actividades en el mercado, no desmerece el cumplimiento del requisito.⁴⁸

Es decir, si una entidad realiza una función de interés general, y al margen de la misma lleva a cabo otras actividades con vertientes mercantiles o

efecto, es posible que existan necesidades de interés general, que por tener sin embargo carácter industrial o mercantil, se satisfagan por entes que no estén sometidos a la Directiva, o lo que es lo mismo, que no tengan la condición de poderes adjudicadores. Como expresamente ha declarado la STCE de 10 de noviembre de 1998, el Derecho comunitario crea, dentro de la categoría de necesidades de interés general, una subcategoría con las necesidades que no tengan carácter industrial o mercantil. Así, «En efecto, si el legislador comunitario hubiera estimado que todas las necesidades de interés general no tienen carácter industrial o mercantil, no lo habría especificado, ya que, desde este punto de vista, el segundo elemento de la definición carecería de utilidad...»

⁴⁸ El TJCE se ha pronunciado en el siguiente sentido: “el hecho de que la satisfacción de necesidades de interés general sólo constituya una parte relativamente poco importante de las actividades realmente emprendidas por la ÖS, como señaló el gobierno austriaco en sus observaciones escritas, tampoco es pertinente, puesto que la mencionada entidad sigue encargándose de las necesidades que está específicamente obligada a satisfacer (Sentencia 15 de enero de 1998, Asunto C-44/96, Mannesmann, apartado 25); y el concepto de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil no excluye las necesidades que también son o podrían ser satisfechas por empresas privadas.” (Sentencia 10 noviembre de 1998, Asunto C-360/96 BFI Holding, apartado 53).

En este sentido, AHUMADA RAMOS, F.J.: “Delimitación del concepto de «organismo de derecho público público-poder adjudicador». Una propuesta de reforma del art. 1.9 de la Directiva 2004/18/CE., *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 148; octubre-diciembre 2010; pág. 814, afirma que el TJCE considera que carece de relevancia el hecho de que las actividades que se realicen para la satisfacción de necesidades de interés general sean numéricamente reducidas en comparación con las demás actividades que realice el organismo.

industriales, se produce una *vis atractiva* del primer elemento, debiendo entender que ese ente queda sometido a las reglas de contratación pública.⁴⁹

Es más, la Sentencia del asunto C-360/96 BFI Holding, da un paso adelante y declara que puede considerarse la existencia de un poder adjudicador cuando su función sea de interés general, incluso, si la actividad se presta en régimen de competencia.⁵⁰ Es decir, parece que el TJCE quiere considerar que la prestación en el mercado de actividades sea “objetivamente” de interés general.⁵¹

Al respecto, Baño León⁵² comenta que la citada Sentencia distingue entre necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil y necesidades de interés general que tienen ese carácter. “Puede haber necesidades de interés general que sean de naturaleza mercantil y pueden

⁴⁹ Circular 1/2008, de 3 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre “alcance del ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP y régimen de contratación aplicable”.

⁵⁰ Si la actividad no se presta estrictamente en competencia sino por financiación pública, el requisito relativo al interés público, y el relativo a la financiación se confundirían porque en ambos casos se estaría exigiendo lo mismo. Es decir, si para considerar que una actividad de interés general no tiene carácter industrial o mercantil, se tiene que prestar en competencia o con competencia limitada, esto sería redundante. Si todas las actividades de interés general se prestaran en competencia, muchas veces el requisito de las necesidades de interés general se confundiría con el requisito de la financiación, solapándose ambos.

⁵¹ Si GIMENO FELIU, J.M^a.: “El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: luces y sombras”, *RAP* nº 176, Madrid, mayo-agosto (2008) pág. 22, comenta en relación a este aspecto de la Sentencia BFI Holding, que prima el dato teleológico de la actividad que desarrolla ese ente adjudicador. “En esta jurisprudencia se distingue, en definitiva, entre necesidades de interés general que tengan carácter industrial o mercantil y las necesidades que no tengan dicho carácter. Criterio que no se ve afectado por el hecho de que empresas privadas satisfagan o puedan satisfacer las mismas necesidades que éste, ya que la inexistencia de competencia no es un requisito necesario para definir a un organismo de Derecho público”.

Es decir, en relación al requisito de que la actividad sea de interés general, la existencia o no del carácter mercantil o industrial no debe depender de la forma de prestarse la actividad.

⁵² BAÑO LEÓN, J.M^a: “La influencia del Derecho Comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos...”; op. cit., págs. 29 y 30

eventualmente ser satisfechas por empresas privadas sin que ello excluya al organismo de su sujeción a las Directivas europeas. La existencia de competencia en un mercado – dice el Tribunal - «puede ser un indicio de que no se trata de una necesidad de interés general», pero en el caso concreto rechaza que la existencia de competencia invalide el carácter público del organismo.”⁵³

Ante la declaración realizada por la Sentencia BFI Holding, la comprobación de la existencia de un interés general deberá apreciarse teniendo en cuenta todos los elementos jurídicos y fácticos que intervienen, como las condiciones en las que se ejerce la actividad, o la asunción de riesgos, según recogen las Sentencias del TJCE de 27 de febrero de 2003 (Asunto Adolf Truley) y 22 de mayo de 2003 (Asunto Korhonen).⁵⁴ Así, Moreno Molina⁵⁵ considera que de la jurisprudencia del TJCE, (refiriéndose a las citadas Sentencias Adolf Truley, apartado 66 y Korhonen⁵⁶, apartados 48 y 59) se desprende que la existencia o la ausencia de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil “ha de apreciarse teniendo en cuenta todos los elementos jurídicos y fácticos pertinentes, tales como las

⁵³ En atención a dicha aclaración, cabría preguntarnos si pudiera existir una necesidad de interés general, industrial o mercantil que no se prestase en competencia. La respuesta debe ser afirmativa, el ejemplo lo encontramos en el caso de Correos, y la base jurídica para su actuación se encontraría en el artículo 106.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

⁵⁴ AHUMADA RAMOS, F.J.: en “Delimitación del concepto de «organismo de derecho público público-poder adjudicador». ...” op. cit. ; pág. 819 considera que tales pronunciamientos suponen la introducción, por parte del TJCE y dentro del concepto de poder adjudicador, del criterio relativo a las condiciones en que los organismos ejercen su actividad.

⁵⁵ MORENO MOLINA, J.A.: *La nueva Ley de Contratos del Sector Público: Estudio Sistemático*, Editorial La Ley, Madrid, 2008; págs. 137 y ss.

⁵⁶ Sentencia de 22 de mayo de 2003, asunto C-18/01, Korhonen, que declara en su apartado 59, que en la comprobación de la existencia de carácter industrial o mercantil, deben apreciarse las circunstancias que rodearon la creación de la sociedad y las condiciones en que ejerce su actividad, incluidas: la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos derivados de dicha actividad y la eventual financiación pública de la actividad de que se trate”.

circunstancias que hayan rodeado la creación del organismo de que se trate y las condiciones en que ejerce su actividad, incluidas, en particular, la falta de competencia en el mercado, la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos derivados de dicha actividad, así como la eventual financiación pública de la actividad de que se trate.”

En el mismo sentido, García-Trevijano Rodríguez y Nogueras Matas⁵⁷ entienden que para considerar la existencia de carácter industrial o mercantil según el TJCE, no debe tenerse en cuenta la forma de la entidad ni su categorización conforme al Derecho interno, puesto que lo determinante es: (i) que la entidad en cuestión opere en condiciones normales de mercado; (ii) que tenga ánimo de lucro como objetivo principal y (iii) que asuma los riesgos derivados de la actividad.

La comprobación de las condiciones en que se ejerce la actividad nos conecta con el tema de la financiación que reciba el ente.⁵⁸ Efectivamente, la existencia de una financiación pública es un fuerte indicador de la inexistencia de carácter industrial o mercantil, puesto que si aquélla existe, el “mercado” se distorsiona, y por lo tanto no puede hablarse en sentido estricto de que se actúa en condiciones de mercado puesto que no lo es.

No obstante, frente a tal posición, el artículo 106.2 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea, consolidado según Tratado de Lisboa,⁵⁹

⁵⁷ GARCÍA-TREVIJANO RODRÍGUEZ, L. y NOGUERAS MATAS, L. en “Ley de Contratos del Sector Público, su incidencia en el giro contractual de las sociedades mercantiles de capital mayoritario de titularidad de las entidades que integran la Administración Local”, *El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados*, 2008 (9), págs. 1639 a 1652.

⁵⁸ Sentencias TJCE 10 de mayo de 2001, asuntos acumulados C-223/99 y C-260/99, Agorà y Excelsior, apartado 40; y de 22 de mayo de 2003, Korhonen y otros, asunto C-18/01, párrafo 51.

⁵⁹ Artículo 106.2 TFCE: “Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las

permite para empresas encargadas de la gestión de servicios de interés general actuar en el mercado con ayudas públicas y excepcionar la regla de la libre competencia en la medida en que ello fuese necesario para salvaguardar la misión del interés general.⁶⁰ Es decir, que no podemos encontrar con servicios de interés general con carácter industrial o mercantil, que se prestan con limitaciones a la competencia; y servicios de interés general sin carácter industrial o mercantil que no se prestan en competencia. Por ello, el concepto de interés general debería interpretarse objetivamente, tal como realizó la Sentencia BFI Holding, o lo que es lo mismo, el dato de la competencia no es un factor decisivo para declarar una actividad como industrial o mercantil.

Por lo tanto, serán las circunstancias de cada caso las que decidirán si nos hallamos ante un poder adjudicador o no.

normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión.”

⁶⁰ En relación al artículo 106.2 TFUE, debe hacerse mención a la Sentencia del TJCE de 19 de mayo de 1993. Procedimiento contra Courbeau por monopolio postal. Asunto C-320/91, en el que se examinó en qué medida puede ser necesaria la restricción de la competencia o, incluso la exclusión de toda competencia de otros operadores económicos, para permitir al titular del derecho exclusivo cumplir su misión de interés general. También resulta interesante la Sentencia del TPI de 27 de febrero de 1997, *Fédération Française des Sociétés d'Assurances (FFSA)* y otros contra Comisión, pues dio inicio a una nueva línea jurisprudencial, diferente a la existente hasta entonces, acerca de las ayudas estatales. El fallo del TPI consideró, en el caso de las actividades competitivas del Servicio de Correos francés (La Poste), que las medidas controvertidas constituían ayudas estatales que podían, no obstante, beneficiarse de la excepción del apartado segundo del entonces artículo 90.2 del Tratado CE (hoy art. 106.2 anteriormente comentado).

La conclusión que se alcanza en ambos supuestos, es que en determinadas ocasiones, el interés general justifica determinados privilegios, sin que ello suponga infracción de la libre competencia.

Véase RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A.: “De nuevo sobre la financiación de los servicios de interés económico general y las ayudas de Estado. Comentario de la STJCE de 24 de julio de 2003, *Altmark Trans GmbH y Regierungspräsidium Magdeburg c. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, asunto C-280/00,” *Anuario da Facultade de Dereito da Universidades da Coruña*, n.º 8, 2004, págs. 1075 y ss.

En el supuesto concreto que nos ocupa, el caso del urbanizador, debe tenerse en cuenta que su función constituye una satisfacción del interés general.⁶¹ De conformidad con el artículo 119 LUV, el urbanizador es el responsable del desarrollo y ejecución de las actuaciones urbanísticas señaladas en la citada Ley, las cuales son de innegable interés general; es decir, son de interés para los ciudadanos considerados en su conjunto, puesto que el desarrollo urbanístico satisface muchas de sus necesidades: seguridad, prestación de servicios, creación de viviendas,...

Puesto que la figura del urbanizador nace única y exclusivamente con dicho fin, su objeto es la satisfacción de un interés general; por lo que podría entenderse, en principio, que tiene cabida en el concepto de poder adjudicador. Esta declaración llevaría a plantearnos la cuestión de si, dado que en los contratos públicos siempre concurre un interés general, todos los contratistas de la Administración pueden ser calificados como poder adjudicador. Obviamente la respuesta es no. La función del urbanizador es desarrollar y ejecutar las actuaciones urbanísticas. Es cierto que tal función constituye la satisfacción de un interés general; no obstante, tal criterio no es definitivo, puesto que en todos los contratos públicos se pretende la satisfacción de un

⁶¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. en "Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 89, 1996, págs. 68-69, comenta que el interés general constituye un concepto jurídico indeterminado que fundamenta y legitima la discrecionalidad de la Administración y que identifica un tipo cualificado de intereses, que no son los de los ciudadanos individuales ni tampoco los de los partidos políticos.

En el mismo sentido, SAINZ MORENO, F.: "Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico". *REDA* nº 8, Madrid 1976, pág.63: afirma que "determinar en «qué» consiste el interés público y «a quién» corresponde apreciar lo que en cada caso aconseja o perjudica a ese interés, no es sólo una cuestión política o filosófica, sino un problema jurídico de la mayor importancia. La solución del problema concreto de decidir en cada caso singular lo que conviene al interés público (por ejemplo, legalizar o no la situación de una casa construida en zona marítimo-terrestre, reducir o no el número de expediciones de una compañía de transportes, etc.) exige operar con criterios y técnicas que no los proporcionan los estudios políticos o filosóficos sobre el «bien común», aunque de ellos procedan los principios que deben inspirar la configuración de esas técnicas."

interés general.⁶² ¿Goza el urbanizador de alguna especialidad que lo diferencie de ese resto de contratistas?

Aplicando la premisa dicha anteriormente, relativa a la comprobación de las circunstancias para la identificación de un poder adjudicador, debe tenerse en cuenta que la Ley ha creado la figura abstracta del urbanizador pero no a los concretos urbanizadores. El “encargo o función” de urbanizar – interés público del que aquí se trata - debería ser contenido por la Ley y no por el contrato que suscriban los urbanizadores. El urbanizador es una figura que la Ley no crea, sino que regula; y, por lo tanto, la condición de urbanizador se adquiere por la adjudicación del contrato.

Por otra parte, todas estas funciones son desarrolladas por el urbanizador en el mercado, es decir en competencia, consecuencia lógica si tenemos en cuenta que la adjudicación del Programa es objeto de licitación; lo que en principio, tal como declaró la Sentencia BFI Holding, es un fuerte indicador de que no nos hallamos ante un poder adjudicador.

Por todo lo cual, desde tal punto de vista, el urbanizador no cumpliría el primer requisito exigido por el TJCE; requisitos que, debemos recordar, son acumulativos: si uno de ellos no se cumple, no estaremos ante un poder adjudicador, y por lo tanto sería innecesario el estudio del resto de condiciones. Pese a ello, se analizan los dos requisitos restantes y su relación con el urbanizador.

⁶² “La existencia genérica de un interés público, que justifica la autorización para el desarrollo de la actividad, no puede pues, so pena de una incontrolada extensión del ámbito de aplicación de la Directiva, constituir el criterio decisivo para determinar los supuestos comprendidos en dicho ámbito”. Conclusiones del Abogado General, sr. Mengozzi, en el asunto C-451/08 (Müller), en el que el TJCE dictó Sentencia el 25 de marzo de 2010.

V.3.2.b Dotación de personalidad jurídica propia

En relación al segundo requisito, es claro que el urbanizador puede actuar por sí mismo, en nombre propio. La LUV concede al urbanizador la posibilidad de asumir derechos y obligaciones que sólo pertenecen a él, y por ello la figura del urbanizador está dotada de personalidad jurídica propia.

El artículo 121 LUV dispone que podrán ser urbanizadores las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras que tengan plena capacidad de obrar, sean o no propietarias de los terrenos afectados y reúnan las condiciones de solvencia económica y financiera, técnica y profesional exigibles.

V.3.2.c Control por el poder adjudicador

El último requisito para la consideración de la presencia de un poder adjudicador es la existencia de un control por parte de una Administración Pública u organismo de Derecho Público.

La dependencia de esta Administración Pública u organismo se refleja en diferentes criterios alternativos, bastando por ello la concurrencia de uno de ellos para dar por cumplido el requisito:

- Actividad mayoritariamente financiada por organismos de Derecho Público.

La Sentencia del TJCE de 3 de octubre de 2000 (Asunto C-380/98, Universidad de Cambridge), expresa que debe considerarse la concurrencia de este requisito cuando más de la mitad de la actividad del ente se financie o apoye en una ayuda económica realizada por el organismo de Derecho Público sin contraprestación específica.

Éste, generalmente, no es el caso del urbanizador, condición que en la mayoría de los casos es asumida por una empresa privada dedicada a la construcción o urbanización.

De todos modos, la propia Sentencia declara que ha de tenerse en cuenta que el modo de financiación es un fuerte indicador de la dependencia hacia otra entidad adjudicadora, pero que no es absoluto, ya que toda suma abonada por dicha entidad adjudicadora no tiene por efecto crear o reforzar una relación de subordinación.

- Gestión sometida a un control por parte de otro poder adjudicador

La imposición de un perfil de gestión determinado, así como la sujeción a un control que le permite influir en las decisiones que se adopten en relación a los contratos sí que indica una relación de subordinación (Sentencia de 1 de febrero de 2001, Comisión contra Francia, Asunto C-237/99)

En relación al control, el urbanizador ejecuta su actividad de conformidad con las directrices que realice al respecto la Administración Pública. Pero la fiscalización que realiza la Administración respecto al urbanizador se refiere a una concreta actividad: la ejecución de las obras que constituye el objeto del contrato, mientras que el requisito exigido por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo se refiere a un control de la actividad que en general desempeña la entidad. La diferencia radica en que el control que la Administración ejerce sobre el urbanizador nace del contrato suscrito entre ambos y no de la norma jurídica. Por todo lo cual, tampoco existe control por parte de la Administración respecto al urbanizador en el sentido exigido por la normativa comunitaria.

- Órgano de administración, de dirección o de vigilancia compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, entes públicos territoriales u otros organismos de Derecho público. El urbanizador, en general, es un sujeto privado sobre cuyo órgano de administración el Ayuntamiento no ejerce ningún tipo de control.

En relación a estos requisitos, debe hacerse mención al hecho de que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, como se ha comentado en un epígrafe anterior, ha mantenido durante mucho tiempo una interpretación amplia de los mismos, calificando de poder adjudicador casi la totalidad de supuestos en los que se planteó tal condición. Ejemplo de ello, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de diciembre de 1998, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Irlanda* (Asunto C-353/96), en la que se debatió si el Servicio de Bosques era o no un poder adjudicador en el sentido de las Directivas Comunitarias⁶³; de igual modo en la Sentencia de 1 de febrero de 2001, asunto C-237/99, *Comisión contra Francia*, en el que el Tribunal de Justicia consideró que las sociedades anónimas de viviendas de alquiler moderado (SA VAM) constituían un poder adjudicador; en el asunto C-349/97 (TRAGSA), en la que el TJCE, como en otras ocasiones, declaró que a efectos de considerar si nos hallábamos ante un poder adjudicador no importaba la forma societaria que se le hubiese otorgado al ente, sino el control que sobre la misma ejercía, en ese caso concreto la Administración General del Estado, las Comunidades autónomas y los organismos públicos de ellas dependientes; o la Sentencia de 27 de febrero de 2003, caso *Adolf Truley*, C-373/00.

⁶³ En la Sentencia de 17 de diciembre de 1998 (Asunto C-353/96), el Tribunal consideró que, dado que fue el Estado quien creó el Servicio de Bosques, le encomendó determinadas funciones de interés general, y le correspondía la facultad de nombrar a los principales directivos del Servicio, cursando instrucciones, podía ejercer sobre el mismo un control, al menos de manera indirecta, considerándose, por tanto, al Servicio de Bosques como un poder adjudicador.

No obstante, pese a la citada jurisprudencia,⁶⁴ el urbanizador no puede ser considerado un poder adjudicador, pues sobre el mismo, como se ha comentado anteriormente, no se da el control por parte de una Administración en los términos requeridos por la jurisprudencia del TJCE.

En resumen, al fallar dos (primero y tercero) de los requisitos requeridos por la Directiva 2004/18/CE para considerar que nos hallamos ante un contrato de obras públicas, el relativo al poder adjudicador, la relación entre el urbanizador y el empresario constructor no puede ser considerada un contrato de obras públicas según las Directivas Comunitarias, pese a los distintivos públicos que existan en el mismo.⁶⁵

V.2.4 La naturaleza jurídica del empresario constructor desde la normativa nacional de contratación

En cuanto a legislación nacional se refiere, son contratos del sector público, y en consecuencia están sometidos al TRLCSP, los contratos

⁶⁴ En relación a esta jurisprudencia, la Instrucción de la Abogacía del Estado nº 1/2008, de 5 de febrero, sobre contratación de las fundaciones del sector público estatal, sociedades mercantiles del Estado y entidades públicas empresariales dependientes de la Administración General del Estado, pág. 5, comenta que la doctrina mantenida por el TJCE “se caracteriza por utilizar, de manera no uniforme, distintos criterios, resolviendo cada caso en función de sus particulares circunstancias, sin que exista una construcción acabada de cada una de esas dos categorías o conceptos, proporcionando tan sólo pautas de orientación”.

⁶⁵ Y a pesar también del pronunciamiento del TJCE (Scala), de la regulación de la subcontratación en el contrato de concesión de obra pública, y por último de la Directiva 17/2004/CE.

onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren los entes, organismos y entidades del sector público, según definición de la propia Ley.⁶⁶

El TRLCSP realiza una tipificación de los contratos apoyada en la clasificación de los entes pertenecientes al sector público que los suscriban. De este modo, los contratos que suscriban las Administraciones Públicas se dividirán en contratos administrativos y contratos privados; mientras que los contratos que suscriban los demás entes, entidades u organismos del sector público serán contratos privados.

En relación a esos entes, la Ley recoge tres categorías: poderes adjudicadores que tienen la consideración de Administraciones Públicas, poderes adjudicadores que no tienen el carácter de Administraciones Públicas y restantes entes del sector público. En función de la categoría, el TRLCSP les será de aplicación con mayor o menor intensidad.

Partiendo del supuesto general, en el que la posición del urbanizador es adoptada por un sujeto privado, se descarta el primer supuesto relativo a las Administraciones Públicas. El siguiente paso es pues, plantearnos si la figura del urbanizador podría encajar en la definición de poder adjudicador que no tiene la consideración de Administración Pública. La atención debe realizarse en primer lugar, en la definición que el TRLCSP realiza de esta categoría.

El TRLCSP define al poder adjudicador que no es Administración Pública en su artículo 3.3.b, el cual recoge la doctrina comunitaria existente al respecto y que ha sido comentada anteriormente. En concreto se define a ese poder adjudicador como un ente, organismo o entidad con personalidad jurídica propia, distinto de una Administración Pública, que ha sido creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tienen

⁶⁶ Artículo 2.1 del TRLCSP.

carácter industrial o mercantil, y sobre el que se ejerce un control por determinadas Administraciones Públicas.⁶⁷ Puesto que se trata de un concepto comunitario, y por lo tanto debe recibir una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad, lo dicho anteriormente en relación a los requisitos exigidos por la normativa comunitaria para la consideración de un poder adjudicador es de aplicación en el presente supuesto, y por lo tanto, el urbanizador tampoco puede ser considerado un poder adjudicador según el TRLCSP.

Quedaría plantear si, a pesar de no ser un poder adjudicador, el urbanizador pudiera ser calificado como ente del sector público, según la definición del TRLCSP, que suscribiese contratos públicos de obras, sujetos a Derecho privado.⁶⁸

La respuesta en este caso también ha de ser negativa atendiendo a la enumeración que el artículo 3 del TRLCSP⁶⁹ realiza de los entes que, para la Ley, forman parte del sector público.

⁶⁷ El artículo 3 del TRLCSP dice así:

“3. Se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, los siguientes entes, organismos y entidades:

- a. Las Administraciones Públicas.
- b. Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a) que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3 financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.
- c. Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades de derecho público, mencionados en las letras anteriores.”

⁶⁸ Los contratos del sector público, suscritos por entes públicos o semipúblicos que no reúnen los requisitos de poderes adjudicadores, son contratos privados a los que le son de aplicación las normas generales del Libro I del TRLCSP, así como unas Directrices mínimas de adjudicación de los contratos que pretendan celebrar.

⁶⁹ La Instrucción 1/2008, de 5 de febrero, de la Abogacía General del Estado, sobre la contratación de las fundaciones del sector público estatal, sociedades mercantiles del

Lo dicho, como se ha comentado anteriormente, se refiere al supuesto general en el que la posición del urbanizador es adoptada por un sujeto privado. No obstante, en el caso de que esta condición fuese adoptada por una Administración Pública, por un poder adjudicador que no tiene tal consideración o por un ente del sector público, la relación de este concreto urbanizador con el empresario constructor sería la de un contrato de obras públicas.⁷⁰

Ello, por supuesto, salvo que dicho organismo público mantuviese una relación de dependencia o vinculación respecto a la primera Administración, en cuyo caso hablaríamos de “gestión directa”, descartando con ello la cuestión relativa a la naturaleza jurídica del empresario constructor.⁷¹ Estaríamos

Estado y entidades públicas empresariales dependientes de la Administración General del Estado, tras comentar que la LCSP delimitaba su ámbito de aplicación subjetivo en su artículo 3, a través de una enumeración de entes, organismos y entidades que integran el sector público de muy diversa tipología o configuración jurídica, realizaba una definición de este tipo de entes, organismos o entidades que no ostentan la condición de poderes adjudicadores del siguiente modo:

“En realidad, el concepto de este segundo grupo o categoría resulta por contraposición del concepto de poderes adjudicadores y, más concretamente, por contraposición del requisito consignado en la letra a) del apartado 1 anterior: si este requisito consiste en que el ente, organismo o entidad haya sido creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, se estará en presencia de un ente, organismo o entidad que no tendrá la condición de poder adjudicador cuando el mismo haya sido creado para satisfacer necesidades que tengan carácter mercantil o industrial. La contraposición de la que resulta el concepto de ente, organismo o entidad que no ostenta la condición de poder adjudicador lo es, como se ha indicado, respecto del requisito consignado en la letra a) del apartado 1 anterior, sin que pueda serlo respecto de los requisitos de la letra b) de dicho apartado, y ello en razón de que si no se cumpliese ninguno de dichos requisitos se estaría en presencia de una entidad no comprendida en el sector público y a la que, por tanto, no le sería aplicable la LCSP.”

⁷⁰ En relación a este supuesto, es de necesaria mención el artículo 274 TRLCSP que, en relación a la subcontratación en el contrato de concesión de obra pública, dice: “1. Cuando el concesionario de la obra pública tenga el carácter de poder adjudicador conforme al artículo 3.3, deberá respetar, en relación con aquellas obras que hayan de ser ejecutadas por terceros, las disposiciones de la presente Ley sobre adjudicación de contratos de obras.”

⁷¹ En este aspecto, debería traerse a colación la Jurisprudencia del TJCE relativa al poder adjudicador y al control que éste ejerce sobre los entes con los que contrata. Dicho Tribunal ha considerado en varias ocasiones que las Directivas Comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos no son de aplicación cuando la “sociedad estatal

hablando en ese caso de los llamados contratos domésticos. En este caso, el artículo 4.1 del TRLCSP excluye del ámbito de aplicación de la normativa de

controvertida en el asunto (...) no dispone de libertad alguna ni en lo que atañe a la aceptación y ejecución de los encargos de las autoridades competentes, ni en cuanto a la tarifa aplicable a los servicios que presta” (Sentencia de 19 de abril de 2007, Asunto 295/05, Asemfo). Por lo que, y ya en relación con el asunto que tratamos, la relación de la Administración con el ente del sector público, en principio, no debería estar sujeta a las Directivas si se cumplieran dichas premisas. (Sentencia 18 de diciembre de 2007, asunto C-220/06 (Correos).

Véase en relación a los contratos “*in house*”, entre otros, SOSA WAGNER, F. *La gestión de los servicios públicos locales*, Civitas, Madrid, 2008, 7ª edición, págs. 167 y ss.; HUERGO LORA, A.: “Libertad de empresa y la colaboración preferente de las Administraciones con empresas privadas. *RAP*, núm. 154, enero-abril 2001. págs. 129 y ss.; BERNAL BLAY, M.A. “Un paso en falso en la interpretación del control análogo al de los propios servicios en las relaciones *in house*”. *REDA* 137, 2008, págs. 115 y ss., y NOGUERA DE LA MUELA, B., “Los encargos *in house* en la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP): especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria”, *RAP*, núm. 182, 2010, págs. 159 y ss.

Ahora bien, en el caso de que tales circunstancias no se diesen, y se considerase que el ente que contrata con la Administración es una persona jurídicamente distinta, cabría la posibilidad de no llevar a cabo la licitación cuando se cumplieren dos requisitos cumulativamente: por una parte, que la autoridad pública que es entidad adjudicadora ejerciese sobre la persona distinta de que se trate, un control análogo al que ejerciese sobre sus propios servicios; y por otra, que dicha persona realizase la parte esencial de su actividad con el ente o entes públicos que la controlasen. (Sentencia 18 de noviembre de 1999, Asunto C-107/98, Teckal; 8 de mayo de 2003; Asunto C-347/97 Comisión contra España o 19 de abril de 2007; Asunto C-295/05, Tragsa). En concreto, la última de las Sentencias citadas, en su apartado 204, dice así: “Por lo que se refiere a las consecuencias de considerar a Tragsa como parte de la Administración pública, procede recordar que el Tribunal de Justicia ha admitido una excepción a la aplicación de las directivas en materia de adjudicación de contratos públicos, llamada «*In House Providing*», relativa a los contratos celebrados por una entidad adjudicadora con determinados organismos públicos vinculados a ella. Los límites de esta excepción se detallaron, en particular, en las sentencias de 18 de noviembre de 1999, Teckal (C-107/98, Rec. I-8121), apartado 50, y de 7 de diciembre de 2000, ARGE Gewässerschutz (C-94/99, Rec. I-11037), apartado 40.” Por lo tanto, ya en nuestro estudio, en el supuesto de que adquiriese la condición de urbanizador un sujeto que pese a ser ente del sector público fuese una persona jurídicamente distinta a la Administración, cabría la posibilidad de no llevar a cabo la licitación cuando se diesen los requisitos citados anteriormente (control análogo al ejercido sobre sus propios servicios y que el ente contratista realizase la parte esencial de la actividad con la citada Administración).

La justificación de ambos supuestos responde por lo tanto a la existencia o no del ejercicio de poder público, tal como comenta TARDÍO PATO, J.A., en *La gestión urbanística en el Derecho de la Unión Europea, del Estado Español y de la Comunidad Valenciana*, Aranzadi, Navarra, 2007, págs. 62 y ss: “Cuando se ejerce poder público, la actividad no tiene la consideración de económica y no se aplican las normas sobre competencia del Tratado Constitutivo, ni la normativa comunitaria sobre contratos públicos”.

contratación a las llamadas operaciones “*in house*”, en las que la Administración utiliza sus propios medios para obtener las prestaciones que constituyen el objeto de los contratos públicos.⁷²

Volviendo al supuesto de la gestión indirecta, el urbanizador no puede ser identificado en todos los casos como un ente del sector público, y por ello el contrato que suscriba con el empresario constructor tampoco podrá gozar de dicha calificación. Ni es un ente del Sector Público, ni es un contrato del Sector Público.

V.2.5 Conclusión

El estudio realizado nos conduce a la conclusión de que, si bien en el contrato que suscribe el urbanizador con el empresario constructor existen muchos signos de carácter público, éste posee naturaleza privada, tal como establece la propia Ley Urbanística Valenciana.

Tal conclusión no se alcanza por la confirmación de su naturaleza privada, sino porque el modelo establecido por la normativa urbanística valenciana no encaja con las definiciones de contrato público establecidas a nivel comunitario o nacional porque el sujeto no es público.

⁷² El artículo 4.1.n) del TRLCSP dice así: “Están excluidos del ámbito de la presente Ley ...n) Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación...”.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que el TJCE también suele afirmar que en las sociedades de economía mixta no caben los contratos *in house*, por ejemplo en la Sentencia de la Scala o en la subcontratación de la concesión de obras públicas.

Dicho lo cual, en atención el interés público existente en el contrato entre el urbanizador y el empresario constructor, se debería prever una mayor intervención de la Administración o al menos un mayor control por parte de ésta con el fin de salvaguardar los intereses generales que en el mismo concurren.

Atendiendo a la normativa vigente, *lege data*, y como se ha mencionado en diferentes ocasiones a lo largo de este estudio, la intervención y/o control de la Administración podría ser mayor, siempre y cuando así se previese en las Bases que van a regir la adjudicación de los Programas de Actuación Integrada. Ése es el momento en el que la Administración puede imponer sus exigencias, las cuales serán aceptadas por los aspirantes a urbanizador cuando presenten una proposición y decidan participar en la adjudicación.

Es decir, el Ayuntamiento, a través de la redacción de dichas Bases, podría reservarse una mayor intervención en la fase de selección del empresario constructor, establecer unas mayores garantías al efecto, diferentes soluciones ante los incumplimientos del empresario constructor, e incluso del urbanizador respecto a este último, prever una posible impugnación por el empresario constructor, etc....

Además de ello, y continuando en el supuesto del régimen previsto en la normativa, cabría la posibilidad de otorgar al urbanizador ciertas potestades con el fin de agilizar la actuación del empresario constructor o poder actuar ante los incumplimientos de éste. Esta opción fue estudiada por Alonso Mas⁷³,

⁷³ ALONSO MAS, M.J^a.: "Las relaciones entre el agente urbanizador y el empresario constructor en la Ley Urbanística Valenciana y su Reglamento". En Obra Colectiva *Curso Práctico de Derecho Urbanístico Valenciano*. Editorial Tirant Lo Blanc. Valencia, año 2006, págs. 1072 y ss.: "... la remisión al Derecho Privado hace a primera vista cuestionable que el pliego establezca la facultad del urbanizador de resolución unilateral del contrato en caso de incumplimiento; por cuanto en este punto el art. 1594 CC sólo establece la facultad de desistimiento contractual del dueño de la obra, que obviamente comporta una indemnización para quien la ejecuta. Sin embargo, realmente lo dispuesto en los arts. 1256 y 1124 CC no constituye obstáculo para que se pacte en el contrato la facultad de uno de

la cual consideró la posibilidad de que el pliego estableciese la facultad del urbanizador de resolver unilateralmente el contrato en caso de incumplimiento del empresario constructor e incluso modificarlo.

En cuanto a una posible modificación – no global - de la normativa, sería deseable, de *lege ferenda*, que el artículo 369 del ROGTU se elevase de rango y se recogiese en la propia Ley Urbanística. Además, también resultaría aconsejable que se ampliara su campo de aplicación y no se previese solamente para los casos en los que exista una dejación de sus funciones por parte del urbanizador.

los contratantes de resolución unilateral en caso de grave incumplimiento de la otra parte. Puede verse por ejemplo la STS de nueve de junio de 2005, que considera abusivo el concreto uso de la cláusula de resolución unilateral de que se había hecho en el caso pero no la cláusula misma. Y puede verse también, por ejemplo, la de tres de febrero de 2003.

De cualquier forma, con el establecimiento contractual de la facultad unilateral de resolución por el urbanizador en caso de grave incumplimiento del constructor no se eliminan todos los problemas, dado que a fin de cuentas estamos ante una obra pública y es posible que las exigencias del interés general obliguen a la modificación del contrato. Pero que el contrato permita su propia modificación unilateral por el urbanizador (aunque sea a consecuencia de una orden dada por el ayuntamiento) no parece ajustada tampoco, en apariencia, al principio de igualdad contractual. Sin embargo, de alguna sentencia del TS, como la de 24 de enero de 2002, parece deducirse que el contrato civil sí puede prever, cuando exista justa causa, su propia modificación, que podrá ser activada por la parte interesada en ella.”

V.3 CONSIDERACIONES GENERALES EN TORNO A LA DUALIDAD URBANIZADOR Y EMPRESARIO CONSTRUCTOR

Como ya se ha comentado, entre las innovaciones que realiza la LUV es de destacar la separación de las funciones que en la LRAU realizaba el agente urbanizador, repartiéndolas entre dos sujetos, el urbanizador y el empresario constructor. Mientras que al urbanizador le corresponde redactar todos los documentos técnicos necesarios para la gestión del programa en su integridad, el empresario constructor debe ejecutar las obras previamente definidas en el proyecto de urbanización aprobado por el ayuntamiento.⁷⁴

La justificación de tal separación se encontró en la búsqueda del respeto a los principios de la contratación pública, y en principio la separación satisfaría dicho objetivo, puesto que facilitaría la participación de aspirantes a la obtención de la condición de empresario constructor.

Con ello, primero se garantiza una mayor igualdad de oportunidades respecto a las empresas que concurren para la obtención de este segundo contrato; y segundo, ofrece una posibilidad de participación a aquellas empresas que se dedican a la realización de estas obras, y que no tienen capacidad para asumir toda la gestión, ampliando con ello la concurrencia.

Dicho esto, el respeto a los principios de contratación pública, en un sistema planteado con el fin de evitar la aplicación de la normativa de contratación, comunitaria y nacional, es difícil de ligar. Si la voluntad era acatar las bases de la contratación pública, habría sido mucho más sencillo, en lugar de complicar y duplicar el procedimiento, cambiar la base y considerarlo un

⁷⁴ Apartado IV del Preámbulo de la Ley Urbanística Valenciana

contrato mixto de obras y servicios con todas sus consecuencias. Además, a pesar de que el urbanizador no sea un poder adjudicador, el artículo 274 TRLCSP, relativo a la adjudicación de contratos de obras por el concesionario, prevé el sometimiento de esta adjudicación a la regulación prevista para los contratos suscritos por poderes adjudicadores.⁷⁵

En relación a esta separación, la Sentencia del TJCE de 26 de mayo de 2011, relativa a la LUV, no se pronuncia; ni siquiera apunta a la relación entre el urbanizador y el constructor.

Vázquez Oteo⁷⁶ comenta que el sistema establecido por la LUV acaba con la modalidad del agente urbanizador que era o dependía de una empresa urbanizadora o constructora, en la que las obras de urbanización pública que acometían era un negocio lucrativo, además del suelo neto que obtenían como pago en especie de su actividad de urbanización. No comparto esta idea, puesto que la intervención de dos sujetos en el desarrollo de un programa no implica necesariamente el fin del negocio lucrativo; no obstante, evidentemente, la intervención de un tercero es adecuada cuando son los

⁷⁵ La Directiva 2004/18/CE, prevé en sus artículos 62 y 63 la aplicación de las disposiciones previstas en la misma para la adjudicación de los contratos públicos de obras del siguiente modo: cuando el concesionario sea un poder adjudicador deberá respetar, en aquellas obras que hayan de ser ejecutadas por terceros, las disposiciones previstas en la presente Directiva para la adjudicación de los contratos públicos de obras; cuando el concesionario no sea poder adjudicador, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que dicho concesionario aplique las normas de publicidad definidas en el artículo 64 cuando el valor de estos contratos sea igual o superior a 5.000.000 euros.

Sin embargo, no será necesaria la publicidad cuando un contrato de obras cumpla las condiciones de aplicación de los casos enumerados en el artículo 31, que justifican el recurso al procedimiento negociado sin publicación del anuncio de licitación.

⁷⁶ VÁZQUEZ OTEO, A. "Análisis conceptual de la ejecución del planeamiento mediante actuaciones integradas y de las relaciones entre los propietarios y el urbanizador", en *Obra Colectiva Derecho Urbanístico de la Comunidad Valenciana*, El Consultor de los Ayuntamientos (La Ley), Madrid, 2006, pág. 983

propietarios o una Agrupación de Interés Urbanístico quienes asumen la condición de urbanizador.

El sistema planteado requiere una doble licitación y una doble exigencia de la capacidad económica y financiera, por lo que cabe preguntarse si esta separación era necesaria.⁷⁷ El resultado es una dilación del proceso urbanístico y un aumento de costes, así como la creación de un nuevo procedimiento carente de regulación en muchos aspectos.

Ante la existencia de lagunas normativas, en mi opinión, la solución que se debe adoptar en cada supuesto dependerá del elemento del contrato al que afecte. Si tal como se ha comentado anteriormente, la relación debe ser calificada como privada por la intervención de dos sujetos privados, pese a que el objeto del mismo sea público, ello debe ser reflejado en su regulación. Si la cuestión que se suscita es relativa al objeto del contrato, es decir a la ejecución de la obra de urbanización, la solución debería encontrarse, en principio, en la legislación de contratación pública.

Dicho lo cual, considero que la separación, si bien ha satisfecho el respeto a los principios de libre competencia, igualdad y competencia, no era el

⁷⁷ Esta misma pregunta se la realizan LLIDÓ SILVESTRE, J. y GARCÍA CAMPA, J.I. en "La (¿necesaria?) selección del constructor en la legislación urbanística" *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, Nº 7 quincena del 15 al 29 abril 2010 llegando a la siguiente conclusión: "No lo parece. No viene justificada por la norma que lo impone, como se ha dicho más arriba. Y tampoco es necesaria para satisfacer las exigencias, aquí intuidas, de establecer la separación de responsabilidades, favorecer la transparencia y la participación en los procesos de transformación urbanística de empresas de distintos sectores o incluso de diferente capacidad económica, incluso con el propósito final de beneficiar al propietario. Para ello hubiese bastado con que, al hecho de considerar el menor precio como uno de los criterios para la selección del Urbanizador (lo que no deja de entrañar el peligro de que las obras de urbanización, obras públicas en definitiva, sacrifiquen su calidad, en perjuicio de los ciudadanos en general, para propiciar su menor coste, en beneficio exclusivo de los propietarios que lo han de soportar), se uniese la necesidad de subcontratar las obras, con sometimiento al régimen propio de los contratos del sector público que no reclaman del contratista principal lo que la LUV exige del Urbanizador."

Capítulo quinto: Las relaciones entre el urbanizador y el empresario constructor

medio más acertado para lograr dicho fin, máxime cuando persisten cuestiones como la prevista en el artículo 155.6 LUV, relativo a la modificación del contenido del proyecto de urbanización por el Ayuntamiento al seleccionar una propuesta de programa, o el derivado del hecho de que en ocasiones el procedimiento se inicie a instancia de un aspirante a urbanizador.

VI. CAPÍTULO SEXTO: EL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN DEL EMPRESARIO CONSTRUCTOR

VI.1 INTRODUCCIÓN

Adoptada por el legislador la decisión de separar las funciones que implican el desarrollo del suelo entre el urbanizador y el empresario constructor, quedaba pendiente la tramitación del procedimiento de selección de este último.

Pese a que, como se ha comentado anteriormente, la relación entre el urbanizador y el empresario constructor es de naturaleza privada, y pese a no ser el urbanizador un poder adjudicador, el legislador optó por aplicar en dicha relación principios y aspectos de la contratación pública. Una situación similar se da hoy día en la regulación que el TRLCSP, y la Directiva 2004/18/CE en sus artículos 62 y 63, realizan sobre la adjudicación de contratos de obras – a subcontratistas - por el concesionario.¹

¹ Tras contemplarse en el artículo 273 TRLCSP la posibilidad de que el órgano de contratación imponga al concesionario la subcontratación con terceros en un determinado porcentaje del valor global del objeto, el artículo 274 del citado cuerpo legal exige la observancia, por parte del concesionario, de determinadas condiciones en la adjudicación de ese subcontrato:

“Artículo 274 TRLCSP: Adjudicación de contratos por el concesionario

(...) 3. Serán de aplicación a estos procedimientos las normas sobre publicidad contenidas en el artículo 142.

4. El concesionario fijará el plazo de recepción de las solicitudes de participación, que no podrá ser inferior a treinta y siete días a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación, y el plazo de recepción de las ofertas, que no podrá ser inferior a cuarenta días a partir de la fecha del envío del anuncio de licitación al Diario Oficial de la Unión Europea o de la invitación a presentar una oferta.

Este contexto, además de plantear la duda acerca de la naturaleza jurídica de la relación, que ha sido abordada en el apartado anterior, suscitará la cuestión de cuál será la jurisdicción competente a la hora de resolver los desacuerdos que se susciten en relación a dichos aspectos “públicos”. Todo ello, teniendo en cuenta la huida de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que plantea la vigente normativa de contratación pública nacional, especialmente el artículo 21 del TRLCSP.²

Cuando los anuncios se preparen y envíen por medios electrónicos, informáticos o telemáticos se podrán reducir en siete días los plazos de recepción de las ofertas y el plazo de recepción de las solicitudes de participación.

Será posible reducir en cinco días los plazos de recepción de las ofertas cuando se ofrezca acceso sin restricción, directo y completo, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, al pliego de condiciones y a cualquier documentación complementaria, especificando en el texto del anuncio la dirección de Internet en la que dicha documentación pueda consultarse. Esta reducción se podrá sumar a la prevista en el párrafo anterior.

En todo caso será de aplicación lo previsto en el artículo 158.3 y la prohibición de contratar prevista en el artículo 60.1.a, en relación con los adjudicatarios de estos contratos.”

² Artículo 21.2 del TRLCSP: “El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las parte en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados. Este orden jurisdiccional será igualmente competente para conocer de cuantas cuestiones litigiosas afecten a la preparación y adjudicación de los contratos privados que se celebren por los entes y entidades sometidos a esta Ley que no tengan el carácter de Administración Pública, siempre que estos contratos no estén sujetos a una regulación armonizada.”

VI.2 LA ESTRUCTURA DEL PROCEDIMIENTO

El procedimiento de selección del empresario constructor, ejecutor de las obras de urbanización, se encuentra regulado en los artículos 120 y 160 de la LUV y 357 y siguientes del ROGTU del siguiente modo:

- El urbanizador redacta las bases para la selección del contratista, es decir, elabora un pliego de cláusulas particulares y de prescripciones técnicas.

La redacción de las bases por el urbanizador es fundamental en este sistema, puesto que es el urbanizador quien determina las condiciones conforme a las cuales se adjudicará el contrato. Es decir, es en ese momento cuando se van a fijar las condiciones del desarrollo de la ejecución de la obra, puesto que el Ayuntamiento sólo podrá rectificarlas cuando éstas infrinjan la normativa aplicable o las Bases y condiciones de programación. Por ello, el principal medio de control por parte de la Administración en este procedimiento se encuentra precisamente en el contenido de dichas Bases y condiciones de programación.

El artículo 357 ROGTU establece que el procedimiento de selección del empresario constructor se iniciará por el urbanizador mediante acta notarial, en la que deberá protocolizarse la certificación del acuerdo de adjudicación del Programa y el pliego

de cláusulas particulares y prescripciones técnicas que deben regir la contratación.³

- Dicho pliego debe presentarse por el urbanizador al Ayuntamiento en el plazo de un mes desde que se haya formalizado el contrato de programación entre ambos sujetos.

- La presentación de los pliegos ante el Ayuntamiento tiene como fin que éste se pronuncie sobre los mismos ratificándolos o rectificándolos. Debe tenerse en cuenta que la Corporación Local sólo podrá rectificar el pliego de cláusulas particulares y de prescripciones técnicas por infracción de la normativa aplicable o de las Bases y condiciones de programación. Es decir, en principio, se elimina un pronunciamiento discrecional de la Administración, remitiéndonos a una “decisión” reglada: si cumple la normativa aplicable, está obligado a ratificar. Por tanto, el contenido de las bases y órdenes de los programas son esenciales para el posterior desarrollo de las mismas.⁴

- Dicha ratificación o rectificación del pliego de cláusulas particulares y de prescripciones técnicas, que lleve a cabo el Ayuntamiento, se realizará en el plazo de quince días desde que

³ Artículo 357 ROGTU: “Inicio del procedimiento de selección del Empresario Constructor (en referencia al artículo 120.2 y 160.3 de la Ley Urbanística Valenciana). 1. El procedimiento para la selección del Empresario Constructor será iniciado por el Urbanizador mediante acta notarial, en la que deberá protocolizarse la certificación del acuerdo de adjudicación del correspondiente programa, así como el pliego de cláusulas particulares y prescripciones técnicas que debe regir la contratación de acuerdo con lo previsto en el artículo siguiente. 2. El procedimiento para la selección del empresario constructor se regirá por lo establecido en la legislación básica estatal de contratación pública, la Ley Urbanística Valenciana y el presente Reglamento.”

⁴ Como más adelante se analizará en relación a la posibilidad de actuación de la Administración respecto al contenido de los pliegos, el hecho de que la LUV sólo se refiera a la posibilidad de rectificación del pliego cuando éste infrinja la normativa aplicable no excluye su rectificación cuando sea manifiestamente contrario al interés general, y por lo tanto, ilegal.

se presenten aquéllas por el urbanizador. Si no se pronuncia dentro de dicho plazo, se entenderá ratificado el pliego, por lo que actúa el silencio positivo en dicha situación. El apartado 6 del artículo 358 del ROGTU exige protocolizar en el acta notarial del concurso la certificación municipal de ratificación o rectificación del pliego.⁵

En el caso de que la ratificación se haya producido por silencio administrativo, el ROGTU establece que se protocolizará la copia de la comunicación fehaciente cursada por el urbanizador a la Administración actuante.⁶

- Posteriormente, el urbanizador remitirá el anuncio del concurso al Diario Oficial de la Unión Europea y al “Diari Oficial de la Generalitat”, actualmente Diario Oficial de la Comunidad Valenciana, para su publicación, dando entrada con ello a la libre participación de aspirantes a ejecutor de las obras.

- El plazo de licitación es de dos meses desde la publicación del anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea.

⁵ VÁZQUEZ OTEO, A., “Análisis conceptual de la ejecución del planeamiento mediante actuaciones integradas y de las relaciones entre los propietarios y el urbanizador” en la Obra Colectiva *Derecho Urbanístico de la Comunidad Valenciana*, El Consultor de los Ayuntamientos (La Ley), Madrid, 2006, pág. 977, comenta que, a pesar de que el Reglamento no sea claro, esta protocolización debe incorporarse, junto con los pliegos y acuerdo de adjudicación del Programa, en el acta notarial al que alude el artículo 357 ROGTU.

⁶ VÁZQUEZ OTEO, A.: “ Análisis conceptual de la ejecución del planeamiento..” op. cit. pág. 977. En relación a esta comunicación fehaciente, Vázquez Oteo se pregunta si se refiere a la de los pliegos para su aprobación municipal o a una supuesta comunicación del urbanizador a la Administración sobre el transcurso del plazo de quince días para resolver y de la aprobación por silencio: “Tras la modificación de la LRJPAC por la Ley 4/1999, de 13 de enero, desaparece la necesidad de comunicación del acto presunto a la Administración como requisito del silencio. Por ello, debemos considerar que el documento a protocolizar es la comunicación inicial de los pliegos a la Administración en cuyo caso no estaría de más que el urbanizador manifestase que en el plazo establecido no ha recibido notificación de rectificación alguna por parte del Ayuntamiento.”

- Durante el plazo de licitación, tanto la Alternativa Técnica como la Proposición Jurídico-Económica se encontrarán a disposición de los interesados en el Ayuntamiento y en una Notaría.
- Concluido dicho plazo, el urbanizador seleccionará al empresario constructor y propondrá su adjudicación a la Administración.
- La Administración dispondrá, nuevamente, de un plazo máximo de quince días para ratificar o rectificar dicha resolución. Si transcurre dicho plazo sin que se emita pronunciamiento, se entenderá ratificada la propuesta de adjudicación.

En relación al mismo, la totalidad de cada uno de los epígrafes enunciados es criticable y su encaje con el resto del ordenamiento jurídico puede ser puesto en tela de juicio. El sistema planteado por la LUV, relativo a que sea el urbanizador quien seleccione al empresario constructor, podría llevar, como comenta Alonso Mas⁷, a que constructoras y urbanizadoras pactasen acuerdos por los que una de ellas se comprometiese con la otra a elaborar un pliego de selección “a medida”, siendo ineficaz ante tal situación el artículo 340 del ROGTU, que establece como causa de resolución del contrato

⁷ ALONSO MAS, M^a,J. en “Las relaciones entre el agente urbanizador y el empresario constructor en la Ley Urbanística Valenciana y su Reglamento”, en *Obra Colectiva: Urbanismo en la Comunidad Valenciana. Homenaje a José Luís Lorente Tallada*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, año 2008, pág. 1053: “Es verdad que el artículo 340 RUV dispone que la realización de prácticas manifiestamente restrictivas de la competencia en el mercado inmobiliario relacionadas con el Programa será causa de resolución del contrato entre la Administración y el Urbanizador. Se entenderá por prácticas manifiestamente restrictivas de la competencia la inobservancia de las reglas de exclusión de entidades en la selección del Empresario Constructor, los acuerdos de reparto de mercado y aquellas otras que, de alguna otra manera, defrauden o falseen la libre competencia. Pero el problema es cómo demostrarlo.”

entre la Administración y el urbanizador, la realización de prácticas manifiestamente restrictivas de la competencia en el mercado inmobiliario relacionadas con el Programa, entendiéndose como tales, la inobservancia de las reglas de exclusión de entidades en la selección del empresario constructor, los acuerdos de reparto de mercado y aquellas otras que, de alguna manera, defrauden o falseen la libre competencia.

Es decir, el sistema planteado ha sido regulado de tal modo que su objetivo en la práctica carece de toda eficacia. Es probable que el urbanizador, cuando solicita la participación en un proceso de adjudicación de un Programa, tenga acordada la adjudicación de las obras a una determinada empresa y por ello, al redactar el pliego, éste se adapte a las condiciones de tal empresa.

Estas realidades nos demuestran la poca voluntad de cambio que ha existido en la redacción de la vigente normativa urbanística valenciana que, si bien a través de “palabras” justifica su creación en la adaptación a las Directivas Comunitarias, es decir, se publicita como “leal” a la normativa de contratación, las situaciones reales a las que conduce distan mucho de tal voluntad.

A continuación, el presente estudio se detiene en algunos de los aspectos más relevantes del procedimiento de selección del empresario constructor.

VI.3 RATIFICACIÓN DEL PLIEGO POR LA ADMINISTRACIÓN

En cuanto al procedimiento de selección del empresario constructor se refiere, la intervención de la Administración en el mismo es totalmente inconsistente. La posición de la Corporación Local respecto a la aprobación de los pliegos, por ejemplo, es prácticamente de impotencia, dado que no podrá actuar sobre los mismos ni material ni temporalmente.

VI.3.1 Contenido material del pliego para la selección del empresario constructor

La intervención de la Administración en la aprobación del pliego es prácticamente reglada, puesto que sólo va a poder rectificarlo en caso de infracción de la normativa aplicable o de las Bases y condiciones de programación. Por tanto, cuanto más detalladas sean éstas, mejor.

La “aprobación”, que debería ir precedida de un informe del Secretario, es transformada por la normativa urbanística valenciana en un mero acto reglado de la Corporación Local respecto al que apenas puede pronunciarse, estableciendo unos límites al contenido de su pronunciamiento y un muy corto plazo para su estudio, lo que va a impedir en la práctica la posibilidad de un verdadero control.

En este sentido, Lorente Tallada y Costa Castellà⁸, con el fin de conferir mayor importancia al papel previsto para la Administración en este aspecto,

⁸ LORENTE TALLADA, J.L. y COSTA CASTELLA, E., “Ejecución material del PAI: contratación de obras, derechos y deberes de las partes”, en *Obra Colectiva Derecho Urbanístico de la Comunidad Valenciana*, El Consultor de los Ayuntamientos (La Ley), diciembre de 2006, Página 1035.

comentan que el Ayuntamiento podría redactar un modelo tipo de pliego de condiciones particulares y de prescripciones técnicas, en el que se estableciesen la actividad de ejecución de las obras, su fiscalización por parte de la Administración y cuál es la intervención del Ayuntamiento en la relación entre el urbanizador y el empresario constructor. Para dar eficacia a este modelo, entiendo que el mismo debería ser impuesto al urbanizador a través de las Bases reguladoras de la adjudicación del Programa de Actuación Integrada, puesto que de lo contrario, se convertirían en papel mojado.

De este modo la Administración, por ejemplo, podría introducir el pliego de selección del empresario constructor en las propias bases generales o particulares para la adjudicación de los programas de actuación integrada, de modo que el urbanizador, cuando aceptase su condición, estuviese vinculado al mismo.

Obviamente, el Ayuntamiento, ante la mínima participación que le ha reservado la normativa urbanística, debe buscar otras posibilidades de intervención y control en la selección del constructor y en la relación de éste con el urbanizador. Si la LUV no permite una participación efectiva de la Administración, ésta debe procurarse un mayor protagonismo y prever unos medios de control sobre la relación entre el urbanizador y el empresario constructor, ya desde el nacimiento de la relación; y consecuentemente sobre la ejecución de las obras de urbanización, los cuales estarán justificados en el interés general.

VI.3.2 Período de ratificación o rectificación del pliego para la selección del empresario constructor

Volviendo de nuevo al artículo 358.3 del ROGTU, que “permite” al Ayuntamiento ratificar o rectificar el pliego redactado por el urbanizador, la Administración dispone de un plazo de quince días para llevarlo a cabo. En

defecto de pronunciamiento transcurrido dicho plazo, se entenderá ratificado el pliego.

La primera pregunta que se nos plantea es si esos quince días son hábiles, o por el contrario deben entenderse naturales. Ni la LUV ni el ROGTU especifican cómo debe contarse este plazo, ni el resto de plazos por ellas previstos. Por lo que se refiere al TRLCSP,⁹ su Disposición Adicional Decimoquinta dispone que el cómputo de plazos establecidos por días se entenderán referidos a días naturales; no obstante, además del hecho de que este precepto especifica que tal cómputo se realizará cuando los plazos hayan sido establecidos por dicha Ley, situación que no ocurre en el caso en el que nos encontramos, debemos tener en cuenta que el TRLCSP no regula un supuesto como el que nos ocupa, en el que un sujeto privado redacte los pliegos y el Ayuntamiento deba rectificarlos o ratificarlos, y menos un plazo para ello - ni siquiera un supuesto similar -, por lo que entiendo descartada la aplicación de tal Disposición Adicional.

Por ello, pese a que la relación entre el urbanizador y el empresario constructor sea privada, puesto que el plazo analizado se refiere concretamente a la intervención de la Administración Pública, el cómputo de los plazos deberá realizarse de conformidad con lo establecido en la Ley 30/1992.¹⁰

De este modo, y de conformidad con el artículo 48.1 de la nombrada Ley 30/1992, cuando los plazos se señalen por días, se entiende que éstos son hábiles, excluyéndose del cómputo los domingos y festivos.

⁹ Recordemos que el artículo 357 ROGTU establece que “el procedimiento para la selección del empresario constructor se regirá por lo establecido en la legislación básica estatal de contratación pública, la Ley Urbanística Valenciana y el presente Reglamento.”

¹⁰ Artículo 47 de la Ley 30/1992: “Los términos y plazos establecidos en ésta u otras Leyes obligan a las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas competentes para la tramitación de los asuntos, así como a los interesados en los mismos.”

Dicho período de tiempo, y pese a ello, es más que “insuficiente”, máxime si se considera que el plazo previsto para expedir las notificaciones en el artículo 58 de la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, es de diez días, y que en el plazo de quince días para ratificar o rectificar debe estar incluido tanto el período de emisión de informe, pronunciamiento de la Administración y notificación de tal acto administrativo.

En relación a este último aspecto, cabría plantearse la posibilidad de llevar a cabo una notificación electrónica con el fin de agilizar alguno de los trámites que han de llevarse a cabo en el breve periodo de quince días previsto por el ROGTU.¹¹ En atención al supuesto en el que nos encontramos, y a la regulación prevista en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, y su Reglamento de desarrollo aprobado por el Real Decreto 1671/2009, entiendo que tal práctica podría llevarse a cabo en dos supuestos: el primero de ellos, cuando hubiese sido solicitado por el propio urbanizador, y la Administración contase con medios suficientes para llevarla a cabo; y el segundo, que fuese la propia Administración quien exigiese al urbanizador el uso de medios electrónicos, teniendo en cuenta que el urbanizador es una persona que, por razón de su capacidad técnica o económica, etc..., tiene garantizado el acceso y la disponibilidad de las tecnologías precisas. En este caso, para que tal exigencia

¹¹ En relación a la notificación electrónica, véase BLASCO DÍAZ, J.L. “Los derechos de los ciudadanos en su relación electrónica con la Administración”. *REDA* núm. 136, 2007, págs. 791 y ss.; AGUIRREAZKUENAGA, I y CHINCHILLA MARIN, C. “El uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en el ámbito de las Administraciones Públicas”. *REDA*, núm. 109, 2001, págs. 37 y ss; ALAMO GONZÁLEZ, N. “La utilización de las nuevas tecnologías en las relaciones entre las Administraciones Públicas y los ciudadanos (en particular, registros electrónicos y notificaciones telemáticas): hacia un cambio de modelo”, *REDA*, núm. 133, 2000, págs. 100 y ss.; y RIVERO ORTEGA, R. *El expediente administrativo de los legajos a los soportes electrónicos*, Aranzadi, Pamplona, 2ª edición, 2008.

se llevase a cabo, debería establecerse reglamentariamente, esto es, por Ordenanza local.¹²

Volviendo de nuevo al plazo de quince días previsto en el artículo 358.3 del ROGTU, su brevedad podría conducir a que el urbanizador, concededor del funcionamiento de la Administración, pudiese plantear un complejo pliego “confeccionado a medida”, con el fin de que transcurriese el plazo previsto por la normativa urbanística, obteniendo de dicho modo una ratificación por silencio. El Ayuntamiento se vería por ello obligado con un pliego no ajustado a la norma, al infringir los principios básicos de concurrencia y la libre competencia.¹³

La solución, en el supuesto planteado, sería la práctica, por parte de la Administración, de una revisión de oficio del acto de ratificación según lo previsto en el artículo 102 de la Ley 30/1992.¹⁴ El problema radica en el hecho

¹² Artículo 28 de la Ley 11/2007: “Práctica de la notificación por medios electrónicos. 1. Para que la notificación se practique utilizando algún medio electrónico se requerirá que el interesado haya señalado dicho medio como preferente o haya consentido su utilización, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 27.6. Tanto la indicación de la preferencia en el uso de medios electrónicos como el consentimiento citados anteriormente podrán emitirse y recabarse, en todo caso, por medios electrónicos.”

A su vez, el artículo 27.6 de la citada Ley dice así: “6. Reglamentariamente, las Administraciones Públicas podrán establecer la obligatoriedad de comunicarse con ellas utilizando sólo medios electrónicos, cuando los interesados se correspondan con personas jurídicas o colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica o técnica, dedicación profesional u otros motivos acreditados tengan garantizado el acceso y disponibilidad de los medios tecnológicos precisos.”

¹³ En relación a la ratificación del pliego por silencio de la Administración y sus posibilidades de actuar, véase ALONSO MAS, M^a j. y NARBON LAINEZ, E.: *El silencio administrativo y su problemática procesal*. Tirant Lo Blanch, Valencia 2009.

¹⁴ La STSJ de Islas Canarias, Sentencia núm. 236/2005 de 22 abril dice así: “El legislador ha querido dar al silencio positivo efectos de acto administrativo que finaliza el procedimiento hasta el punto que la propia Exposición de Motivos de la Ley 4/1999 declara que «el silencio administrativo positivo producirá un acto administrativo eficaz que la Administración Pública solo podrá revisar de acuerdo con los procedimientos de revisión establecidos en la ley.» Ello significa que, aunque el acto producido por silencio incurra en causa de nulidad, la Administración -que no dio respuesta a la petición, y por tanto, fue autora del acto presunto no podrá desconocerlo. (...) Consecuencia de lo expuesto, es que la eficacia del silencio se agota con la estimación presunta de lo solicitado, es decir, la incoación del correspondiente

de que el supuesto que nos ocupa es el de un pliego de condiciones de un contrato, que desde luego no constituye Disposición General; y por ello, los supuestos en los que cabría la revisión serían aquéllos en los que hubiese concurrido alguna de las tasadas causas de nulidad de pleno derecho establecidas en el primer apartado del artículo 62 de la citada Ley de procedimiento, lo que complica muchísimo las posibilidades de aplicación de la revisión de oficio y lo hace muy poco eficiente.¹⁵

Un modo de evitar llegar a tal situación se hallaría sin duda en la posibilidad de suspender el plazo previsto por la LUV a través de un acto justificado y adecuadamente motivado. La Ley 30/1992 permite en su artículo 42.5 la posibilidad de suspender el plazo máximo legal para resolver un procedimiento, únicamente, en determinados supuestos tasados. De entre ellos, el recogido en el apartado c) del citado artículo 42.5, relativo a la solicitud de informes que sean preceptivos y determinantes en el contenido de la resolución, por el tiempo que medie entre la petición y la recepción del informe.

En el caso de que el informe no sea preceptivo ni determinante, el artículo 83.3 de la Ley 30/1992, establece que se podrán seguir las actuaciones.

Cabría plantearse entonces si la emisión de informe en el supuesto planteado es preceptiva y determinante, y por tanto, le puede ser de aplicación la suspensión del citado artículo 42.5.c). Desde luego, ni la LUV ni el ROGTU establecen nada al respecto.

expediente de revisión (según el artículo 102.1 de la Ley 30/1992 " Las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el art. 62.1").

¹⁵ Es cierto que el art. 37 del TRLCSP (cuyo origen se encuentra en la Ley 34/201), contempla otras causas de nulidad, pero las mismas sólo son de aplicación a los contratos sujetos a regulación armonizada , y además vienen referidos a los actos de adjudicación y no a los pliegos

La regulación prevista por el TRLCSP para la aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares en las Corporaciones Locales, podría darnos una solución. La Disposición Adicional Segunda del citado cuerpo legal, requiere para la aprobación de los pliegos y de los modelos el informe del Servicio Jurídico respectivo o del Secretario de la Corporación, así como el del Interventor.¹⁶ Por lo tanto, podría entenderse que la ratificación o rectificación de los pliegos por el Ayuntamiento, acto que va a determinar las condiciones del contrato y, como dice la propia Ley, pone fin a la vía administrativa, debería ser informado preceptivamente. Es cierto que esta Disposición Adicional Segunda se refiere a los contratos suscritos por las Corporaciones Locales, pero el precepto resulta ser aplicable porque el empresario constructor no es subcontratista y responde ante el Ayuntamiento del Proyecto de Urbanización, además de que es este último quien ratifica su elección.

Además, el informe resulta determinante en la selección del empresario constructor porque es la única opción de la Administración para pronunciarse al respecto, y por regla general, los cargos de la Administración carecen de los conocimientos científicos y técnicos necesarios.

En mi opinión, la emisión de este informe es esencial en la selección del empresario constructor porque es la única oportunidad, a través de la cual la Administración va a poder dirigirla. Por ello, entiendo que es determinante para la decisión que adopta la Administración en cuanto a la ratificación y

¹⁶ Disposición Adicional Segunda del TRLCSP: "7. Corresponde al órgano de contratación la aprobación del expediente y la apertura del procedimiento de adjudicación en los términos que se regulan en el artículo 110. La aprobación del pliego de cláusulas administrativas particulares irá precedida de los informes del Secretario o, en su caso, del titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico de la Corporación, y del Interventor. 8. Los informes que la Ley asigna a los servicios jurídicos se evacuarán por el Secretario o por el órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico de la Corporación."

rectificación de los pliegos y debería por tanto, poder suspender el plazo previsto en la LUV para dicho pronunciamiento.¹⁷

Por último, en cuanto al pronunciamiento de la Administración sobre el pliego para la selección del empresario constructor, cabría plantearse la posibilidad de una no ratificación. Es decir que el Ayuntamiento, dada la multitud de aspectos contrarios a la normativa aplicable, optase por no rectificarlo y se pronunciase expresamente al respecto con el fin de evitar el silencio administrativo.

Entiendo que tal posibilidad es admisible, pese a que la Ley Urbanística Valenciana únicamente hable de dos opciones: ratificar o rectificar, y dé a entender que nos hallamos ante una decisión reglada.¹⁸ Si el pliego es nulo (por contenido imposible o de las normas de procedimiento para su aprobación, por ejemplo), ni el silencio, ni la ratificación de la Administración van a subsanarlo, por lo que es necesaria la posibilidad de que la Administración se pronuncie en tal sentido. Es decir, en el supuesto referido, la no ratificación por la Administración sería un mero acto declarativo de nulidad del pliego.¹⁹

Además, debe tenerse en cuenta que en el caso de nulidad del pliego, si la Administración no se pronunciase expresamente al respecto, éste produciría

¹⁷ Véase CIERCO SEIRA, C. en “El ejercicio extemporáneo de la función consultiva”. *RAP*, núm. 158, mayo-agosto 2002, págs. 90 y ss.

¹⁸ Cabría plantearnos si ciertamente nos encontramos ante una decisión reglada de la Administración, puesto que tal como estudió GARCÍA DE ENTERRÍA, E y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R, en *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, Novena edición, 1999, págs. 446 y ss., en la potestad reglada, la Ley determina agotadoramente todas y cada una de las condiciones de ejercicio de la potestad, de modo que se construye un supuesto legal completo y una potestad aplicable al mismo también definida en todos sus términos y consecuencias: “El ejercicio de las potestades regladas reduce a la Administración a la constatación del supuesto de hecho legalmente definido de manera completa y a aplicar en presencia del mismo lo que la propia Ley ha determinado también agotadoramente”.

¹⁹ En relación a la potestad discrecional de la Administración, véase MOZO SEOANE, A. *La discrecionalidad de la Administración Pública en España*, Montecorvo, Madrid, 1985.

efectos en tanto en cuanto se declarase dicha nulidad,²⁰ por lo que se entiende preciso que la Administración, además de poder ratificar y rectificar, pueda proceder a declarar su “no ratificación”.

Por ello, acudiendo a los principios generales del Derecho Administrativo, dado que la Administración debe servir con objetividad los intereses generales, y actuar con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho, la posición de la Administración de no ratificar expresamente el pliego con base en razones de nulidad, y también en caso de anulabilidad, sería admisible.

²⁰ SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Contribución a una teoría de la ineficacia en el Derecho público*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1975, 2ª edición y NIETO GARCÍA, A. en el prólogo de *Validez y eficacia de los actos administrativos*, autora BELADÍEZ ROJO, M., Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 12: “Pues bien, si dejamos a un lado las inercias teóricas procedentes del Derecho civil y nos atenemos al contenido de las leyes administrativas, nos encontramos con que la dicotomía nulidad-anulabilidad se caracteriza en el Derecho Administrativo, fundamentalmente, por lo siguiente:

- a) En ambos supuesto la invalidez no es automática, sino que debe ser declarada formalmente o bien por la Administración o bien por los Tribunales. Y hasta entonces el acto es válido. ...”

VI.4 PROCEDIMIENTO DE EXCLUSIÓN DE LICITADORES

El procedimiento para la exclusión de los licitadores se encuentra regulado en el artículo 365 del ROGTU,²¹ el cual, a su vez, trae su origen en el apartado tercero del artículo 120 de la LUV, que con el fin de garantizar el pleno respeto a los principios que informan la normativa europea y estatal en materia de contratación, prohíbe que sea seleccionado como empresario constructor quien haya participado en la investigación, la experimentación, el estudio o el desarrollo del ámbito cuyas obras de urbanización se liciten.²²

De nuevo aquí el rastro de la renombrada Sentencia *Fabricom* y de nuevo una intromisión del ámbito público en la calificada “relación privada” por la legislación urbanística valenciana.²³

Si en principio nos halláramos en el ámbito estrictamente privado, la exclusión que se realizase de alguno de los aspirantes a urbanizador debería

²¹ Art. 365 ROGTU: “Procedimiento de exclusión de licitadores a Empresario Constructor (en referencia al artículo 120.3 de la Ley Urbanística Valenciana) 1. El procedimiento para la exclusión de quien se postule como Empresario Constructor se iniciará, de oficio o a instancia de cualquier interesado, mediante notificación a aquél en quien puedan concurrir las circunstancias previstas en el artículo 120 de la Ley Urbanística Valenciana y en el resto de normativa aplicable. 2. Mediante esa notificación se le concederá al licitador un plazo de quince días hábiles para que pueda formular alegaciones en defensa de su candidatura. Si en las alegaciones formuladas se pidiera la práctica de alguna prueba, el Ayuntamiento resolverá sobre su admisión en el plazo de cinco días y, en su caso, se practicará en el plazo de los diez días siguientes. 3. El Ayuntamiento deberá resolver acerca de la continuidad o no del aspirante a Empresario Constructor en el plazo de quince días hábiles desde la finalización de los trámites previstos en el apartado anterior. La falta de resolución expresa en ese plazo se someterá al régimen general del silencio administrativo.”

²² Ello resulta acorde con el artículo 56 del TRLCSP que, sin perjuicio de lo establecido para el procedimiento del diálogo competitivo, dispone que no podrán concurrir a las licitaciones empresas que hubieran participado en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato siempre que dicha participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras.

²³ Nos remitimos en este aspecto al Capítulo quinto del presente estudio, dedicado a las relaciones entre el constructor y el empresario constructor.

ser reclamada ante la jurisdicción civil. No obstante, los motivos en los que trae causa dicha exclusión (basados en las Directivas Comunitarias) poco podrían hacerse valer ante los Tribunales Ordinarios. Pese a ello, ésta también es la posición del legislador nacional, que en el Art. 21 del TRLCSP remite a la jurisdicción civil la resolución de controversias que surjan entre las partes en relación a la preparación y adjudicación de los contratos que celebren los entes y entidades sometidos a la propia Ley que no tengan el carácter de Administración Pública, todo ello siempre y cuando dichos contratos no estén sujetos a una regulación armonizada.

Frente a ello, la legislación urbanística valenciana establece un procedimiento que deberá tramitar la Administración competente, el cual puede ser iniciado de oficio o a instancia de parte interesada, con el fin de comprobar si en el licitador concurre o no una posición privilegiada sobre el resto de participantes. Es decir, aunque el contrato se califica como privado y el urbanizador-contratante no tendrá la condición de Administración Pública, el Ayuntamiento debe intervenir tanto en la ratificación de los pliegos, como en la ratificación de la selección del constructor, como en el procedimiento de exclusión de licitadores; dictando una decisión ejecutiva al respecto, Y ello es coherente con la consideración de que el constructor sea el responsable de la ejecución del Proyecto de Urbanización.

Es claro que dicho procedimiento es esencial para el aspirante a empresario constructor, puesto que un resultado negativo por parte de la Administración le impediría continuar el procedimiento – acto de trámite

cualificado- y por ello la decisión de la Administración podría ser recurrida por aquél ante la jurisdicción contencioso-administrativa.²⁴

En relación a la impugnación que efectúa el licitador excluido, es interesante citar la STJCE de 8 de septiembre de 2011²⁵, en la que, si bien en relación a un asunto relativo a la función pública, y a un supuesto muy particular, el Tribunal considera que el plazo establecido por la normativa nacional para impugnar las bases de un concurso, fijado en dos meses contados desde el día siguiente a su publicación, no puede hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el Ordenamiento jurídico comunitario (*principio de efectividad*). Por ello, atendiendo a las circunstancias del caso, el TJCE considera que el plazo de dos meses no debió empezar a correr desde su publicación, sino desde el momento en el que el interesado recibió la notificación, a través de la cual tuvo conocimiento de su exclusión y de que la misma se basaba en una determinada interpretación de las bases del concurso que hasta ese momento se desconocía.

Pese a ser, como se ha comentado, un supuesto muy específico y particular, cabría la posibilidad de trasponer la citada resolución al supuesto que nos ocupa, dando la posibilidad al licitador excluido en el concurso, de poder impugnar – con base en los criterios expuestos - la citada exclusión, pese a que la misma sea aplicación de los criterios previstos en el pliego,

²⁴ El artículo 120 de la LUV, en relación a la exclusión de un licitador remite a un procedimiento que tendrá lugar ante el Ayuntamiento, al cual dará audiencia al interesado en los plazos y forma que reglamentariamente se establezcan.

²⁵ Sentencia del TJCE de 8 de septiembre de 2011, asunto C-177/10, caso Fco. Javier Rosado Santana. En el caso, el recurrente había sido inicialmente admitido a participar en un procedimiento interno; y una vez aprobado este procedimiento selectivo fue declarado excluido.

cuando inicialmente el licitador hubiera sido admitido y su exclusión se hubiese producido con posterioridad.²⁶

La duda se plantea respecto de aquellos otros aspirantes a empresario constructor que no son excluidos. ¿Cabe la posibilidad de impugnar la decisión que la Administración adopte en el citado procedimiento de exclusión de participantes? Para el resto de aspirantes a la condición de empresario constructor, considero, al igual que opina Alonso Mas,²⁷ que la decisión de la Administración no puede ser recurrida por cuanto para ellos no se trata de un trámite cualificado y por lo tanto, no está admitida su impugnación directa sino a través del acto que finalmente sea dictado en el procedimiento. Es decir, para éstos se trata de un mero trámite que no puede ser objeto de impugnación, y ni siquiera existe la carga de impugnación de otros licitadores por separado.²⁸

²⁶ En este mismo sentido ya se había pronunciado anteriormente el TJCE, que, en relación a la interpretación conforme a las exigencias del Derecho Comunitario que debe realizar el órgano jurisdiccional nacional, manifestó que si tal interpretación no era posible, dicho órgano debía aplicar íntegramente el Derecho comunitario y proteger los derechos que éste confiere a los particulares. En atención a ello, en la Sentencia de 27 de febrero de 2003, asunto C-327/00, el Tribunal consideró que si una entidad adjudicadora había imposibilitado o dificultado excesivamente el ejercicio de los derechos que confiere el Ordenamiento jurídico comunitario a un ciudadano de la Unión, los tribunales nacionales debían utilizar, “la posibilidad prevista por el Derecho nacional de no aplicar las normas nacionales de caducidad que establecen que, una vez expirado el plazo para recurrir contra el anuncio de licitación, ya no es posible alegar tal incompatibilidad.” (Apartado 48 de la citada Sentencia).

²⁷ ALONSO MAS, M^a. J. op. cit.: *Las relaciones entre el Agente Urbanizador y el Empresario Constructor en la Ley Urbanística Valenciana y su Reglamento*, pág. 1064.

²⁸ En este sentido, la STC 132/2005, de 23 de mayo de 2005, remarca que un acto de trámite no tiene por qué suponer perjuicio a todos los candidatos: “En el caso ahora enjuiciado, la Sentencia impugnada en amparo no ha procedido a una interpretación y a una aplicación restrictivas de la referida causa de inadmisión de los recursos contencioso-administrativos, sino que, por el contrario, ha hecho un uso del art. 28 LJCA de 1998 excesivamente rigorista y desproporcionado, incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción. Y ello, teniendo en cuenta que el listado de admitidos y excluidos no es un acto definitivo en el procedimiento selectivo, sino un mero acto de trámite, que en el momento de dictarse no tiene por qué producir necesaria y forzosamente un perjuicio para todos los candidatos, sino tan solo para los que resulten inadmitidos, dado que para ellos finaliza el proceso selectivo. La imposición a todos los

El conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación a la exclusión de uno de los aspirantes a empresario constructor corresponderá a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pese al mandato establecido en el artículo 21 TRLCSP tal como hemos visto.

En otro orden de cosas, es interesante destacar el contenido de dicha exclusión. El citado artículo 365 del ROGTU parece prever el procedimiento única y exclusivamente respecto de aquellos aspirantes a empresario constructor en quienes concurren las circunstancias previstas en el artículo 120.3 de la LUV. El propio enunciado del precepto *“Procedimiento de exclusión de licitadores a Empresario Constructor (en referencia al artículo 120.3 de la Ley Urbanística Valenciana)”* hace indicar que el mismo se redacta en desarrollo únicamente de la mencionada norma.

La primera cuestión que nos surge al respecto es si dicho procedimiento podría iniciarse por motivos de exclusión diferentes a los previstos en el apartado tercero del artículo 120 de la LUV; es decir, por incumplimiento de los requisitos de solvencia económica o financiera, técnica y profesional, o por ejemplo por la concurrencia de otras circunstancias que, de acuerdo con la normativa pública de contratación, originan una prohibición para contratar con el sector público.²⁹

candidatos de una obligación de impugnar preventivamente todos los actos de trámite de un proceso selectivo supondría arrojar una carga absolutamente desproporcionada sobre las espaldas de los aspirantes a la obtención de una plaza al final de dicho procedimiento, además de constituir una ineficacia para los procesos selectivos mismos, que afectaría de manera negativa a los intereses generales, pues las posibles impugnaciones ad cautelam de los distintos actos de trámite integrantes de los procedimientos selectivos de personal de naturaleza competitiva convocados por las Administraciones públicas podrían dificultar la utilización ordinaria de tales procedimientos, poniendo, consecuentemente, en serio riesgo, desde un punto de vista fáctico, el juego de los principios constitucionales de mérito y capacidad en la selección del personal al servicio de la Administración.”

²⁹ Pese a que la LUV sólo se remita específicamente a la subcontratación en relación al tema del pago (antiguo artículo 116 del TRLCAP), la normativa de contratación en el artículo 227

La segunda, si en el caso de haber sido iniciado dicho procedimiento, el objeto de éste se limitaría a comprobar si se incurre o no en las circunstancias legales previstas en el 120.3 de la LUV, o si por el contrario se permite averiguar o demostrar que pese a concurrir los citados requisitos, no existe una posición privilegiada para el que va a ser excluido.

Comenzando por la primera de dichas cuestiones, lo razonable sería entender que el procedimiento de exclusión debiera abarcar la totalidad de circunstancias que, según la normativa pública de contratación, pudieran conducir a la exclusión de un licitador. Los términos en los que está redactada la LUV nos deberían conducir a que, si bien el aspirante a empresario constructor debe ser excluido cuando no concurren los requisitos exigidos por la normativa de contratación pública para contratar con la Administración, en el caso de que el motivo de exclusión fuese la participación de la empresa en una fase previa al procedimiento, éste se tramitaría ante la Administración mientras que el resto de supuestos no. Pese a ello, la pura lógica debe conducir a permitir que el procedimiento de exclusión sea abierto al incumplimiento de cualquiera de los requisitos que prevé la LUV en su artículo 120 o la normativa pública de contratación. En este aspecto, tendría sentido la expresión final del apartado primero del artículo 365, cuando parece abarcar todas las circunstancias previstas en el mencionado “*artículo 120 de la LUV y en el resto de normativa aplicable*”.

Respecto a la segunda de las cuestiones, es decir, si cabría interpretar que el procedimiento de exclusión se limitase única y exclusivamente a

TRLCSP, equivalente al antiguo artículo 115 del TRLCAP, dispone que “5. En ningún caso podrá concertarse por el contratista la ejecución parcial del contrato con personas inhabilitadas para contratar de acuerdo con el ordenamiento jurídico o comprendidas en alguno de los supuestos del artículo 60.”. Entiendo que tal mandato podría ser aplicado analógicamente al supuesto que nos ocupa.

comprobar si concurren o no las prohibiciones previstas en el artículo 120.3 de la LUV, el mandato establecido en la LUV parece dar lugar a entender que la prohibición es absoluta. Es decir, parece darse a entender que si se dan las circunstancias, la exclusión es obligatoria. No obstante, como se ha comentado, tal exclusión absoluta infringe las Directivas Comunitarias, la propia Sentencia Fabricom y el artículo 56 TRLCSP; por lo que cabría, en el caso de aplicarse una exclusión de plano, la posibilidad de hacer valer ante un Tribunal el hecho de no incurrir en una posición privilegiada respecto al resto de participantes. Luego por tanto también el Ayuntamiento puede verlo; aunque el plazo es muy breve.

VI.5 LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO

VI.5.1 Consideraciones generales

En el proceso de selección del empresario constructor, también concurren los inconvenientes anteriormente comentados en relación a la ratificación/rectificación de los pliegos. Además de la perentoriedad del plazo de que dispone la Administración para ratificar la propuesta, que nos llevaría a una situación similar a la comentada; - aunque en este caso el informe sí que es preceptivo, y además tratándose de un informe de los servicios jurídicos o técnicos es determinante-, ³⁰ si la legislación de contratos regula todo un procedimiento a la hora de seleccionar un contratista, con el fin de evitar la arbitrariedad en las decisiones de la Administración y respetar los principios básicos de la contratación, ello no se refleja en la propuesta que el urbanizador debe efectuar sobre la selección del empresario constructor.

En la contratación pública, la competencia para el ejercicio de tales funciones es conferida por la Ley al órgano de contratación como medio para garantizar los principios básicos de la contratación pública, como el principio de igualdad de oportunidades, el principio de objetividad, etc.

Si la propuesta es realizada por una persona privada, ¿qué decisión podemos esperar? La norma únicamente se limita a manifestar que el urbanizador calificará previamente los documentos acreditativos de personalidad, capacidad y solvencia de los licitadores. La pregunta que cabe que nos hagamos es si son exigibles al urbanizador algún tipo de

³⁰ Comentemos en relación a este nuevo plazo de quince días, que el propio ROGTU en el artículo 362 habla de la necesidad de que por parte de los servicios técnicos municipales se emita un informe, siendo éste de carácter preceptivo, y pudiendo por lo tanto ser suspendido, si es determinante, de conformidad con el artículo 42.5 de la Ley 30/1992.

conocimientos y/o la aplicación de criterios. La actuación de la Administración se considera, en principio, objetiva porque responde a los intereses públicos para los que ha sido creada; premisa que no podemos pronunciar respecto al urbanizador, persona privada según la LUV, y cuya actuación, por dicha calificación, responde a un interés totalmente personal.

En la normativa de contratación pública, la elección de la propuesta requiere que el órgano competente realice la calificación de la documentación que han presentado los licitadores, en aspectos tales como los relativos a la personalidad jurídica del empresario, los referentes a la solvencia económica, financiera y técnica, el estar al corriente de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, etc..., la posibilidad de subsanación, la apertura de las ofertas, la comprobación de la proposición económica con la documentación admitida, la consideración de la existencia del carácter desproporcionado o temerario de la misma, etc... Según la normativa urbanística valenciana, este tipo de actuaciones recaen sobre el urbanizador. En este aspecto, debe recordarse la STS de 19 de abril de 2000 que dice que en la selección del contratista no existe discrecionalidad, y que ésta se encuentra en la decisión de la aprobación de los pliegos.

Dicho esto, puesto que al fin y al cabo, el objeto del contrato entre el urbanizador y el empresario constructor es de interés público (aunque en cuanto al contrato se efectúe una remisión al Derecho privado), la cuestión sería si las posibilidades de actuación que le confiere la norma a la Administración son suficientes para controlarlo, y asegurar de este modo la legalidad y además el interés general en la decisión del urbanizador.

El artículo 362 del ROGTU establece que la Administración deberá ratificar la propuesta del urbanizador, excepto cuando ésta "infrinja la normativa aplicable, el pliego de cláusulas particulares y de prescripciones técnicas o las Bases de programación y, en particular, las reglas sobre descalificación de

ofertas que incurran en baja temeraria contenidas en la legislación reguladora de los contratos de las Administraciones Públicas.” Por supuesto, la propuesta tampoco podrá ser ratificada cuando se hayan infringido los criterios de selección que resulten aplicables.

Ante tal declaración, cabe plantearnos si en la potestad de rectificación que plantea la Ley a favor de la Administración se incluye solamente la posibilidad de ratificar o rectificar la propuesta de selección que realizó el urbanizador – situación que le dejaría muy poco margen de actuación - o también incluye la posibilidad de decidir una nueva adjudicación a favor de otro participante.³¹

Opino que la respuesta debe incluir ambas posibilidades de actuación. Entiendo que la posición que ha adoptado la normativa urbanística valenciana es en este sentido, y su reflejo se encuentra expresamente recogido en el artículo 363 del ROGTU, cuando al hablar de la rectificación de la selección del empresario constructor en el sistema de subasta, contempla la posibilidad de que, con motivo de la rectificación³², la adjudicación se realice a favor del

³¹ Pese a que la Ley valenciana dispone en su artículo 160.3 LUV que la selección del empresario constructor corresponde al urbanizador, el artículo 361 ROGTU establece que la propuesta de adjudicación no crea derecho alguno a favor del empresario propuesto, ni frente al Urbanizador ni frente a la Administración, mientras no se haya ratificado o rectificado por esta última y se haya adjudicado el contrato en consecuencia.

³² Artículo 363 del ROGTU: Rectificación de la selección del Empresario Constructor por la Administración en el sistema de subasta (en referencia al artículo 120.2 de la Ley Urbanística Valenciana). 1. La Administración ratificará la propuesta del Urbanizador, excepto cuando ésta infrinja la normativa aplicable, el pliego de cláusulas particulares y de prescripciones técnicas o las Bases de Programación y, en particular, las reglas sobre descalificación de ofertas que incurran en baja temeraria contenidas en la legislación reguladora de los contratos de las Administraciones Públicas. 2. De existir alguna de las infracciones previstas en el apartado anterior, la Administración dejará sin efecto la convocatoria y ordenará la incoación de un nuevo procedimiento y la devolución de las plicas presentadas. Se exceptúa el supuesto en que la infracción afecte exclusivamente al licitador propuesto por el Urbanizador, en cuyo caso la adjudicación deberá tener lugar en favor del siguiente licitador no afectado por la infracción. 3. En caso de que los servicios técnicos municipales propongan la rectificación de la adjudicación se dará audiencia al Urbanizador por plazo de cinco días, de forma previa a la resolución.”

siguiente licitador. Es cierto que el ROGTU contempla esta posibilidad como una excepción en el caso de la subasta, que atiende a criterios objetivos y totalmente controlables, como son los económicos, y que la LUV, en su artículo 160.3, afirma que la selección del empresario constructor corresponde al urbanizador. No obstante, sería absurdo que la Administración llevase a cabo una rectificación total del proceso de selección del empresario constructor con el fin de que éste se ajustase a Derecho, pero no aplicase su resultado.³³

Además, debe tenerse en cuenta el mandato recogido en el artículo 151 TRLCSP, en cuyos apartados 2 y 3 se prevé la posibilidad de pasar al licitador siguiente, cuando el que presentó la oferta más ventajosa no responda a los requerimientos de presentación de documentos, todo ello con el fin de evitar que la licitación sea declarada desierta. El TRLCAP, vigente cuando se aprobó la LUV, sólo preveía la posibilidad de adjudicar al siguiente licitador, de forma expresa, en el uso de la subasta; pero la Ley 39/2007 modificó esta regulación, la cual ha sido recogida en el vigente TRLCSP.

Al mismo tiempo, ello sería acorde con el artículo 370 del ROGTU, que en relación a la resolución del contrato entre el urbanizador y el empresario constructor, dispone que se ofrecerá la posibilidad de suscribir *un nuevo contrato al resto de licitadores según el orden de prelación en que hayan quedado sus ofertas*.

Por otra parte, el hecho de que sólo se prevea esta posibilidad de realizar la adjudicación a favor del siguiente licitador en la subasta carece de

³³ El caso contrario llevaría a una prolongación del procedimiento totalmente innecesaria, puesto que, siendo posible un solo resultado de la licitación, el hecho de que la Administración rectificase la selección, proponiendo como empresario constructor a un determinado sujeto, para que posteriormente el urbanizador lo seleccionase formalmente, y de nuevo retornase a la Administración con el fin de que ésta ratificase o rectificase la selección que ella misma propuso, resulta gratuita y contraria a las aspiraciones de brevedad que busca el proceso de selección del empresario constructor. Por ello, entiendo que bastaría una simple audiencia al urbanizador.

justificación, máxime cuando la LUV en su artículo 143, sí que prevé tal posibilidad en relación a la selección del urbanizador, que no se realiza mediante subasta.

Además, el hecho de que el apartado séptimo del artículo 160 de la LUV disponga que la resolución que dicta el Ayuntamiento al respecto es inmediatamente ejecutiva y pone fin a la vía administrativa, hace indicar que la intervención de la Administración no puede ser de mero espectador, sino que puede cambiar – rectificar – las cosas; y además que sus actos serán conocidos, en caso de controversia, en la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Es decir, en estos casos no se aplicará el artículo 21 TRLCSP, a pesas de que ni siquiera estemos ante un contrato del sector público.

La decisión del urbanizador no es “discrecional”. El urbanizador no posee libertad para seleccionar libremente al empresario constructor, puesto que su elección debe responder a la aplicación de los criterios que han sido previstos en el pliego de condiciones que va a regir la designación; criterios cuya revisión la normativa urbanística valenciana confiere al Ayuntamiento. Por lo tanto, la Administración, en la función revisora que le adjudica la LUV y el ROGTU, puede comprobar todos y cada uno de los elementos, y por tanto llevar a cabo la decisión final.

Por todo lo ello, en la rectificación que lleve a cabo el Ayuntamiento cabrá la posibilidad de adjudicar el contrato a un nuevo sujeto; siempre y cuando, por supuesto, tal decisión se base en la disconformidad de la propuesta inicialmente planteada por el urbanizador, con disposiciones legales o reglamentarias aplicables o con el pliego de cláusulas particulares o de prescripciones técnicas. Otra cosa es que el plazo resulte o no suficiente.³⁴

³⁴ Otra de las cuestiones que cabría plantearse sería la de a qué órgano del Ayuntamiento corresponde la ratificación o rectificación. Entiendo que la competencia corresponderá bien al Alcalde, bien al Pleno, en función de la cuantía que se tratare, puesto que es a dichos

VI.5.2 Cuestiones surgidas en torno a la intervención de la Administración en la selección del empresario constructor

La escasa regulación contenida en la normativa valenciana en este aspecto origina diferentes cuestiones, de las que considero traer a colación las siguientes:

VI.5.2.a Posibilidad, por parte de la Administración, de proponer la adjudicación del contrato a quien el urbanizador hubiese excluido por falta de requisitos

¿Cabría la posibilidad, por ejemplo, de una rectificación por parte de la Administración en la que se adjudicase el contrato a quien el urbanizador hubiese excluido por falta de requisitos?

Íntimamente ligado a lo anteriormente dicho, si la Administración ha de comprobar todos y cada uno de los elementos concurrentes en el proceso de selección del empresario constructor, y tramitar un procedimiento con el fin de comprobar la legalidad de la exclusión, en el caso de que tal exclusión resulte contraria a Derecho tiene elementos de juicio suficientes para calcular la puntuación que dicho sujeto obtendría en la selección, así como para posicionarlo. Si de tal “recolocación”, resultase que el sujeto indebidamente

órganos a quienes corresponde la aprobación de los pliegos y la suscripción de los contratos, según la Disposición Adicional Segunda del TRLCSP. En el caso de los grandes municipios, la competencia correspondería a la Junta de Gobierno Local.

excluido obtiene la primera posición, la Administración debería proceder a la adjudicación a favor del mismo.

Ello, por otra parte, sería coherente con el mandato establecido en el artículo 151.2 in fine TRLCSP, íntimamente relacionado con el apartado tercero del mismo artículo, que nos indican que en el caso de no cumplirse los requerimientos efectuados al sujeto cuya oferta ha sido seleccionada, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose en ese caso a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas, todo ello con el fin de evitar que la licitación sea declarada desierta. Es decir, nos encontramos ante dos manifestaciones de la economía procesal.

Se nos plantea también el ámbito de actuación de la Administración en esa proposición de un nuevo empresario constructor. Entiendo que la Administración debería realizar una propuesta y comunicarla al urbanizador. Y posteriormente, debería llevar a cabo la adjudicación. El hecho de que no se exija trámite de audiencia al urbanizador responde a que la correcta aplicación de los pliegos no deja margen de discrecionalidad, pudiendo ser una sola la solución posible. No obstante lo cual, como la interpretación de los pliegos puede ser discutible, el trámite de audiencia parece necesario.³⁵

³⁵ En este sentido se ha pronunciado recientemente la Jurisprudencia del TS, y ejemplo de ello se encuentra en la Sentencia del TS de 19 de julio de 2000 (Ref. RJ 2000\7428), cuyo Fundamento de Derecho Cuarto dice así: “La parte recurrente entiende, de un lado, que se está ante una potestad discrecional y, de otro, que el control a través de los conceptos jurídicos indeterminados no puede suponer a una revisión subjetiva, sin nuevos elementos probatorios, de la decisión administrativa de adjudicación. La jurisprudencia clásica, en efecto, ha entendido que la adjudicación en el concurso suponía el ejercicio de una potestad discrecional que permitía a la Administración elegir entre varias soluciones igualmente válidas (SSTS 18 de mayo de 1982, 13 de abril de 1983, 9 de febrero de 1985, y 14 de abril de 1987), pero la más reciente doctrina de esta Sala se inclina por el más intenso control de la decisión administrativa basado en que la expresión proposición «más ventajosa» es un concepto jurídico indeterminado que actúa como mecanismo de control que permite llegar a que sólo una decisión sea jurídicamente posible, siendo injustas o contrarias al

VI.5.2.b Posibilidad, por parte de la Administración, de declarar desierto el concurso

Otra de las cuestiones que se nos pudieran plantear sería si la Administración podría declarar desierto la licitación pese a que el urbanizador hubiese seleccionado a un empresario constructor. Es decir, si en las opciones de ratificar o rectificar que la Ley concede a la Administración, cabe la posibilidad de que ésta declare desierto el concurso. Este supuesto, obviamente, sólo resultaría en el caso de que el urbanizador hubiese elegido un empresario constructor, y la Administración, al comprobar la adecuación de dicha designación a los pliegos y a las normas, comprobase que ninguna de las ofertas presentadas resulta elegible. Entiendo que la declaración de desierto en este caso es totalmente inevitable, puesto que es la consecuencia necesaria de la comprobación, por parte de la Administración, de la falta de cumplimiento de los requisitos por parte de los aspirantes a empresario constructor. Sus consecuencias, las previstas por el artículo 366 del ROGTU para el supuesto de que sea el urbanizador quien declare desierto la licitación: contratación por el urbanizador de las obras de urbanización siguiendo el procedimiento negociado regulado en la legislación de contratos de las Administraciones

Ordenamiento jurídico las restantes (STS 2 de abril y 11 de junio de 1991 [RJ 1991, 3278 y 4874]).”

MESTRE DELGADO, J.F., “El control de la adjudicación de los contratos públicos”, en *Obra Colectiva Nuevas perspectivas del régimen local. Estudios en homenaje al profesor José M^a Boquera Oliver*, coord. Baño León, J.M^a. y Climent Barberá, J., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 319, también hace referencia a esta posición jurisprudencial afirmando que si bien la doctrina no es unánime, el Tribunal Supremo ha sostenido en alguna ocasión que la “fórmula que caracteriza la adjudicación mediante concurso (a favor de la proposición «más ventajosa») refleja un «concepto jurídico indeterminado que en cuanto tal admite una única solución justa, lo que excluye la figura de la discrecionalidad, caracterizada por la viabilidad de varias soluciones diferentes». Está declarado así en la Sentencia de 11 de julio de 1991.”

Públicas, o renuncia a la condición de urbanizador con la pérdida de la garantía provisional prestada.

Lo dicho, debe entenderse conforme al TRLCSP y Directivas Comunitarias, que solamente permiten declarar desierto el procedimiento de contratación cuando ninguna de las ofertas se adapte al contenido del pliego. (Art. 151.3 TRLCSP).

VI.5.2.c Aplicación del régimen de prohibiciones de contratar

Entiendo que son de aplicación para el empresario constructor, a pesar de que ello no se haya recogido en el pliego. Respecto a qué régimen de prohibiciones ha de aplicarse al mismo, si el previsto en el artículo 60.2 del TRLCSP, referida a los sujetos que vayan a contratar con la Administración, o el previsto en el mismo artículo 60 TRLCSP, pero en su apartado primero, para los sujetos que vayan a contratar con entes del Sector Público, me inclino por la primera posición; puesto que entiendo que es la respuesta más lógica ya que el urbanizador con quien contrata es con la Administración, por lo que las prohibiciones de contratar que le sean a él exigidas, deberán también serles exigidas a los subcontratistas cuya función es la ejecución de una parte de dicho contrato. Sobre todo porque el empresario constructor es más que un subcontratista; y el urbanizador, en la relación con el empresario constructor, es poco más que un intermediario, aunque no desaparece, porque sigue siendo responsable de la obra.

VI.5.2.d Modificación del proyecto de urbanización

En este caso, se plantea la situación en la que, por ejemplo, el empresario constructor manifestase en su propuesta la necesidad de ampliar ciertas infraestructuras, y el urbanizador estuviese de acuerdo con ellas, seleccionando su oferta.

Si a la hora de calificar la propuesta de selección, la Administración no dice nada al respecto, puesto que en principio sólo puede ratificar o rectificar, ese silencio por parte del Ayuntamiento ¿implicaría una asunción de dichos cambios por la misma?

La competencia para la aprobación de un modificado del proyecto de urbanización y sus resultados corresponde a la Administración; y, por tanto, no puede ser abandonada a un acuerdo que suscriban el urbanizador y el empresario constructor.

Lege data, si en la intervención de control que realiza la Administración respecto a la selección del empresario constructor, puede rectificar dicha selección por ser ésta contraria al pliego de prescripciones técnicas, debería manifestarse en contra de la propuesta del urbanizador, por cuanto ésta no cumple las bases del Programa.

Si finalmente decide ratificar la propuesta realizada por el urbanizador, entiendo que dicha manifestación, que sería conveniente realizase expresamente, implicaría la obligación de iniciar el procedimiento – en ningún caso de adoptar una solución técnica concreta - para la modificación del proyecto de urbanización. En el caso de que la Administración no iniciase tal modificación se podría acudir ante los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para reclamar su cumplimiento. Es decir, se podría

reclamar por inactividad vía artículo 29.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.³⁶

Si la ratificación de la propuesta se realizase por silencio, y la Administración no tuviese voluntad de introducir los cambios en el Proyecto de Urbanización, debería plantear un recurso de lesividad, paralizando con ello todo el procedimiento relativo a la ejecución de la obra de urbanización.

Otra cuestión relativa al caso es qué sucedería cuando la Administración, tras seleccionar a un empresario constructor que iniciase las obras, modificase el proyecto de urbanización. En principio, el empresario constructor podría, bien aceptar la modificación, bien resolver en su caso, el contrato.³⁷ Sea cual fuere la solución, cuyo origen se encuentra en la regulación privada, no satisface el interés general que concurre en la obra de urbanización, por lo que aquí se demuestra de nuevo la insuficiencia de la calificación que realiza la LUV de la misma como “privada”.

Dicho lo cual, entiendo que debería promoverse la modificación del Proyecto de Urbanización con carácter previo a la selección del empresario constructor, aunque con esta opción se retrasara el procedimiento y los plazos establecidos por la normativa urbanística valenciana. En este caso, deberían establecerse unos plazos máximos para el inicio del procedimiento, o incluso decirse que la aprobación de la propuesta es el acto de inicio del procedimiento.

³⁶ En relación a la inactividad, véase GÓMEZ PUENTE, M. *La inactividad material de la Administración*, Aranzadi, Pamplona, 2000; NIETO GARCÍA, A., “La inactividad material de la Administración, veinticinco años después”, *Documentación Administrativa*, 208, 1986, págs. 12 y ss; BAÑO LEÓN, J.M^a. “La actividad administrativa impugnada en la Ley Jurisdiccional de 1998”, en libro *Homenaje a D. José M^a. Boquera Oliver*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 1135 y ss.; BELANDO GARINN, B. “El silencio y la inactividad en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, en libro *Homenaje a D. José M^a. Boquera....* Op. cit. págs. 1123 y ss.

³⁷ Tal como veremos en su momento, el constructor en principio debería ir al procedimiento civil con el fin de resolver el contrato, pero la pregunta es quién responderá ante el constructor.

VI.5.2.e El urbanizador no selecciona al empresario constructor en el plazo preestablecido

En este caso, se analiza el supuesto que el urbanizador no seleccione al empresario constructor en el plazo preestablecido, bien por no iniciar el procedimiento de pública concurrencia para la selección de este último en un mes desde la formalización del contrato entre el urbanizador y la Administración actuante (Art. 332 ROGTU), bien por no cumplir los plazos establecidos para este procedimiento en el artículo 160 de la LUV y 357 y ss. del ROGTU. Hablamos por supuesto de un incumplimiento injustificado.

En este caso, entiendo que habría una demora injustificada en el cumplimiento de sus deberes, y por ello debería ser objeto de penalidades, análogas a las previstas en la normativa de contratación respecto al incumplimiento de plazos por parte del contratista en el contrato de obras. Si la LUV y el ROGTU no establecen esas penalidades, habrá que plantearse si es o no de aplicación el Art. 212 TRLCSP, que regula las penalidades al contratista. Como hemos calificado en el presente estudio que la relación entre el urbanizador y la Administración es un contrato mixto de obra y servicios, en este caso el precepto sí que es de aplicación.

En el supuesto de que la demora injustificada fuese grave y superase un periodo de seis meses consecutivos o nueve alternos determinaría la resolución de la adjudicación de conformidad con el artículo 143 LUV.

VI.5.2.f Recapitulación

La conclusión que se alcanza de los supuestos expuestos, nos indica que son muchas las dudas que surgen ante la extraña relación urbanizador-empresario constructor prevista en la LUV, y la mínima regulación que se establece sobre ella. Si la normativa urbanística valenciana se remite en la forma de selección del empresario constructor a la normativa de contratación - artículo 357 ROGTU -, ésta debería ser de aplicación, al menos en todo el proceso de selección. Por todo lo cual, a pesar del carácter privado de la relación urbanizador – empresario constructor, la solución a las innumerables lagunas que nos ofrece el procedimiento para la selección de éste último debe encontrarse en el TRLCSP.

Por ello, al igual que se ha dicho en relación a las condiciones de la ejecución de la obra de urbanización, la Administración debería poder reforzar su posición en cuanto a la selección del empresario constructor, con el fin de someterla a cierto control, además de aportarle unos criterios objetivos e imparciales.

La justificación de esta actuación de la Administración se encontraría, al igual que se ha comentado anteriormente respecto al control del pliego, en el interés general. En este aspecto, es de obligada mención la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana núm. 450/2007, de 14 de mayo³⁸, que a su vez hace mención a la Sentencia del Tribunal de

³⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 14 de mayo de 2007, Sentencia núm. 450/2007 (JUR 2007\261236):

“No sólo la propia LRAU, aunque sea de forma implícita, y la normativa estatal de contratos, de forma expresa, reclaman, entre otros requisitos, la acreditación de la solvencia de los contratistas y su control administrativo, sino que también el Derecho Comunitario se sitúa en esta línea, a pesar de que las Directivas en este ámbito no regulen la cesión de los contratos. Valga, como muestra ejemplificativa del relevante papel que el Tribunal de

Justicia de las Comunidades Europeas, Caso Holst Italia SpA contra Comune di Cagliari. El pronunciamiento del citado Tribunal concluye en que, a pesar de la posibilidad del contratista de acudir a otros subcontratistas no vinculados a la Administración, ésta debe comprobar “ineludiblemente” la capacidad de los citados subcontratistas en garantía del interés público que origina la celebración del primer contrato. Es decir, debe medir la solvencia en relación con la concreta ejecución de las obras.³⁹

Por lo tanto, la salvaguarda de dicho interés general justifica un control por parte de la Administración que sería aplicable al supuesto en el que nos hallamos.

VI.5.3 Excepciones licitatorias

En cuanto a la regulación que la normativa urbanística valenciana contiene sobre la relación entre el urbanizador y el empresario constructor, además de lo dicho anteriormente, debe hacerse una especial mención a las excepciones al procedimiento de selección del empresario constructor que dicha normativa contempla.

Justicia otorga a los controles por parte de la Administración de la capacidad de los eventuales participantes en la ejecución de los contratos públicos, la Sentencia de 2 de diciembre de 1998 (ciertamente se refiere a la Sentencia de 2 de diciembre de 1999). El TJCE ha establecido, en relación con la posibilidad del potencial contratista de recurrir a los medios de otros subcontratistas vinculados al mismo a la hora de participar en la licitación de un contratos de servicio público, que la Administración debe comprobar ineludiblemente la capacidad de los citados subcontratistas.”.

³⁹ Otros ejemplos de ese interés general se encontrarían en el art. 227.2.c) TRLCSP que en relación con la subcontratación establece la posibilidad de imponer penalidades cuando el subcontratista carezca de aptitud; el art. 227.7 del mismo cuerpo legal que regula la posibilidad de que los órganos de contratación impongan al contratista la subcontratación con terceros; o el supuesto del apartado 3 del citado artículo 227 TRLCSP que prevé la imposición de penalidades al contratista si se ha incurrido en la falta de acreditación de la aptitud del subcontratista o de las circunstancias determinantes de la situación de emergencia o de las que hacen urgente la subcontratación.

En este aspecto es necesario citar el artículo 120 de la LUV, que regula tales excepciones en sus apartados sexto y séptimo:

5. “No será preceptiva la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores cuando el presupuesto de ejecución de las obras de urbanización, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, no supere los 5.278.000 euros⁴⁰, sin que pueda fraccionarse el contrato con objeto de disminuir su cuantía y eludir así lo dispuesto en los apartados anteriores, de conformidad con lo establecido en el artículo 68.2 del TRLCAP, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. En tal caso, las obras serán ejecutadas por el urbanizador, por sí o a través de contratistas de su elección.

6. En aquellos Programas de Actuación Integrada que se desarrollen en terrenos de un único propietario, o en terrenos en los que exista acuerdo unánime de la totalidad de sus propietarios, y así lo acuerden tales propietarios con el urbanizador, no será preceptiva la licitación de

⁴⁰ La cifra de 5.278.000 euros, adoptada por la LUV, proviene de los umbrales establecidos por las Directivas Comunitarias 2004/17/CE y 2004/18/CE para los contratos de obras. Dicha cantidad ha sido revisada con posterioridad a la aprobación de la LUV en diferentes ocasiones; la primera de ellas por el Reglamento CE nº 1422/2007 de la Comisión, de 4 de diciembre de 2007, por el que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que concierne a los umbrales de aplicación en los procedimientos de adjudicación de contratos, que sustituyó la cifra de 5.278.000 euros por la de 5.150.000 euros; la segunda revisión, por el Reglamento CE nº 1177/2009 de la Comisión; y por último, el Reglamento (UE) 1251/2011 de 30 de noviembre que estableció el umbral para los contratos de obras en 5.000.000 euros. Esta última modificación, vigente en la actualidad, fue importada a la normativa nacional a través de la Orden EHA/3479/2011, de 19 diciembre, por la que se hacen públicos los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación administrativa. Respecto a la normativa valenciana, el artículo 368 del ROGTU declara que “La cuantía que determina la exigibilidad de licitación de las obras de urbanización se actualizará por Orden de la Conselleria competente en materia de territorio, de acuerdo con lo que establezca en cada momento la normativa europea o estatal.” No obstante, tal adaptación de los umbrales por la legislación urbanística valenciana no se ha producido. Entiendo, como más adelante se explicará, que la cifra aplicable es la vigente en las Directivas Comunitarias, la cual ha sido asumida por la normativa de contratación nacional.

las obras de urbanización conforme a lo dispuesto en los apartados 1 a 5 de este artículo cualquiera que sea el presupuesto de ejecución. En tal caso, las obras serán ejecutadas en los términos pactados entre el urbanizador y los propietarios”.

Es decir, la Ley excluye la necesidad de que un empresario constructor, elegido conforme a la LUV y al ROGTU, ejecute las obras de urbanización cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: bien que la licitación no supere una determinada cantidad de dinero, o bien cuando los Programas de Actuación Integrada se desarrollen en terrenos de un único propietario, o en terrenos en los que exista acuerdo unánime de la totalidad de sus propietarios y así lo acuerden tales propietarios con el urbanizador.

VI.5.3.a Acuerdo unánime de la totalidad de propietarios o propietario único

Comenzando por la última de ellas, la ley nos dice que si los Programas de Actuación Integrada se desarrollan en terrenos de un único propietario, o en terrenos en los que exista acuerdo unánime de la totalidad de sus propietarios, no será preceptiva la licitación de las obras de urbanización si así lo acuerdan tales propietarios con el urbanizador.

Esta excepción parece haber querido enmendar la supresión de la adjudicación preferente que regulaba la anterior legislación en su artículo 50,⁴¹

⁴¹ Artículo 50 LRAU: Régimen de Adjudicación Preferente.

“1. El régimen de adjudicación preferente tiene por objeto fomentar la elaboración de iniciativas de Programa por los particulares e incentivar su inmediata ejecución. Para su aplicación es imprescindible que quien lo solicite haya presentado una alternativa técnica de Programa propia y original y que se ofrezca a ejecutarla en plazo inferior a 3 años.

y que tenía por finalidad fomentar la elaboración de iniciativas de Programa por los propietarios, incentivando con ello su inmediata ejecución. No obstante, existen notorias diferencias, de las que es necesario destacar que la excepción del artículo 120 LUV requiere la unanimidad de todos los propietarios; mientras que el antiguo artículo 50 de la LRAU hablaba de refrendo o concierto por parte de una Agrupación hacia el urbanizador, u obviamente de la propia Agrupación de Interés Urbanístico en la posición del urbanizador; para cuya constitución bastaba que se asociasen los propietarios que al menos representasen más de la mitad de la superficie afectada por la iniciativa.

Por otra parte, también parece tener su origen en la voluntad de mantener el espíritu del sistema de compensación y concertación contemplados en la normativa de otras Comunidades Autónomas y, el primero de ellos, también en la supletoria estatal, concediendo por ello ciertos privilegios a los propietarios. No obstante, la situación establecida en la LUV es muy diferente al sistema de compensación.

En primer lugar, existe una diferencia básica de estructura porque, mientras la LUV habla de la totalidad de propietarios cuando exista “acuerdo unánime” entre todos ellos; en el sistema de compensación tradicional, previsto en la normativa estatal, la no adscripción voluntaria a la Junta de Compensación supone la expropiación de los terrenos del disidente.

En segundo lugar, en el sistema de compensación, los propietarios acceden al estatus de urbanizador precisamente por su cualidad de titulares; es decir, gestionan y desarrollan el suelo siempre y cuando sean propietarios: si

2. Se puede solicitar la adjudicación preferente en favor de:

(...) B) La proposición acompañada de proyecto de urbanización, susceptible de aprobarse junto al Programa y refrendada o concertada con una Agrupación de Interés Urbanístico, cuyos estatutos y acuerdos sociales serán expuestos al público junto a la correspondiente alternativa.”

se cumplen las condiciones para que se dé tal sistema, el mismo es obligatorio y tiene preferencia sobre cualquier otro, no dejando posibilidad de actuación a terceros. En el sistema de la LUV, esto es diferente, puesto que la totalidad de propietarios, sea uno solo, o todos bajo un acuerdo unánime, no van a tener ningún tipo de preferencia o privilegio para adquirir la condición de urbanizador, o para que la adquiera el urbanizador al que apoyan. Es decir, si desean adquirir tal status – bien por sí mismos como agrupación, bien a través de un acuerdo con un aspirante a urbanizador - deberán competir en la licitación por la adjudicación del Programa de Actuación Integrada en las mismas condiciones que el resto de participantes.⁴²

Por ello, en el sistema de compensación, someter a un procedimiento de concurrencia la adjudicación del Programa, o gestión y ejecución de la actuación, cuando esta posición solamente puede ser asumida por el sujeto que posee la condición de propietario, parece absurdo. En este sistema, el hecho de ser propietario marca una desigualdad de por sí, por lo que intentar aplicar sobre el mismo los principios de contratación carece de lógica, puesto que no estamos ante un verdadero contrato.⁴³ En el segundo caso, el de la LUV, excluir el sistema de concurrencia para la ejecución de las obras, porque en el urbanizador concurre la condición de propietario o existe un acuerdo con el mismo, debe ser interpretado como una infracción de los principios de

⁴² Esta misma diferencia se encuentra entre el supuesto del artículo 120 de la LUV y los denominados “sistemas de concertación” de algunas Comunidades Autónomas en las que se habla de acuerdo de la totalidad de propietarios. Mientras en estas últimas, la existencia de tal acuerdo implica obligatoriamente la aplicación de su sistema, excluyendo cualquier otro tipo de sistema de gestión, en la LUV la existencia de un acuerdo de la totalidad de propietarios no afecta la elección del urbanizador, que será elegido a través de un procedimiento de concurrencia.

⁴³ Recordemos en este aspecto lo comentado en relación a la famosa Sentencia de 12 de julio de 2001 del TJCE relativa a la Scala y a la conclusión que se alcanzó en el presente estudio de no considerar el supuesto analizado en aquella ocasión como un contrato puesto que la Administración no tenía posibilidad de elegir al sujeto encargado de la ejecución de las obras de urbanización ya que éste debía ser necesariamente el propietario.

contratación pública, en la medida en que el procedimiento de selección del urbanizador mismo no cumple con los requisitos de las Directivas.

La LUV no prevé un sistema de gestión para la participación de los propietarios en el proceso de desarrollo del suelo; por lo que si desean participar, deberán asumir la posición del urbanizador, previa licitación, con todas sus consecuencias.

Es decir, la excepción licitatoria prevista en la LUV, respecto al propietario único o a la totalidad de propietarios, no responde a ninguna causa, y por ello no tiene cabida en el mundo jurídico: si nos acogemos a la regulación de contratos, es con todas sus consecuencias. Además, esta excepción licitatoria tampoco significa que vayan a ejecutar la urbanización los propietarios, por lo que carece de fundamento jurídico y práctico.

En otro orden de cosas, entiendo que los posibles privilegios que deberían concederse a los propietarios afectados por una actuación urbanística tendrían que hallarse en la fase de selección del urbanizador, en aplicación de la normativa básica estatal sobre el estatuto de la propiedad – régimen del suelo - pero no una vez que haya sido adjudicado el Programa, puesto que el presupuesto de las obras y sus condiciones de ejecución, cuestiones que directamente les afectan, ya se encuentran fijadas, sobre todo una vez concretado todo en el segundo pliego; y porque ellos, por sí solos, normalmente no tendrán aptitud para ejecutar las obras.

¿Qué beneficio les puede aportar la no necesidad de seleccionar un empresario constructor si no son ellos mismos los urbanizadores? Las posibilidades de adjudicación del Programa a favor de los propietarios privados “no profesionales” han sido casi totalmente erradicadas, por lo que establecer un sistema de exclusión de la licitación de las obras de urbanización puede resultar totalmente carente de provecho para los propietarios.

El beneficio que ofrece la excepción únicamente se dará en el urbanizador-propietario único⁴⁴, cuya propia empresa, o alguna de las empresas vinculadas a la suya, ejecute las obras de urbanización, o aquel urbanizador que logre llegar a un acuerdo con la totalidad de los propietarios; pero no se dará en los propietarios en sí mismos considerados que no posean la cualidad de empresarios capaces de ejecutar una urbanización.

Como se explicó con anterioridad, si finalmente los propietarios fuesen los adjudicatarios de un Programa, la separación de su persona respecto de la del empresario constructor ejecutor de las obras sería una garantía para aquéllos, dada su propia condición de propietarios – no profesionales del sector de la construcción –, que no les permitiría ejecutar las obras por sí mismos puesto que carecerían de financiación, clasificación, etc..; mientras que la selección de un empresario constructor, con la adecuada clasificación empresarial requerida por la legislación nacional de contratos, sería una garantía de que la urbanización se va a ejecutar adecuadamente y de conformidad con los intereses públicos que ampara.

Tampoco podemos justificar que la excepción se realice en función de que la obra de urbanización en algunos casos se pueda considerar pública y en otros casos privada; porque la obra de urbanización debe considerarse como una obra pública, con independencia de si los terrenos pertenecen a un solo propietario o a varios entre todos los cuales exista un acuerdo unánime.

Como ya se comentó en el presente trabajo al estudiar la naturaleza jurídica de la relación entre la Administración y el agente urbanizador de la

⁴⁴ Esta situación se suele dar generalmente en los urbanizadores que adquieren grandes bolsas de terreno.

LRAU, algún autor⁴⁵ consideró que las obras de urbanización no pueden ser calificadas como obras públicas en sentido estricto, teniendo que analizarse caso por caso para alcanzar la respuesta. Se retoma tal idea con el fin de intentar comprender cuáles han sido las posibles razones que han conducido a que se recojan tales supuestos como excepciones a la selección del empresario constructor. Desde tal posición, se consideraba que para calificar unas obras como públicas se requería, entre otros, la demanialidad de los bienes que resultan de la actuación y la titularidad administrativa; requisitos que no concurrían cuando la ejecución se llevaba a cabo por sujetos privados, al menos durante su realización, puesto que las obras no pueden ser calificadas como públicas por el mero hecho de que su resultado vaya a ser la incorporación de aquéllas al dominio público.

Pese a que desde esta posición podría encontrarse alguna justificación a la inclusión de las excepciones por parte de la LUV, no la considero acertada porque el resultado final, se apliquen excepciones o no, es una obra pública.⁴⁶

La normativa vigente, objeto del presente trabajo, ha eliminado cualquier posición privilegiada de los propietarios de los terrenos a la hora de adjudicar un Programa, por lo que inventar singularidades en la elección del empresario constructor no es acorde a Derecho si tenemos en cuenta que en todos los supuestos - con independencia de la pluralidad o no de sujetos y de su cuantía- es la Administración Pública quien selecciona al urbanizador en un concurso y que es la propia Administración quien “confirma” la elección del empresario constructor, convirtiéndose en responsable a partir de dicho momento.

⁴⁵ María Pardo Álvarez: “El derecho a urbanizar: ¿Sumisión a la Ley de Contratos?”. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, Núm. 198, Diciembre 2002, Editorial Montecorvo, páginas 11 a 36

⁴⁶ Véase al respecto los capítulos dedicados a la naturaleza jurídica del urbanizador desde la perspectiva de la LRAU así como de la LUV, tanto a nivel comunitario como de la normativa nacional de contratación.

Así, en el ámbito de las Directivas Comunitarias, y pese a que la Sentencia del TJUE de 26 de mayo de 2011, haya considerado que en el caso de la LUV no se ha demostrado que nos hayamos ante un contrato de obras, no existe ninguna norma al respecto. Tardío Pato⁴⁷ comenta que el Derecho de la Unión Europea posibilita tal disociación de contratos. No obstante, no se positiviza nada en relación a la misma. Por ello, si el TJCE admite tal posibilidad es lógico que ambos contratos estén sometidos a los mismos principios y condiciones. Tal solución podría encontrarse en la aplicación analógica de la posición que el TJCE adopta en los contratos en los que concurren elementos propios de un contrato público de obras, y elementos propios de algún otro tipo de contrato, en los que el régimen de aplicación será el del principal. Si el contrato que constituye la prestación accesoria o secundaria no alcanzase los umbrales, al quedar “absorbido” por el régimen del principal, se sometería de igual modo que éste a las Directivas Comunitarias. (STJCE 15 de junio de 2008).

En la normativa nacional no se hace mención alguna a esta figura. Por lo tanto, estas singularidades no tienen sentido ni desde la perspectiva comunitaria ni desde la perspectiva nacional.

⁴⁷ TARDÍO PATO, J.A.: *La gestión urbanística en el Derecho de la Unión Europea, del Estado Español y de la Comunidad Valenciana*. Editorial Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 33 y ss., comenta que “el Derecho de la Unión Europea simplemente posibilita tal disociación de contratos, pero no lo impone con carácter necesario, de tal modo que basta con una adjudicación y licitación de contrato público de obra.” Este profesor apoya sus razonamientos en la Sentencia de 12 de julio de 2001 (Scala), que distingue entre las figuras del ejecutor de la obra urbanizadora y del urbanizador no ejecutor de la misma; la STJCE de 20 de octubre de 2005, que prevé dos contratos diferenciados, y la STJCE de 18 de enero de 2007 (Auroux).

Entiendo que las Directivas y la jurisprudencia del TJCE exigen el sometimiento a las reglas del “contrato principal”, si es que existe (Auroux vs Scala); y en caso de que no exista a las reglas del contrato derivado.

VI.5.3.b No superación de los umbrales comunitarios

En segundo lugar, la norma también recoge como excepción a la necesidad de que las obras de urbanización sean ejecutadas por un empresario constructor, persona diferente al urbanizador, aquel supuesto en el que el presupuesto de ejecución de dichas obras de urbanización no supere los 5.278.000 euros.⁴⁸

El citado artículo 120 de la LUV anteriormente comentado, continúa diciendo que, en tal caso, las obras serán ejecutadas por el propio urbanizador, por s o a través de contratistas de su elección.

El presupuesto de 5.278.000 euros es el umbral que fijaba el artículo 135 del TRLCAP para exigir que la publicidad de los contratos de obras públicas se reflejase en las publicaciones oficiales de la Comunidad Europea o no.

Las Directivas Europeas 2004/18/CE y 2004/17/CE, sobre contratos, también establecían dicha cantidad, que actualmente ha sido modificada, como frontera para el inexcusable cumplimiento de las Directivas Comunitarias sobre contratación pública; concretamente, en materia de contratos públicos de obras.

Pese a que el artículo 368 del ROGTU establece que dicha cuantía, refiriéndose a la establecida como frontera y definida en 5.278.000 €, se actualizaría por Orden de la Conselleria competente en materia de territorio, tal actualización no se ha realizado, planteándose por ello la cuestión de qué cifra considerar a la hora de aplicar o no las excepciones del artículo 120 LUV.

⁴⁸ Ya se ha comentado anteriormente, que pese a que dicha cifra se adoptó en atención a las Directivas Comunitarias, y la misma ha cambiado tanto a nivel europeo como nacional; la legislación urbanística valenciana no ha asumido la modificación.

De conformidad con lo dicho a lo largo de este estudio, en el que se identifica la relación entre la Administración y el urbanizador como un contrato mixto, cuya prestación principal es la del contrato de obras públicas, y en el que se identifica el objeto del contrato suscrito entre el urbanizador y el empresario constructor con el del contrato de obras públicas tanto a nivel comunitario como desde la perspectiva de la normativa nacional, entiendo de aplicación los umbrales vigentes en la Directiva 2004/18/CE así como en el TRLCSP⁴⁹. Además, ello sería acorde con el citado artículo 368 ROGTU, que dispone que dicha cuantía deberá determinarse *con lo que establezca en cada momento la normativa europea o estatal*.

No obstante, con independencia de la cifra exacta que se considere, el establecimiento de un determinado umbral económico no significa que por debajo de dicho límite no deba seguirse el procedimiento establecido en la Directivas; sino que, en principio, no es obligatorio. Por otra parte, existe una jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que exige el cumplimiento de los principios básicos de contratación en todos los contratos públicos superen o no los umbrales establecidos en las Directivas.⁵⁰ En este sentido, es de necesaria mención la comunicación

⁴⁹ En la Directiva 2004/18/CE, su vigente artículo 7 dispone lo siguiente: "Importes de los umbrales de los contratos públicos. La presente Directiva se aplicará a los contratos públicos que no estén excluidos en virtud de las excepciones previstas en los artículos 10 y 11 y en los artículos 12 a 18 y cuyo valor estimado, sin incluir el impuesto sobre el valor añadido (IVA), sea igual o superior a los umbrales siguientes:

(...) c) 5.000.000 EUR, respecto de los contratos públicos de obras."

Dada la primacía del Derecho comunitario, los umbrales, por tanto, deberían ser los recogidos en la Directiva.

El TRLCSP, por su parte, en consonancia recoge en el artículo 14 "que están sujetos a regulación armonizada los contratos de obras y los contratos de concesión de obras públicas cuyo valor estimado sea igual o superior a 5.000.000 euros."

⁵⁰ Aun cuando el urbanizador no es un poder adjudicador, debe tener en cuenta la Directiva 2004/17/CE, el TRLCSP en cuanto a la selección del subcontratista en el contrato de concesión de obras públicas, así como los fallos de las Sentencias del TJCE Auroux y

interpretativa de la Comisión Europea (2006/C 179/02), en la que se recomienda para aquellos contratos no sujetos a las Directivas sobre contratación (contratos de importe inferior a los umbrales de aplicación de las Directivas sobre contratación pública y contratos referidos a los servicios enumerados en el anexo IIB de la Directiva 2004/18/CE y en el anexo XVII B de la Directiva 2004/17/CE, de importe superior a los umbrales de aplicación de estas Directiva), la aplicación de los criterios básicos para la adjudicación de contratos públicos, que se derivan de las normas y principios del Tratado CE (libre circulación de mercancías, derecho de establecimiento, libre prestación de servicios, no discriminación y la igualdad de trato, transparencia, proporcionalidad y reconocimiento mutuo).⁵¹

Scala. En todos estos casos, se somete a ciertas reglas jurídico-públicas la adjudicación de contratos por quienes no son poderes adjudicadores.

⁵¹ Comisión Europea sobre el Derecho Comunitario aplicable en la adjudicación de contratos *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho Comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública*. (2006/C 179/02), publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 1 de agosto de 2006, C 179/2:

“El Tribunal ha desarrollado una serie de criterios básicos para la adjudicación de contratos públicos, que se derivan directamente de las normas y principios del Tratado CE. Los principios de igualdad de trato y no discriminación por razones de nacionalidad implican una obligación de transparencia que, con arreglo a la jurisprudencia del TJCE, consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación.

Estos criterios se aplican en la adjudicación de contratos de concesiones de servicios, los contratos cuyo importe es inferior a los umbrales establecidos y los contratos de servicios remunerados en el anexo II B de la Directiva 2004/18/CE y en el anexo XVII B de la Directiva 2004/17/CE por lo que respecta a los casos no contemplados en estas Directivas. El TJCE afirmó explícitamente que aunque algunos contratos estén excluidos del ámbito de aplicación de las Directivas comunicativas que regulan los contratos públicos, las entidades adjudicadoras que los celebran están obligadas, no obstante, a respetar las normas fundamentales del Tratado.”

(En el mismo sentido, las Sentencias del TJCE de 6 de abril de 2006 y 21 de febrero de 2008 Comisión/Italia, C-412/04).

En la misma línea se ha pronunciado reiteradamente el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea desde el ya famoso Auto C-59/00 de 3 de diciembre, Asunto Vestergaard, hasta la reciente Sentencia de 15 de mayo de 2008 en los asuntos acumulados C-147/06 y C-148/06,⁵² que confirman el hecho de que si bien es cierto que el TJCE ha declarado que las normas recogidas en las Directivas no se aplican a los contratos cuyo valor no alcance el umbral fijado por éstas, ello no debe significar que estos últimos contratos estén excluidos del ámbito de aplicación del Derecho Comunitario.

Ciertamente, si la exigencia de un determinado procedimiento de selección y publicidad responde a los principios básicos de contratación pública, eliminar dicha publicidad o concurrencia por alcanzar una menor cuantía el contrato atenta a los mencionados principios.

La publicidad, la concurrencia de licitadores, la transparencia y los demás principios exigidos en los contratos de obra pública no responden al precio del contrato sino a las normas básicas del Ordenamiento Comunitario, por lo que

⁵² Sentencia de 15 de mayo de 2008 del TJCE:

“19 Procede señalar que los procedimientos especiales y rigurosos establecidos por las Directivas comunitarias sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos se aplican únicamente a aquellos contratos cuyo valor sobrepase el umbral previsto expresamente en cada una de ellas (auto de 3 de diciembre de 2001, Vestergaard, C-59/00, Rec. p. I - 9505, apartado 19). Por lo tanto, las normas de las mencionadas Directivas no se aplican a los contratos cuyo valor no alcance el umbral fijado por éstas (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de febrero de 2008, Comisión/Italia, C-412/04, Rec. p.I - 0000, apartado 65).

20. Sin embargo, esto no significa que estos últimos contratos estén excluidos del ámbito de aplicación del Derecho Comunitario (auto Vestergaard, antes citado, apartado 19). En efecto, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con la adjudicación de contratos que, habida cuenta de su valor, no están sometidos a los procedimientos previstos por las normas comunitarias, las entidades adjudicadoras están obligadas, no obstante, a respetar las normas fundamentales del Tratado y el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, en particular (sentencia Telaustria y Telefonadress, antes citada, apartado 60; auto Vestergaard, antes citado, apartados 20 y 21; sentencias de 20 de octubre de 2005, Comisión/Francia, C-264/03, Rec. p. I-8831, apartado 32, y de 14 de junio de 2007, Medipac-Kazantzidis, C-6/05, Rec. p. I-4557, apartado 33).

es absurdo que no se exijan cuando el presupuesto del contrato no alcance determinado valor.

Por todo lo cual, se encuentra justificado el hecho de que la Corporación Local, ante un supuesto en el que la obra de urbanización prevista no alcance el valor de 5.278.000 euros⁵³ pueda exigir, como condición de programación, la licitación de las obras en cumplimiento de los principios que imperan la normativa de contratación pública y, *lege ferenda*, se modifique el precepto.

⁵³ Recordemos de nuevo, que el umbral que marca la aplicación de las Directivas Comunitarias 2004/17/CE y 2004/18/CE, se cifra en 5.000.000 euros.

VII. CAPÍTULO SÉPTIMO: EL DESARROLLO DEL CONTRATO

VII.1 INTRODUCCIÓN

En este apartado se trata de analizar la vida del contrato entre el urbanizador y el empresario constructor, desde la selección de este último hasta la extinción del mismo, objeto del siguiente capítulo.

En relación a este período de tiempo, tanto la LUV como el ROGTU apenas se pronuncian al respecto, dejando las circunstancias de su desarrollo tanto a las condiciones establecidas en los pliegos, y aceptadas por el empresario constructor, como al propio contrato que se suscriba entre ambos sujetos.

No obstante, de las pequeñas referencias que se realizan en la norma se puede confeccionar un marco general de actuación:¹

¹ Debe tenerse en cuenta que, el ROGTU en su artículo 332, en cuanto a la prórroga y suspensión de los plazos previstos para la ejecución de las obras, se remite a los preceptos relativos al contrato administrativo de obras.

VII.2 LAS FASES DEL CONTRATO

VII.2.1 Inicio de las Obras

El inicio de las obras de urbanización deberá producirse en el plazo de tres meses desde la aprobación definitiva del Proyecto de Reparcelación, acreditándose mediante acta de replanteo suscrita por la dirección de las obras y, al menos por un técnico municipal. (Artículo 332 del ROGTU).

Asimismo, el comienzo de las obras deberá llevarse a cabo con una orden escrita del técnico director de las mismas. (Artículo 240 ROGTU).

En el caso de que no fuese necesario el proyecto de reparcelación, entiendo que salvo plazo expreso previsto al efecto en las Bases, el inicio de las obras de urbanización debería llevarse a cabo en el plazo no superior a un mes desde la suscripción del contrato entre el urbanizador y el empresario constructor, de conformidad con el artículo 229 TRLCSP², al que remite el artículo 332 del ROGTU.³

² Art. 229 TRLCSP: “La ejecución del contrato de obras comenzará con el acta de comprobación del replanteo. A tales efectos, dentro del plazo que se consigne en el contrato que no podrá ser superior a un mes desde la fecha de su formalización salvo casos excepcionales justificados, el servicio de la Administración encargada de las obras procederá, en presencia del contratista, a efectuar la comprobación del replanteo hecho previamente a la licitación, extendiéndose acta del resultado que será firmada por ambas partes interesadas, remitiéndose un ejemplar de la misma al órgano que celebró el contrato.”

³ Artículo 332.2 ROGTU: “Los plazos previstos en el número anterior únicamente podrán ser prorrogados y suspendidos de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas. En particular:

- a) En lo relativo a la redacción de textos refundidos y Proyecto de Reparcelación, resultarán aplicables las reglas propias del contrato administrativo de consultoría y asistencia técnica.
- b) Por lo que se refiere a la ejecución de las obras, serán aplicables los preceptos relativos al contrato administrativo de obras.”

Si el plazo previsto para la aprobación de la reparcelación se retrasa, el inicio de las obras deberá correlativamente retrasarse puesto que si aquella es necesaria, hasta que no se apruebe, y se inscriba el suelo destinado a dominio público a favor de la Administración, no podrá iniciarse la ejecución de la urbanización.

VII.2.2 Ejecución de las obras de urbanización

El empresario constructor deberá llevar a cabo la ejecución de las obras con estricta sujeción a las estipulaciones suscritas con el urbanizador, a las condiciones generales que tanto la Ley como el Reglamento establecen respecto a la ejecución de los proyectos de urbanización, así como a las instrucciones que dicte la Dirección Facultativa de las Obras al respecto.

En caso de necesidad de introducir modificaciones en el proyecto de obras a ejecutar, se tramitará el oportuno expediente ante la Administración. En relación a esta modificación cabe plantearnos algunas cuestiones, como por ejemplo cómo afecta tal variación a la relación urbanizador-empresario constructor, o qué ocurre en el caso de que se convoque nuevo concurso para la selección y aprobación del programa si las modificaciones suponen un incremento del coste de las obras de urbanización superior a un 20%.⁴ Es

⁴ En relación al porcentaje del 20% del presupuesto, que prevé el artículo 155.7 LUV como límite para las posibles modificaciones que se realicen, traspasado el cual se tendrá que convocar un nuevo concurso para la selección y aprobación del programa de actuación integrada que se trate; debe tenerse en cuenta que el artículo 234 TRLCSP, en su apartado cuarto, establece dicho límite en el 10% del precio primitivo del contrato; por lo que tratándose la relación del urbanizador con la Administración de un contrato mixto de obra y servicios, de nuevo encontraríamos una contradicción entre ambas regulaciones que debiera resolverse a través del planteamiento de la constitucionalidad de este precepto, o mediante cláusula de prevalencia, siempre a favor de la normativa de contratación. Debe recordarse aquí que la jurisprudencia del TS considera que la normativa de contratación es aplicable al supuesto del urbanizador valenciano.

decir, qué ocurre si el contrato principal, suscrito entre la Administración y el urbanizador es modificado, o incluso se resuelve.

En el caso de que se lleve a cabo una modificación del proyecto de urbanización, a través de la oportuna aprobación por la Administración, en principio y salvo pacto en contrario, nada impide a que el empresario constructor solicite la resolución del contrato con el urbanizador, por no querer asumir los cambios.⁵ Esto es así porque el contrato entre el empresario constructor y el urbanizador es privado; y por tanto ninguna de las partes puede mantenerlo de modo unilateral. Es cierto que esta alteración unilateral no proviene del urbanizador, sino de la Administración Pública, como sujeto investido de potestad pública; pero desde luego no se trataría del ejercicio de la *potestas variandi* sobre los contratos administrativos que la Administración Pública suscribe, porque no se trata de un contrato administrativo ni la Administración Pública es parte en el contrato. Además, ninguna norma exige al constructor la asunción de sus modificaciones.

Por otra parte, y con independencia de las condiciones del contrato que hayan suscrito el urbanizador y el empresario constructor al respecto, si el empresario constructor tiene voluntad de continuar la obra, cabría realizar nuevos pactos con el urbanizador, con el fin de que se formalizase el pago de las modificaciones que finalmente se introdujesen. El pliego podría establecer el régimen o *lege ferenda* la norma podría realizar una remisión a la modificación del contrato de obras; no obstante, *lege data*, si no se ha pactado nada entre las partes, quedaría a voluntad de éstas.

⁵ Ello tendría como consecuencia la celebración de un nuevo contrato con uno de los licitadores que participaron en la selección del empresario constructor, por orden de prelación; o incluso, si no hay licitadores, la convocatoria de un nuevo procedimiento de selección. (Artículo 370 ROGTU)

No encontramos de nuevo ante una manifestación de la insuficiencia del Derecho privado. Una variación en el contrato entre el urbanizador y el empresario constructor que no hubiese sido prevista, podría implicar la resolución de dicha relación y afectar directamente al interés general que se encuentra en la obra pública. Por ello, con el fin de evitar tales situaciones, debería establecerse en los pliegos que corresponden a la selección del empresario constructor unos límites cuantitativos y cualitativos, por debajo de los cuales este sujeto debiera asumir las modificaciones.

En el segundo caso, el de la resolución del contrato del urbanizador con la Administración, pese a que no nos hallamos ante una subcontratación tal como ha quedado analizado en el presente estudio, se ha de tener en cuenta que aquella relación constituye la base que configura y define la relación entre el urbanizador y el empresario constructor, por lo que si el urbanizador pierde tal condición, no tendrá título para actuar y consecuentemente ello afectará al empresario constructor. Por tanto, la relación entre el urbanizador y el empresario constructor se extinguirá, dando lugar a las oportunas indemnizaciones entre las partes. A modo de ejemplo, el urbanizador deberá pagar la indemnización al empresario constructor aunque él no haya tenido nada que ver con la resolución de su contrato con la Administración.⁶ *Lege*

⁶ SUAY RINCÓN, J.: "La ejecución del contrato administrativo. La cesión del contrato y la subcontratación", en *Obra Colectiva: Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Editorial Civitas, Aranzadi, Madrid, 2004, segunda edición, pág. 524: "Sólo resta por añadir, como corolario, que, configurado en los términos expuestos, el subcontrato resulta un negocio jurídico derivado o secundario. Se ha destacado con acierto en este sentido que se trata de un negocio jurídico estructuralmente autónomo y funcionalmente dependiente: autónomo y de naturaleza civil, por una parte; pero también dependiente, porque si se extingue el principal, se produce la imposibilidad sobrevenida de cumplirlo. Puede el subcontratista en tal hipótesis accionar contra el contratista si éste incurre en culpa; pero, como ya se ha indicado con anterioridad, no existe propiamente una relación directa entre la Administración y el subcontratista, ni, en consecuencia, tampoco está reconocida la posibilidad de entablar una acción contra aquélla." En el mismo sentido, JURISTO SÁNCHEZ, R.: *La ejecución del contrato de obra pública*, Madrid, 1983, págs. 119-120.

ferenda, en este caso debería darse la posibilidad al empresario constructor de poder actuar directamente contra la Administración.⁷

Ello además, sería conforme con el artículo 143 LUV que, en caso de resolución del contrato entre el urbanizador y la Administración, prevé la cancelación del programa como una de las opciones. Pero no es la única, puesto que también cabe mantenerlo en régimen de gestión indirecta, conforme a su apartado 4.d).⁸

⁷ En el caso concreto de una resolución del contrato entre el urbanizador y el empresario constructor por causa imputable a la Administración, el urbanizador podría dirigirse contra la misma por responsabilidad patrimonial, mientras que el empresario constructor podría actuar contra ella a través de una acción de responsabilidad extracontractual.

⁸ Artículo 143.4 LUV: “La resolución de la adjudicación se acordará por la Administración actuante, previo Dictamen del Consejo Superior de Territorio y Urbanismo, que podrá ser instado también por el Urbanizador. Sin perjuicio de las responsabilidades económicas que procedan, ello determinará la cancelación de la programación y la sujeción del ámbito de la Actuación al régimen del suelo urbanizable sin programación. El correspondiente acuerdo deberá, además y cuando proceda:

- a) Declarar, de conformidad con el referido Dictamen, la edificabilidad de aquellos solares cuyo propietario haya contribuido suficientemente a las cargas de urbanización.
- b) Iniciar el procedimiento para la reclasificación de aquellos terrenos en los que, dado lo avanzado de las obras de urbanización, sea posible concluir las en el régimen propio de las Actuaciones Aisladas.
- c) Incoar, si se estima oportuno, las actuaciones precisas para acordar una nueva programación del terreno en la que el nuevo Urbanizador, o la Administración en caso de optarse por la gestión directa, asuma las obligaciones del antiguo, afectando los bienes y recursos resultantes de la liquidación de la programación cancelada a ejecutar la que la sustituya o, en otro caso, y salvo perjuicio para el interés público o tercero sin culpa, disponer:
 - 1. La devolución de la contribución a las cargas de urbanización, efectivamente satisfechas y no aplicadas a su destino, a los propietarios de terrenos en los que no se vaya a acometer una nueva programación, previa modificación por el mismo procedimiento seguido para su adopción de los correspondientes actos administrativos dictados para la ejecución del Programa cancelado;
 - 2. la compensación que sea pertinente a los propietarios que hayan contribuido a las cargas de urbanización con cargo a la ejecución de las garantías prestadas por el antiguo Urbanizador, cuando ésta proceda.
 - 3. Comenzar, en su caso, la tramitación de los procedimientos declarativos del incumplimiento de deberes urbanísticos que sean pertinentes.

Lege ferenda, debería establecerse la posibilidad de que la Administración, pese a la resolución del contrato con el urbanizador, pudiese mantener la relación con el empresario constructor. Imaginemos por ejemplo el supuesto, en el que un urbanizador que no abona al empresario constructor el precio de la obra de urbanización realmente ejecutada. Si el impago al empresario constructor es causa de resolución del contrato entre la Administración y el urbanizador,⁹ y la extinción de este contrato implica necesariamente el fin del contrato entre el urbanizador y el empresario constructor, este último sujeto no cobraría, y además vería resuelto el contrato con el urbanizador. Y ello, aun cuando el artículo 143.4 en sus apartados d) y e) LUV permita el mantenimiento del PAI pese a la resolución del contrato con el urbanizador.

Además, debe tenerse en cuenta que la selección del empresario constructor como sujeto ejecutor de la obra pública es una obligación legal impuesta por la propia LUV, rasgo distintivo de la subcontratación, en la que generalmente – salvo determinados supuestos - el contratista suscribe el contrato de manera voluntaria y consecuentemente bajo su responsabilidad. Si la Ley obliga al urbanizador a contratar con el empresario constructor, y

d) A los efectos de lo previsto en el presente apartado, la Administración, en caso de mantener la gestión indirecta del Programa, podrá requerir a quienes formularon proposiciones jurídico-económicas a la alternativa técnica seleccionada, por el orden derivado de la aplicación de los criterios de adjudicación del artículo 135, a fin de que acepten la adjudicación y prosigan con la ejecución del Programa. Subsidiariamente, la administración actuante podrá acordar el inicio de nueva licitación sobre la alternativa técnica seleccionada por el procedimiento previsto en el artículo 130 y siguientes de la presente Ley, o declarar la caducidad del Programa.

e) También podrá acordarse la directa intervención gestora de la Administración para la prosecución provisional del Programa mientras se resuelve sobre su resolución y, en su caso, nueva adjudicación.”

⁹ El artículo 143. LUV dispone que serán causas de resolución de la adjudicación del Programa, “c) el incumplimiento grave de los deberes esenciales del urbanizador directamente impuestos por esta Ley”.

posteriormente aquél resuelve el contrato con la Administración por causas imputables a esta última, no parece lógico que además, deba indemnizar al empresario constructor por la resolución del contrato.

Lo dicho nos obliga a sugerir la conveniencia de que la normativa urbanística valenciana se plantease la posibilidad de mantener la relación con el empresario constructor, a pesar de la resolución del contrato entre la Administración y el urbanizador, en determinados supuestos, con el fin de evitar situaciones totalmente injustas como las expuestas.

Por último, si el empresario constructor no ejecuta las obras de acuerdo con el contrato estipulado y conforme al proyecto de urbanización, (se hace referencia en este caso a un incumplimiento grave), el urbanizador podrá resolver el contrato por incumplimiento, teniendo tal acción las consecuencias del artículo 370 del ROGTU.¹⁰

¹⁰ Artículo 370 ROGTU: “Resolución del Contrato entre el Urbanizador y el Empresario Constructor (en referencia a artículo 160.3 de la Ley Urbanística Valenciana).

1. En caso de resolución del Contrato entre el Urbanizador y el Empresario Constructor, se ofrecerá la posibilidad de suscribir un nuevo Contrato al resto de licitadores según el orden de prelación en que hayan quedado sus ofertas. El nuevo Empresario Constructor deberá asumir las mismas obligaciones que el inicial, salvo aquellas que ya hayan sido debidamente cumplidas.

2. En caso de que no existan otros licitadores o éstos no acepten firmar el contrato, se incoará nuevo procedimiento de selección de Empresario Constructor, que tendrá por objeto las obras que queden pendientes. El tipo de licitación en ese procedimiento será el coste de las obras pendientes según la Proposición Jurídico-Económica del Urbanizador. El pliego de prescripciones técnicas deberá indicar la obra pendiente de ejecución que sea objeto de nueva licitación.

3. A los efectos del párrafo anterior, será de aplicación el procedimiento de selección del Empresario Constructor regulado en este Reglamento, en función de la modalidad de contratación elegida.”

Debe apuntarse en relación a la resolución del contrato, que el apartado sexto del artículo 225 del TRLCSP establece la posibilidad de iniciar el procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato al tiempo de incoarse el expediente administrativo de resolución del primer contrato: “Al tiempo de incoarse el expediente administrativo de resolución del contrato por la causa establecida en la letra g) del artículo 223, podrá iniciarse el procedimiento para la

En el caso de que se acudiese a los Tribunales, el tiempo de espera que supondría el mismo afectaría gravemente al interés general que se encuentra en una obra de urbanización, por lo que cabría la necesidad de dotar al urbanizador de ciertas prerrogativas, o bien dotar a la Administración de una mayor intervención en dicha relación, situación ambas comentadas en el anterior Capítulo quinto al hablar de las relaciones entre el urbanizador y el empresario constructor, al que me remito.

VII.2.3 Finalización de las obras

Las obras deberán finalizar en el plazo máximo de treinta y seis meses desde su inicio. La finalización de las obras se acreditará mediante el correspondiente certificado final de obras expedido por el director facultativo.

Este plazo no es hermético, pues en la literalidad del precepto el plazo de treinta y seis meses se entiende máximo, siendo por ello posible el establecimiento de un plazo menor. Así se entiende del apartado 2.e) del artículo 135 LUV, que considera como criterio a considerar para la adjudicación del Programa el *plazo de ejecución del Programa de actuación integrada*.

adjudicación del nuevo contrato, si bien la adjudicación de éste quedará condicionada a la terminación del expediente de resolución. Se aplicará la tramitación de urgencia a ambos procedimientos.”

VII.3 RELACIÓN ENTRE LOS SUJETOS CONCURRENTES

VII.3.1 Planteamiento

Habiendo realizado en los apartados anteriores un análisis sobre la naturaleza de la relación que une al urbanizador con el empresario constructor, así como del procedimiento de selección de este último (artículos 357 a 364 del ROTGU), se entra pues en el estudio de la vinculación entre cada uno de ellos y la Administración, así como con los propietarios del suelo.

Como se ha dicho en numerosas ocasiones, la Ley Urbanística Valenciana ha calificado la relación entre el urbanizador y el empresario constructor como privada, lo que implica que la Administración, en principio, va a posicionarse como un tercero ajeno a dicha relación.

Respecto a la posición que debe adoptar este tercero, existe una abundante jurisprudencia y doctrina, pronunciadas en relación con la subcontratación de la que hacemos mención, si bien con la salvedad dicha anteriormente de que nos encontramos ante figuras jurídicas diferentes.

No obstante, pese a esa posición de “no intervención en la relación”, considerada por la jurisprudencia y plasmada en la propia Ley, en el supuesto en el que nos encontramos la Administración está obligada a realizar ciertas intromisiones en la relación privada entre el Urbanizador y el Empresario Constructor que merecen ser analizadas a continuación. Es decir, en los términos en los que está planteada la normativa urbanística valenciana, la Administración pública, en relación al contrato urbanizador-empresario constructor, va a adoptar una posición especial, no identificable ni con la de sujeto contratante ni con la de tercero ajeno.

VII.3.1.a Relaciones del empresario constructor con la Administración Local

Comenzando por la relación que une a la Corporación Local con el empresario constructor, a lo largo del presente estudio se han puesto de manifiesto las diferentes intervenciones que la normativa urbanística reserva a la Administración en la relación que une al urbanizador con el empresario constructor. En este apartado se trata de analizar las más relevantes, como la posible responsabilidad de la Administración.

(i) Procedimiento de exclusión de licitadores.

Comentado en el capítulo anterior, al que nos remitimos íntegramente, se apunta en este apartado que una vez propuesta por el urbanizador la exclusión de un determinado licitador en el procedimiento de selección del empresario constructor, su tramitación es dirigida por la Administración Pública, de conformidad con el artículo 365 del ROGTU.¹¹

¹¹ Artículo 365 ROGTU: "Procedimiento de exclusión de licitadores a Empresario Constructor (en referencia al artículo 120.3 de la Ley Urbanística Valenciana). 1. El procedimiento para la exclusión de quien se postule como Empresario Constructor se iniciará, de oficio o a instancia de cualquier interesado, mediante notificación a aquél en quien puedan concurrir las circunstancias previstas en el artículo 120 de la Ley Urbanística Valenciana y en el resto de normativa aplicable. 2. Mediante esa notificación se le concederá al licitador un plazo de quince días hábiles para que pueda formular alegaciones en defensa de su candidatura. Si en las alegaciones formuladas se pidera la practica de alguna prueba, el Ayuntamiento resolverá sobre su admisión en el plazo de cinco días y, en su caso, se practirá en el plazo de los diez días siguientes. 3. El Ayuntamiento deberá resolver acerca de la continuidad o no del aspirante a Empresario Constructor en el plazo de quince días hábiles desde la

(ii) Garantía a prestar por el Empresario Constructor

El segundo aspecto a destacar en la relación entre la Administración y el Empresario Constructor se encuentra regulado en el artículo 367 del ROGTU.

Dicho precepto exige al Empresario Constructor la prestación de una garantía, con carácter previo al contrato entre el urbanizador y el empresario constructor, del 4 por ciento del importe total del contrato de obras.¹²

La primera cuestión a analizar es ante quién debe prestarse tal garantía, si ante la Administración o ante el Urbanizador.

Hallándonos ante la relación entre el urbanizador y el empresario constructor de la LUV, la respuesta nos conduce a que la misma debe hacerse efectiva ante el urbanizador, y por lo tanto, sujeto a las especialidades del ámbito privado. Sin embargo, la literalidad del precepto origina dudas al respecto, puesto que se remite, en cuanto al modo de constituir la garantía (se refiere a la forma; dinero, valores, etc...), a la legislación reguladora de los contratos del sector público.

En el supuesto de considerar que la prestación de la garantía debería llevarse a cabo frente a la Administración, cabría interpretar que la aplicación de las formas de prestación de garantías establecidas en la legislación de

finalización de los trámites previstos en el apartado anterior. La falta de resolución expresa en ese plazo se someterá al régimen general del silencio administrativo.”

¹² Debe tenerse en cuenta que el importe de la garantía, fijada en el 4% por la normativa urbanística valenciana, se adoptó por relación a la prevista en el TRLCAP, vigente en el momento de su aprobación. En la actualidad, el TRLCSP regula la garantía provisional en su artículo 103, fijando su importe máximo en el 3% del presupuesto del contrato.

Capítulo séptimo: El desarrollo del contrato

contratación pública responde a un criterio objetivo, en el sentido de que la ejecución de obras públicas, con independencia del sujeto que las lleve a cabo, debe estar asegurada conforme a la normativa de contratación.

No obstante, pese a que el texto del citado artículo 367 del ROGTU no nos confirma tal situación, varias son las circunstancias que deben conducirnos al hecho de que la prestación de la garantía debe constituirse ante el Urbanizador:

- Como se ha comentado a lo largo del presente estudio, la relación que une al Urbanizador con el Empresario Constructor es una relación calificada por la Ley como privada.
- En consecuencia con lo anteriormente dicho, y pese a las “injerencias” autorizadas por la Ley, en principio, la Administración es un sujeto ajeno a la relación que une al Urbanizador con el Empresario Constructor.
- El Urbanizador ya ha prestado ante la Administración una garantía que avala las obligaciones asumidas ante ésta, entre ellas la correcta ejecución de la obra de urbanización; por lo que, en el caso de que el Empresario Constructor constituyese la fianza a favor de la Administración, se estaría constituyendo una doble garantía por el mismo objeto ante el mismo sujeto.

En conclusión, la constitución de garantía del empresario constructor se realizará frente al urbanizador.

Resuelta la cuestión, quedaría por concretar el hecho de que si la garantía tiene por objeto afianzar la obligación que une al Empresario Constructor con el Urbanizador, su regulación se encontraría en el Código Civil, y concretamente en los artículos 1830 y siguientes de dicho cuerpo normativo, dada la calificación de la relación como privada.

Desde luego, tal como declara el artículo 367 en su apartado final,¹³ el Urbanizador y el Empresario Constructor podrían remitirse, a efectos de la constitución de garantía, a la legislación de contratos, hecho que excluiría la aplicación de la legislación civil y sus inconvenientes. No obstante, según el citado precepto esto es únicamente una posibilidad; y pese a que exista una remisión en la normativa urbanística valenciana hacia la mencionada regulación de la contratación administrativa, su aplicación directa en este aspecto considero que no es viable, salvo que así se haya aceptado por ambas partes o haya sido prevista por las Bases.

Pese a ello, las peculiares características de la relación que nos ocupa plantearía algunos problemas, como por ejemplo la necesidad de acudir a un juez civil con el fin de hacer efectiva tal garantía, afectando ello directamente al interés público que existe en toda obra pública.

Por ello, *lege ferenda*, debería plantearse la posibilidad de que la Administración pudiese intervenir en este aspecto, dotándola de potestad para hacer efectiva la garantía prestada por el empresario constructor, en caso de ser esto necesario.

Como en anteriores ocasiones, una posible solución que nos permite la legislación vigente se encontraría en que los pliegos que sirven de base para la adjudicación del Programa, estableciesen ciertas prerrogativas a la Administración ante situaciones objetivas en las que no cupiese margen de discrecionalidad, o pactarse en el pliego otras formas de hacer efectiva la garantía, como por ejemplo el arbitraje.

¹³ Aparto tercero del artículo 367 ROGTU: “3. La garantía regulada en el presente artículo se podrá constituir en cualquiera de las formas admitidas por la legislación reguladora de los contratos de las Administraciones Públicas y será requisito inexcusable para proceder a la firma del Contrato de obras.”

(iii) Intervención de la Administración ante el incumplimiento reiterado del empresario constructor (Art. 369 ROGTU)

Entre las intervenciones públicas que plantea la normativa urbanística valenciana en la relación entre el urbanizador y el empresario ocupa un lugar destacado el supuesto regulado en el artículo 369 del ROGTU.

Dejando aparte su falta de cobertura legal¹⁴, el precepto permite a la Administración, ante un incumplimiento reiterado por parte del empresario constructor en sus obligaciones y una inactividad ante dicha actitud por parte del urbanizador, subrogarse en todos los derechos de este último y exigir a aquél el cumplimiento y las penalidades que procedan.

No se entiende por qué el Reglamento prevé la intervención de la Administración sólo en caso de inactividad del urbanizador, y en el resto de supuestos no: resulta totalmente insuficiente. Si la voluntad del legislador era asegurar la correcta ejecución de la urbanización, debería haber establecido la posibilidad de intervención de la Administración en todo caso, además de preverlo en la Ley.¹⁵

¹⁴ ALONSO MAS, M^a J.: “Las relaciones entre el Agente Urbanizador y el Empresario Constructor en la Ley Urbanística Valenciana...” op. cit. pág. 1075: “En relación precisamente con esta facultad de subrogación, ya he apuntado más arriba que plantea problemas tanto desde el punto de vista de la existencia de habilitación legal para el ejercicio de esta potestad como desde la perspectiva de los presupuestos de hecho del ejercicio de la subrogación, punto éste en que la regulación reglamentaria resulta insuficiente.”

¹⁵ Debe insistirse en que no estamos ante una subcontratación, y que por ello no es aplicación el artículo 227 del TRLCSP.

Tal regulación podría llevar a la situación en que, ante un incumplimiento por parte del empresario constructor, la mejor opción para el desarrollo de la obra urbanizadora, y consecuentemente para el interés público, fuese la inactividad voluntaria del urbanizador, con el fin de que interviniese la Administración. Es decir, si ante un incumplimiento del empresario constructor el urbanizador debe acudir a la Jurisdicción Civil con el fin de que se adopten medidas al efecto, en la práctica va resultar más eficaz que dicho sujeto se mantenga inactivo.

Por otra parte, dada la mínima regulación que realiza el Reglamento cabría plantearnos qué ocurriría ante un incumplimiento por parte de la Administración en este caso; es decir, si pese al incumplimiento del empresario constructor y la inactividad del urbanizador, la Administración tampoco actuase.

En este caso, entiendo que los propietarios afectados por la actuación podrían exigir a la Administración el cumplimiento de lo previsto en el artículo 369 ROGTU en vía administrativa, y, en su caso judicial, a la que tendrían acceso por inactividad según lo previsto en el artículo 29.1 LJCA. Además, si se modificase el artículo 369 ROGTU en el sentido de que el urbanizador pudiese dirigirse a la Administración en más supuestos que el previsto, éste estaría legitimado para obligar a la Administración a actuar.

(iv) Responsabilidad de la Administración

Por último, dado el carácter privado de la relación, se cuestiona la

posibilidad de aplicación sobre la misma del artículo 1597 del Código Civil¹⁶, que establece que los que ponen su trabajo y materiales en una obra - en nuestro caso el empresario constructor -, ajustada alzadamente por el contratista, podrán actuar directamente contra el dueño de la misma, siempre que éste tuviere deuda pendiente con el contratista.

Pese a que este artículo es aplicado en el ámbito de la subcontratación, ciertamente su literalidad no la exige, por lo que en principio, podría ser de aplicación a la relación urbanizador-empresario constructor, que mantiene en cierta medida su esquema.

No obstante, analizados los requisitos establecidos en la norma, se excluye su aplicación porque el dueño de la obra es, en nuestro caso la Administración Pública, la cual, no asume ninguna deuda económica con el urbanizador.¹⁷ El supuesto, por tanto, difiere del establecido por la normativa urbanística valenciana, en el que no concurren en un mismo sujeto obligación de pago y dominio de la obra.

El supuesto de hecho del citado artículo 1597 del Código civil gira en torno al precio del contrato, sin considerar ningún tipo más de incumplimiento, divergiendo por ello con el supuesto de la LUV.

Por lo tanto, ante un incumplimiento de pago por parte del urbanizador, la Administración no queda obligada a su asunción frente al empresario

¹⁶ Artículo 1597 del Código Civil: “Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación.”

¹⁷ BLANCO LÓPEZ, F. en: “La subcontratación administrativa. Ejercicio de la acción directa del artículo 1597 del Código Civil”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 38; junio 2011, págs. 234 y ss.: destaca entre los elementos definidores de la acción directa del artículo 1597 del Código Civil la necesidad de que cada uno de los participantes en la cadena de contratación sea deudor del eslabón inferior o la exigencia de que el crédito correspondiente al dueño de la obra esté vencido y sea exigible.

constructor, situación que sí se ha dado en alguna ocasión en el ámbito de la subcontratación de un contrato de obras público.¹⁸

Ello, por otra parte, coincide con el nuevo apartado 8 del artículo 227 del TRLCSP, que dispone que los subcontratistas no tendrán en ningún caso acción directa frente a la Administración contratante por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos, si bien que en este caso el fundamento es distinto.

Cabría plantearse la situación en que la Administración no ejercitase la vía de apremio a la hora de liquidar las cuotas de urbanización, o ésta se tramitase incorrectamente y la liquidación de las cuotas prescribiese y éstas no se sufragaran. En este caso, el empresario constructor podría acudir a reclamar ante la Administración, puesto que él es un afectado directamente por su actuación. En este caso, el camino que debería seguir el empresario constructor sería el de una acción de responsabilidad extracontractual contra la Administración.

En resumen, atendiendo a los mandatos legales establecidos en la normativa urbanística valenciana, la Administración, por regla general, no tiene responsabilidad ante el empresario constructor, aunque dadas las características especiales del supuesto en el que nos encontramos, esta afirmación general puede ceder ante las circunstancias.

¹⁸ Entre los últimos estudios realizados sobre la subcontratación de un contrato público y la aplicación del artículo 1597 del Código Civil, además del ya comentado de BLANCO LÓPEZ, F.: "La subcontratación administrativa....." op. cit, destacar otros como: MORENO MOLINA, J.A.: "Pago directo al subcontratista de obras", *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 52, abril 2006; o PLEITE GUADAMILLAS, F.: "Posibilidad de reclamación de los subcontratistas a la Administración por lo trabajos o materiales adeudados por el contratista". *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 94, febrero 2010.

VII.3.1.b Relaciones con los propietarios de los terrenos

Por último, otro de los sujetos que puede verse afectado por la relación entre el empresario constructor y el urbanizador es el propietario del terreno.

Ni en el texto de la LUV, ni en el ROGTU se establece una relación entre ambos sujetos. Los propietarios tienen unos derechos y unas obligaciones frente a la Administración y al Urbanizador, pero en ningún momento se regula una vinculación de aquéllos con el empresario constructor.

No obstante, considero que a la hora de ejecutar la urbanización se establece una relación, puesto que es el empresario constructor quien actúa sobre las propiedades de los terceros; lo que indica que éste tiene disponibilidad sobre dichas propiedades.

A la hora de ejecutar el planeamiento, la Administración, a través de la aprobación del proyecto de reparcelación, pone a disposición del urbanizador los terrenos objeto de actuación. La Administración, como titular de ciertas potestades y en beneficio del interés público, realiza tal acción a la que los propietarios se ven sometidos.

Como se ha comentado al comienzo de este trabajo, es cierto que se está realizando una obra pública; no obstante, en la mayoría de casos, su ejecución implica necesariamente una actuación sobre propiedad privada (demolición construcciones, corrección de lindes, ocupación temporal de terrenos...), y ello pese a que el proyecto de reparcelación comporta la transmisión del suelo dotacional al dominio público.

En la ejecución de una obra pública sobre terreno de la Administración, la normativa de contratación “exige” que la subcontratación sea comunicada a dicha Administración. Aunque esto principalmente responda al control que la misma debe ejercer sobre la correcta ejecución de la obra pública y no tanto a su calidad de propietaria, se “exige” una comunicación en atención a su condición de titular de intereses afectados.

A los propietarios, como titulares de intereses y derechos afectados, debería comunicárseles al menos la selección del empresario constructor; aunque ello no se prevea en el apartado cuarto del artículo 365 del ROGTU, que establece la obligación de notificar la resolución por la que el Ayuntamiento ratifique o rectifique la selección del empresario constructor al urbanizador y a todos los participantes en la licitación dentro del plazo de diez días; es decir, sin hacer mención a los propietarios de los terrenos.

Por lo tanto, la relación entre el empresario constructor con el urbanizador se regula de modo totalmente ajeno a los propietarios, y pese a que aquéllos les competa el derecho a estar informados en todo momento del procedimiento, no existe una obligación legal de notificarles el acto de selección del empresario constructor.

Son muchos los supuestos en los que los propietarios podrían verse afectados por la relación entre el urbanizador y el empresario constructor, como por ejemplo, en el caso de que existiese un incumplimiento de la obligación de pago por parte del urbanizador al empresario constructor, y éste reclamase la deuda ante la jurisdicción civil. Los propietarios podrían verse afectados por este conflicto, al ser ellos los sujetos obligados al pago de la urbanización ante el urbanizador. Otro ejemplo, lo tendríamos en el caso de incumplimiento en relación al objeto de la obra (retraso, inadecuada ejecución, etc....)

Capítulo séptimo: El desarrollo del contrato

Entiendo que, pese al silencio de la norma, los propietarios son interesados en esta relación, y por lo tanto, deberían ser notificados de cuantos hechos relevantes sucediesen al respecto, como por ejemplo, la selección del empresario constructor, con el fin de que los mismos pudiesen al menos, impugnarlo, si a sus intereses les conviniera.

VIII. CAPÍTULO OCTAVO: EXTINCIÓN DEL CONTRATO

VIII.1 CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

VIII.1.a Cuestiones generales

En último lugar, se realiza el estudio de la extinción del contrato que suscribe el urbanizador con el empresario constructor.

La carencia de una positivización en este tema por la legislación urbanística valenciana, provoca la confrontación de dos regímenes, público y privado, cuyo origen se encuentra en el peculiar contexto que proporciona la LUV, esto es, una relación de carácter privado, cuyo objeto es público y cuyas consecuencias afectan directa y principalmente al interés general. Este hecho, provocará un sinnúmero de cuestiones sobre la legislación aplicable al caso, creando una gran inseguridad jurídica tanto a las Administraciones Públicas como a los administrados. El capítulo en el que nos hallamos intenta abordar estas situaciones, y pretende ofrecer una posible solución a las mismas.

En cuanto a la extinción de contratos se refiere, la relación entre el urbanizador y el empresario constructor concluye, al igual que el resto de contratos tanto públicos como privados, como regla general, por el cumplimiento de su objeto. Ante el mutismo de la LUV, debe acudir a la normativa general de contratación, en cuya aplicación, el contrato suscrito entre estos dos sujetos se entenderá cumplido cuando el primero reciba la obra de urbanización y pague el precio.

Capítulo octavo: Extinción del contrato

Para que el urbanizador reciba la obra, el empresario constructor debe haber cumplido dos obligaciones: la primera de ellas, la realización de las obras conforme a lo pactado, y la segunda, su entrega en el plazo previsto. Si la urbanización ha sido ejecutada conforme al contrato, el empresario constructor realizará la entrega de la obra, poniéndola a disposición del urbanizador, y éste, debiendo examinar la obra ejecutada, la recibirá pagando el precio de la misma.¹

Los efectos que produce la recepción de las obras que se formule sin reservas por parte del urbanizador, salvo pacto en contrario por las partes al efecto, son básicamente los siguientes:

- Vencimiento de la obligación del pago de la obra, que recae sobre el urbanizador.

¹ En relación al pago del precio, el artículo 160 de la LUV realiza una remisión al artículo 116 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio, que actualmente debe entenderse realizado al artículo 228 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público: “1. El contratista debe obligarse a abonar a los subcontratistas o suministradores el precio pactado en los plazos y condiciones que se indican a continuación. 2. Los plazos fijados no podrán ser más desfavorables que los previstos en el artículo 216.4 para las relaciones entre la Administración y el contratista, y se computarán desde la fecha de aprobación por el contratista principal de la factura emitida por el subcontratista o el suministrador, con indicación de su fecha y del período a que corresponda. 3. La aprobación o conformidad deberá otorgarse en un plazo máximo de treinta días desde la presentación de la factura. Dentro del mismo plazo deberán formularse, en su caso, los motivos de disconformidad a la misma. 4. El contratista deberá abonar las facturas en el plazo fijado de conformidad con lo previsto en el apartado 2. En caso de demora en el pago, el subcontratista o el suministrador tendrá derecho al cobro de los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre. 5. El contratista podrá pactar con los suministradores y subcontratistas plazos de pago superiores a los establecidos en el presente artículo, respetando los límites previstos en el artículo 4.3 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, siempre que dicho pacto no constituya una cláusula abusiva de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 9 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, y que el pago se instrumente mediante un documento negociable que lleve aparejada la acción cambiaria, cuyos gastos de descuento o negociación corran en su integridad de cuenta del contratista. Adicionalmente, el suministrador o subcontratista podrá exigir que el pago se garantice mediante aval.”

- Traslado de los riesgos hacia el urbanizador.
- Extinción de la opción, por parte del urbanizador, de ejercer acciones por vicios manifiestos o aparentes que no puedan ser ignoradas en el momento de la recepción, así como las que resulten del incumplimiento no defectuoso pero manifiestamente inexacto.²
- Extinción del contrato de obra.

Recibida la obra del empresario constructor por el urbanizador, y extinguido el contrato, éste último deberá ofrecerla a la Administración, quedando éstas, desde su recepción por el organismo público, en período de garantía de doce meses, en los que el urbanizador responderá frente a la Administración de los defectos constructivos que se manifiesten. Finalizado este período, se procederá a la devolución de las garantías prestadas por el urbanizador.³

De este modo, y teniendo en cuenta la salvedad de la posible existencia de un pacto en contrario por las partes, a consecuencia del desdoblamiento de fases realizado por la LUV entre la gestión y ejecución urbanística, una vez que el contrato entre el urbanizador y el empresario constructor se ha extinguido, la relación entre el urbanizador y la Administración continúa, puesto que ésta debe recibir las obras de urbanización asumiendo la obligación de

² Sentencias del TS de 8 de abril de 1987, 3 de noviembre de 1998 y 22 de octubre de 2004, citadas por GRUPO EDITORIAL EL DERECHO Y QUANTOR, *Derecho de la edificación y contrato de obra*. Editorial El Derecho, 2011. Pág. 566.

³ Esta obligación, además, nos indica que el urbanizador no desaparece de la relación, sino que sigue siendo responsable tal como ya se apuntó en su momento, siendo éste un argumento más frente a la posición adoptada por el TJCE en la Sentencia de 26 de mayo de 2011.

conservarlas, de modo que las obras, dotaciones e infraestructuras ejecutadas pasen a formar parte del dominio público.⁴

Siendo ésta la normativa, la práctica ha demostrado la necesidad de imponer una garantía al empresario constructor similar, en cuanto a cuantía y plazo, a la del urbanizador. No obstante y pese a que los pliegos que se redactan recojan en su mayoría esta condición, lo lógico sería - *lege ferenda* - establecer en la propia norma una responsabilidad solidaria entre el urbanizador y el empresario constructor, al menos durante el período de garantía que el primero tiene frente a la Administración.

VIII. 1.b Defectos en las obras ejecutadas

La cuestión que se plantea en este aspecto es qué ocurre si se comprueban defectos constructivos en la obra.

Como se ha comentado anteriormente, el artículo 188 de la LUV⁵ prevé, siguiendo la normativa de contratación de obra pública, que desde el momento en que las obras son recibidas por la Administración, el urbanizador responde

⁴ La recepción de las obras de urbanización, una vez que éstas estén concluidas, serán ofrecidas al Ayuntamiento. La citada recepción por la Administración podrá ser expresa o tácita, dándose este último supuesto cuando transcurran tres meses desde su ofrecimiento formal a la misma, o desde que queden abiertas al uso público.

⁵ Art. 188.2 LUV: “Las obras de urbanización, realizadas por Urbanizador competente y ubicadas en dominio público, se entenderán recibidas a los tres meses de su ofrecimiento formal al Ayuntamiento sin respuesta administrativa expresa, o desde que queden abiertas al uso público. Desde el momento en que se entiendan recibidas quedarán en período de garantía durante doce meses, en los que el Urbanizador responderá de los defectos constructivos que se manifiesten. Finalizado este período, procederá la devolución de las garantías prestadas por el Urbanizador”. Esta premisa, por otra parte, contradice el mandato previsto en el artículo 120 de la LUV en el que se establece que el empresario constructor es el responsable de la ejecución de la obra de urbanización.

de los defectos constructivos que se manifiesten durante un período de doce meses, finalizado el cuál, se procederá a la devolución de las garantías por él prestadas. Es decir, en la relación entre la Administración y el urbanizador, si existen defectos constructivos, aquélla aprehende la garantía prestada por el urbanizador.

En este punto nos hallamos ante otra de las incongruencias de la LUV que, pese a declarar la responsabilidad del empresario constructor en la ejecución de la obra urbanizadora, impide o no ofrece ningún medio para que la Administración pueda actuar contra él frente a un vicio o defecto en la construcción una vez que el urbanizador haya dado por recibida la obra de urbanización.

Dejando a un lado las buenas intenciones *lege ferenda* y los posibles pactos establecidos por las partes al respecto, la cuestión que se nos plantea ante el silencio de la LUV, es si llegado el caso, cómo puede reclamar el urbanizador al empresario constructor en esta situación.

El artículo 367 del Reglamento hace una única referencia a la prestación de garantía por parte del empresario constructor como requisito previo a la firma del contrato entre este sujeto y el urbanizador. Según dicho artículo, se deberá prestar una garantía definitiva del 4% del importe total del contrato de obras.⁶ No obstante, a excepción de la remisión a la normativa de contratación que se realiza respecto a aquel contrato cuya proposición hubiera estado

⁶ Artículo 367 ROGTU: 1. Con carácter previo a la firma del Contrato entre el Urbanizador y el Empresario Constructor, éste deberá prestar una garantía definitiva en favor de aquél por cuantía del 4 por ciento del importe total del Contrato de obras. 2. Cuando la adjudicación se realice en favor del Empresario Constructor cuya proposición hubiera estado incurso inicialmente en presunción de temeridad, se exigirá la garantía definitiva específica prevista en la legislación reguladora de los contratos de las Administraciones Públicas. 3. La garantía regulada en el presente artículo se podrá constituir en cualquiera de las formas admitidas por la legislación reguladora de los contratos de las Administraciones Públicas y será requisito inexcusable para proceder a la firma del Contrato de obras.

incurra inicialmente en presunción de temeridad⁷, la garantía prestada por el empresario constructor debe ser devuelta en el momento del recibimiento de la obra por el urbanizador.

En la normativa privada, Hallándonos ante un contrato privado y en defecto de normativa especial en la legislación urbanística valenciana, en el Código Civil no se recoge una situación específica al respecto, puesto que no se establece la obligación de constituir ninguna garantía para hacer frente a los posibles vicios o defectos que adolezca la obra una vez la misma ha sido ejecutada. Por ello, en principio, cumplido el objeto del contrato, es decir, ejecutada la obra de urbanización, la relación entre el empresario constructor y el urbanizador se extingue. En cuanto a la acción de responsabilidad que pudiera tener el urbanizador frente al constructor, se plantea la cuestión de si es de aplicación el artículo 1591 CC, relativo a los vicios de construcción de un edificio, para los que se establece una acción de indemnización de diez años. Entiendo que el supuesto de hecho contemplado en la norma no es el mismo en el que nos encontramos, partiendo de una diferencia de base, puesto que no nos hallamos ante una edificación sino ante una obra de urbanización.

Otra opción sería considerar la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación. El artículo 19.1.a) de esta norma contempla un seguro de daños materiales o seguro de caución, para garantizar, durante un año, el resarcimiento de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras. Correlativamente, el artículo 17.1 del mismo cuerpo legal declara la responsabilidad civil del constructor frente a los propietarios y adquirentes de la edificación.

⁷ La remisión que realiza el artículo 367 ROGTU a la normativa de contratación para el supuesto de proposiciones inicialmente incuridas en una presunción de temeridad, podría entenderse realizada no sólo a su cuantía sino a su régimen en general, incluyéndose en este caso un periodo de garantía mayor.

No obstante, al igual que en el supuesto anterior, a mi entender, tales preceptos no son de aplicación puesto que los mismos tienen como objeto una edificación, caso en el que no nos encontramos. En este mismo sentido se pronunció el TS que, en una reclamación de cantidad realizada por una Junta de Compensación contra el contratista de la obra de urbanización y su compañía aseguradora a causa de unos vicios existentes en la misma, declaró que ni el artículo 1591 CC, ni la Ley 38/1999, de 5 de noviembre eran de aplicación a las obras de urbanización.⁸

Dicho lo cual, y ante la evidente necesidad que el urbanizador pudiese exigir al empresario constructor que éste reparase los defectos de la urbanización, puesto que la Administración no puede ejecutar sobre el empresario constructor; la solución de la mencionada situación, a falta de previsión en el contrato suscrito con el empresario constructor, sería la de entablar una acción personal contra el empresario constructor.

El artículo 1964 CC dice que las acciones personales que no tengan señalado término prescriben a los quince años. Puesto que en el caso en el

⁸ La Sentencia del TS de 10 de febrero de 2010 (RJ\2010\528) en su Fundamento de Derecho Decimotercero dice así: "El Código Civil utiliza el vocablo "edificio" sin definir lo que se entiende por éste; el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española dice que edificio "es obra o fábrica construida para habitación o usos análogos, como casa, templo, teatro, etc.". Tanto la doctrina científica como la jurisprudencia se pronuncian por una concepción amplia de este término; así, los juristas lo consideran como "toda obra de albañilería, forjada con materiales de varias clases, adherida de una manera permanente al suelo, ya esté en la superficie, ya en el subsuelo y destinada a un fin de la vida humana", o "si bien el Código Civil habla restringidamente de edificios, habrá que entender referidos sus preceptos a toda obra mural, como diques, puentes, etc., porque hay la misma razón para decidir". Esta concepción amplia se matiza en el sentido de que se trate de construcciones permanentes o duraderas, con exclusión de las construcciones provisionales. De lo expuesto, se desprende que el artículo 1591 no es de aplicación a las obras de urbanización. Por demás, la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación -no utilizable para la resolución el supuesto enjuiciado-, caracteriza los edificios sujetos a su ámbito por razón de su permanencia y de su uso principal; (...)De lo indicado, se desprende que tampoco la Ley de Ordenación de la Edificación contempla la responsabilidad por daños materiales de los vicios y defectos de las obras de urbanización de un polígono, "salvo los elementos de urbanización que permanezcan adscritos al edificio"

que nos hallamos no parece existir un plazo específico, cabría aplicar el mandato establecido en este precepto, permitiendo que el urbanizador pudiese reclamar al empresario constructor los vicios o defectos de la construcción durante un plazo de quince años.⁹

Por otra parte, se nos plantea la posibilidad de aplicar, al supuesto en el que nos encontramos, el mandato previsto en el artículo 236 TRLCSP que regula la responsabilidad por vicios ocultos en el contrato de obras.¹⁰

Bajo la consideración de que la relación del urbanizador con el empresario constructor es un contrato privado, pero cuyo objeto, de carácter indudablemente público, introduce en el mismo ciertas “especialidades públicas” que afectan directamente a dicho objeto, cabría interpretar que la

⁹ En este caso se reclamaría el cumplimiento de lo debido; es decir, lo que el empresario constructor estaba obligado a hacer.

El uso de la acción prevista en el artículo 1964 CC ha sido contemplada en numerosas ocasiones por la jurisprudencia y ejemplo de ello lo encontramos en la Sentencia del TS núm. 989/2005, de 12 de diciembre que dice así: “Además, como afirma la sentencia de esta Sala de 15 de noviembre de 2001, «la causa de pedir no se identifica con las acciones de las que se vale el actor en defensa de sus derechos (...) sino que propiamente lo que conforma la "causa petendi", son los hechos decisivos y concretos –también cabe reputarlos relevantes– o los títulos que conforman el derecho reclamado y avalan la tutela judicial que se postula, integrando la razón de pedir». Por ello cabe sostener que la acción ejercida, mediante la denuncia de los defectos de calidad en las viviendas respecto de las que habían sido contempladas a la hora de contratar, es la general derivada del incumplimiento contractual; acción que, al no estar sujeta a plazo especial de prescripción, ha de vincularse al plazo general de quince años para el ejercicio de las acciones personales que prevé el artículo 1964 del Código Civil. En tal sentido, la sentencia de esta Sala de 30 de junio de 1997, para un supuesto de denuncia de vicios ocultos, señala que «los artículos 1490 y 1484 del Código Civil resultan inaplicables cuando la demanda no se dirige a obtener las reparaciones provenientes de los vicios ocultos de la cosa vendida, sino las derivadas del defectuoso cumplimiento de la obligación contractual, cuestión distinta y compatible con la contemplada en aquellas normas legales y sometidas a distinto plazo de prescripción (Sentencias de 23 junio 1965 y 10 junio 1986)».”

¹⁰ Artículo 236 TRLCSP: “Responsabilidad por vicios ocultos. 1. Si la obra se arruina con posterioridad a la expiración del plazo de garantía por vicios ocultos de la construcción, debido a incumplimiento del contrato por parte del contratista, responderá éste de los daños y perjuicios que se manifiesten durante un plazo de quince años a contar desde la recepción. 2. Transcurrido este plazo sin que se haya manifestado ningún daño o perjuicio, quedará totalmente extinguida la responsabilidad del contratista.”

Capítulo octavo: Extinción del contrato

responsabilidad por vicios ocultos prevista en el TRLCSP se puede extender al ejecutor material de la obra. Además, debe recordarse en este contexto de responsabilidad, que el hecho de que la ejecución de la obra se realice por un sujeto diferente al urbanizador es una imposición legal no elegida por este último.

Por ello, al igual que en anteriores ocasiones, con el fin de evitar tal situación, debería regularse un régimen adecuado de garantías, similar a las exigidas al urbanizador o al contratista de obras en la legislación de contratos, teniendo en cuenta el interés general existente en todo contrato de obra público.

VIII.2 RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

VIII.2.1 Consideraciones generales y causas de resolución

La resolución supone la extinción del contrato, que, pese a haber sido perfeccionado, no se ha cumplido totalmente. Las causas de resolución del contrato pueden estar previstas por la Ley, o bien por las partes, a través de las condiciones que se recojan en el contrato.

A la hora de analizar las causas de resolución de un contrato, se comprueba tanto la presencia de las causas generales aplicables a todos los contratos como de las específicas, atendiendo a la normativa del supuesto en el que nos encontramos.

En el concreto caso que nos ocupa, la legislación urbanística valenciana no enumera las causas de resolución del contrato entre el urbanizador y el empresario constructor, por lo que los supuestos de resolución aplicables serán los generales de todos los contratos, y específicamente, los propios del contrato de obras. No obstante, habrá que verificar causa por causa para determinar en qué medida los mismos pueden ser empleados.

En relación a dichas causas de resolución, el artículo 336 ROGTU se remite a la legislación de contratos cuando los motivos de la resolución tengan su origen en la demora del empresario constructor, de ahí la necesidad de realizar un estudio caso por caso.¹¹

¹¹ El artículo 336 del ROGTU dice así: "Penalizaciones por demora. El retraso en el inicio de la ejecución material de las obras o la demora injustificada en el cumplimiento de los plazos de

El empleo de las causas de resolución de la normativa de contratación responde a un criterio de lógica jurídica, salvo en aquellos supuestos cuya aplicación sea evidentemente contradictoria con el supuesto analizado, en cuyo caso, la causa se modulará.

Teniendo en cuenta las causas de resolución establecidas con carácter general para los contratos administrativos, que se encuentran recogidas en el Art. 223 TRLCSP ¹², las establecidas por el contrato de obras, así como la clasificación de García de Enterría en relación a las mismas,¹³ las causas de resolución del contrato entre el urbanizador y el empresario constructor son las siguientes:

realización o terminación de las obras establecidos en la Ley Urbanística Valenciana y en este Reglamento, comportará la aplicación de las reglas sobre resolución de contratos y penalizaciones por retraso previstas en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas.”

¹² Artículo 223 TRLCSP: “Son causas de resolución del contrato: a) La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 85.. b) La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento. c) El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista. d) La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento del plazo señalado en la letra c) del apartado 2 del artículo 112. e) La demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el apartado 6 del artículo 216 o el inferior que se hubiese fijado al amparo de su apartado 8. f) El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato. g) La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I . h) Las establecidas expresamente en el contrato. i) Las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en esta Ley.”

¹³ Existen una gran variedad de clasificaciones de causas de resolución de los contratos administrativos, como por ejemplo la de GARCÍA DE ENTERRIA, E. en *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, 2011, 15 edición, pág 769., que clasifica las causas de resolución en cinco grupos: causas que afectan a la personalidad o a la capacidad del contratista, incumplimiento de éste, incumplimiento de la Administración, modificación, suspensión o supresión del objeto del contrato y mutuo disenso.

VIII.2.1.a *Causas relacionadas con el empresario constructor*

- Causas que afectan a la personalidad o a la capacidad del empresario constructor:
 - La muerte o incapacidad sobrevenida del empresario constructor o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 85 del TRLCSP¹⁴ (Art. 223. a) TRLCSP).
 - La declaración de concurso o la declaración de insolvencia del empresario constructor en cualquier otro procedimiento. (Art. 223.b) TRLCSP).

En relación a ambos supuestos, debe tenerse en cuenta que la solicitud de concurso no determina por sí misma la resolución del contrato, salvo que ello se haya expresamente establecido en el pliego del mismo. El artículo 224 TRLCSP declara que siempre darán lugar a la resolución del contrato la declaración de insolvencia en cualquier momento, y, en relación al concurso, la apertura de la fase de liquidación:

¹⁴ Artículo 85 TRLCSP: “En los casos de fusión de empresas en los que participe la sociedad contratista, continuará el contrato vigente con la entidad absorbente o con la resultante de la fusión, que quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del mismo. Igualmente, en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas, continuará el contrato con la entidad a la que se atribuya el contrato, que quedará subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que tenga la solvencia exigida al acordarse la adjudicación o que las diversas sociedades beneficiarias de las mencionadas operaciones y, en caso de subsistir, la sociedad de la que provengan el patrimonio, empresas o ramas segregadas, se responsabilicen solidariamente con aquélla de la ejecución del contrato. Si no pudiese producirse la subrogación por no reunir la entidad a la que se atribuya el contrato las condiciones de solvencia necesarias se resolverá el contrato, considerándose a todos los efectos como un supuesto de resolución por culpa del adjudicatario.”

“Ello quiere decir que, declarado el concurso y mientras no se haya producido la apertura de la fase de liquidación, la Administración potestativamente podrá optar por resolver el contrato o continuarlo. Si bien en este último caso el contratista deberá prestar las garantías suficientes a juicio de aquélla para su ejecución (Art. 207)” (Informe 4/2008, de 3 de noviembre, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Comunidad Valenciana).¹⁵

- Incumplimiento del empresario constructor:
 - Demora en el cumplimiento de los plazos por parte del empresario constructor (Art. 223. d) TRLCSP), al que remite el artículo 336 ROGTU tal como se ha citado anteriormente.¹⁶
 - Incumplimiento de restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato (Art. 223.f) TRLCSP).

¹⁵ En la actualidad esta idea se refleja en el artículo 224 TRLCSP, anteriormente en el artículo 207 de la Ley 30/2007.

¹⁶ En relación a esta causa, se debe tener en cuenta que la normativa de contratación pública requiere la concurrencia de una conducta culposa por parte del contratista. En ese sentido se ha pronunciado la jurisprudencia y ejemplo de ello lo encontramos en la Sentencia del TS de 11 de abril de 2001, que declara una de las obligaciones esenciales que asume el contratista de obra pública es realizar la obra en plazo. Ahora bien, resulta pertinente insistir en que no basta el incumplimiento objetivo del plazo del contrato para acordar la resolución, pues a diferencia del régimen contractual del Código Civil, la legislación sobre contratación pública sólo permite la resolución del contrato por incumplimiento del plazo imputable al contratista cuando concurre culpa en su actuación.

En el especial supuesto en el que nos encontramos, hablaríamos de incumplimiento imputable, no necesariamente culpable, repercutiendo ello en el tema de la incautación de la fianza y la reparación de daños causados.

Entre las causas que podemos incluir en este apartado, por ejemplo la falta de prestación de garantías por parte del empresario constructor.

Otro de los incumplimientos que llevaría a la resolución del contrato sería una inadecuada ejecución tanto respecto a la forma como respecto al modo de ejecutarla, el abandono de la obra, etc....¹⁷

VIII.2.1.b Causas relacionadas con el urbanizador

- Causas que afectan a la capacidad o a la personalidad jurídica del urbanizador.
 - Causas que provocan la muerte o incapacidad sobrevenida del urbanizador o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, sin perjuicio de lo previsto en el Art. 85 del TRLCSP. (Art. 223.a) TRLCSP)
- Incumplimiento del urbanizador:
 - Incumplimiento de obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato, como la falta de pago de los certificados al empresario constructor. (Art. 223.e) TRLCSP).

¹⁷ En relación al inadecuado cumplimiento, el pliego o el contrato deberían concretar más al respecto, puesto que se trata de una causa de resolución graduable. Por ejemplo, podrían incorporar supuestos concretos en los que no cupiese margen de interpretación, así como pautas para considerar la existencia de otros supuestos, como por ejemplo el abandono (en este caso, cabría la posibilidad de incorporar una cláusula que precisase transcurrido cuanto tiempo se considera que existe).

- Cuando el urbanizador incurra en causa de resolución del programa, puesto que esta última implicará la conclusión del contrato entre el urbanizador y el empresario constructor.

VIII.2.1.c Causas relacionadas con el objeto del contrato

Serían las relativas a la modificación, suspensión o supresión del objeto del contrato.

- Mutuo acuerdo entre el urbanizador y el empresario constructor (Art. 223.c) TRLCSP). Cabría plantearse en este supuesto si para que el acuerdo desplegara sus efectos debería ser ratificado por la Administración Pública. En principio, ni la LUV (Art. 160.3) ni el ROGTU (Art. 370) establecen nada al efecto, por lo que podría entenderse que no se requiere tal ratificación. Ahora bien, si se atiende a la intervención de la Administración en el proceso de selección del empresario constructor, que supone un acto administrativo recurrible, el cese de dicha condición debería igualmente recabar la misma forma, por lo que debería ser exigible la ratificación por parte de la Administración. El interés general se encuentra en juego, y la obra pública podría verse retrasada.
- Extinción del contrato entre la Administración y el urbanizador. Con independencia de la causa que motive tal extinción sea imputable a la Administración (como por ejemplo los supuestos recogidos en el Art. 143.2 apartados g) ó h); o artículos 237.a), b) y c) del TRLCSP), por causa imputable al urbanizador o por cualquier otra causa, si el contrato suscrito entre la Administración y el urbanizador se extingue, deberá hacerlo de igual modo el contrato entre el urbanizador y el empresario constructor. (en este apartado se incluiría por ejemplo el

supuesto de la declaración de concurso o insolvencia del urbanizador. Esta situación implicaría la resolución del contrato entre éste y la Administración, y consecuentemente el contrato del empresario constructor correría la misma suerte).

Como se comentó al estudiar la naturaleza jurídica de este último contrato, debe recordarse que la relación entre el urbanizador y el empresario constructor es una relación derivada cuya razón de ser se encuentra en la condición personal que el urbanizador posee como consecuencia de la adjudicación de un Programa de Actuación Integrada. Ello significa que la resolución de la adjudicación del Programa implicará la resolución del contrato suscrito entre el urbanizador y el empresario constructor para la ejecución de las obras de urbanización.

Esta cuestión ya fue abordada en el Capítulo VII del presente estudio, relativo al desarrollo del contrato al que nos remitimos.¹⁸

- Las establecidas expresamente en el contrato. (Art. 223. f) TRLCSP)
- La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados (ejemplo la modificación del Plan General por la Conselleria), o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo

¹⁸ En relación a la cuestión de la extinción, únicamente se apunta en este apartado que la conclusión alcanzada resulta de una interpretación analógica de lo que afirma la Doctrina existente (SUAY RINCÓN, J.: "La ejecución del contrato administrativo..." op. cit., pág. 524 y JURISTO SÁNCHEZ, R.: *La ejecución del contrato de obra pública*". op. cit. págs. 119-120), en materia de subcontratación.

dispuesto en el título V del libro I.¹⁹ (Art. 223.g) TRLCSP). Hablamos en este caso de supuestos, como el de la fuerza mayor, en los que no concurre la culpa de ninguna de las partes.²⁰

Además de las causas citadas, cabría plantearse si son de aplicación las causas de resolución que el TRLCSP prevé para el contrato de obras. Son las siguientes:

- demora en la comprobación del replanteo. Este supuesto sería aplicable al caso que nos ocupa por la remisión que realiza el artículo 336 del ROGTU.
- suspensión de la iniciación de las obras por plazo superior a seis meses por parte de la Administración. También podría ser aplicable, vía Art. 336 ROGTU.
- y desistimiento o suspensión de las obras por plazo superior a ocho meses acordada por la Administración. Se trata de una causa cuyo origen se encuentra en una decisión de la Administración, que

¹⁹ En el libro I del título V se encuentra el artículo 107 del TRLCSP que hace referencia a la posibilidad de efectuar modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación cuando concurren determinadas circunstancias como fuerza mayor o caso fortuito, inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores y omisiones padecidos en la redacción del proyecto, etc...

²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. "Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo". *Revista Administración Pública*, nº 2, mayo-agosto, 1950, pág. 97: "La responsabilidad del contratista no procedería, como en el anterior planteamiento, por la doctrina de los riesgos, sino por el principio de la presunción de culpa. La limitación de los cuatro motivos de siniestros inevitables que enuncia el art. 42 del Pliego sería explicable por el mismo criterio que el que hemos visto ofrece la vieja Ley de Partidas: son efectivamente cuatro casos típicos en que la presunción de culpa del contratista, aun juzgada con el rigor del *spondet peritiam artis*, no puede objetivamente mantenerse".

afectaría tanto a su relación con el urbanizador como con el empresario constructor. Esta causa afectaría al objeto del contrato.

Sea como fuere, dada la omisión, por parte de la normativa urbanística valenciana, de regular las causas de resolución del contrato entre el urbanizador y el empresario constructor así como un régimen aplicable a las mismas, la respuesta, – al igual que en otras muchas ocasiones a lo largo del presente estudio –, se encuentra en la redacción del pliego, puesto que el mismo constituirá la *lex inter partes*.

VIII.2.2 Medios para hacer efectiva la resolución

Analizadas cuáles pueden ser las posibles causas de resolución del contrato entre el empresario constructor y el urbanizador, además de las que se incorporen en el contrato, se plantea la cuestión de cómo debe actuarse cuando se da una circunstancia de este tipo, y en particular en los casos de incumplimiento.

Puesto que la relación ha sido calificada como privada por la Ley, y en cierto modo ajena a la Administración, lo lógico sería acudir al régimen privado y aplicar la regulación que el mismo estableciese para la reclamación por incumplimiento de contratos.

Dicho de otro modo, ante un grave incumplimiento²¹ de cualquiera de una de las partes, se podría, en aplicación del artículo 1124 del Código Civil

²¹ Hablamos de un incumplimiento del contrato que, según lo pactado y en función de su gravedad, pueda conllevar la resolución del mismo siempre y cuando, conforme se ha pronunciado en numerosas ocasiones el Tribunal Supremo, el mencionado incumplimiento

frustre el objeto del contrato. Ejemplo de dicha posición la encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 898/2003 (Sala de lo Civil, Sección Única), de 25 de septiembre. Recurso de Casación: núm. 4022/1997. Ponente: Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán:

“La sentencia recurrida estima probado que la demandante reconvenzional nunca ejercitó el derecho a desistir de la obra conforme al artículo 1594 del Código Civil, sino que siempre ejercitó el derecho a la resolución de los contratos conforme al artículo 1124 del Código Civil y en atención al pacto expreso contenido en la cláusula general decimoséptima de los contratos y especialmente, como oponen en este recurso, la cláusula particular undécima al establecer igualmente como motivo de resolución del contrato el retraso en el cumplimiento de los plazos. (...).

En relación a la exigida rebeldía del incumplidor la jurisprudencia ha estimado que ha de tratarse de propio y verdadero incumplimiento, referente a la esencia de lo pactado, sin que baste aducir el incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias que no impidan, por su escasa entidad, que el acreedor obtenga el fin económico del contrato. El incumplimiento ha de ser de tal entidad que impida el fin normal de contrato, frustrando las legítimas expectativas de la parte. No lo constituye el simple retraso. La voluntad rebelde que se ha exigido en el incumplidor puede revelarse por su prolongada inactividad o pasividad frente a la voluntad de cumplimiento de la otra parte. Pero para resolver el contrato no se necesita una actividad dolosa del incumplidor, basta que se frustre el contrato para la contraparte, sin que sea preciso una tenaz y persistente residencia obstativa al cumplimiento, bastando frustrar las legítimas expectativas contrarias, siempre que no se limite a prestaciones accesorias.”

En este mismo sentido se ha pronunciado la Jurisprudencia del Orden Contencioso-Administrativo, y ejemplo de ello se encuentra en la Sentencia del TS de 14 de diciembre de 2001 (RJ 20021434) que dice así:

(...) “ tal motivo no puede prosperar, por cuanto que, en definitiva, no es automáticamente procedente la resolución cuando, como aquí, el pretendido incumplimiento o retraso en la realización de las obras por parte de la mencionada entidad, en los términos que expone la sentencia recurrida a través de un relato de hechos que no puede alterarse en casación y que, además resultan de lo actuado, no deriva en modo alguno de una voluntad rebelde al cumplimiento de sus obligaciones, sin bastar el simple retraso, al requerirse una pasividad dolosa, culposa o negligente imputable al contratista, como ha venido exigiendo la jurisprudencia de esta Sala a tales efectos, de modo que si, también como aquí, se advierte una grave demora por parte del Ayuntamiento en el pago de las certificaciones de obra, reiteradamente reclamado por aquél y a cuyas reclamaciones «hizo oídos sordos» el Ayuntamiento, como explica la sentencia de instancia, que dejó de cumplir su recíproca obligación de pago, en términos de tanta trascendencia, obvia resulta la improcedencia de declarar la resolución del contrato, que, por otra parte, tampoco cabe apoyar en haberse dejado de ejecutar, bajo tales circunstancias, un resto de obra «de escasa entidad» que importa «poco más de un cuatro por ciento del total presupuestado», tal como recoge la sentencia recurrida (...).”

Por último, la doctrina del Consejo de Estado demuestran una voluntad de mantener en vigencia los contratos por considerar prioritario el interés público existente en el mismo (Informes de 12 de noviembre de 1947; 10 de marzo de 1948; 5 de julio de 1952; 1191/1993, de 25 de noviembre o 3811/1998, de 8 de octubre.

resolver el contrato.²² Este artículo permitiría suspender la ejecución de la realización de las obras hasta que la obligación fuese satisfecha, o bien pedir la resolución del contrato por incumplimiento del mismo.

La cuestión que se plantea en este caso es si la parte que cumple el contrato debe acudir necesariamente a los Tribunales con el fin de obtener la resolución del mismo.

Pues bien, es Jurisprudencia consolidada de la Sala Primera del TS²³ la posibilidad de resolver unilateralmente el contrato ante un grave incumplimiento de la otra parte. En el ámbito civil, la opción de resolver el contrato no responde a la imposición de una sanción, sino a la protección del interés de la parte que ha cumplido; por ello, esta medida puede ser solicitada tanto por contratante como por contratista, siempre que haya cumplido la parte que le corresponda.

²² Artículo 1124 del Código Civil: "Facultad de resolver las obligaciones:

La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo.

Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1295 y 1298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria".

En este sentido, DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., "El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos", *Anuario de Derecho civil*, tomo XXII, fascículo II, 1969, pág. 389, comenta que la opción de resolver "es, antes que nada, una determinada protección del contratante que sufre el incumplimiento, que como medida de protección no va necesariamente ligada a la idea de sanción, ni con la idea de culpabilidad".

²³ La Sentencia del TS (Sala de lo Civil) de 5 noviembre de 1982 (RJ\1982\6528) declara: "la doctrina jurisprudencial enseña que la facultad resolutoria puede ejercitarse en nuestro ordenamiento no sólo en la vía judicial sino mediante declaración no sujeta a forma dirigida a la otra parte, a reserva –claro está- de que sean los Tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada (negando el incumplimiento o rechazando la oportunidad de extinguir el contrato), determinando en definitiva si la resolución ha sido bien hecha o si ha de tenerse por indebidamente utilizada – SS. de 25 de mayo 1967, 5 julio 1971 (RJ 197\3379), 21 mayo 1976 (RJ 1976\2306) y 22 diciembre 1977 (RJ 1977\4839) –."

No obstante, en atención al supuesto en el que nos encontramos, el interés público que se busca alcanzar en la ejecución del contrato suscrito entre el urbanizador y el empresario constructor, debería, *lege ferenda*, matizar esta situación y permitir la intervención de la Administración en ciertos casos.

Por ello, a fin de analizar las diferentes situaciones en las que pudiéramos encontrarnos, considero oportuno aplicar la clasificación de causas de resolución de contratos que adoptó García-Trevijano Garnica²⁴ y que es la siguiente: causas de resolución que afectan a la persona o a su solvencia; que afectan al cumplimiento de sus obligaciones; o, finalmente, que afectan al contenido del contrato.

En relación a las causas de resolución que afectan a la persona o a su solvencia, entiendo que se trata de circunstancias relativas a cada uno de los sujetos que, en principio, no afectan directamente a la obra de urbanización. En mi opinión, la concurrencia de una causa de resolución de este tipo legitimaría a actuar a través de la vía privada. Si el urbanizador ha sido quien ha redactado las bases, ha establecido las condiciones mínimas de capacitación que debía exigir, y finalmente ha realizado una propuesta de selección, cualquier circunstancia que afecte a alguno de estos aspectos debería ser resuelta a través de la vía civil.

Un segundo grupo de motivos de resolución lo constituirían las causas que afectan al cumplimiento de sus obligaciones. En este caso, la situación es distinta a la anteriormente mencionada, puesto que dichas obligaciones surgen tanto del pliego como de la propia Ley. Es cierto que el incumplimiento es graduable y su apreciación no siempre es apreciable; no obstante no se trata de recoger en este segundo grupo las causas que se regulan en la Ley sin

²⁴ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.: "La resolución del contrato administrativo de obra", *RDUMA*, núm. 149, julio 1996. págs. 37 y 38.

más, sino de diferenciar en el mismo aquellas causas recogidas en la norma, que se refieren al objeto del contrato por su carácter público y que se rigen por el Derecho público. Se trata, por ejemplo de incumplimientos cuyo origen se encuentra en la actividad de la propia Administración, como es el caso de una demora en la concesión de las licencias o autorizaciones que supone un retraso en el plazo de ejecución, o en causas totalmente ajenas al contrato, como es la aparición de yacimientos arqueológicos que igualmente aplazan la ejecución de la obra.

Por ello, en estos casos cabría preguntarse si la resolución del contrato se tramitaría en vía civil o contencioso-administrativa. Entiendo que la respuesta *de lege data* se encontraría en la posibilidad de regular positivamente los supuestos a través del pliego de condiciones. En el caso de que las situaciones supusiesen graves incumplimientos y además fuesen evidentes, cabría *lege ferenda* que fuesen incluidas en la normativa, con el fin de que la Administración, autorizada por una Ley, interviniese en justificación del interés público. También el interés público está en juego en las causas que afectan a las partes, pero éstas no admiten graduación.

Por último, las causas de resolución relativas al propio contenido del contrato. En este supuesto, ha de tenerse en cuenta que el proyecto de urbanización que ejecuta el empresario constructor, y que constituye el objeto del contrato, fue aprobado por la Administración; la cual, a diferencia de la ratificación de los pliegos o de la propuesta de selección al empresario constructor, realiza un adecuado análisis y estudio del mismo con carácter previo a su aprobación. Dicho lo cual, en este caso, *lege ferenda* debería conferirse a la Administración Pública una potestad de resolución del contrato entre el urbanizador y el empresario constructor.

Capítulo octavo: Extinción del contrato

Tanto en el caso de que se acuda al ámbito público como al privado, es de mencionar que en ambos supuestos se considera la posibilidad de resolver el contrato por mutuo acuerdo, si bien como ya demos visto, entiendo que el mutuo acuerdo requeriría la aprobación de la Administración.

Por otra parte, recordemos que todo lo dicho puede quedar mediatizado por los posibles acuerdos que suscriban las partes en el contrato. La libertad de pactos y la autonomía privada pueden variar las circunstancias relativas a la resolución del contrato, como los motivos, los medios para solucionarlos, los plazos, el devengo de intereses, etc.....

Para concluir, es necesario decir, dada la incertidumbre existente en este ámbito, que la mejor opción sería la de establecer determinadas pautas relativas a la resolución, del contrato en las bases generales, a las que quedarían sujetas todas las partes intervinientes, evitando con ello posteriores sorpresas. Todo ello, con el fin de evitar la necesidad de acudir ante la Jurisdicción Civil para solicitar la resolución del contrato.

IX. CAPÍTULO NOVENO: CONSIDERACIONES FINALES Y CONCLUSIONES:

IX.1 FUNCIONALIDAD DEL SISTEMA Y PROPUESTAS *LEGE FERENDA*

Tras el complejo estudio realizado, en el que se entremezclan aspectos del Derecho público y privado, quedan por efectuar algunas reflexiones sobre el analizado sistema de gestión indirecta que prevé la LUV, así como algunas propuestas para su mejora.

En primer lugar se hace referencia a la naturaleza jurídica de la relación entre la Administración y el urbanizador. La indicación, por la propia Ley, de que tal vínculo constituye un contrato administrativo especial incurre en mi opinión, como se ha afirmado a lo largo de presente estudio, en un error que se cometió en la LRAU, a la cual costó su vigencia, y que pese a ello, ha sido asumido por la normativa urbanística vigente.

La normativa de contratación es aplicable al citado supuesto porque su objeto es identificable con el de los contratos de obras y el de servicios; y por ello, intentar excluirla origina graves problemas tanto de incertidumbre jurídica como de aplicación.

El hecho de que el Tribunal Constitucional no se pronunciase en su día acerca del respeto de esta relación a la legislación nacional de contratos¹, y

¹ Auto de 25 de octubre del TSJ en el que se plantea la constitucionalidad de la LRAU ante el TC.

que el TJCE tampoco haya tenido voluntad de calificar la relación², e incluirla dentro del ámbito de las Directivas Comunitarias, al concluir que no se ha demostrado que nos hallemos ante un contrato de obras, no implican que aquella parte del contrato destinada a la ejecución de la obra constituya el objeto de un contrato público de obra. Es más, si tales órganos jurisdiccionales no han entrado en el fondo de la cuestión, sí en cambio lo ha hecho el Tribunal Supremo fallando una y otra vez, a favor de la aplicación de la normativa de contratación en la relación que nos ocupa.³

Estos últimos pronunciamientos deberán tener en algún momento una consecuencia práctica más allá del supuesto que analicen, y por ello, el legislador valenciano no puede hacer oídos sordos a tal posición jurisprudencial.

Otro tema diferente es la entrada en el juego del empresario constructor. Como ya se comentó en el presente estudio, la justificación de la separación entre el gestor del planeamiento y el ejecutor material de las obras carece de fundamento, a excepción del supuesto en el que la posición del urbanizador sea asumida por los propietarios “no profesionales”, caso en el que tal previsión resulta innecesaria puesto que la necesidad de la intervención de una sociedad dedicada al desarrollo urbanístico es una obviedad.

Bajo mi punto de vista, resulta paradójico que el único supuesto en el que es manifiesta la necesidad de la intervención de un empresario constructor sea,

² STCE de 26 de mayo de 2011, Asunto C- 306/08, Comisión contra Reino de España, en la que se concluye que no se ha demostrado por la Comisión que la prestación relativa a la ejecución de la obra urbanizadora constituya la actividad principal en el proceso de urbanización.

³ En este sentido me remito a las Sentencias del TS que declaran la aplicación de la normativa de contratación a la relación entre el urbanizador y la Administración, que fueron analizadas en el Capítulo II del presente estudio.

precisamente, uno de los casos en los que la LUV exceptúa la intervención de este sujeto.

La consecuencia práctica de la intervención del empresario constructor ha supuesto un aumento de la complejidad del procedimiento, la dilatación de su duración, y un incremento de costes, puesto que la intervención de toda empresa privada en el proceso urbanístico no resulta en ningún caso gratuita. Es decir, ha supuesto una vuelta atrás de aquellos aspectos que originaron la creación de la figura del urbanizador: agilización y mayor simplicidad en el proceso y disminución de los costes. Además, el empresario constructor es una figura híbrida que no es subcontratista ni contratista, pero cuya selección se califica como privada con todas sus consecuencias.

Si la voluntad del legislador valenciano era la de respetar los principios de concurrencia y competencia, lo que debería haber realizado es: por una parte, separar la fase de planeamiento, de la de gestión y ejecución; y por otra parte, evitar que el urbanizador pueda promover el desarrollo de un determinado suelo a través de una concreta propuesta.

En relación a la separación del planeamiento, entiendo que la participación de un sujeto privado a través de una gestión indirecta debería darse desde el momento en el que los parámetros de la ordenación ya se encontrasen totalmente identificados y aprobados. Ello implicaría que tales parámetros respondiesen única y exclusivamente a intereses públicos; y además, que se favoreciese la competencia entre los aspirantes.

Por otra parte, la iniciativa para el desarrollo de un determinado programa debería corresponder exclusivamente a la Administración. El hecho de que un sujeto privado pueda proponer el desarrollo de un determinado suelo, implica necesariamente que dicho sujeto va a gozar de ciertas ventajas respecto al resto de concursantes, en los casos en los que la Administración decida

finalmente llevar a cabo la urbanización de dicho ámbito. Además, la Administración debe optar por el desarrollo del suelo en función de las necesidades sociales, por lo que plantearse la urbanización de determinado terreno por otras causas atenta a los fines para los que ha sido encomendada.

Dicho lo cual, la LUV debería ser sometida a una fuerte revisión en la que, además de suprimir la figura del empresario constructor, el desarrollo del suelo pudiera ser llevado a cabo bien a través de una gestión directa, o bien a través de una gestión indirecta, desarrollándose en este último caso por dos medios: el de los propietarios asociados, o el del urbanizador.

El esquema quedaría del siguiente modo:

- Planeamiento: Administración.
- Gestión del planeamiento:
 - gestión directa: Administración
 - gestión indirecta:⁴

* urbanizador, seleccionado por la Administración a través de procedimiento regulado según normativa de contratación pública para el contrato de servicios.

* propietarios⁵, suscripción de convenio con la Administración.

⁴ Entiendo que en la gestión indirecta, la Administración optaría, respecto a cada ámbito de actuación, por un determinado sujeto gestor – gestionado a través de los propietarios, o a través de un urbanizador; de modo que en el caso de preverse el sistema de gestión a través de los propietarios, ellos fuesen los únicos sujetos que pudiesen asumir tal condición. (en este caso no habría contrato).

- Ejecución:
 - gestión directa: Administración
 - gestión indirecta:
 - * urbanizador, empresa privada, seleccionada por la Administración a través del procedimiento regulado según la normativa de contratación pública para el contrato de obras.

Con ello se zanjaría cualquier duda o cuestión que pudiese originarse acerca de la naturaleza jurídica del contrato, y se daría una nueva visión a la figura del urbanizador, permitiendo a los propietarios su participación en el proceso de urbanización.

⁵ Respecto a la participación de los propietarios en el proceso de desarrollo del suelo, creo que la mejor opción para ellos sería la de prever su actuación a través del clásico sistema de compensación regulado tradicionalmente por la legislación estatal. Con ello se zanjaría cualquier duda o cuestión que pudiese originarse, dando una nueva visión a la figura del urbanizador y permitiendo a los propietarios su participación.

IX.2 SITUACIÓN DEL URBANIZADOR EN EL CONTEXTO ACTUAL

En último lugar se quiere hacer una reflexión sobre la figura del urbanizador en el contexto actual, marcado por una grave crisis económica.

La situación económica en la que se encuentra inmerso el país ha supuesto la paralización de la venta de los inmuebles, dando lugar a un exceso de viviendas, así como de suelo urbanizado. Por ello, que actualmente apenas se aprueben Programas de Actuaciones Integradas, puesto que su función, el desarrollo y urbanización del suelo, carece hoy día de cualquier interés; al menos para la empresa privada.

Esta paralización, que por otra parte da un respiro al suelo, plantea la justificación del mantenimiento de la figura del urbanizador. Éste, como se analizó al comienzo del presente estudio, surgió como medio para invertir capital privado en la urbanización, al tiempo de agilizar el proceso de urbanización; motivos que hoy en día, bien han desaparecido, bien pueden ser obtenidos por otros medios que dan mayor resultado.

Ciertamente, la aceleración del proceso de urbanización no es necesaria en la actualidad, mientras que la búsqueda de inversión privada puede ser obtenida por otros cauces.

Por todo lo cual, si los buenos resultados que dio la LRAU en su momento contuvieron el tema de la naturaleza jurídica del urbanizador, hoy día, en que dichos elementos no concurren, podría ser el momento adecuado para dar un giro al respecto y zanjar la cuestión. Es decir, dar una nueva visión al urbanismo en la Comunidad Valenciana que, además de adaptarse a los nuevos tiempos, fuese acorde con la normativa de contratación tanto a nivel estatal como comunitario

Capítulo noveno: Consideraciones finales y conclusiones

La polémica relativa a la naturaleza jurídica del urbanizador, y su sometimiento a los principios de contratación pública, carece de efecto en la práctica, pues la actividad de urbanizar no resulta rentable.

Por ello entiendo que el momento es óptimo para realizar un cambio, y opino que la propuesta más adecuada para la situación actual, adaptable a posibles contextos futuros, sería la de calificar el contrato como de obras públicas dado que éstas constituyen la prestación principal, remitiéndose al procedimiento previsto para el mismo en la legislación de contratos del sector público.

IX.3 CONCLUSIONES

PRIMERA.- El sistema urbanístico español, configurado sobre la consideración de que la actividad urbanística es una función pública, carga a la Administración con el deber de gestionar y desarrollar el planeamiento por sus propios medios. La práctica ha demostrado que estos medios han resultado a todas luces insuficientes, atribuyendo por ello a la Administración una obligación a la que no puede hacer frente económicamente.

SEGUNDA.- La creación de la figura del urbanizador ofreció un resultado a dicho problema financiero a través de la participación de un tercero ajeno a la actuación urbanística, el cuál asumía el riesgo de la actuación y disponía de los medios económicos y técnicos para su ejecución. No obstante, la ambición de que la misma obtuviese un resultado positivo, dejó al margen su encaje con la normativa existente fuera del ámbito del urbanismo.

TECERA.- Los buenos resultado obtenidos en la práctica por la LRAU llamaron la atención acerca del procedimiento de selección del urbanizador, el cuál, pese a ser un ejecutor de la obra urbanizadora, no se configuraba como un contratista de la Administración y no aplicaba los principios básicos de la contratación pública.

CUARTA.- Tal situación demandó un necesario cambio legislativo con el fin de coordinar la figura del urbanizador con el resto de la legislación vigente comunitaria, nacional y autonómica, resultando de dicha modificación la aprobación de la Ley 16/2005, Urbanística Valenciana y su reglamento de desarrollo.

QUINTA.- La modificación de la normativa urbanística valenciana planteada a través de dicha Ley, ha estado muy mediatizada por la exigencia del cumplimiento de las Directivas Comunitarias, por la negativa visión de la misma que se ha ofrecido por determinados grupos de la población, especialmente propietarios de suelo de otros Estados miembros, y por su posible contradicción con la normativa nacional, circunstancias que le han hecho perder la esencia del urbanismo.

SEXTA.- El miedo a perder el impulso urbanístico que existía en el momento de la aprobación de dichas normas y sus consecuencias en la economía, negó la posibilidad de realizar un profundo estudio de la situación que tratase el problema desde la base e hiciese compatible el desarrollo del suelo con la normativa de contratación pública tanto comunitaria como nacional.

SÉPTIMA.- Ello ha conducido a que la reforma prevista en nuestro sistema consista en una reforma de “parches”, en la que se trata de aliviar los síntomas de la enfermedad pero no la enfermedad en sí misma considerada.

OCTAVA.- Los principales cambios introducidos por la LUV se concentran en la separación del proceso de urbanización en dos fases: la primera de ellas incluye el planeamiento, gestión y todos los trabajos necesarios para la ejecución de una obra urbanizadora, y la segunda concentrada única y exclusivamente en la materialización de dicha obra de urbanización. El urbanizador cometerá la primera fase, mientras que el empresario constructor será el ejecutor material de las obras.

NOVENA.- Por otra parte, la Ley Urbanística Valenciana ha mejorado el sistema de publicidad y concurrencia para la adquisición de la condición de urbanizador, adaptándose a los principios básicos de la contratación pública.

DÉCIMA.- No obstante, se mantiene que la relación entre la Administración y el urbanizador es un contrato especial y por ello debe regirse por su propia normativa. Esta calificación supuso que la cuestión sobre su naturaleza fuese planteada ante el TJCE, el cual, a través de la Sentencia de 26 de mayo de 2001, asunto C-306/08, declaró que la misma no podía ser calificada como contrato de obras públicas por no haber sido demostrado que la prestación principal del contrato fuese la ejecución de las obras de urbanización.

UNDÉCIMA.- Considero que tal pronunciamiento es incorrecto, puesto que en dicha relación concurren tanto los aspectos básicos de un contrato de obra pública como los de un contrato de servicios, configurándose por ello como un contrato mixto en el que el contrato de servicios es absorbido por el contrato de obras – al corresponder a este la prestación principal - siendo por ello de aplicación la regulación normativa de este último.

DUODÉCIMA.- Por otra parte, la aparición del empresario constructor en escena ha planteado la nueva cuestión de la naturaleza jurídica de la relación que une a éste con la Administración y con el urbanizador: pese a que la normativa valenciana la califique de contrato privado, son muchos los aspectos públicos que ha querido regular la ley a favor del interés público.

DÉCIMOTERCERA.- La falta de claridad al respecto de la naturaleza jurídica de esta relación, ha llevado a que a LUV y su reglamento de desarrollo regulen un desafortunado procedimiento en el que concurren al mismo tiempo indicios tanto de una relación privada como de una relación pública, creando con ello una gran incertidumbre e inseguridad jurídica.

DÉCIMOCUARTA.- Por todo lo cual, la Administración Pública deberá aplicar todos los medios que la legalidad le ofrece, con el fin de tener el mayor

control posible sobre la ejecución de las obras de urbanización sobre las cuales, una vez sea recepcionada responderá de la misma ante todos los ciudadanos.

DÉCIMOQUINTA.- Sea como fuere, la coyuntura económica en la que nos encontramos, hacen irrelevante en la práctica las dudas acerca de la naturaleza jurídica tanto del urbanizador como del empresario constructor.

Por ello, éste se confirma como el momento idóneo para plantearse la verdadera calificación jurídica del contrato, al no concurrir en el mismo intereses económicos, por lo que quizás en un futuro veamos un nuevo cambio normativo en la legislación urbanística valenciana que responda al adecuado cumplimiento de la normativa de contratación pública.

X. BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA CONSULTADA

X.1 Bibliografía consultada:

- AGUDO GONZÁLEZ, J.: (2011) “Concepción estatutaria y propiedad inmobiliaria. O la crónica de la desvalorización anunciada del derecho fundamental a la propiedad privada.”; *Revista Administración Pública*, núm. 185, mayo/agosto. Págs. 9 – 47.
- AGIRREAZKUENAGA, I y CHINCHILLA MARIN, C. (2001). “El uso de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos en el ámbito de las Administraciones Públicas”. *REDA* núm. 109. págs. 35-60.
- AHUMADA RAMOS, F.J.: (2010) “Delimitación del concepto de «organismo de derecho público público-poder adjudicador». Una propuesta de reforma del Art. 1.9 de la Directiva 2004/18/CE”, *Revista española de Derecho Administrativo*. Núm. 148; octubre-diciembre. Págs. 801-829
- ALAMO GONZALEZ, N. (2007) “La utilización de las nuevas tecnologías en las relaciones entre las Administraciones Públicas y los ciudadanos (en particular, registros electrónicos y notificaciones telemáticas): hacia un cambio de modelo.” *REDA* 133. Págs. 89-130
- ALONSO MAS, M^a.J.: (2003) “La prevalencia del Derecho del Estado y la inaplicación judicial de las leyes autonómicas: el caso de las cesiones de aprovechamiento en suelo urbano”, *Revista de Administración Pública*, nº 161, mayo-agosto. Págs. 305- 347.

- (2006) “La gestión directa de los programas de actuación integrada en la Ley Urbanística Valenciana”, en obra colectiva *Curso práctico de Derecho Urbanístico Valenciano*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia.
- (2008) “Las relaciones entre el Agente Urbanizador y el Empresario Constructor en la Ley Urbanística Valenciana y su Reglamento.” En Obra Colectiva: *Urbanismo en la Comunidad Valenciana. Homenaje a José Luis Lorente Tallada*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia. Págs.
- ALONSO MAS, M.J. y NARBON LAINEZ, E. (2009) *El silencio administrativo y su problemática procesal*, Tirant Lo Blanch. Valencia.
- ARIÑO ORTIZ, G: (1979) “El servicio público como alternativa” *REDA* Nº 23. Págs. 537-560.
- AROZAMENA SIERRA, J.: (1996) “Algunas consideraciones sobre la institución contractual y el urbanismo.” *Revista de Derecho Urbanístico* nº 146. Editorial Montecorvo. Págs. 11-26.
- ARREDONDO GUTIÉRREZ, J.M. (2003) *Los convenios urbanísticos y su régimen jurídico*. 2ª ed. Editorial Comares, Granada.
- AZOFRA VEGAS, F. (1997) “La financiación privada de infraestructuras públicas”, *REDA* núm. 96, octubre-diciembre. Págs. 543 -584.
- DE ASÍS ROIG, A.: (2002) “Caracterización de la función de urbanización”. *Documentación Administrativa* números 261-262. Editorial INAP. Págs. 165-231.

- BALLESTEROS FERNÁNDEZ , A.: (2006) *Manual de Administración Local*, Editorial El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid. Quinta Edición
- BAÑO LEÓN, J. M^a: (1998): “Los sistemas de ejecución del planeamiento urbanístico”, en *Obra Colectiva: Ordenamientos Urbanísticos. Valoración crítica y perspectivas de futuro*. Edit. Marcial Pons, Madrid.
 - (2001) “La influencia del Derecho Comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.” *Revista de Administración Pública*, número 151. Enero-abril. Editorial: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Págs. 11- 38.
 - (2002) “La actividad administrativa impugnada en la Ley Jurisdiccional de 1998”, en libro *Homenaje a D. José M^a Boquera Oliver*, Tirant Lo Blanch, Valencia. Págs. 1127 – 1144.
 - (2007) “La contratación pública en la gestión urbanística” en *Anuario de Gobierno Local*, 2007. Estudios. Los retos del Derecho Urbanístico Local en el Siglo XXI. Fundación Democracia y Gobierno Local, 2007. Págs. 143 – 164.
 - (2009) *Derecho Urbanístico Común*. Iustel. Madrid.
- BARNÉS VÁZQUEZ, J.: (1988) *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*. Editorial Civitas.
- BASSOLS COMA, M.: (1973) *Génesis y evolución del Derecho Urbanístico Español*. Editorial Montecorvo. Madrid.

- BELADÍEZ ROJO, M. (1994). *Validez y eficacia de los actos administrativos*. Marcial Pons, Madrid.
- BELANDO GARIN, B.: (2002). “El silencio y la inactividad en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa” en libro *Homenaje a D. José M^a Boquera Oliver*, Tirant Lo Blanch, Valencia, págs, 1213 - 1232.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R: (2009) “Introducción al Derecho de los contratos”, en obra colectiva *Tratado de Contratos*, Tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- BERNAL BLAY, J.L. (2008) “Un paso en falso en la interpretación del control análogo al de los propios servicios en las relaciones in house”. *REDA*, 137.
- BLANC CLAVERO, F.: (2002) La posición jurídica del urbanizador: urbanismo concertado y contratación administrativa. *Revista: Documentación Administrativa*, números 261-262. Editorial INAP. Págs. 143-164.
- BLANCO LÓPEZ, F.:(2011) “La subcontratación administrativa. Ejercicio de la acción directa del artículo 1597 del Código Civil”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 38, junio 2011
- BLASCO DIAZ, J.L. (2007) “Los derechos de los ciudadanos en su relación electrónica con la Administración”. *REDA*, 136. Págs. 791-821.
- BRIERA DALMAU, C.: (2011) “Los contratos de colaboración público-privado” en *Revista Española de Derecho Administrativo* n^o 149, enero-febrero 2011. Págs. 117- 151.

- BUESO GUIRAO, E. y PARRIZAS COLLADO, P.: (2008) “La gestión directa en la normativa urbanística valenciana” en obra colectiva: *Urbanismo en la Comunidad Valenciana. Homenaje a José Luis Lorente Tallada*. Tirant Lo Blanch. Valencia
- BUSTILLO BOLADO, R.O y CUERNO LLATA, J.R., (1996) *Los convenios urbanísticos entre las Administraciones Locales y los particulares*. Editorial Aranzadi. Madrid.
- CANO MURCIA, A.: (1996) *Teoría y práctica del convenio urbanístico*. Aranzadi. Madrid.
- CARCELLER FERNÁNDEZ, A.: (1992) *Instituciones de Derecho Urbanístico*, Editorial Montecorvo, Madrid, 5ª edición.
- (1999) “El Texto Refundido catalán sobre materia urbanística”. *Revista de Derecho Urbanístico*, nº 167, enero-febrero. Madrid. Págs. 11 – 31.
- CARLÓN RUÍZ, M.: (2008) “El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nº 140. Madrid. Págs. 653 – 684.
- CASTÁN TOBEÑAS,” (1992) *Derecho Civil Español Común y Foral* Tomo 3, Ed. Civitas. Madrid
- CATALÁ MARTÍ, J.V.: (2007) *La selección del urbanizador*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia.
- CHINCHILLA MARÍN, C.: (2006) “El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.” *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 132. Editorial Civitas. Págs. 609- 644.

- CIERCO SEIRA, C. (2002). “El ejercicio extemporáneo de la función consultiva”. *RAP*, núm. 158, mayo-agosto. Págs. 77 – 118.
- CORRAL GARCÍA, E.: (2003) *Entidades Urbanística Colaboradoras y Agrupaciones de Interés Urbanístico*. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados. Madrid.
- CRIADO SÁNCHEZ, A. J.: (2005) *El Agente Urbanizador en el Derecho Urbanístico Español*. Editorial Reus, S.A., Madrid.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. (1981) *El negocio jurídico* , Editorial Civitas. Madrid.
- DE VICENTE DOMINGO, R.: (2009) *Gestión Local. Contratación Administrativa*. Editorial Aranzadi, 2ª Edición
- DEL SAZ CORDERO, S.: (2010) “La incidencia de las medidas de lucha contra la morosidad en los pagos del sector público”. *Revista General del Derecho Administrativo*, nº 25.
- DELGADO GIL, P.E.: (2008) “Gestión urbanística y contratación administrativa”, en obra colectiva: *Urbanismo en la Comunidad Valenciana*. Homenaje a José Luis Lorente Tallada”. Tirant Lo Blanch. Valencia.
- DIEZ-PICAZO, (1969) “El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos”, *Anuario de Derecho civil*, tomo XXII, fascículo II.
- (2007) *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, Editorial Civitas. Madrid. Sexta Edición.

- DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2000) *Sistema de Derecho Civil Vol. 2*, Editorial Tecnos. Madrid
- DUGUIT, L. (2005). *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Comares, Granada.
- EMBID IRUJO, A. y COLOM PIAZUELO, E. (2004) *Comentarios a la Ley reguladora del contrato de concesión de obras públicas (Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas)*. Thomson-Aranzadi, Navarra. Segunda edición.
- ESCRIHUELA MORALES, F.J.: (2007) *La contratación del sector público. Especial referencia a los contratos de suministro y de servicios*. Editorial La Ley. Madrid
- ESCRIVA CHORDÁ R.: (2002) “Compatibilidad de la figura del urbanizador regulado en la Ley Urbanística Valenciana de 1994 con la legislación estatal y con las Directivas Europeas sobre contratación administrativa: situación actual tras la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 12 de julio de 2001 y el Auto del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 15 de octubre de octubre de 2001”. *El Consultor*, núm. 8 de 30 de abril.
- (2003) “La figura del urbanizador”. *Cuadernos de Urbanismo*. Editorial Montecorvo.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: (1974) “Urbanismo concertado y la reforma de la Ley del suelo”, *Cuadernos de Administración Pública 2*, Editorial Instituto de Estudios Urbanísticos, Madrid.
- (2002) “La Sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001 (asunto << proyecto Scala 2001>>) y su impacto en el ordenamiento urbanístico

español.” *Documentación Administrativa*, número 261-262. Editorial INAP.

- (2008) *Manual de Derecho Urbanístico*. Editorial: El Consultor. Madrid. Vigésimo primera Edición.

- FUERTES LÓPEZ, M.: *El contratista y el subcontratista ante las Administraciones Públicas*. Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1997.

- (2001) “La deficiente regulación de la subcontratación en los contratos de las Administraciones Públicas”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 109 Enero-marzo. Editorial Civitas

- GALLEGO CÓRCOLES, I.: (2003) “Pago directo de la Administración a suministradores y a subcontratistas de obras. Aplicación del artículo 1597 Cc en el ámbito de la contratación administrativa”. *Contratación Administrativa Práctica*, nº 25.

- GALLEGO CÓRCOLES, I.: (2008) “El concepto de poder adjudicador en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (I)”, *Contratación Administrativa Práctica*, nº 77 Julio.

- GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J.: (2005) *Derecho administrativo den la contratación entre privados (sociedades, fundaciones, concesionarios y sectores excluidos)*. Marcial Pons, Madrid.
- GARCÍA BELLIDO y GARCÍA DE DIEGO, J.: (1993) “Liberalización efectiva del mercado del suelo. Escisión del derecho de propiedad inmobiliaria en una sociedad avanzada”. *Revista Ciudad y Territorio: Estudios Territoriales* nº 95-96.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: (1956) *Principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: (1999) *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Editorial Civitas. Madrid. Novena Edición
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y PAREJO ALFONSO, L.: (1981) *Lecciones de Derecho Urbanístico*. Editorial Civitas; Madrid. Segunda Edición.
- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F.: (2011) “La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el urbanismo valenciano”. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 267, Madrid, julio-agosto.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.: (1996) “La resolución del contrato administrativo de obra”, *RDUMA*, núm. 149, julio.
 - (1997) *La cesión del contrato administrativo. La subcontratación*. Editorial Civitas, S.A., Madrid,.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, J.A. y RECUERDA GIRELA, M.A.: (2011) “Problemas de aplicación de la nueva Ley de Morosidad y su especial incidencia en los contratos del sector público”, *REDA* nº 150.
- GARCÍA-TREVIJANO FOS, J.A.: (2006) “Gestión urbanística, sistemas, selección del urbanizador y contratación administrativa”, en *Revista Jurídica de la Función Consultiva*, nº 5.
- GARRIDO FALLA, F.: (1994) “Concepto de servicio público en Derecho Español” en *Revista de Administración Pública* nº 135.

- GARRIDO MAYOL, V. y COLLADO BENEYTO, P. (2011): “Gestión Urbanística y Agente Urbanizador” en *Revista de Administración Pública*, núm. 186. Madrid, septiembre-diciembre 2011.
- GIMENO FELIU, J. M^a: (2007) “Actividad urbanística y contratos públicos: la lógica de la publicidad y concurrencia en las infraestructuras públicas”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, número IX.
 - (2007) “El urbanismo como actividad económica y mercado público: la aplicación de la normas de contratación pública”. *RAP* núm. 173. Madrid, mayo-agosto.
 - (2008) “El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: luces y sombras”. *RAP* nº 176, Madrid, mayo-agosto.
- GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: (1972) “En torno a la Ley de Autopistas de peaje”; *RAP*, núm. 68, 1972.
 - (1995) *El Agente Urbanizador en la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística*, en la obra colectiva “*Comentarios a la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística*”. Ponencias de las jornadas celebradas en febrero de 1995. Generalitat Valenciana, Conselleria d’Obres Publiques, Urbanisme i Transports.
 - (2002) *Gestión del planeamiento y contratos administrativos*. Revista: Documentación Administrativa, números 261-262. Editorial INAP
 - (2004) *El contrato de concesión de obras públicas: Disposiciones Generales*”. En Obra Colectiva: *Comentario a la Ley de Contratos de*

las Administraciones Públicas. Editorial Aranzadi. Madrid. Segunda Edición.

- GÓMEZ PUENTE. M. (2000), *La inactividad material de la Administración*, Aranzadi, Pamplona.
- GONZÁLEZ BUENDÍA, F.: (2003) “La Ley del Principado de Asturias de Régimen del Suelo y Ordenación Urbanística. El modelo asturiano del urbanismo”, en *Derecho Urbanístico del Principado de Asturias*. Obra Colectiva dirigida por E. Sánchez Goyanes. Editorial La Ley Actualidad, Madrid.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J.V.: (2008) “Contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado en los programas y contratos de defensa”, *Contratación Administrativa Práctica* nº 78 septiembre , Editorial la Ley
- GONZÁLEZ POVEDA, O.: (2001) “Responsabilidades y garantías. La responsabilidad civil de los agentes intervinientes en la edificación”, en *Derecho de la edificación*, coord.: Sala Sánchez, Ed. Bosch, Barcelona.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J.: (1993) *Comentarios a la Ley del Suelo (Texto Refundido de 1992)*. Editorial Civitas. Madrid.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: (2006) “El estado desorientado: la necesidad de una regulación estatal del nuevo contrato administrativo de obras de urbanización”. *RDUMA* nº 228.
- GUY ISAAC, (1996) *Manual de Derecho Comunitario General*. Edit. Ariel, Barcelona.

- HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, J.: (2004) “Las obras de urbanización y los contratos públicos de obras. A propósito de la Sentencia Scala 2001” *QDL Estudios*, edición electrónica.
- HUERGO LORA, A., (1998) *Los contratos sobre los actos y potestades administrativas*, Civitas, Madrid.
 - (1998) *Los Convenios Urbanísticos en Estudios de Derecho Urbanístico*. Editorial Civitas. Madrid.
 - (2001) “Libertad de empresa y la colaboración preferente de las Administraciones con empresas privadas”. *RAP*, núm. 154, enero-abril.
- HUERTA BARAJAS, J.A.: (2008) “Contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado en los programas y contratos de defensa”, *Contratación Administrativa Práctica* nº 78 septiembre.
- JÈZE, G.: (1949) *Principios Generales del Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires.
- JIMÉNEZ DÍAZ, A.: (2009) “Técnicas contractuales de colaboración público-privada (II): el contrato de colaboración público-privada en la nueva ley de contratos del sector público” en Obra Colectiva: *La colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público*. Aspectos administrativos y financieros. Editorial La Ley.
- JURISTO SÁNCHEZ, R.: (1983) *La ejecución del contrato de obra pública*. Madrid.
- LEYVA ANDIA, A.: (1973) *Curso sobre propiedad horizontal y urbanizaciones privadas*, realizada por el Colegio de Registradores, Colección Nacional. Madrid.

- LÓPEZ PELLICER, J.A.: (1981) “Régimen y naturaleza de las actuaciones concertadas en materia de urbanismo”, *RDUMA*, núm. 73.
- LORA TAMAYO VALLVÉ, M.: (2002) “Ejecución de obra urbanizadora y Derecho Comunitario (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de julio de 2001 del Teatro de la Escala)”, en *RAP*, nº 159.
- (2002) *Urbanismo de obra pública y Derecho a urbanizar*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid.
- LORENTE TALLADA, J.L.: (2006) “Marco Legal. Alcance y Límites del Reglamento de Ordenación Territorial y Urbanística de la Comunidad Valenciana”. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente* nº 228. Septiembre-October.
- LORENTE TALLADA, J.L. y ROMERO SAURA, F.: (1996) *El régimen urbanístico de la Comunidad Valenciana*. Servicio de Publicaciones de la Universidad Politécnica de Valencia. Valencia.
- LORENTE TALLADA, J.L. y COSTA CASTELLÀ, E.: (2006) “Ejecución material del PAI: contratación de obras, derechos y deberes de las partes”, en *Obra Colectiva: Derecho Urbanístico de la Comunidad Valenciana*. Editorial El Consultor de los Ayuntamientos (La Ley). Madrid.
- LLIDÓ SILVESTRE, J. y GARCÍA CAMPA, J.L.: (2010) “La (¿necesaria?) selección del constructor en la legislación urbanística” *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, Nº 7 quincena del 15 al 29 abril.

- LLISSET BORRELL, F.: (1975) *La actividad urbanística de los particulares*. Editorial Montecorvo, S.A. Madrid.
- MANGAS MARTIN, A y LIÑÁN CONTRERAS, D. (1996): *Principios Generales del Derecho Administrativo*, McGraw Hill.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: (2007) *Responsabilidad y garantías de los agentes de la edificación*, Editorial Lex Nova.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L.: (2011) “El nacimiento de los contratos público: reflexiones sobre una equivocada transposición de la Directiva Comunitaria «de recursos»”; *RAP*, núm. 185, Madrid; mayo-agosto .
- MARTÍN HERNÁNDEZ, P.: (1995) “Los convenios urbanísticos”. *RDUMA* nº 144, julio-agosto septiembre.
- MARTÍNEZ MORALES, J.L.: (2002) “La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas versus la autonomía urbanística de las Comunidades autónomas. El caso de la LRAU”. *Documentación Administrativa*, números 261-262. Editorial: INAP. Madrid.
- MARTÍN REBOLLO: (1983) “De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica”, *RAP*, Nº 100-102.
- MESTRE DELGADO, J.F. (2001) “El control de la adjudicación de los contratos públicos”, en *Obra Colectiva Nuevas perspectivas del régimen local. Estudios en homenaje al profesor José M^a Boquera Oliver*, coord.. Baño León, J.M^a. y Climent Barberá, J., Tirant Lo Blanch, Valencia. Págs. 291 – 330.

- (2007) "La incidencia de la Ley estatal 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, en el Derecho Urbanístico Autonómico", *Revista española de la función consultiva*, nº 8, julio-diciembre. Págs. 93- 110.
- MESTRE DELGADO, J.F. y CÓRDOBA CASTROVERDE, D. (2008): "Contratos públicos y urbanismo (la influencia del Derecho comunitario europeo y sus consecuencias en el Derecho interno)" en *El Derecho Urbanístico del Siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Martín Bassols Coma. Tomo III Urbanismo y Estado de las Autonomías*. Edit. Reus, Madrid. Págs. 391- 428
- MORENO MOLINA, J.A.: (1996) *Contratos públicos. Derecho Comunitario y Derecho Español*. McGraw-Hill, Madrid.
- (2006) "Pago directo al subcontratista de obras". *Contratación Administrativa Práctica*, nº 52, abril.
- MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F.: (2003) *Nuevo Régimen de Contratación Administrativa*. Editorial La Ley. Madrid. Tercera Edición.
- MOZO SEOANE, A. (1985) *La discrecionalidad de la Administración Pública en España*, Montecorvo, Madrid.
- NIETO GARRIDO, E.Mª: (2004) "La financiación privada de obras y servicios públicos en el Reino Unido", *RAP*, núm. 164 (mayo-agosto).
- NIETO GARCÍA, A.: (1986) "La inactividad material de la Administración, veinticinco años después", *Documentación Administrativa*, 208.

- OCHOA GÓMEZ, M^a.P.: (2006) *Los convenios urbanísticos. Límites a la figura redentora del urbanismo*. Editorial El Consultor de los Ayuntamientos (La Ley) Madrid.
- PARDO ÁLVAREZ, M.: (2002) “El Derecho a Urbanizar. ¿Sumisión a la Ley de Contratos?”. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, Núm. 198, Diciembre. Editorial Montecorvo.
- PAREJO ALFONSO, L.: (1995a) “El significado de la Ley Valenciana 6/1994, de 15 de noviembre, en la evolución del Derecho Urbanístico: una nueva articulación de lo público y lo privado en la actividad urbanística”. en la obra colectiva *Comentarios a la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística*. Ponencias de las jornadas celebradas en febrero de 1995. Generalitat Valenciana, Conselleria d’Obres Públiques, Urbanisme i Transports.
 - (1995b) “El significado de la Ley Valenciana 6/1994 de 15 de noviembre, en la evolución del Derecho Urbanístico: una nueva articulación”. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, Numero 143. Editorial Montecorvo.
- - (2002) “La cuestión de constitucionalidad de la figura urbanística del urbanizador en su concreta versión original, la de la legislación valenciana.” *Revista: Documentación Administrativa*; números 261-262. Año 2002. Editorial: INAP.
- PAREJO ALFONSO, L. y BLANC CLAVERO, F.: (1999) *Derecho Urbanístico Valenciano*. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia. Segunda Edición

- PLEITE GUADAMILLAS F.: (2010) “Posibilidad de reclamación de los subcontratista a la Administración por los trabajos o materiales adeudados por el contratista”. *Contratación Administrativa Práctica* nº 94, febrero.
- PUCHALT RUIZ, M.: (2007) “La gestión directa de las actuaciones integradas en la Ley urbanística valenciana bajo el prisma de la legislación estatal comunitaria”, en *RDUMA* núm. 236
- RAMOS DE MOLINS y SAINZ DE BARANDA: (2006) *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Obra Colectiva dirigida por Antonio Morales Plaza y Enrique Medina Malo. Editorial: Boletín Oficial del Estado. Madrid. Segunda Edición
- REAL HEREDIA, M^a E.: (1990) “Urbanismo paralelo. La figura del convenio urbanístico”. *Estudios Territoriales*, núm. 32, 1990.
- RIVERO ORTEGA, R. (2007) *El expediente administrativo: de los legajos a los soportes electrónicos*. Aranzadi, Pamplona, segunda edición.
- RIVERO YSERN, E. (1969) *El Derecho Administrativo y las relaciones entre particulares*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Sevilla.
- RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A. (2004) “De nuevo sobre la financiación de los servicios de interés económico general y las ayudas del Estado. Comentario de la STJCE de 24 de julio de 2003, Altmark Trans GMBH y Regierungspräsidium Magdeburg c. Nahverkehrsgesellschaft Altmark

GMBH, asunto C-280/00.” *Anuario da Facultade de Dereito da Universidades da Coruña*. Nº 8.

- ROGER FERNÁNDEZ, G.: en *Manual del Urbanizador*. Editado por la Dirección General de Urbanismo de Aragón
- ROMERO SAURA, F. y LORENTE TALLADA, J.L.: (1996) *El Régimen Urbanístico de la Comunidad Valenciana*. Servicio de Publicaciones de la Universidad Politécnica de Valencia; Valencia.
- RUIZ OJEDA, A.: (1996) “London Docklands: una experiencia de financiación privada de dotaciones urbanas y de liberalización de la gestión del suelo. Breve análisis comparativo con el reciente urbanismo español”. *Revista Administración Pública*; Núm. 139, Enero-abril.
 - (2000) *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España*. Civitas, Madrid.
 - (2006) *La concesión de obra pública*. Editorial Aranzadi, Navarra.
- RUIZ-RICO RUIZ, JM y ARIAS DIAZ, M.D.: (2002) La Responsabilidad por vicios constructivos en la LOE: sus caracteres básicos” de la obra colectiva: *La Responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, coord. Ruiz-Rico, JM y Moreno-torres M.D., Editorial Comares, Granada.
- SAINZ MORENO, F.: (1976): *Conceptos jurídicos indeterminados, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid.
 - (1976) “Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico”. *REDA* nº 8, Madrid

- SALAS HERNÁNDEZ, J.: (1968) “El régimen de acción concertada”. *RAP* nº 56.
- SÁNCHEZ GOYANES, (2006) E.: *Derecho Urbanístico de la Comunidad Valenciana*. Editorial El Consultor de los Ayuntamientos (La Ley). Madrid.
- (2007) *Ley de Suelo, comentario sistemático de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo*. El Consultor de los Ayuntamientos (La Ley). Madrid.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: (1975) *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Contribución a una teoría de la ineficacia en el Derecho público*. Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 2ª edición.
- SOSA WAGNER, F.: (2008) *La gestión de los servicios públicos locales*. Civitas. Madrid, 7ª edición.
- SUAY RINCÓN, J.: (2004) La ejecución del contrato administrativo. La cesión del contrato y la subcontratación. En Obra Colectiva “*Comentario de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*”. Editorial Civitas/Aranzadi, S.A. Madrid . Segunda Edición.
- TARDÍO PATO, J.A.: (2007) *La gestión urbanística en el Derecho de la Unión Europea, del Estado Español y de la Comunidad Valenciana*, Aranzadi, Navarra.
- TEJEDOR BIELSA, J.C.: (2000): *La garantía constitucional de la unidad del Ordenamiento en el Estado Autonómico: competencia, prevalencia y supletoriedad*, Civitas, Madrid.

- (2001) “Contratación de Obra Pública urbanizadora y Sistema de Compensación. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 12 de julio de 2001”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 112, de oct.-dic.
- (2010) “Propiedad del suelo, obras de urbanización y excepción licitatoria. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de marzo de 2010” en *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 148, 2010
- VÁZQUEZ OTEO, A.: (2005) *El Agente Urbanizador*. Editorial La Ley-Actualidad, S.A., Madrid.
- VÁZQUEZ OTEO, A.: (2006) “Análisis conceptual de la ejecución del planeamiento mediante actuaciones integradas y de las relaciones entre los propietarios y el urbanizador” en Obra Colectiva *Derecho Urbanístico de la Comunidad Valenciana*. Editorial: El Consultor de los Ayuntamientos (La Ley), Madrid.
- (2008) “El sistema de actuación mediante agente urbanizador en el País Vasco”. En Obra Colectiva: *Derecho Urbanístico del País Vasco*, dirigida por Enrique Sánchez Goyanes. Editorial El Consultor de los Ayuntamientos, La Ley, Madrid.
- VILLAR PALASÍ, J.L.: (1952) *Concesiones administrativas en Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo IV, Editorial Francisco Seix, S.A. Barcelona.
- VILLAR PALASÍ, J.L y VILLAR EZCURRA, J.L.: (1983) *Principios de Derecho Administrativo. La contratación administrativa*. Tomo III, Universidad Complutense, Madrid.

- XIOL RÍOS, J.A.: (2004) “La Sentencia Scala 2001:¿odiosa o indiferente para el Derecho urbanístico en España?” *QDL Estudios*, edición electrónica, 4 de febrero.
- YÁÑEZ VELASCO, I.: (2005) “Pero, ¿Alguien dudó en serio de que era un contrato administrativo? Comentario a las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 1 de octubre de 2002 y de 5 de febrero de 2003 relativas al Agente Urbanizador.” *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, Núm. 217, Abril – mayo.

X.2 Jurisprudencia consultada:

- Sentencia del Tribunal Constitucional, 28/1991 de 14 de febrero.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, 64/1991 de 22 de marzo.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 61/97, de 20 de marzo.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2005, de 23 de mayo.
- Auto 133/2002 del Tribunal Constitucional de 16 de julio de 2002.
- Auto 86/2011 del Tribunal Constitucional de 9 de junio de 2011.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, de 4 de abril de 1974. Asunto 167/73.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, de 9 de marzo de 1978. (Simmenthal).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, de 5 de abril de 1979. Asunto 148/78 (Ratti).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, de 10 de abril de 1984. 14/83. (Von Colson y Kamann)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, de 20 de septiembre de 1988. Asunto 31/87, (Beentjes)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, de 19 de noviembre de 1991. Asuntos 6/90 y 9/90 (Francovich y Bonifaci).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, de 5 de octubre de 1994. Asunto C-165/91.

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, de 19 de mayo de 1993, asunto C-320/91 (Corubeau).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas. Luxemburgo (Sala Pleno), de 15 de enero de 1998. Asunto C-44/1996 (Mannesmann).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, de 5 de marzo de 1998. Asunto C-347/96 (SOLRED).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, de 24 de septiembre de 1998. Asunto C-76/97 (Tögel).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, de 28 de octubre de 1998. Asunto C-81/98 (Alcatel).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, 10 de noviembre de 1998. Asunto C-360/96 (BFI Holding).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, de 17 de diciembre de 1998. Asunto C-353/96. (Comisión contra Irlanda).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, de 16 de septiembre de 1999. Asunto C-27/98 (Metalmecánica Fracasso).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, de 18 de noviembre de 1999, asunto C-107/98 (Teckal).

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, de 26 de enero de 2000. Asunto C-262/97.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, de 26 de septiembre de 2000. Asunto C-262/97 (Engelbrecht).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, de 26 de septiembre de 2000. Asunto C-225/98.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, de 3 de octubre de 2000. Asunto C-380/98. (Universidad de Cambridge).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, de 7 de diciembre de 2000. Asunto C-94/99.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, de 1 de febrero de 2001. Asunto C-237/99. (SA VAM).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, de 10 de mayo de 2001, asuntos asumulados C-223/99 y C-260/99. (Agorà y Excelsior).
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Luxemburgo (Sala Sexta), de 12 de julio de 2001. Asunto C-399/98. (SCALA).
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Luxemburgo (Sala Sexta), de 28 de junio de 2001. Asunto 118/00 (Referencia Westlaw: TJCE 2001\182) (INASTI).

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, de 18 de octubre de 2001. Asunto C-19/00 (SIAC)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, de 12 de diciembre de 2002. Asunto C-470/99.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas. Luxemburgo (Sala Quinta), de 27 de febrero de 2003. (Asunto C-373/00). (Adolf Truley).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, de 8 de mayo de 2003, asunto C-347/97 (Comisión contra España).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, de 15 de mayo de 2003, asunto C-214/2000.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, de 22 de mayo de 2003, asunto C-18/01. (Korhonen).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, de 16 de octubre de 2003. Asunto C-283/2000 (SIEPSA).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, de 11 de enero de 2005. Asunto C-26/2003.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, de 13 de enero de 2005. Asunto C-84/03.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas. Luxemburgo (Sala Segunda), de 3 de marzo de 2005 (Referencia Westlaw: TJCE: 2005\53) (Fabricom).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, de 13 de octubre de 2005. Asunto C-458/03.

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, de 20 de octubre de 2005. Asunto C-264/03.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, de 10 de noviembre de 2005. Asunto C-29/2004.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, de 6 de abril de 2006. Asunto C-410/04. (ANAV).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, de 11 de mayo de 2006. Asunto C-340/04.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas: Luxemburgo, de 18 de enero de 2007, asunto C-220/05 (Auroux y Roanne)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, de 19 de abril de 2007. Asunto C-295/05. (Tragsa).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, de 13 de diciembre de 2007. Asunto C-337/06.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, de 21 de febrero de 2008. Asunto C-412/04.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, de 25 de marzo de 2010. Asunto C-451/08 (Müller)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas. Luxemburgo (Sala Cuarta), de 15 de mayo de 2008 (Referencia Westlaw: TJCE: 2008\106).

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, de 26 de mayo de 2011. Comisión contra Reino de España. Asunto C-306/08 (LUV).
- Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de febrero de 1997. (La Poste).
- Auto de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2003, núm. 19/2003 (Ref. JUR. 2003\8843).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1968, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1971, Sala de lo Contencioso-Administrativo. (Ref. Aranzadi 4857).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1972, Sala de lo Contencioso-Administrativo.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1989, nº 306, Sala de lo Contencioso-Administrativo. (Ref. VLEX RFKK229).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1980, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Ponente Excmo: Sr. Félix Fernández Tejedor (Ref. Westlaw RJ 1980\3193).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1987 (RJ 1987\8683)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1990, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª. Ponente: Excmo. Sr. D. José Duret Abeleira (Ref. Westlaw: RJ 190\2143).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1992, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Baena del Alcázar. (Ref. Westlaw: RJ 1992\5385).

- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 178 de 25 de mayo de 1993, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Ponente. Excmo. Sr. D. Jaime Barrio Iglesias.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 424 de 12 de mayo de 1994, Sala de lo Civil, Ponente. Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil (Ref. Westlaw RJ 19943572).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2000 (Ref. Westlaw RJ 2000\7428).
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 39/2002 (Sala de lo Civil), de 24 de enero. (Ref. Westlaw: RJ 2002/27).
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 48/2003 (Sala de lo Civil), de 3 de febrero de 2003. (Ref. Westlaw: RJ 2003/441)
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 898/2003 (Sala de lo Civil, Sección Única), de 25 de septiembre. Recurso de Casación: núm. 4022/1997. Ponente: Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán (Ref. Westlaw: RJ 2003\6827).
- Sentencia del Tribunal Supremo, (Sala de lo Civil, Sección Única), de 16 de julio de 2003, nº 728/2003, recurso nº 3449/1997. Ponente: Excmo. Sr. Antonio Gullón Ballesteros. (Ref. Westlaw: RJ 2003\5843).
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo de 18 de febrero 2004. Ponente: Rodolfo Soto Vázquez (Referencia Westlaw: RJ 2004\1740)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 456/2005, de 9 de junio de 2005. (Ref. Westlaw: RJ 2005/4430).
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 39/2006 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 24 de enero. Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz (Ref. Westlaw: RJ 2006/259).

- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2006 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª). Ponente: Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez (Ref. Westlaw: RJ 2006\8279).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de enero de 2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo). (Ref. Westlaw RJ 2007\473).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª. Ponente: Excmo. Sr. Jesús Ernesto Peces Morate (Ref. Westlaw RJ 2007\3149).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª). Ponente: Excmo. Sr. Jesús. Ernesto Peces Morate. (Ref. Westlaw: RJ 2007\4829).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo). (Ref. Westlaw: RJ 2008\674).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo). (Ref. Westlaw: VLEX-WPAN115)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo). (Ref. Westlaw: RJ 2008\3747)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2009 (Sala de lo Contencioso-Administrativo). (Ref. Westlaw: RJ 2009\574)
- Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de junio de 2005; Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 8ª. Ponente: Ilma. Sra. Dª Isabel Perelló Doménech (Ref. Westlaw: JUR 2005\269606).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 27 de abril de 2001.

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 1 de julio de 2003, número 1154/2003 (Ref. Westlaw: JUR 2004\223006).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 12 de marzo de 2004, número 338/2004 (Ref. Westlaw: JUR 2005\4434).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 23 de diciembre de 2004, número 1761/2004 (Ref. Westlaw: JUR 2005\172996).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 27 de diciembre de 2004, número 1805/2004 (Ref. Westlaw JUR 2005\71844).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 10 de enero de 2005, (Ref. EDJ 2005/323401).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 31 de mayo de 2005, número 405/2005 (Ref. Westlaw: JUR: 2005\208026).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 1 de enero de 2006, (Ref. EDJ 2006/51541)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 1 de febrero de 2006, (Ref. EDJ 2006/2522442)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 2 de enero de 2006, (Ref. EDJ 2006/51541)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 28 de julio de 2006, (Ref. EDJ 2006/381452).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 15 de diciembre de 2006, (Ref. EDJ 414960).

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 14 de marzo de 2007, número 450/2007.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 14 de mayo de 2007, número 450/2007 (Ref. Westlaw: JUR: 2007\261236).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 30 de mayo de 2008, número 734/2008 (Ref. Westlaw: JUR: 2008\302979 y EDJ 2008/159725).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 19 de septiembre de 2008, número 893/2008 (Ref. Westlaw JUR 375882).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha de 20 de marzo, número 640/1998 (Ref. Westlaw: JUR: 2001\589).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 9 de junio de 2006. (Ref. Westlaw: JUR: 2006\295894).
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias, Las Palmas, de 5 de julio de 2002, Ref. Westlaw JUR 2003\97863.