

I. COMENTARIOS MONOGRÁFICOS

GESTIÓN URBANÍSTICA Y AGENTE URBANIZADOR

VICENTE GARRIDO MAYOL
Presidente del Consejo Jurídico Consultivo
Comunidad Valenciana

PABLO COLLADO BENEYTO
Jefe del Servicio de Coordinación y Documentación del Consejo Jurídico Consultivo
Comunidad Valenciana

I. INTRODUCCIÓN.—II. COMPETENCIAS ESTADO-COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE URBANISMO.—III. POTESTADES URBANÍSTICAS.—IV. GESTIÓN O EJECUCIÓN URBANÍSTICA. FORMAS DE GESTIÓN.—V. LA GESTIÓN URBANÍSTICA DIRECTA A TRAVÉS DE OTRAS ENTIDADES PERTENECIENTES AL SECTOR PÚBLICO DE LA ADMINISTRACIÓN MUNICIPAL: PROBLEMÁTICA DERIVADA DE LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.—VI. LA GESTIÓN URBANÍSTICA INDIRECTA EN LA COMUNIDAD VALENCIANA: EL AGENTE URBANIZADOR.—VII. EL AGENTE URBANIZADOR EN LA LEY ESTATAL DEL SUELO.—VIII. LA RELACIÓN JURÍDICA ENTRE LA ADMINISTRACIÓN URBANÍSTICA Y EL AGENTE URBANIZADOR: 1. *La relación jurídico-pública entre la Administración urbanística y el agente urbanizador.* 2. *La falta de acreditación de que el contrato entre Administración y agente urbanizador pueda ser calificado como contrato de obras.* 3. *Las diferentes tesis sustentadas sobre la calificación jurídica del contrato administrativo celebrado entre la Administración municipal y el agente urbanizador.* 4. *La posición del Consell Jurídic Consultiu de la Comunidad Valenciana.* 5. *La jurisprudencia vacilante acerca de la naturaleza jurídica de la relación Administración-agente urbanizador.*—IX. CONCLUSIONES.

RESUMEN

La STJUE de 26 de mayo de 2011 declara que la Comisión Europea no ha demostrado que el objeto principal del contrato entre Administración y agente urbanizador sea la ejecución de obras en el sentido de las Directivas, sin pronunciarse expresamente sobre la calificación jurídica que debe merecer. Partiendo del carácter público del referido contrato, sin embargo, no puede encajarse con facilidad en ninguno de los contratos administrativos típicos ni tampoco en un contrato mixto, puesto que no resulta claro que exista una prestación principal y otras prestaciones meramente accesorias absorbidas por aquélla. Dado que todas las prestaciones presentan similar intensidad y cooperan a la obtención de un resultado unitario, se propone su calificación como contrato administrativo especial.

Palabras clave: gestión urbanística; naturaleza de la relación jurídica entre Administración y agente urbanizador; contratos administrativos mixtos y atípicos.

ABSTRACT

The ruling of the CJEU of 26 May 2011 states that the European Commission has not proven that the main objective of contracts between the Administration and the Land Development Agent be to start construction works as expressed in the Directives without making direct reference to the legal description it should be attributed. Despite the public nature of this type of contract, it cannot be easily ascribed to any of the typical administrative contracts or to composite contracts as it is not clear that there is a main

service provision and other merely supplementary services which are absorbed by the main one. Whereas all service provisions have similar intensity and cooperate towards the same result, a description of this kind of contract as special administrative contract is proposed here.

Key words: urban management; nature of the legal relationship between the Administration and the land development agent; composite contracts and atypical contracts.

I. INTRODUCCIÓN

Recientemente se ha publicado la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 26 de mayo de 2011, por la que se ha resuelto el recurso interpuesto por la Comisión, a raíz de ciertas denuncias, contra el Reino de España por un presunto incumplimiento de las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre Coordinación de los Procedimientos de Adjudicación de los Contratos Públicos¹ de Obras², en su versión modificada por la Directiva 2001/78/CE de la Comisión, de 13 de septiembre de 2001, y de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre Coordinación de los Procedimientos de Adjudicación de los Contratos Públicos de Obras³, de Suministros y de Servicios, respectivamente, al adjudicar Programas de Actuación Integrada (en adelante, PAI) con arreglo, sucesivamente, a la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, Reguladora de la Actividad Urbanística de la Comunidad Valenciana (LRAU), y a la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana (LUV).

En el citado recurso, la Comisión sostenía que la relación existente entre el respectivo Ayuntamiento y el agente urbanizador constituía conforme a las Directivas citadas un contrato público bilateral de ejecución de obras⁴ públicas de infraestructura y urbanización, en virtud del cual la contraprestación para éste estaba en relación directa con la ejecución de las obras y la prestación de

¹ Para la Directiva 2004/18, son contratos públicos 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 en el sentido de la citada Directiva.

² A los efectos de la Directiva 93/37/CEE, son contratos públicos de obras los contratos de carácter oneroso celebrados por escrito entre un contratista, por una parte, y un poder adjudicado, por otra, que tengan por objeto bien la ejecución, bien conjuntamente la ejecución y el proyecto de obras relativas a una de las actividades contempladas en el Anexo II o de una obra definida en la letra c), bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador.

³ La Directiva 2004/18 considera como contratos públicos de obras aquellos contratos públicos 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 o de una obra, bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador.

⁴ Según ambas Directivas, 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.

determinados servicios conexos, considerando que el hecho de que la ejecución física de las obras se confiase por el urbanizador a un empresario constructor no modificaba la calificación del contrato por ser el urbanizador quien se comprometía frente a la Administración a realizarlas, y que si bien cuando la Administración optaba por la gestión indirecta no desembolsaba nada, también dejaba de ingresar completamente ciertas cantidades de dinero, o su equivalente en suelo, que debían ser abonados por los propietarios de los terrenos afectados, pagos éstos de terceros que revelarían, a juicio de la Comisión, el carácter oneroso del contrato.

Sin embargo, por el Reino de España se postulaba que la relación existente entre la Administración y el urbanizador no constituía un contrato público de obras, sino una concesión de servicio público, la cual 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 sólo estaba sujeta a los principios del Derecho primario de la Unión Europea. Tal afirmación se sustentaba, fundamentalmente, sobre la base de que: la ejecución de obras públicas no constituye el objeto exclusivo, ni siquiera fundamental, del PAI, puesto que también le corresponden al urbanizador la financiación y la gestión de la parcelación, así como la contratación de las obras de urbanización; la relación no era onerosa a cargo de la Administración porque la retribución del urbanizador procede exclusivamente de los propietarios, sin que se establezca garantía de pago alguna a cargo de los fondos públicos; y porque el urbanizador no puede ser considerado como «adjudicatario» de un contrato *strictu sensu*, sino como «concesionario», puesto que su retribución depende de la explotación en el mercado de los terrenos edificables y no de un precio garantizado fijo por la Administración.

Planteado en los términos descritos el debate, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sienta dos premisas importantes:

1.^a Que «cuando un contrato atiende a un tiempo a elementos propios de un contrato público de obras y elementos propios de otro tipo de contrato, ha de estarse al objeto principal del contrato para determinar qué cuerpo normativo de la Unión referente a la contratación pública debe en principio aplicarse», determinación que debe llevarse a cabo «a la luz de las obligaciones esenciales que prevalecen... (sic), por oposición a aquellas otras que sólo tienen carácter accesorio o complementario y que son impuestas por el propio objeto del contrato» (Considerandos 90 y 91).

2.^a Que en los recursos por incumplimiento «incumbe a la Comisión probar la existencia de dicho incumplimiento», debiendo aportar a tal efecto «los elementos necesarios para que el Tribunal de Justicia pueda verificar la existencia de tal incumplimiento, sin poder basarse en presunciones...» (Considerando 94).

Desde tales premisas, el TJUE desestima el recurso interpuesto por la Comisión porque ésta «no ha demostrado que el objeto principal del contrato celebrado entre el ayuntamiento y el agente urbanizador corresponda a contra-

tos públicos de obras en el sentido de la Directiva 93/37 o de la Directiva 2004/18, lo que constituye una condición previa para la declaración del incumplimiento alegado» (Considerando 98).

En síntesis, para el TJUE, el contrato entre el agente urbanizador y el Ayuntamiento comprende no sólo algunas prestaciones características del contrato de obras, sino también actividades que no pueden calificarse de «obras» en el sentido de las Directivas (elaboración del plan de desarrollo; propuesta y gestión del proyecto de reparcelación; obtención a favor de la Administración de suelos dotacionales públicos y con destino al patrimonio municipal de suelo; la gestión de la transformación jurídica de los terrenos afectados y la realización del reparto equitativo de las cargas y beneficios entre los interesados...) y que podrían corresponder a algunos servicios⁵ contemplados en las citadas Directivas (servicios de arquitectura, de ingeniería, de planificación urbana...), pero, siguiendo la tesis de que para la determinación del régimen jurídico aplicable a los contratos hay que atender a las prestaciones que constituyan su objeto principal, llega a la conclusión de que no puede condenarse al Reino de España porque «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 suscrito.

Así pues, si bien la Sentencia desestima el recurso planteado por la Comisión, sigue dejando en el aire una de las cuestiones más controvertidas e interesantes que se suscitan en torno a la gestión indirecta de los PAI, cual sería la de determinar la naturaleza de la relación jurídica que une a la Administración urbanística con el agente urbanizador.

Por tal motivo puede resultar interesante realizar, con carácter previo, un breve estudio sobre las competencias urbanísticas del Estado y las Comunidades Autónomas (en adelante, CC.AA.), así como sobre la gestión urbanística y sus formas, para abordar esta cuestión que vuelve a estar de actualidad: ¿cuál es la naturaleza jurídica del contrato que suscribe la Administración con un agente urbanizador para la gestión indirecta de un PAI?

II. COMPETENCIAS ESTADO-COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE URBANISMO

La Constitución española (CE), en su artículo 148.1.3.^a, recoge «*la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda*» entre las materias en las que las CC.AA. pueden asumir competencias, habiendo asumido la Comunidad Valenciana competencias exclusivas en materia de «*ordenación del territorio y del litoral, urbanismo y vivienda*» (actual art. 49.9.^a Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana).

⁵ Conforme a la Directiva 2004/18, son contratos públicos de servicios los contratos distintos de los de obras o de suministro cuyo objeto sea la prestación de los servicios a los que se refiere el Anexo II.

La competencia exclusiva de urbanismo comprende el ejercicio de todas las potestades sobre la materia, es decir, de la potestad normativa (mediante leyes o reglamentos) y de la potestad ejecutiva o de gestión. En este sentido, indica el Tribunal Constitucional que «*la competencia legislativa sobre urbanismo permite a las Comunidades Autónomas fijar sus propias políticas de ordenación de la ciudad, y servirse para ello de las técnicas jurídicas que considere más adecuadas*» (STC 61/1997, FJ 4.º).

No obstante, en cuanto al carácter exclusivo de la competencia urbanística predicado por nuestro Estatuto de Autonomía deben hacerse dos matices:

1.^a Que «*la competencia autonómica en materia de urbanismo ha de coexistir con aquellas que el Estado ostenta en virtud del artículo 149.1 Constitución Española, cuyo ejercicio puede condicionar, lícitamente, la competencia de las Comunidades Autónomas sobre el mencionado sector material*» (STC 61/1997, FJ 5.º).

Esta coexistencia se hace palpable si tenemos en cuenta que el urbanismo «*alude a la disciplina jurídica del hecho social o colectivo de los asentamientos de población en el espacio físico*» (STC 61/1997, FJ 6.º).

Si analizamos el artículo 149.1 CE observamos cómo el Estado, a través de diversos títulos en otras materias, puede afectar a las competencias de las CC.AA. en urbanismo⁶, tal como ocurriría con las competencias estatales:

a) En ciertos sectores [p.ej., en materia de ferrocarriles y transportes terrestres que transcurran por el territorio de más de una Comunidad Autónoma (art. 149.1.21.^a CE), o en puertos o aeropuertos de interés general (art. 149.1.20.^a CE), o en obras públicas de interés general (art. 149.1. 24.^a CE), etc.].

b) Sobre cuestiones concretas implicadas en el urbanismo: el procedimiento administrativo común, la legislación sobre expropiación forzosa, la legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de las Administraciones públicas (art. 149.1.18.^a CE), la legislación civil (art. 149.1.8.^a CE), etc.

c) Genéricas de carácter transversal: bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13.^a CE), y la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones (art. 149.1.1.^a CE).

2.^a En cuanto a la potestad ejecutiva o de mera gestión urbanística, no debe olvidarse que ésta debe recaer mayoritariamente en los Ayuntamientos.

⁶ Puede verse sobre este particular el estudio realizado por Avelino BLASCO ESTEVE sobre «La distribución de competencias urbanísticas entre el Estado y las Comunidades Autónomas», publicado en la *Revista Española de la Función Consultiva (REFC)*, núm. 5, enero-junio 2006, págs. 63 a 84, editada por el *Consell Jurídic Consultiu* de la Comunitat Valenciana (CJCCV).

tos⁷, para hacer efectiva la autonomía local constitucionalmente garantizada para la gestión de sus respectivos intereses⁸ (arts. 137 y 140 y ss. CE), y atendido que la Ley 7/1985, reguladora de las Bases de Régimen Local, dictada por el Estado en ejercicio de su competencia para fijar las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (art. 149.1.18.^a), en su artículo 25.2.d) atribuye a los municipios, «en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas», competencias en materia de «ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística; promoción y gestión de viviendas; parques y jardines...».

III. POTESTADES URBANÍSTICAS

Conforme a la STC 61/1997, las políticas urbanísticas o de ordenación de la ciudad conllevan el poder determinar «el cómo, cuándo y dónde deben surgir y desarrollarse los asentamientos humanos, y a cuyo servicio se disponen las técnicas e instrumentos urbanísticos precisos para lograr tal objetivo».

Según esta STC, el contenido del urbanismo se traduce en la determinación del régimen del suelo como condición previa a la urbanización y edificación, y las potestades de planeamiento, gestión o ejecución de instrumentos planificadores y la intervención administrativa en las facultades dominicales sobre el uso del suelo y edificación, a través de técnicas jurídicas concretas.

Igualmente, la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana (en adelante, LUV), en el apartado I de su Exposición de Motivos define el urbanismo «como una función pública desarrollada por las Administraciones Públicas competentes en la materia, a través de la cual planifican o definen el modelo urbanístico de ciudad; y lo desarrollan, con la participación de los propietarios, y demás operadores públicos y privados, de forma que también los ciudadanos, en cuanto sujetos particulares, tienen derecho a intervenir y colaborar en la consecución de los objetivos expuestos».

⁷ Indica Ángel MENÉNDEZ REXACH que del esquema de distribución competencial «resulta una clara atribución de las competencias legislativas en materia de ordenación del territorio y urbanismo a las Comunidades Autónomas, mientras que en relación con las competencias ejecutivas la situación es mucho más confusa, al no estar definidas con precisión las atribuciones de aquellas y de los municipios. La legislación autonómica no parece haber tenido interés en abordar este problema, dejando la delimitación competencial en el terreno de los principios generales» («Autonomía municipal urbanística: contenido y límites», publicado en la *REFC*, núm. 5, enero-junio 2006, págs. 21-22, editada por el CJCCV).

⁸ La STC 32/1981, de 28 de julio, indica que dicha autonomía municipal se configura como una «garantía institucional» con «un núcleo o reducto indisponible por el legislador», pero esa garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar.

IV. GESTIÓN O EJECUCIÓN URBANÍSTICA. FORMAS DE GESTIÓN

1. La actividad urbanística es, por definición, una actividad de titularidad pública en la medida en que está ligada al giro o tráfico administrativo, pero que admite formas de gestión directa o indirecta.

La dirección y el control de la gestión urbanística constituyen decisiones públicas, y la opción por una ejecución pública o privada depende de las concretas fórmulas que establezca la legislación de las CC.AA.⁹

La actividad de gestión (o ejecución) urbanística es un servicio público¹⁰ que presenta gran complejidad, porque no se limita a la ejecución de obras de urbanización (alcantarillado, abastecimiento de aguas, alumbrado público, etc.), sino que implica el desarrollo de diversas actividades para ejecutar sobre el espacio físico el planeamiento previamente diseñado, tratando de conseguir la distribución equitativa de beneficios y cargas entre los propietarios afectados y la recuperación por la comunidad de las plusvalías (art. 150 LUV).

2. Como señala José Antonio GARCÍA-TREVIJANO GARNICA¹¹, la actividad urbanística comprende dos tipos de actuaciones:

a) Reparcelar, esto es, distribuir equitativamente beneficios y cargas entre los propietarios afectados por el área de actuación afectada (unidades de ejecución, polígonos de actuación o parcelas excluidas).

b) Expropiar, en cuyo caso en puridad no se gestiona suelo, ya que la Administración o el beneficiario de la expropiación pasan a constituirse en propietarios, como regla general, de la totalidad de los terrenos que conforman el área de actuación.

3. En cuanto a las formas de gestión urbanística se podrían clasificar, en función de quien costea y asume los riesgos de la actividad urbanística, en gestión directa e indirecta.

A) La *gestión directa* supone que la actividad urbanística es asumida por la propia Administración o por un «medio propio o servicio técnico» de ella, esto es, por una entidad de su sector público (organismo autónomo, agencia pública, sociedad mercantil de capital exclusivo público...) que realiza la parte esencial de su actividad para la Administración urbanística y

⁹ Martín BASSOLS COMA, en su artículo «Iniciativa privada y gestión urbanística: sistemas de actuación, agente urbanizador y convenios urbanísticos», en *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 5, 2002, pág. 20.

¹⁰ La propia Exposición de Motivos del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo (TRLS de 2008), en su apartado IV, declara que «la urbanización es un **servicio público**, cuya gestión puede reservarse la Administración o encomendar a privados, y que suele afectar a una pluralidad de fincas, por lo que excede tanto lógicamente como físicamente de los límites propios de la propiedad».

¹¹ En el estudio «Contratos administrativos y gestión urbanística», en *REFC*, núm. 5, enero-junio 2006, págs. 98 a 102, editada por el CJCCV.

está sometida a un control análogo al que la Administración matriz puede ejercer sobre sus propios servicios, sin perjuicio de la posibilidad de que el medio propio personificado celebre contratos de obras o servicios con terceros para el desarrollo de la actividad [arts. 4.1.n) y 24.6 de la Ley 30/2007, de 30 de noviembre, de Contratos del Sector Público —LCSP—]. En la LUV, la gestión directa por la Administración municipal no genera derecho a percibir cantidad alguna en concepto de beneficio empresarial, excepto si se lleva a cabo por medio de una sociedad mercantil de capital íntegramente público (art. 128.4 LUV).

B) La *gestión indirecta* se produce cuando la actividad urbanística y los riesgos de ésta son asumidos por terceros ajenos a la Administración, como ocurriría:

a) Con las *Juntas de Compensación*: entidades públicas a las que corresponde llevar a cabo el proceso urbanístico de equidistribución de beneficios y cargas, y de los costes de las obras de urbanización, a fin de ejecutar el planeamiento en una determinada zona.

b) Con el *agente urbanizador*: persona física o jurídica que asume llevar a cabo el proceso urbanístico y su costeamiento, recibiendo a cambio el valor y retribución asignados a su actividad, no de la propia Administración, sino de los propietarios del suelo¹².

c) Con la gestión por «*expropiación indirecta*», en la que la Administración contrata con un tercero, pero no simplemente para que le preste servicios accesorios para llevar a cabo las expropiaciones (p.ej., averiguación de los propietarios afectados por la expropiación, comunicaciones, etc.), puesto que en este caso nos encontraríamos en la gestión directa costeada por el sector público, sino para que el tercero se convierta en beneficiario de la expropiación, abone el justiprecio¹³ y como propietario de los terrenos expropiados proceda a parcelar, entregando a la Administración las dotaciones procedentes, costee y ejecute la urbanización y se le retribuya con la apropiación de los terrenos restantes.

Este último supuesto sería una forma de gestión indirecta distinta de la del agente urbanizador, puesto que el beneficiario de la expropiación como

¹² El apartado IV de la Exposición de Motivos de la LUV señala que «*en la gestión indirecta del PAI, el agente urbanizador seleccionado por la Administración... asume el cumplimiento de las obligaciones de las que son sujetos pasivos los propietarios del suelo, a cambio de obtener la pertinente retribución por parte de los indicados propietarios del suelo, de manera que la Administración se asegura un interlocutor y permite concretar el alcance y el modo de cumplimiento de las obligaciones de las que, legalmente, están atribuidas a los propietarios, controlando el proceso de cumplimiento de las mismas y las características y calidad de las obras de urbanización que han de serle cedidas...*».

¹³ El artículo 48.2 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, aprobado por Decreto de 26/4/1957, dispone que «*cuando la expropiación se haya realizado en beneficio de particulares o empresas privadas, la Administración expropiante, una vez firme el precio de la expropiación, se dirigirá a los beneficiarios, notificándoles el lugar y fecha en que habrán de realizar el pago...*».

nuevo dueño del suelo, tras la transferencia coactiva de la propiedad realizada a su favor, no tiene que llevar a cabo una operación reparcelatoria y de equidistribución de beneficios y cargas entre propietarios, sino entregar a la Administración un suelo urbanizado, con las dotaciones y aprovechamientos que procedan¹⁴.

V. LA GESTIÓN URBANÍSTICA DIRECTA A TRAVÉS DE OTRAS ENTIDADES PERTENECIENTES AL SECTOR PÚBLICO DE LA ADMINISTRACIÓN MUNICIPAL: PROBLEMÁTICA DERIVADA DE LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

La jurisprudencia comunitaria¹⁵ valora como auténticos contratos públicos sujetos a las Directivas comunitarias los encargos realizados por los poderes adjudicadores a otras entidades de su sector público para la construcción y explotación de obras públicas, o prestación de servicios o entrega de suministros, cuando su cuantía supere los umbrales comunitarios, salvo que las entidades a las que se encomienden tales tareas tengan la consideración de «*medio propio o servicio técnico*» de la Administración pública¹⁶.

La LCSP se hace eco de esta jurisprudencia, de tal modo que dispone que los convenios de colaboración con otras entidades públicas o privadas no son posibles cuando por su naturaleza están sujetos a los contratos regulados en la LCSP o en normas administrativas especiales [apartados c) y d) del art. 4.1 LCSP]. En este sentido, sólo excluye de su ámbito de aplicación a los encargos de prestaciones que se realicen a una entidad que «*tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo*» [art. 4.1.n) LCSP], presuponiendo que en tal caso no nos encontramos ante un auténtico contrato¹⁷, sino ante una orden de ejecución de obligatoria observancia (faltaría la nota de la voluntariedad).

Para que un ente del sector público (con forma de personificación jurídica pública o privada) pueda ser considerado como medio propio y servicio técnico de un poder adjudicador han de cumplirse los siguientes requisitos (art. 24.6 LCSP):

¹⁴ Así lo sostiene José Antonio GARCÍA-TREVIJANO GARNICA en su estudio «Contratos administrativos y gestión urbanística», publicado en la *REFC*, núm. 5, enero-junio 2006, págs. 102-103, editada por el CJCCV.

¹⁵ SSTJCE de 18/11/1999, asunto *Teckal*; de 11/01/2005, asunto *Stadt Halle*; de 13/10/2005, asunto *parking Brixen*; de 10/11/2005, asunto *Comisión contra República de Austria*; de 19/04/2007, asunto *Tragsa*; o de 18/12/2007, sobre Convenio de Colaboración del Ministerio con Correos, entre otras.

¹⁶ Puede verse al respecto el estudio «El Derecho Comunitario de la competencia y las encomiendas o encargos de prestaciones por las Administraciones Públicas a favor de Entes de su sector público o de tercero», publicado en la *Memoria del CJCCV* correspondiente al año 2010.

¹⁷ La STJCE en el asunto *Tragsa* viene a reconocer la naturaleza no contractual de este tipo de relaciones, porque aquella «*está obligada a realizar los trabajos que le encomienden los poderes públicos, incluidas las CC.AA. ... no tiene la posibilidad de fijar libremente la tarifa de sus intervenciones y sus relaciones con dichas CC.AA. no tienen naturaleza contractual*».

a) Que realice la *parte esencial de su actividad* para el poder adjudicador¹⁸.

b) Que el poder adjudicador ostente sobre el ente un *control análogo* al que puede ejercer sobre sus propios servicios¹⁹. Se considera que existe este control análogo si concurren las siguientes notas: 1.^a) que el poder adjudicador pueda conferirles encomiendas de gestión de ejecución obligatoria²⁰; 2.^a) que las encomiendas de gestión deban ejecutarse de acuerdo con las instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante; 3.^a) que la retribución se fije por referencia a las tarifas aprobadas por la entidad encomendante, y 4.^a) que en el caso de sociedades públicas, la totalidad de su capital sea de titularidad pública²¹.

¹⁸ En la STJCE 11/5/2006, *Carbotermo*, indica que cuando son varios los entes territoriales que controlan una empresa, este requisito puede considerarse satisfecho si dicha empresa realiza lo esencial de su actividad, no necesariamente con uno u otro de estos entes territoriales, sino con dichos entes territoriales considerados en conjunto.

Siguiendo tal planteamiento, la STJCE 19/04/2007, *Tragsa*, declara que esta empresa pública realiza lo esencial de su actividad con los entes territoriales y los organismos públicos que la controlan (Estado en un 99%, y cuatro CC.AA. en un 1%) porque «realiza por término medio más del 55% de su actividad con las Comunidades Autónomas y alrededor de un 35% con el Estado».

¹⁹ La STJCE 10/11/2005, *Comisión/Austria*, considera que *no basta que este control análogo exista en el momento inicial de adjudicación del contrato, sino que ha de mantenerse durante su ejecución*, pues si posteriormente desaparece no sería admisible la contratación *in house*.

²⁰ En la STJCE 19/4/2007 considera que Tragsa tiene la consideración de medio propio porque «no goza de libertad alguna ni con respecto al curso que debe dar a un encargo formulado por las autoridades competentes ni en cuanto a la tarifa aplicable a sus prestaciones...», afirmando que «en sus relaciones con el Estado español, Tragsa no tiene la posibilidad de fijar libremente la tarifa de sus intervenciones y sus relaciones con dichas Comunidades no tienen naturaleza contractual» (apartado 60).

Sin embargo, la STJCE de 18/12/2007, sobre Convenio de Colaboración del Ministerio con Correos para la prestación de servicios postales y telegráficos no reservados, matiza que la obligatoriedad en la ejecución del encargo puede no ser suficiente para considerar a la entidad como medio propio y servicio técnico, porque en el caso de Tragsa, ésta estaba «obligada a realizar con carácter exclusivo los trabajos que le encarguen la Administración General del Estado, las CC.AA. y los organismos públicos dependientes de ellas», mientras que en el supuesto de Correos faltaría el requisito de prestar la parte esencial de su actividad para la Administración General del Estado, ya que «Correos, en cuanto proveedor del servicio postal universal en España, no realiza la parte esencial de su actividad con el Ministerio ni con la Administración Pública en general, sino que dicha sociedad presta servicios postales a un número indeterminado de clientes del referido servicio postal», pues «su clientela está compuesta por cualquier persona interesada en utilizar el servicio postal universal», de tal modo que «el mero hecho de que Correos no disponga de libertad alguna ni en lo que atañe a la aceptación y ejecución de los encargos del Ministerio ni en cuanto a la tarifa aplicable a los servicios que presta no puede tener como consecuencia automática el que no se haya celebrado ningún contrato entre ambas entidades», ya que «compite en el mercado español con otras empresas postales».

²¹ A efectos de la consideración de una empresa como medio propio, lo que no cabe es la participación de un particular o de otra empresa privada [SSTJCE de 11/01/2005 (asunto *Stadt Halle*) y de 8/04/2008 (*Agusta*)].

Ahora bien, la STJCE relativa a Tragsa admitió que esta sociedad de capital público mixto (Estado/CC.AA.), aunque la mayoría del capital social estuviera en manos estatales (el 99%), fuera considerada como medio propio y servicio técnico de las restantes entidades públicas que tenían acciones en aquélla.

c) Que la norma que cree la entidad o sus estatutos *le reconozcan expresamente la condición* de medio propio y servicio técnico, con indicación de las entidades con respecto de las que tiene esa condición y especificación del régimen de las encomiendas que se les pueden conferir o las condiciones en las que podrán adjudicárseles contratos.

d) *Imposibilidad de participar en las licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios*, sin perjuicio de que, cuando no concorra ningún licitador pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

En consecuencia, cuando en la entidad del sector público (con forma de personificación pública o privada) a la que se pretenda encomendar directamente la gestión urbanística no concurren los requisitos descritos, no podrá entenderse que se trata de un medio propio y servicio técnico de la Administración municipal y, por tanto, no cabrá la adjudicación directa del encargo.

VI. LA GESTIÓN URBANÍSTICA INDIRECTA EN LA COMUNIDAD VALENCIANA: EL AGENTE URBANIZADOR

1. La Ley estatal del Suelo de 1956 configuró el urbanismo en España como una cuestión esencialmente sujeta al Derecho público, atribuyendo a los poderes públicos la decisión sobre el destino del suelo y sus posibles usos, pero conectó la gestión urbanística indirecta con la propiedad del suelo, de manera que la participación privada en el proceso urbanístico recaía sobre aquél, al que se le reconocía el derecho a edificar y el deber de sufrir las cargas de la urbanización.

Ahora bien, este mecanismo de gestión indirecta era uno de los constitucionalmente posibles pero no el único, siendo susceptible de ser modificado por el legislador, porque el derecho de propiedad²² «no incluye entre sus facultades el derecho a transformar el suelo»²³. Así, ya de modo incipiente, el artículo 104 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de diciembre, atribuyó también a los particulares las facultades para redactar y elevar a la Administración para su tramitación los instrumentos de desarrollo del planeamiento general, pero, como indica BASSOLS COMA, «incluso en este ámbito reconocido era tal la incertidumbre en su tramitación que la mayoría de los desarrollos del plan general correspondían a la propia Administración actuante»²⁴.

²² Frente al carácter absoluto del derecho de propiedad recogido en el Derecho romano (también en el art. 348 Cc), la CE reconoce el derecho de propiedad, pero subordina su contenido a la «función social» que debe cumplir según la delimitación que haga el legislador (art. 33 CE).

²³ Esta opinión es sustentada por Juan Antonio HERNÁNDEZ CORCHETE, en su estudio «El agente urbanizador como sistema de gestión urbanística», contenido en el libro *Fundamentos de Derecho Urbanístico*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2007, pág. 603.

²⁴ Martín BASSOLS COMA, *op. cit.*, pág. 20.

2. La Ley Reguladora de la Actividad Urbanística 6/1994, de 25 de noviembre (LRAU), constató que en la Comunidad Valenciana «*se urbaniza poco en relación con lo que se edifica*», así como la escasez de suelo urbanizado, o la ralentización de los procesos de urbanización y el encarecimiento de los precios (de los suelos o de la vivienda), por diversos factores como eran que el promotor inmobiliario no solía ser propietario y se veía obligado a la compra de suelo para participar en la urbanización, o que los ritmos de inversión pública eran irregulares y estaban condicionados por los ciclos económicos.

Dicho de otro modo, la ejecución del planeamiento conlleva un camino largo, difícil y costoso, para el que habitualmente sólo está preparado el promotor o empresario que dispone de los medios económicos y profesionales necesarios, de los que suelen carecer los propietarios.

Esta realidad, de la que deriva el incumplimiento sistemático de los plazos de ejecución de los instrumentos de planeamiento urbanístico, propició que la LRAU realizara una importante innovación en el panorama del Derecho urbanístico estatal, al separarse de sus sistemas de gestión y actuación propios —la compensación, la cooperación y la expropiación—, permitiendo que, junto a la gestión urbanística directa, se implantasen los denominados Programas para el desarrollo de Actuaciones Integradas (PAI) y los Programas de Actuaciones Aisladas (PAA), promoviendo al mismo tiempo su redacción y ejecución por la iniciativa privada mediante la figura del agente urbanizador, pero siempre bajo supervisión administrativa.

Así pues, la LRAU tomó conciencia de la importante función que puede desempeñar la actividad empresarial en la gestión urbanística en la medida que requiere importantes inversiones económicas, que pueden ser retribuidas no sólo en sus costes, sino con el reparto de las plusvalías obtenidas y frente a la configuración de la urbanización como un problema que sólo afectaba a dos sujetos (la Administración y al propietario), la citada Ley propuso como solución la simbiosis de tres sujetos (Administración, urbanizador y propietario).

El urbanizador se configuró en la LRAU como aquella persona, pública o privada, que asume de manera voluntaria, sin ser necesariamente propietaria de terrenos afectados por la urbanización, la responsabilidad pública de promover la ejecución de una actuación urbanizadora (implantar infraestructuras, vías públicas, alcantarillado, alumbrado público, etc.) en desarrollo de la calificación urbanística prevista por el plan.

La incorporación del suelo urbanizable al efectivo proceso urbanizador se produce a través del Programa, cuya aprobación necesita el compromiso del promotor, público o privado (agente urbanizador), de desarrollarlo en los plazos y condiciones determinados, en los términos pactados. Los propietarios afectados como consecuencia del Programa obtienen suelo urbanizado, y el agente urbanizador percibe su retribución con cargo a los propietarios que reciben solares urbanizados.

Así pues, la figura del urbanizador privado, y más concretamente cuando aquél no es el propietario de los terrenos sobre los que se va a acometer una actuación urbanística, es original del Derecho valenciano, y se reguló por primera vez en la LRAU.

Esta figura ha sido objeto de no pocas críticas basadas fundamentalmente en la alteración de la pacífica propiedad por los titulares de terrenos, por la debilidad en la que se solían encontrar los propietarios de los terrenos respecto del agente urbanizador, porque si bien el espíritu de la LRAU era dejar en manos de las partes (agente urbanizador y propietarios) la suscripción de acuerdos libres en cuanto a la transformación del suelo, lo cierto es que muchas veces esas negociaciones no se realizaban en condiciones de igualdad, acudiendo el urbanizador a la Administración municipal para que aprobara las condiciones del programa que, en cierta medida, no venían impuestas por razones de interés público, sino de conveniencia de sus propios intereses²⁵.

Por el contrario, también ha recibido alabanzas por la eficacia de su sistema, que parecía alejar, definitivamente, *«los procelosos trámites a los que se verán abocados los modelos de ejecución del planeamiento de la legislación estatal, especialmente el de compensación, cuando no se obtenía la unanimidad de los propietarios y había que acudir a la expropiación para tener la disponibilidad de suelo antes de su gestión urbanística... lo cual estrangulaba la gestión o ponía en manos de propietarios renuentes a colaborar, todo el proceso. Proprietarios a quienes había que vencer a fuerza de dinero. Lo que acarrea injusticias y desigualdades»*²⁶.

Como ha señalado MARTÍNEZ MORALES, con esta forma de gestión urbanística *«de hecho se han transformado barrios, periferias abandonadas, intersticios urbanos..., con rapidez y eficiencia espectaculares»*²⁷, no obstante lo cual reconoce, refiriéndose a la LRAU, que aunque tuvo el acierto de concebir un nuevo urbanismo *«se ha envilecido con una aplicación perversa, en tantos casos, que comienza a ser preocupante»*.

El mismo autor considera que la falta de garantías de los propietarios afectados por un proceso urbanizador no era una carencia de la LRAU y señala que, de hecho, los tribunales no efectuaron pronunciamientos significativos al respecto, pues la ley estrictamente cumplida no concedía mucho margen a la intervención judicial. Pero advierte del sentimiento de desprotección de los propietarios debido, fundamentalmente, a la extrema brevedad de los plazos para reaccionar frente a un programa; a la obligada participación en procesos urbanizadores a quienes ya habían patrimonializado sus derechos; al descontrol sobre el precio del suelo y de la urbanización; a las posiciones de dominio ejercidas por los agentes urbanizadores en los procesos reparcelarios; y a las cargas de urbanización y a lo superfluo de muchas de ellas²⁸.

²⁵ Así, Francisco Antonio CHOLBI CACHÁ, en su artículo «Génesis y evolución de la normativa urbanística valenciana: desenlace final con la promulgación de la Ley Urbanística Valenciana», en la obra *Derecho urbanístico de la Comunidad Valenciana*, dirigida por Enrique SÁNCHEZ GOYANES, publicada en Las Rozas (Madrid), El Consultor de los Ayuntamientos, 2006, pág. 43.

²⁶ J. L. MARTÍNEZ MORALES, «Sobre la pretendida inconstitucionalidad de la LRAU. Estudio del Auto dictado por el TSJCV de 15 octubre 2001», en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 2/2002, pág. 66.

²⁷ *Op. cit.*

²⁸ Vid. en «La Ley Urbanística Valenciana (LUV) 16/2005, de 30 de diciembre».

En cualquier caso, la legislación urbanística de otras CC.AA. se ha inspirado en la figura del «agente urbanizador» valenciano para establecer un nuevo sistema de actuación. Al respecto cabe citar las siguientes normas: el Texto Refundido de la Ley de Castilla y León 5/1999, de Urbanismo (arts. 86 y 87); la Ley de La Rioja 10/1998, de 2 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo (arts. 144 y ss.); la Ley 2/2001, de 25 de junio, de ordenación territorial y régimen urbanístico del suelo de Cantabria; la Ley gallega 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia; la Ley 5/1999, de 25 de marzo, urbanística de Aragón; la Ley 3/2002, de 19 de abril, de régimen del suelo y ordenación urbanística del Principado de Asturias; la Ley 1/2001, del Suelo de la Región de Murcia; la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de ordenación urbanística de Andalucía; o la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid.

3. La STJCE de 12/7/2001 (*Teatro alla Scalla*) fue un factor determinante para la modificación del procedimiento de selección y adjudicación del agente urbanizador previsto en la LRAU, pues dicha Sentencia efectuó una interpretación extensiva de la Directiva 93/37/CE del Consejo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, declarando su aplicación a los contratos onerosos celebrados por las AA.PP. con terceros para la ejecución de obras de urbanización en el ámbito urbanístico cuando el precio a percibir por las obras fuera igual o superior al umbral comunitario²⁹.

²⁹ El supuesto de hecho estudiado por el Tribunal de Luxemburgo consistió en que el Ayuntamiento de Milán aprobó un programa de obras de restauración y acondicionamiento del Teatro alla Scalla, así como la construcción en otra zona de un nuevo teatro destinado a albergar transitoriamente las actividades del citado teatro, celebrando un convenio específico con Pirelli y otras entidades para que asumieran los gastos correspondientes a la coordinación del proyecto preliminar; del proyecto definitivo y del proyecto de ejecución, así como las obras de restauración, y a cambio se les eximía conforme a la legislación nacional italiana de las cargas de urbanización.

Esto dio lugar al planteamiento de una cuestión prejudicial por el Tribunal de Lombardía porque, a pesar de que el Ayuntamiento había aplicado correctamente la legislación nacional, tenía dudas sobre si esta legislación debía ceder ante la Directiva, en la medida que permitía la adjudicación directa de las obras de urbanización, cuyo valor excedía del umbral comunitario, sin posibilidad de que concurrieran otros interesados, sobre todo teniendo en cuenta que las obras no eran realizadas a título gratuito al quedar liberado el urbanizador de una deuda con la Administración.

En la citada Sentencia se concluye que la primacía del Derecho comunitario y la aplicación de sus Directivas cuando concurren los requisitos previstos en aquéllas no pueden excluirse por la existencia de legislaciones nacionales como la urbanística, con características propias y con una finalidad específica distinta de la Directiva de contratación pública de obras (Considerando 66).

En este sentido, insiste en el carácter oneroso del contrato analizado puesto que «*el titular de una licencia urbanística o de un plan de urbanización aprobado que realiza las obras de urbanización no efectúa ninguna prestación a título gratuito, puesto que queda liberado de una deuda del mismo valor... de la que es acreedor el Ayuntamiento*».

En consecuencia, en el caso planteado el TJCE declara de aplicación la Directiva, considerando que «*el hecho de que el titular de la licencia efectúe las obras de urbanización en su propio nombre, antes de cederlas al Ayuntamiento, no puede despojar a este último de su calidad de entidad adjudicadora con respecto a la realización de tal obra*» (Considerando 94).

Este cambio fue también consecuencia del informe final del Parlamento Europeo de 5/12/2005 (Fortou, Ref. A6-0382/2005), en el que se recomienda a las autoridades competentes que, entre otras cosas, en la formulación de la nueva Ley de Urbanismo de la Comunidad Valenciana se contenga una definición clara del concepto de interés público, sin que puedan incluirse en tal definición intereses privados espurios, así como la revisión del procedimiento de selección del agente urbanizador para que se ajuste a las Directivas, especialmente en materia de contratación pública, y que se garantice la protección de los derechos de propiedad de los ciudadanos europeos, entre los que se encuentra la información individual a efectos de poder impugnar las decisiones de las que discrepen.

4. La LUV remarca como uno de sus objetivos principales el de dotar de mayor transparencia y competitividad al proceso de selección y adjudicación del urbanizador de un PAI (apartado II de su Exposición de Motivos), tratando de *«compatibilizar... (sic) la actividad urbanística de iniciativa particular con los principios de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, así como los principios que de estas libertades se deriven, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia...»*.

En su artículo 39 vuelve a recoger como instrumentos de gestión, urbanización y edificación del suelo:

a) Los PAI, que regulan el proceso de ejecución de éstas en el suelo urbanizable, las condiciones y cargas de urbanización, fijando los plazos, especificando su alcance y modalidad, concretando compromisos y garantías... Los PAI pueden ser aprobados a iniciativa de los municipios, de la Administración de la Generalitat (o de las entidades que integran su sector público) o de los particulares, personas físicas o jurídicas, sean o no propietarios de los terrenos (art. 118 LUV).

b) Los PAA, que regulan el proceso de ejecución de éstas en suelos urbanos, fijando también los plazos, compromisos, condiciones de urbanización, edificación o rehabilitación, designando su promotor, etc.

Según el artículo 117.4 LUV, la ejecución de los PAI es siempre pública, correspondiendo a la Administración decidir su gestión directa (cuando la totalidad de las obras o inversiones es financiada con fondos públicos y gestionada por la Administración o entidades del sector público de capital íntegramente público) o indirecta (cuando la Administración decide acometer la actuación a cargo de la financiación comprometida por un tercero y le delega la condición de urbanizador, previamente seleccionado en un procedimiento público).

Por tanto, la LUV únicamente prevé como forma de gestión indirecta la del agente urbanizador, interpuesto entre la Administración municipal y los propietarios afectados, a diferencia de otras CC.AA. que admiten otras formas

(compensación...). Ésta es, precisamente, una de las críticas que ha recibido la LUV: el inmovilismo en el mantenimiento de un único modelo de gestión urbanística indirecta³⁰.

5. Ahora bien, la gestión indirecta de un PAI implica necesariamente la presencia de dos sujetos distintos (primer párrafo del art. 117.5 LUV): el agente urbanizador y el empresario constructor, debiendo ser seleccionado también este último en concurso público. Excepcionalmente se permite que la obra pueda ser ejecutada por el urbanizador, por sí o a través de contratistas de su elección, cuando el presupuesto de la obra de urbanización no supere el umbral comunitario fijado en la correspondiente Directiva de obra pública —sin que pueda fraccionarse con objeto de disminuir su cuantía—, o cuando el PAI se desarrolle en terrenos de un único propietario o haya acuerdo unánime de la totalidad de sus propietarios (apartados 6 y 7 del art. 120 LUV).

Con carácter previo ha de procederse a la selección de la propuesta de PAI formulada por el particular legitimado (agente urbanizador), que, conforme al artículo 119.1 LUV, una vez seleccionado, será el encargado de financiar el coste de las inversiones, obras, instalaciones y compensaciones necesarias para la ejecución del PAI, pudiendo repercutir dicho coste en la propiedad de los solares resultantes, y también deberá asumir la redacción de los documentos técnicos que se establezcan en las bases, así como proponer y gestionar el correspondiente proyecto de reparcelación y contratar al empresario constructor para la ejecución de las obras del PAI de que se trate.

6. En el Anteproyecto de Ley Urbanística Valenciana (ALUV) el actual artículo 119 era el 118, debido a que el artículo 120 del Anteproyecto pasó a ser el 118 de la Ley. No existía el apartado 5 del artículo 117, que establece que la gestión indirecta de los PAI implicará necesariamente la previa selección de una propuesta de programa formulada por un particular.

El texto del Proyecto de Ley aprobado por el Consell de la Generalitat el 20 de mayo de 2005 es coincidente, en este punto, con el del ALUV, y así fue dictaminado por el CJCCV en sesión de 21 de abril de 2005 (Dictamen 176/2005).

En trámite parlamentario el precepto sufrió algunos retoques de carácter técnico para mejorar su redacción: lo que era el apartado 3 se desdobló en los actuales apartados 3 y 4, y se añadió el apartado 5, constituido por la última frase del artículo 119 del Proyecto de Ley (*«Para ser urbanizador no se requerirá una clasificación especial»*).

El artículo 119 de la LUV se ocupa del urbanizador, como agente público responsable del desarrollo y ejecución de las actuaciones urbanísticas previstas en la Ley, pudiendo actuar como tal tanto la Administración como los particulares, sean o no propietarios del suelo en que se va a desarrollar la actuación urbanística. Prevé, por tanto, la gestión indirecta de la urbanización, en las condiciones y con los requisitos legalmente establecidos.

³⁰ Así, Francisco Antonio CHOLBI CACHÁ, en el artículo citado, pág. 52.

7. Tras la aprobación de la LUV se envió una nueva Comunicación, de 4/4/2006, de la Comisión Europea en la que se puso de manifiesto que algunas de las infracciones detectadas en relación con la LRAU no habían sido subsanadas³¹.

8. Después de la entrada en vigor de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo³², dada la conveniencia de conjugar la legislación urbanística valenciana con la legislación estatal, en lo que atañe a la reserva de vivienda protegida y al porcentaje del suelo residencial que debe destinarse a dicho fin, se aprueba el Decreto-Ley 1/2008, de 27 de junio, del Consell, de Medidas Urgentes para el Fomento de la Vivienda y el Suelo.

En este Decreto-Ley, entre otras medidas, se establece una reserva de edificabilidad residencial con independencia de la población del municipio, con el fin de destinarla a vivienda sometida a algún régimen de protección pública. También se contemplan las áreas residenciales prioritarias con el objeto de establecer reservas de suelo para destinarlos a viviendas sometidas a algún régimen de protección pública, superando el ámbito municipal, pretendiendo dar respuesta a las necesidades generadas en ámbitos territoriales superiores.

VII. EL AGENTE URBANIZADOR EN LA LEY ESTATAL DEL SUELO

El Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, declara con carácter básico en el apartado a) de su artículo 6 que la legislación sobre ordenación territorial y urbanística **«regulará: a) El derecho de iniciativa de los particulares, sean o no propietarios de los terrenos, en ejercicio de la libre empresa, para la actividad de ejecución de la urbanización cuando ésta no deba o no vaya a realizarse por la propia Administración competente. La habilitación a particulares, para el desarrollo de esta actividad deberá atribuirse mediante procedimiento con publicidad y concurrencia y con criterios de adjudicación que salvaguarden una adecuada participación de la comunidad en las plusvalías derivadas de las actuaciones urba-**

³¹ «Particularmente por lo que se refiere al contenido de los anuncios de licitación y los documentos contractuales para la adjudicación de los PAI, y a la posibilidad de aumentar el precio del contrato tras la selección del agente urbanizador. La Comisión también observa que otros aspectos del procedimiento de selección de los agentes urbanizadores pueden no cumplir las directivas de la UE en materia de contratación pública. Cabe mencionar el contenido de las propuestas para iniciar un PAI, la presentación y contenido de las ofertas, la admisibilidad de variantes, los criterios de adjudicación, y la posibilidad de modificar partes del contrato y/o del proyecto seleccionado después de la adjudicación del contrato. Por último, la Comisión señala que las autoridades españolas no han atendido las advertencias previas y han seguido adjudicando contratos con base en la LRAU hasta el 1 de febrero de 2006, en violación de las Directivas sobre contratación pública de la UE».

³² La Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo, ha sido derogada por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo (TRLS), dictado en virtud de la delegación conferida al Gobierno en aquella Ley para refundir su texto y los preceptos que aún quedaban vigentes del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

nísticas, en las condiciones dispuestas por la legislación aplicable, sin perjuicio de las peculiaridades o excepciones que ésta prevea a favor de la iniciativa de los propietarios del suelo». La redacción de este precepto es coincidente con la contenida en el apartado a) del artículo 6 de la derogada Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo.

Este apartado suscita serias dudas de constitucionalidad por las siguientes razones:

a) La gestión urbanística (quién urbaniza y quién edifica) es un aspecto atribuido a las CC.AA. con competencia en materia de urbanismo, que tienen libertad para regularlo decidiendo la concreta forma de gestión (directa o indirecta)³³.

Aunque el legislador estatal puede establecer que la ejecución del planeamiento garantice la distribución equitativa de los beneficios y cargas entre los afectados, así como el cumplimiento de los deberes de cesión correspondientes y costeamiento de la obra urbanizadora, en la medida en que ello entronca con el estatuto básico de la propiedad urbana, sin embargo, no le incumbe determinar el instrumento, el procedimiento o la forma en que ha de llevarse a cabo la ejecución del planeamiento, cuestiones éstas que corresponden a la competencia urbanística autonómica (STC 61/1997, FJ 27.º).

Por tanto, imponer a las CC.AA. que regulen el derecho de iniciativa de los particulares en la actividad de ejecución de la urbanización supone una limitación a su potestad legislativa.

Obsérvese que el artículo 141 TRLS de 1992, en el que se afirmaba que *«la ejecución de los planes de ordenación corresponde al Estado, a las Comunidades Autónomas y a los Entes Locales en sus respectivas esferas de actuación»*, fue declarado inconstitucional porque contenía *«una determinación que compete establecer al legislador autonómico, habida cuenta que, en rigor, estamos ante la ejecución urbanística del planeamiento que se inserta sin dificultad en el ámbito material del urbanismo»* [STC 61/1997, FJ 27.º, a)].

La STC 164/2001, al pronunciarse sobre el artículo 4 de la Ley estatal 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoración (LRSV), indicó que dicho precepto había sustraído el control y dirección de las actuaciones urbanísticas a los mecanismos de mercado (propietarios y empresarios), pero había introducido el nuevo criterio normativo de la participación de los particulares (propietarios o no) en la acción urbanística pública, suponiendo estas limitaciones el establecimiento de las condiciones básicas de ejercicio del derecho de propiedad (art. 33.1 CE) y de libertad de empresa (art. 38 CE) en relación con un bien escaso como es el suelo. No obstante, matizó que *«en*

³³ Avelino BLASCO ESTEVE, respecto a la imposición en la legislación estatal como necesaria de la iniciativa de los no propietarios en la actuación urbanística, considera que *«a pesar de que está justificada como un derecho de todos los ciudadanos derivado del principio de libertad de empresa... se mueve... en los límites de lo constitucionalmente admisible, ya que estamos en un aspecto referido sin duda a la gestión o ejecución urbanística de los planes y demás normas aplicables, lo cual forma parte de la competencia general sobre urbanismo de las Comunidades Autónomas»* (en artículo antes citado, pág. 78).

el marco de esta regulación corresponde a cada Comunidad Autónoma la concreta articulación de la acción urbanística pública con la participación o iniciativa privadas (así mediante la regulación de los sistemas o técnicas de ejecución del planeamiento y, en relación con ello, del derecho a promover la transformación del suelo urbanizable)», porque «es precisamente en el marco de la legislación autonómica donde han de quedar delimitados los ámbitos de participación e iniciativa propios del propietario y, en su caso, del empresario urbanizador».

En el FJ 9.º de la Sentencia citada en el párrafo anterior también señaló que el artículo 4.3 LRSV, en el que se establece que *«en los supuestos de actuación pública, la Administración actuante promoverá, en el marco de la legislación urbanística, la participación de la iniciativa privada aunque ésta no ostente la propiedad del suelo»*, era conforme a la CE, pero porque *«se limita a prever la posible participación de propietarios y empresarios, pero no regula ninguna concreta forma de participación... (sic) será entonces en la legislación urbanística de cada Comunidad Autónoma donde se precise el régimen de los posibles sistemas de actuación pública y, en la misma medida, el grado de participación o iniciativa de los distintos sujetos económicos (no necesariamente propietarios)».*

b) El apartado a) del artículo 6 del TRLS se dicta por el Estado al amparo del artículo 149.1.1.ª CE (regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales) y se fundamenta en el principio de libertad de empresa, pero el Tribunal Constitucional se ha encargado de matizar que *«condiciones básicas»* no es sinónimo de *«legislación básica»*, *«bases»* o *«normas básicas»*, ni se identifican con el contenido esencial de los derechos —art. 53.1 CE— (STC 61/1997, FJ 7.º).

También manifiesta el Tribunal Constitucional que a través de esas condiciones básicas no se puede configurar el modelo de urbanismo que la Comunidad Autónoma y la Administración local, en el ejercicio de sus respectivas competencias, pretendan diseñar, ni definir o predeterminar las técnicas o instrumentos urbanísticos al servicio de esas estrategias territoriales: habrá que distinguir aquellas normas urbanísticas que guardan una directa e inmediata relación con el derecho de propiedad (o, en nuestra opinión, con el derecho fundamental de que se trate), y del que se predicen las condiciones básicas, de aquellas otras que se refieren a la ordenación de la ciudad, que regulan la actividad de urbanización y edificación de los terrenos para la creación de ciudad (STC 61/1997, FJ 9.º).

Las condiciones básicas han de ser las imprescindibles o necesarias, como ocurre en lo que se refiere a las valoraciones y al régimen urbanístico de la propiedad del suelo para garantizar la *«igualdad básica»* de los propietarios del suelo en el ejercicio de su derecho de propiedad urbana (lo que también encuentra acogida en la competencia del Estado sobre *«legislación de expropiación forzosa»*), pero no se puede admitir que en cualquier aspecto el Estado pueda pretender una igualdad formal absoluta, porque una interpretación am-

plia habría de conducir a un solapamiento con otras competencias estatales o a una invasión de las competencias autonómicas, ya que bastaría al Estado invocar la regulación de las condiciones básicas de igualdad para el ejercicio de la propiedad urbana y la libertad de empresa para que pudiera dictar una norma de una amplitud tal que poco les restaría a las CC.AA. (STC 61/1997, FJ 8.º).

El CJCCV ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la regularidad constitucional del artículo 6.a) de la Ley estatal 8/2007, del Suelo, al emitir dictamen en relación con el recurso de inconstitucionalidad que, contra diversos preceptos de dicha Ley, proyectaba plantear el Gobierno valenciano (Dictamen 781/2007), estimando que podría incurrir en tal vicio el inciso primero del citado artículo 6.a) [la legislación sobre ordenación territorial y urbanística regulará: a) El derecho de iniciativa de los particulares, sean o no propietarios...], por imponer obligatoriamente a la legislación autonómica la regulación del derecho de iniciativa de los particulares «no propietarios», y ello con independencia de que la legislación urbanística valenciana (art. 118 de la Ley 16/2005, LUV) regule actualmente dicha iniciativa, pues vincula «pro futuro» al legislador autonómico en dicho extremo.

VIII. LA RELACIÓN JURÍDICA ENTRE LA ADMINISTRACIÓN URBANÍSTICA Y EL AGENTE URBANIZADOR

1. *La relación jurídico-pública entre la Administración urbanística y el agente urbanizador*

Existe consenso en que la relación jurídica entre la Administración urbanística y el agente urbanizador es de tipo público porque está vinculada al giro o tráfico específico de la Administración pública.

Algunos autores consideran que dicha relación jurídico-pública no es de tipo contractual, sino que da lugar a un convenio³⁴. Esta postura se sustentaría en que la retribución del agente urbanizador correspondería a los propietarios del suelo y no a la Administración.

En nuestra opinión, estamos en presencia de una relación jurídica contractual de carácter bilateral (existe un acuerdo de voluntades entre la Administración y el agente urbanizador en cuanto a la ejecución de una función pública, la urbanización conforme a un PAI), correspondiendo a la Administración regular el control de las condiciones de prestación y seleccionar al urbanizador.

Aunque esta relación contractual no supone desplazamiento patrimonial (ni en dinero ni en especie) para la Administración municipal, ya que el contratista urbanizador asume el coste de las obras de urbanización, de la re-

³⁴ Marcos VAQUER CABALLERÍA, en su estudio «La fuente convencional, pero no contractual, de la relación jurídica entre el agente urbanizador y la Administración urbanística», en *Documentación Administrativa*, núms. 261-262, septiembre 2001-abril 2002.

dación de los proyectos, de la gestión del suelo, etc., lo cierto es que como consecuencia de aquella relación jurídica con la Administración el urbanizador obtiene ventajas patrimoniales³⁵, pues los propietarios de los terrenos no sólo tienen que sufragar las cargas de la urbanización, sino que también costean el beneficio empresarial del agente urbanizador [calculado en un porcentaje que en ningún caso podrá superar el 10% —art. 127.1.d) LUV—].

En definitiva, lo relevante no es que el urbanizador reciba prestaciones directamente de la Administración, sino que quien decide la cuantía de las contraprestaciones que percibirá el urbanizador por la realización de sus cometidos no son los propietarios, sino la Administración actuante, por lo que nos encontramos ante un mercado público³⁶ sometido al control y dirección de la Administración municipal.

Téngase en cuenta que también existen contratos administrativos que no pierden tal carácter porque el pago al contratista no se efectúe directamente por la Administración (p.ej., el contrato de gestión de servicios públicos, en el que suele preverse que la retribución del contratista provenga exclusivamente de las tarifas abonadas por los usuarios, salvo que la Administración asuma el coste de prestación a personas o colectivos especialmente necesitados, o se prevea una forma de retribución mixta con cargo a las tarifas de los usuarios y a las aportaciones de la Administración³⁷).

2. *La falta de acreditación de que el contrato entre Administración y agente urbanizador pueda ser calificado como contrato de obras*

La STJCE de 12/7/2001 (*Teatro alla Scalla*), anteriormente mencionada, supuso el reconocimiento de la aplicación de la Directiva 93/37/CEE a los contratos onerosos celebrados por las Administraciones públicas con terceros para la ejecución de obras de urbanización en el ámbito urbanístico, cuando la con-

³⁵ VON THUR considera que debe entenderse por atribución patrimonial todo negocio o acto no negocial en cuya virtud alguien procure a otra persona un beneficio o una ventaja patrimonial, que puede consistir en un incremento de su patrimonio —por agregación de nuevos derechos, aumento del valor de aquéllos o la cesación de una obligación que gravaba el patrimonio— o en evitarle una disminución patrimonial —como cuando se le ahorra un desembolso—. Por su parte, ENNECERUS estima que la atribución exige el enriquecimiento del beneficiario, pero no supone necesariamente una disminución patrimonial del que realiza la atribución, porque el que presta un servicio o trabajo enriquece a aquel a favor de quien se presta, pero no empobrece ineludiblemente al que lo realiza (págs. 80 y 81 del libro *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Volumen I. Introducción Teoría del Contrato*, 5.ª ed., Madrid, Editorial Civitas, 1996; autor Luis Díez-PICAZO).

³⁶ Juan Antonio HERNÁNDEZ CORCHETE destaca que «quien decide la cuantía a entregar y decide a qué urbanizador se le va a entregar no es el propietario sino la Administración actuante», llegando a la conclusión de que «es evidente que hay un mercado y que quien tiene el control de ese mercado es la Administración actuante» (art. cit., pág. 606).

³⁷ El artículo 257.1 LCSP dispone que en la gestión indirecta de servicios públicos «el contratista tendrá derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración».

traprestación a percibir por las obras fuera igual o superior al umbral comunitario, pues se interpreta que existe una relación jurídica onerosa aunque las obras se financien a cargo de los propietarios titulares de la licencia, sin desplazamiento pecuniario de la Administración, en la medida en que se les eximía de los costes de urbanización.

Por su parte, la Comisión de la Unión Europea ha venido sosteniendo que el contrato suscrito entre la Administración y el agente urbanizador podría considerarse como «*contrato de obras*», por entender que encajaba dentro de la definición amplia de esta modalidad contractual recogida tanto en la anterior Directiva 93/37/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, como en la vigente Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31/3/2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministro y de servicios, y en base a tal argumentación interpuso recurso de incumplimiento contra el Reino de España por entender que había incumplido las obligaciones de las Directivas ya citadas al adjudicar los PAI con arreglo a la LRAU y a la LUV.

Partiendo de estos antecedentes, HERNÁNDEZ CORCHETE llegó a afirmar en cuanto al eventual pronunciamiento del TJCE respecto al recurso interpuesto que «*no se pueden albergar muchas esperanzas de que el TJCE, preocupado por construir una interpretación funcional y finalista de la normativa de contratos públicos con el fin de abrir a la competencia de los mercados públicos, acepte excepcionar de las directivas un determinado contrato público por su especial combinación de prestaciones*»³⁸.

Sin embargo, separándose de tales pronósticos, la reciente STJCE de 26 de mayo de 2011 ha desestimado el recurso planteado por la Comisión en relación con la adjudicación de los PAI, apreciando que el contrato entre el agente urbanizador y la Administración municipal comprende no sólo algunas prestaciones características del contrato de obras, sino también actividades que no pueden calificarse de «obras» en el sentido de las Directivas, y que no puede condenarse al Reino de España porque «*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 suscrito.

3. *Las diferentes tesis sustentadas sobre la calificación jurídica del contrato administrativo celebrado entre la Administración municipal y el agente urbanizador*

En cualquier caso, dado que la referida STJCE se limita a rechazar la aplicación de las Directivas sobre contratos públicos de obras a los contratos para la gestión de los PAI, y que únicamente aporta el dato de que en estos contratos coexisten prestaciones del contrato de obras y del contrato de servicios,

³⁸ HERNÁNDEZ CORCHETE, *op. cit.*, pág. 607.

sin que se haya acreditado cuál es su objeto principal, resulta interesante clarificar la naturaleza jurídica de estos contratos desde la óptica del Derecho interno a los efectos de determinar los concretos preceptos de la LCSP que les resultarán de aplicación, sin perjuicio de que también se sujeten a los principios de la contratación pública del Derecho comunitario.

Calificar la naturaleza jurídica de estos contratos no ha estado exenta de controversia porque, como ya se ha apuntado, no tienen por objeto exclusivo la ejecución de unas obras con destino público, sino que también comprenden muy diversas prestaciones tales como la redacción y promoción de los instrumentos urbanísticos necesarios para la ejecución del PAI en la respectiva área de actuación, la negociación con los propietarios afectados, la gestión del correspondiente proyecto de reparcelación o la contratación de las obras con el empresario constructor (art. 119.1 LUV).

La variedad y complejidad de las prestaciones de estos contratos administrativos han dado lugar a diferentes posicionamientos doctrinales y jurisprudenciales que conviene analizar.

A) En ocasiones se ha apuntado que el agente urbanizador tiene la condición de *concesionario de la gestión de servicio público*³⁹, con la importante consecuencia que tiene esta calificación jurídica pues, como advierte el IJCA 12/2010, de 23 de julio, «*el contrato de gestión de servicios públicos y, por ende, la concesión como una modalidad del mismo no está en ningún caso sujeto a regulación armonizada y, por consiguiente, queda exento del citado régimen* (el contenido en la Directiva 2004/18/CE)», pues las Directivas no regulan el contrato de gestión de servicios públicos⁴⁰.

³⁹ La STS 27/3/2007 indica que la participación de la iniciativa privada en la actividad urbanizadora, a través de la figura del agente urbanizador, tiene una vinculación con la Administración que «*deriva de la aprobación del correspondiente Programa cuya ejecución se le adjudica, relación a la que se reconocen inequívocos rasgos concesionales. De ahí que autorizada doctrina la haya catalogado como una relación concesional de servicio público —desarrolla una actividad, la urbanística, de gestión de la AI— atípica —no encuadrable en las de origen contractual— y especial en cuanto regida por normativa específica*».

La STSJCV 1322, de 1/10/2002, indica en su FJ 5.º que «*en cuanto el Urbanizador gestiona indirectamente una función pública, en cuanto desarrolla una actividad que es de servicio público, participa de la condición de concesionario de un servicio público*».

Esta concepción de la relación jurídica entre Administración y urbanizador como concesión de servicio público también ha sido la seguida por el Reino de España en su oposición al recurso de incumplimiento planteado por la Comisión Europea.

⁴⁰ Téngase en cuenta que el concepto de «*servicio público*» no es utilizado en la Unión Europea, sino tan sólo en los países mediterráneos de régimen administrativo, pues en el Derecho comunitario se utiliza el concepto más amplio de gestión de «*servicios de interés económico general*» (SIEG), que, como regla general, también quedan sometidos «*a las normas de la competencia*», salvo que la aplicación de dichas normas impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica de interés general asignada a esos SIEG (art. 106.2 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), por lo que la pervivencia o el establecimiento de servicios públicos sólo resulta admisible de manera subsidiaria respecto al mercado, es decir, en la medida en que el servicio público supone el otorgamiento de derechos exclusivos o especiales a las empresas gestoras, derechos que pugnan con el principio de libre competencia, sólo están justificados cuando la prestación del SIEG en régimen de mercado resulte insuficiente o insatisfactoria (p.ej., no garantice la prestación en determinadas áreas geográficas

Esta calificación del contrato con el agente urbanizador como un contrato de gestión de servicio público, en la modalidad de concesión, parte de que las leyes urbanísticas califican al urbanismo como una función pública, *publicatio* que aparece en el TRLS, cuya Exposición de Motivos declara formalmente que «*la urbanización es un servicio público, cuya gestión puede reservarse la Administración o encomendar a privados...*».

Ahora bien, siendo cierto que estamos ante una función de titularidad pública, susceptible de explotación por particulares y cuyo régimen jurídico está regulado por normas públicas⁴¹, no lo es menos que la actividad comprometida por el agente urbanizador no reúne las notas características de la gestión indirecta de un servicio público.

En el IJCA 12/2010, de 23 de julio, se señala que si bien con arreglo a la Directiva 2004/18/CE se considera contrato de «*concesión de servicios*» aquel que «*presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio*», tal definición tiene que ser completada con otras ideas básicas expresadas por la jurisprudencia:

a) La atribución de la explotación del servicio al concesionario implica la asunción por éste del riesgo derivado de la misma.

b) Aunque los destinatarios de la prestación objeto de la concesión de servicio público son de una forma natural los particulares como usuarios del mismo, sin embargo, no es requisito imprescindible para que la relación jurídica se califique como tal que el pago por su uso sea realizado efectivamente por éstos, pues no se desnaturaliza la concesión por el hecho de que el pago por la utilización del servicio corra a cargo de la entidad concedente (pago en la sombra), siempre que subsista la asunción del riesgo por el concesionario.

c) La concesión administrativa de servicios públicos comporta la transferencia al concesionario de la organización del servicio, como exigencia lógica del riesgo de la explotación que exige dotar al concesionario de la libertad de organización necesaria para establecer el modo de llevar a cabo la explotación que le pueda resultar más acorde con su propia concepción de la empresa, sin perjuicio naturalmente de las potestades de policía que sobre el mismo corresponden a la Administración concedente.

Por su parte, en el Informe 5/2008 de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat, respecto a una consulta formulada en cuan-

o en segmentos no rentables; no consiga la mínima calidad exigible para determinadas prestaciones; no asegure un precio asequible para el conjunto de los usuarios...).

Sin embargo, cuando se trata de «*servicios económicos ordinarios*», éstos quedan sometidos sin excepciones a las normas de la libre competencia.

⁴¹ El artículo 251.1 LCSP indica que «*la Administración podrá gestionar indirectamente mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares*».

to a la posibilidad de suscribir convenios de colaboración con entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro para la gestión de los centros de internamiento de menores, en los que la forma de retribución del contratista era el pago de un precio por plaza ocupada, así como de un porcentaje del coste de las plazas no cubiertas, señala que para que pueda hablarse de contrato de gestión de servicio público, especialmente en la modalidad de concesión, *no basta con la consideración de las prestaciones como «servicio público» de la competencia de la correspondiente Administración pública*, sino que, además, ha de reunir las siguientes notas⁴²:

- a) Asunción del riesgo de explotación del servicio, de tal modo que existiría concesión de servicio público cuando el operador asume el riesgo del servicio en cuestión (establecimiento y explotación), cobrando una parte significativa de su remuneración al usuario, en particular, mediante la percepción de tarifas, en cualquiera de sus formas.
- b) Transferencia de responsabilidad en la organización y funcionamiento del servicio, porque incide normalmente en actividades competencia de las AA.PP. para las cuales puede haber derechos exclusivos o especiales.
- c) El sujeto destinatario directo de la actividad ha de ser el ciudadano.

Por tanto, en cuanto al contrato administrativo con el agente urbanizador, si bien este último asume el *«riesgo y ventura»* en la ejecución del PAI, salvo en lo previsto para la retasación de cargas (arts. 159 y 168 LUV), lo cierto es que *no existe* una prestación regular, continua, periódica y universal de un servicio público a cualquier *usuario que voluntariamente* lo solicite y al que se le pueda exigir el pago de la correspondiente *tarifa*⁴³ por su utilización⁴⁴, sino que no se puede hablar propiamente de usuarios de servicio público ni de voluntariedad en el pago de los propietarios al agente urbanizador. Como indica BASSOLS COMA, *«en el esquema concesional clásico se analizan las relaciones y las obligaciones y facultades de la Administración concedente, el concesionario y los usuarios del servicio»*, advirtiendo que en las relaciones con la Administración y el agente urbanizador *«... no puede hablarse propiamente*

⁴² Por ello, el Informe analizado concluye que el supuesto sometido a su consideración es un contrato de servicios porque la contratista no asume el riesgo de la explotación al tener un precio garantizado, ni se le transfiere la responsabilidad sobre la organización y funcionamiento de los centros de menores, ni aunque la prestación repercuta directamente en los menores, éstos no se encuentran en una relación concesional por la que paguen una tarifa por la prestación recibida, sino que en puridad el destinatario es la Administración que tiene asumidas competencias en materia de menor y que por carecer de medios propios tiene que acudir a medios externos para el cumplimiento de una resolución judicial o administrativa que obliga al menor y a su familia.

⁴³ Según el Diccionario, se entiende por tarifa el *«precio unitario fijado por las autoridades para los servicios públicos realizados a su cargo»*.

⁴⁴ El artículo 255.1 LCSP dispone que el gestor indirecto de un servicio público está sujeto, entre otras, a la obligación de *«prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono, en su caso, de la contraprestación económica comprendida en las tarifas aprobadas»*.

te de usuarios (en todo caso serían los futuros adquirentes de los solares o construcciones), ocupando los propietarios colaboradores “forzosos” la posición de aquéllos en el triángulo que integra el acto concesional»⁴⁵.

B) Otros⁴⁶ han considerado que se trata de un *contrato de concesión de obra pública*, puesto que el urbanizador asume el riesgo y ventura de la transformación del suelo, ha de realizar las obras conforme al proyecto aprobado por la Administración y en los plazos marcados, la Administración puede imponer la subcontratación obligatoria con terceros —subcontratación que en el caso de las obras de urbanización ha de realizarse en su totalidad con un empresario constructor según el artículo 117.5 LUV—, etc.

Sin embargo, tampoco estamos propiamente en presencia de una concesión de obra pública porque en ésta la contraprestación a favor del concesionario consiste básicamente en el derecho a explotar la obra durante el tiempo que dure la concesión —duración que supera el período de ejecución de las obras, para posibilitar que el contratista pueda recuperar su inversión—, o en dicho derecho acompañado del de percibir un precio⁴⁷, mientras que en la relación jurídica entre Administración y agente urbanizador el pago que recibe éste no va ligado a una explotación continuada de la obra urbanizadora, sino que hay una única entrega de dinero o de terrenos⁴⁸.

C) Si las únicas prestaciones asumidas por el agente urbanizador fueran las consistentes en la redacción de los documentos técnicos precisos que se establezcan en las bases y la propuesta y gestión del proyecto de reparcelación, éstas estarían incluidas en el Anexo II de la Directiva 2004/18 y en el Anexo II de la LCSP⁴⁹, y siempre que el agente urbanizador no asumiese nin-

⁴⁵ Martín BASSOLS COMA, en estudio citado, pág. 37.

⁴⁶ Así, José Luis LORENTE TALLADA y Eduardo COSTA CASTELLÁ, en su estudio «Ejecución material del PAI: contratación de obras, derechos y deberes de las partes», contenido en la obra *Derecho Urbanístico de la Comunidad Valenciana*, El Consultor de los Ayuntamientos, 2006, obra dirigida por Enrique SÁNCHEZ GOYANES.

⁴⁷ La Directiva 2004/18 califica como concesión de obras públicas el «*contrato que presente las mismas características que el contrato público de obras, con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio*».

Por su parte, como transposición de esa Directiva, el artículo 7.1 LCSP indica que 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 (obras), 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 aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio*». Asimismo, el apartado a) del artículo 228 LCSP recoge entre los derechos del concesionario de obra pública el de «*explotar la obra pública y percibir la retribución económica prevista en el contrato durante el tiempo de concesión*».

⁴⁸ HERNÁNDEZ CORCHETE, *op. cit.*, pág. 607. En idéntico sentido, el Dictamen CJCCV 176/2005, emitido en relación con el ALUV.

⁴⁹ En la categoría 12 de este Anexo II se menciona a los «*Servicios de arquitectura, servicios de ingeniería y servicios integrados de ingeniería; Servicios de planificación urbana y servicios de arquitectura paisajista...*».

gún riesgo en su prestación serían características de un *contrato de servicios* contemplado en el artículo 10 LCSP⁵⁰.

Venía manifestando la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que en el contrato administrativo de servicios el destinatario directo e inmediato de la prestación que constituye su objeto no son los usuarios o terceros, sino la Administración contratante⁵¹. No obstante, esta doctrina se ha visto superada porque también se consideran contratos de servicios aquellos destinados a atender directamente a determinados usuarios o terceros cuando se encarga la gestión de una competencia de titularidad municipal que esté incluida en alguno de los epígrafes del Anexo II de la LCSP, siempre que el contratista no se retribuya mediante tarifas, sino por una cantidad o precio fijo que se establece en el contrato y con independencia de la utilización del servicio por los usuarios⁵² (p.ej., gestión de los servicios de alcantarillado y eliminación de desperdicios en que el contratista cobra periódicamente a tanto alzado, con independencia de la recaudación de las correspondientes tasas; la gestión de los servicios sociales en que el contratista tenga un precio garantizado...).

Aunque pudiera pensarse que el contrato con el urbanizador es un contrato de servicios porque sería la Administración municipal la destinataria directa e inmediata de los proyectos de urbanización, o de reparcelación, forzosa o voluntaria, que se le entregan para su aprobación [arts. 155.1, 177.1.e) y 179.2 LUV], sin embargo, el hecho de que el agente urbanizador asuma el «riesgo y ventura» de la urbanización, que el pago del precio al contratista no corra a cargo de la Administración sino que lo reciba de los propietarios⁵³ y, además, que estas prestaciones tengan un peso relativo ya que no abarcan la

⁵⁰ En la LCSP desaparecen las consultorías o asistencias técnicas que entrarían dentro del concepto amplio de contrato de servicios, considerándose como tales «aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro».

⁵¹ El IJCA 4/1996, de 6 de marzo, indica que en los contratos de gestión de servicio público «un servicio público de titularidad de la Administración se traslada al contratista que gestiona el servicio para su utilización por los particulares. Por el contrario, en el puro contrato de servicios es el contratista el que presta el servicio a la Administración y no a los particulares».

⁵² En el IJCA 12/2010, de 23 de julio, se contienen las siguientes conclusiones:

«1. El contrato en cuya virtud se encomienda a un particular la gestión de servicios asumidos como de su competencia por una administración pública, no podrá ser calificado como concesión de servicios si el concesionario no asume el riesgo de la explotación, es decir cuando su retribución se establece de un modo cierto, variable e independientemente del grado de utilización del servicio por los usuarios.

2. Los contratos que tengan dicho objeto podrán ser calificados en tal caso como contratos de servicios si su objeto puede ser subsumido dentro de las actividades enumeradas en el Anexo II de la Ley de Contratos del Sector Público y fuera de dichos casos como contratos administrativos especiales».

⁵³ Salvo en el supuesto de que el Ayuntamiento adjudique un PAI que modifique la ordenación estructural y se produjera la posterior «denegación de la aprobación definitiva por el órgano competente de la Generalitat», en cuyo caso, conforme al artículo 137.5 LUV, «el adjudicatario del PAI tendrá derecho a que el Ayuntamiento reintegre los gastos ocasionados por la redacción de proyectos».

totalidad de las pactadas, impiden su calificación como contrato administrativo de servicios.

D) La jurisprudencia española de los últimos tiempos ha venido considerando mayoritariamente que la naturaleza jurídica de la relación contractual con el agente urbanizador era la de un *contrato de obras*, pero, como hemos advertido, en la reciente STJCE de 26 de mayo de 2011 se ha desestimado el recurso contra la LRAU y la LUV porque «*la Comisión no ha demostrado que el objeto principal del contrato, celebrado entre el ayuntamiento y el urbanizador corresponda a contratos públicos de obras en el sentido de la Directiva 93/37 o de la Directiva 2004/18, lo que constituye una condición previa para la declaración del incumplimiento alegado*».

En nuestra opinión, no se trata de un típico contrato administrativo de obras de los contemplados en la Directiva 2004/18 y en la LCSP, por las siguientes razones:

1.^a A diferencia del contrato de obras, aquí la Administración no paga al contratista, sino que éste percibe su contraprestación directamente de los propietarios afectados por el PAI (art. 119.1 LUV).

Concretamente, se reconoce el derecho al agente urbanizador para «*exigir que los propietarios le retribuyan pagándole cuotas de urbanización o cediendo en su favor terrenos edificables de los que han de ser urbanizados en desarrollo de la actuación*» [art. 163.1.c) LUV] o de forma mixta mediante el pago parcial en metálico y el resto mediante cesión de terrenos (art. 162 LUV), si bien la regla general será la retribución con parcelas edificables, salvo que el PAI prevea el pago en metálico o proceda en alguno de los casos previstos en el artículo 167 LUV.

Esta forma de retribución del contratista se diferencia claramente de la prevista en la normativa nacional para el contrato de obras, porque el precio se abona por la Administración directamente al contratista, en metálico, por la realización de las operaciones preparatorias o tras la conformidad de las correspondientes certificaciones de obra o a la liquidación del contrato (arts. 215 y 218 LCSP).

2.^a Aunque el urbanizador asume la responsabilidad por la ejecución de las obras⁵⁴, no las realiza por sí mismo, sino que, como regla general, viene obligado a contratar con un empresario constructor independiente la ejecución total de las obras (arts. 117.5 y 120.4 LUV)⁵⁵, el cual ha de ser seleccionado mediante concurso o subasta (arts. 117.4 y 120.4 LUV).

⁵⁴ La responsabilidad del agente urbanizador por la correcta ejecución de las obras y en plazo es clara, pues «*el Urbanizador es el agente público responsable del desarrollo y ejecución de las actuaciones urbanísticas señaladas en la presente Ley*» (art. 118.1 LUV), estableciéndose un régimen de penalidades por demora del urbanizador [arts. 138.3.j) y 143.1 LUV] y recogiendo como causa de resolución del contrato el incumplimiento grave de los deberes esenciales del urbanizador directamente impuestos por la Ley [art. 143.2.c) LUV].

⁵⁵ Esta obligación de contratar con empresario constructor independiente deriva de la aplicación de los principios de igualdad de trato y no discriminación en la contratación pública, pues la STJCE de 3/3/2005 (asunto *Fabricom*) considera contrario a tales principios admitir

La obligación de contratar con un tercero la totalidad de la ejecución de las obras de urbanización choca frontalmente con el espíritu de la LCSP, que pretende que el volumen más importante del contrato de obras corresponda al contratista principal, pues el artículo 210.7 LCSP únicamente permite que se imponga al contratista la subcontratación con terceros no vinculados al mismo «*de determinadas partes de la prestación que no excedan en su conjunto del 50 por ciento del importe del presupuesto del contrato, cuando gocen de sustantividad propia dentro del conjunto que las haga susceptibles de ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación profesional o poder atribuirse su realización a empresas con una clasificación adecuada para realizarla*».

3.^a La ejecución de las obras de urbanización es sólo una parte del objeto del contrato, ya que, como hemos indicado, éste comprende también prestaciones distintas que no se pueden calificar como meramente accesorias ni pueden ser objeto de contratación independiente, y que igualmente tienen peso, sustantivo y económico, en el contrato, como se desprende de la citada STJCE de 26 de mayo de 2011.

E) El artículo 12 LCSP, al referirse a los contratos mixtos, dispone que cuando un contrato contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase se atenderá, en todo caso, para determinar las normas que deben observarse en su adjudicación «*al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico*».

También la jurisprudencia comunitaria, a efectos de determinar las normas de Derecho comunitario que en principio deben aplicarse a contratos públicos en los que concurren elementos de distintos tipos de contratos, aplica el criterio de que «*ha de estarse al objeto principal del contrato para determinar qué cuerpo normativo de la Unión referente a la contratación pública debe en principio aplicarse*» (SSTJCE de 18/1/2007, *Aroux*, o de 19/4/1994⁵⁶, entre otras).

En nuestra opinión, esta regla no supone, desde la perspectiva del Derecho interno, la configuración automática como *contrato mixto* de cualquier contrato en el que concurren elementos de diferentes tipos contractuales, pues la doctrina civilista advierte que en estos casos, según las circunstancias concretas, se puede estar ante un contrato mixto o ante un contrato atípico no reconducible a la categoría de contrato mixto. En concreto, en los casos

a la licitación a empresas que han realizado «*trabajos preparatorios*» para la celebración del contrato, porque se encontrarían en posición de ventaja que obligaría a excluirlas, salvo que demuestren que la experiencia adquirida no tenga entidad suficiente como para permitirles alterar la competencia.

⁵⁶ En la STJCE de 19/4/1994 se declara que «*un contrato mixto, cuyo objeto es a la vez la ejecución de obras y una cesión de bienes no está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 71/305/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, si la ejecución de las obras sólo tiene carácter accesorio respecto de la cesión de bienes*».

de combinación de prestaciones en un mismo contrato administrativo, según las características que presente, se podría estar en presencia de un contrato mixto o de un contrato administrativo especial.

Evidentemente, atendida la primacía del Derecho comunitario y por aplicación de la jurisprudencia comunitaria, con independencia en estos casos de la calificación como contrato mixto o como contrato administrativo especial, si se acreditase que el objeto principal del específico contrato celebrado coincide con uno de los contratos sujetos a las Directivas, se le aplicarían las correspondientes normas comunitarias para ese tipo de contratos, pues lo que trata de evitarse desde la perspectiva comunitaria es que por la combinación de diferentes prestaciones en un mismo contrato público se eluda la aplicación de las Directivas comunitarias cuando resulte evidente que su parte principal es la de un contrato sujeto a ellas.

Pero volviendo a la cuestión de la calificación jurídica concreta de estos contratos, consideramos que más que de contratos de naturaleza mixta se trataría de contratos administrativos especiales, por las siguientes razones:

1.^a Los contratos mixtos son aquellos en que, dentro de un único contrato, confluyen elementos que pertenecen a contratos típicos diferentes a los que se pueden reconducir⁵⁷, mientras que en la relación jurídica que subyace con el agente urbanizador existen ciertas similitudes con algunos contratos típicos (obras, gestión de servicios públicos, concesión de obra pública, servicios), pero existen notorias particularidades que impiden que se puedan residenciar fácilmente dentro los contratos administrativos típicos (p.ej., la forma de retribución del agente urbanizador no corresponde a la Administración municipal, para la que la redacción de los proyectos, la urbanización y la gestión urbanística no le supone gastos; la ejecución de las obras no corresponde al contratista, sino al empresario constructor con el que el agente urbanizador contrata; tampoco hay usuarios que hayan de asumir los costes económicos, sino que se repercuten sobre los propietarios de los terrenos afectados; además, en cuanto a las prestaciones de hacer que no consisten en ejecución de obras, no se financian por la Administración directamente, sino que el contratista asume el «riesgo y ventura» de la urbanización).

En consecuencia, por la atipicidad de la relación contractual prevista en la LUV no cabría su configuración como contrato mixto, sino que se trataría de un contrato administrativo atípico⁵⁸ y, por tanto, de naturaleza especial.

⁵⁷ DÍEZ-PICAZO, en *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. I. Introducción a la Teoría del Contrato*, Madrid, Editorial Civitas, 1996, pág. 388; CASTÁN TOBEÑAS, en *Derecho Civil Español y Foral. Tomo IV*, Madrid, Editorial Reus, S.A., 1993, págs. 19-22.

⁵⁸ Para LUCIO RIVAS CLEMOT, debemos plantearnos que «en todo caso quien costea la intervención del urbanizador son en realidad los propietarios del suelo, es decir, que la Administración no asume en este proceso ningún coste, por lo que... en principio impide que pueda conceptuarse la relación entre Administración urbanística actuante y agente urbanizador como un contrato administrativo típico» («La regulación de la figura del agente urbanizador en la nueva Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 233, abril-mayo 2007, pág. 50).

2.^a Aunque todos los elementos del contrato pudieran reconducirse a diferentes contratos administrativos típicos, tampoco sería correcta la aplicación de la regla relativa a la prestación económica más importante.

Como indican los autores, la aplicación de la «teoría de la absorción» para determinar el régimen jurídico aplicable a los contratos que contienen elementos de diferentes contratos típicos implica buscar el elemento preponderante y someter al conjunto a la disciplina normativa del contrato típico al que pertenezca el elemento sustancial, en la medida en que tal elemento domina el contrato y le imprime su carácter⁵⁹. Tal tesis se sustenta en la existencia de una prestación nítidamente principal y otras prestaciones accesorias, y en que lo accesorio sigue el régimen de lo principal.

Pero la citada teoría no sirve para explicar aquellos casos en que, como en el caso del contrato celebrado con el agente urbanizador, las diferentes prestaciones cooperan a la obtención de un resultado unitario con equivalente o parecida intensidad, o cuando existen dificultades para determinar cuál sea la prestación económica más importante. Incluso, a juicio de FUBINI⁶⁰, sólo la intención de las partes que constituyen un contrato complejo puede resolver las dudas sobre cuáles son las prestaciones principales o accesorias o si, por el contrario, todas las prestaciones ejercen en el contrato una función tan importante como la principal.

En el contrato suscrito con el agente urbanizador no resulta pacífico calificar como accesorias o subordinadas a unas prestaciones respecto de otras que se consideran prevalentes (no sólo desde el punto de vista de la sustantividad que presentan, sino también, a veces, por su peso económico). Del análisis de la LUV se desprende que el conjunto de las prestaciones se configuran como *un todo*, como *unidad no fragmentable* para la obtención de un resultado al que se compromete el contratista, actividad que consiste, fundamentalmente, en la ejecución del planeamiento mediante el desarrollo de un PAI con una equidistribución de beneficios y cargas entre los propietarios afectados y la dotación de las infraestructuras necesarias.

Además, para resolver cualquier duda el legislador valenciano no lo ha calificado como contrato de obras o contrato mixto, sino como «*contrato especial*» (apartado IV de la Exposición de Motivos de la LUV).

F) Desechadas las anteriores modalidades contractuales, así como su configuración como un contrato administrativo de carácter mixto, entendemos que se trata de un *contrato administrativo de carácter especial*⁶¹.

Este carácter administrativo especial se deduciría de las siguientes notas:

⁵⁹ Díez-Picaco, *op. cit.*, págs. 391-392; José Luis VILLAR EZCURRA, en el artículo «Los contratos mixtos», en ARIÑO ORTIZ y asociados, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, tomo I, Granada, Editorial Comares, 2002, págs. 427-431.

⁶⁰ FUBINI, «Contribución al estudio de los contratos complejos (llamados mixtos)», en *Revista de Derecho Privado*, 1931, págs. 1 y ss.

⁶¹ También ha sostenido esta interpretación parte de la doctrina (p.ej., Rafael GÓMEZ-FERRER, Alejandro Javier CRIADO SÁNCHEZ, Pedro GARCÍA CAPDEPON, etc.) y de la jurisprudencia (entre otras, STS de 29/3/1999, RJ 3265).

1.^a La relación contractual sometida a normas de Derecho administrativo es atípica, pues el contrato está situado extramuros de la tipología de contratos nominados disciplinada por la legislación de contratos de las Administraciones públicas, ya que si bien está vinculado al giro o tráfico específico de la Administración y constituye un instrumento para la gestión urbanística, no todos sus elementos se pueden incardinar en los de los contratos administrativos típicos (p.ej., no encajaría la obligación de contratar la totalidad de las obras con un empresario constructor externo, o la forma de retribución del contratista, etc.).

2.^a En el hipotético supuesto de que pudiese considerarse que una parte del contrato coincide con el objeto de un contrato de obras, hay otras prestaciones (redacción de proyectos, gestión de suelo, negociación con los propietarios, reparcelación, contratación con empresario constructor, liquidación de cuotas de urbanización...) que tienen gran importancia sustantiva y económica, y no pueden considerarse como meramente accesorias de las obras de urbanización.

El agente urbanizador no ocupa la mera posición de un contratista de obras; su relación es especialmente compleja, pues se compromete a la realización de una inversión (costeamiento de la redacción de los proyectos, de las obras de urbanización, u otros gastos necesarios para que el PAI quede plasmado en el espacio físico), así como a obtener las correspondientes fuentes de financiación, obligándose a la consecución de un resultado consistente en la gestión urbanística de una zona en unos plazos concretos.

Estaríamos, pues, ante un auténtico «*agente público*», que actúa en sustitución de la Administración municipal en la gestión urbanística (aunque no pueda ejercitar potestades que impliquen ejercicio de autoridad), que se compromete a una «*gestión integral*» que sobrepasa, con creces, la mera ejecución de obras o la prestación de servicios.

3.^a La legislación de contratación pública española considera como contratos administrativos especiales aquellos distintos de los contratos administrativos típicos, pero que tienen naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma inmediata y directa una finalidad pública de la específica competencia de aquélla, o «*por declararlo así una Ley*» [art. 19.1.b) LCSP].

En este sentido, como se ha indicado en el ámbito de la Comunidad Valenciana, la propia LUV, partiendo de todas las peculiaridades que acontecen en esta relación contractual, la califica como «*contrato especial*», conteniendo una regulación detallada de los requisitos de participación (solvencia económica y financiera, y técnica o profesional —arts. 122 y 123 LUV—; de la proposición jurídico-económica —art. 127 LUV—; constitución de garantías —art. 140 LUV—, etc.) y del procedimiento de selección y adjudicación (criterios de adjudicación —art. 135 LUV—).

4. *La posición del Consell Jurídic Consultiu de la Comunidad Valenciana*

El *Consell Jurídic Consultiu* de la Comunidad Valenciana (CJCCV) tuvo ocasión de pronunciarse acerca de la naturaleza jurídica de la relación entre Administración y agente urbanizador en su Dictamen 176/2005, sobre el ALUV.

La Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley expresaba que en el PAI el agente urbanizador *«asume el cumplimiento de las obligaciones de las que son sujeto pasivo los propietarios de suelo, a cambio de obtener la pertinente retribución por parte de los indicados propietarios de suelo»*, porque **«quien costea la intervención del urbanizador son los propietarios de suelo y no la Administración, lo que impide configurar el Programa de Actuación Integrada como contrato administrativo típico»**.

A continuación indicaba que el objeto de los PAI *«está vinculado al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de la Administración “contratante”»*, lo que *«implica el reconocimiento de que la relación entre la Administración y el Urbanizador es un contrato especial, en los términos establecidos por la legislación estatal de Contratos de las Administraciones Públicas»*, cuyo régimen jurídico *«está constituido por sus propias normas preferentemente, quedando como supletoria la legislación estatal en materia de contratos de las Administraciones Públicas»*.

El CJCCV indicó que *«la configuración de la relación entre el Ayuntamiento y el Agente urbanizador no resulta perfectamente encajable en ninguno de los contratos administrativos típicos que la Ley de Contratos regula y que se reseñan en el artículo 5.2.a) del Texto Refundido»*, pero advirtió que ello *«no empece, sin embargo, que la proyectada norma... prevea que la relación entre el urbanizador y la Administración actuante se rija, además de por lo previsto en la propia Ley y en los reglamentos que la desarrollen, por las normas rectoras en las relaciones entre la Administración y los concesionarios de obra pública, en aquello que resulta de aplicación por la propia naturaleza de aquella relación»*.

Señaló, igualmente, que *«de tal previsión no debe inferirse que el Agente urbanizador sea un concesionario de obra pública, pues para ello sería necesario, conforme dispone el artículo 130.1 del Texto Refundido de la Ley de contratos, que existiera a favor del Agente urbanizador una “contraprestación por la realización de la obra pública”, consistente “en el derecho a explotar la obra, o en dicho derecho acompañado del de percibir un precio” lo que, según la regulación contenida en los artículos 117 y siguientes del Anteproyecto de Ley objeto de examen, no es posible ni está así previsto»*.

Pero insistió en que *«el hecho de que la relación entre el Agente urbanizador y el Ayuntamiento se califique como contrato especial que se rige, con carácter preferente, por sus propias normas —artículo 7.1 del Texto Refundido— no significa, en absoluto, que esas “propias normas” puedan obviar los principios generales de la contratación pública»*, pues *«los contratos especiales —al igual que los tipificados en la Ley de Contratos— deben respetar los principios de objetividad, transparencia, publicidad, libre concurrencia e igualdad, que*

alumbran el sistema de contratación pública, no sólo en nuestro derecho patrio sino también en el más amplio ámbito de la Unión Europea», y estimó que «la regulación de la relación entre Ayuntamientos y Agentes urbanizadores respeta tales principios, al establecer que los particulares puedan actuar como urbanizadores mediante gestión indirecta cuando sean seleccionados en pública concurrencia al aprobar y adjudicar un programa para el desarrollo de una actuación integrada (artículos 117.4 y 118.3); el sometimiento a información pública de las alternativas técnicas de programa (artículo 128) y las propuestas de programa (artículo 129.1); la posibilidad de formular alegaciones, proposiciones jurídico-económicas en competencia y alternativas técnicas (artículo 129.3); y, en fin, al establecer una serie de garantías en orden a la selección de la alternativa técnica correspondiente (artículo 131) y la adjudicación del programa (artículo 132)».

Por todo ello, el CJCCV concluyó señalando que *«en definitiva, estamos ante un contrato especial que se regirá por las normas proyectadas y, supletoriamente, por las de la Ley de Contratos públicos, pero que, como no podía ser de otro modo, respeta los principios generales de la contratación pública derivados tanto del derecho comunitario europeo cuanto de la legislación básica estatal sobre la materia», y «aunque parte de su contenido pueda llevarnos a pensar que estamos ante un contrato de obras, es lo cierto que su preparación y la determinación de la obra a realizar difieren de las previstas para aquél».*

En este sentido, el CJCCV recordó la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho de los Estados miembros de la Unión Europea, de forma tal que los aspectos de la contratación pública que han sido regulados por la legislación comunitaria tienen que ser respetados por las legislaciones nacionales.

5. *La jurisprudencia vacilante acerca de la naturaleza jurídica de la relación Administración-agente urbanizador*

Nuestros tribunales de Justicia no han mantenido una opinión unánime acerca de la naturaleza jurídica de la relación que une a la Administración con el agente urbanizador. El hecho de que la cuestión de tal calificación no sea pacífica puede explicar el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional por parte de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (TSJCV), mediante Auto de 15 de octubre de 2001, en relación con diversos artículos de la Ley 6/1994, de 15 de noviembre (LRAU), por considerar que no armonizaban con lo previsto en determinados artículos que, con carácter de legislación básica, contenía la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

La cuestión se planteó antes de dictar sentencia en un recurso contencioso-administrativo interpuesto por un particular contra un Acuerdo del Ayuntamiento de Alzira aprobatorio de un PAI y en el que se atribuía la condición de agente urbanizador a determinada sociedad mercantil.

En el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que comentamos subyacía el debate acerca de si la regulación específica contenida en la LRAU debía ceder ante la general de la legislación estatal de contratos públicos. Se planteaba la Sala las posibles calificaciones de la relación jurídica entre la Administración y el agente urbanizador como contrato de concesión de un servicio público, de concesión de obra pública o simplemente como de obra pública. El hecho de que pudieran constatarse en tal relación rasgos de los meritados contratos típicos llevó a la Sala a señalar que *«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 queda desvinculada de la legislación básica en materia de contratos»*, señalando más adelante que, por ello, *«la regulación de la figura del urbanizador y, por tanto de su selección, debe ajustarse a las normas contempladas en la LCAP con carácter de normas básicas...»*.

El Tribunal Constitucional no llegó a pronunciarse sobre la cuestión planteada pues la inadmitió por Auto 133/2006, de 16 de julio (¡Auto de inadmisión casi cinco años después de ser planteada la cuestión!), por razones de tipo formal.

A partir de entonces se pronunciaron diversas sentencias por las Secciones Primera y Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJCV en las que se puso de manifiesto la diferencia de criterio entre ambas sobre la cuestión que analizamos.

La Sección Primera, en su Sentencia de 1 de octubre de 2002 relativa a la selección de agente urbanizador por el Ayuntamiento de Petrel, consideró que la relación que une al agente urbanizador con la Administración es un contrato administrativo de obras, indicando que si bien *«... en cuanto el Urbanizador gestiona indirectamente una función pública, en cuanto desarrolla una actividad que es de servicio público, participa de la condición de concesionario de un servicio público»*, por otro lado, *«en cuanto asume la realización de la obra pública de urbanización, el objeto de su cometido será el del contrato de obras, pues según el art. 120 de la LCAP, se entiende por contrato de obras el celebrado entre la Administración y un empresario cuyo objeto sea la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o del subsuelo como dragados, sondeos, prospecciones, inyecciones, corrección del impacto medioambiental, regeneración de playas, actuaciones urbanísticas u otros análogos...»*, matizando que *«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...»*.

Tal argumentación se sustentaba en que *«la cuestión de la naturaleza contractual de la adjudicación de un Programa a un Urbanizador ha quedado resuelta por la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de julio de 2001, al entender que la adjudicación a un particular de un plan de urbanización que permite a su titular la realización directa de un obra pública, es un contrato de obra...»*.

La doctrina de esta STSJCV se reitera en las de la misma Sala y Sección de 31 de enero, 5 de febrero y 1 de julio, todas de 2003.

Por el contrario, la Sección Segunda, en su Sentencia de 12 de marzo de 2004, indica 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*», y, en consecuencia, considera que en la selección del urbanizador deben aplicarse preferentemente las disposiciones de la LRAU.

En la STSJCV de 7 de diciembre de 2004, la Sala considera que la asimilación entre agente urbanizador y contratista de la Administración no se compadece ni con las funciones recíprocamente asignadas a uno y a otro ni con su correspondiente régimen económico, por lo que tan sólo debe aplicarse la normativa contractual en lo que no contradiga lo previsto en la LRAU ni sea incompatible con los principios de la misma.

Días después, el 23 de diciembre de 2004, se dictó otra Sentencia en la que la Sala incide de nuevo en la distinta naturaleza jurídica del agente urbanizador y del contratista típico de la Administración, pues la remuneración de ambos es diferente —al urbanizador no le paga la Administración—, por lo que difícilmente se puede hablar de un contrato típico de obras, y concluye en la aplicación preferente de la LRAU para seleccionar al agente urbanizador.

Este criterio se reitera en las Sentencias de la misma Sección Segunda de 27 de diciembre de 2004 (núms. 1805/2004 y 1808/2004).

No debe sorprender esta disparidad de criterios entre las dos Secciones de la misma Sala pues, como se apresuró a advertir la Sección Segunda en la primera de sus Sentencias citadas, la condición de auténtico órgano jurisdiccional no reside tanto en la Sala como en las Secciones que la integran, lo que conlleva que cada una pueda sostener su propio criterio a la hora de resolver asuntos similares, sin que una Sección quede vinculada a las decisiones de la otra.

Pero faltaba conocer el superior criterio del Tribunal Supremo, que ya lo ha plasmado en numerosas sentencias recaídas al respecto, entre otras en las de 28 de diciembre de 2006, de 27 de marzo, 6 de junio y 27 de diciembre de 2007, y de 5 y 27 de febrero de 2008. Así, por ejemplo, en la STS de 27 de diciembre de 2007, al examinar la disyuntiva sobre la preferente aplicación de la LRAU o de la LCAP, afirma que «... *en materia de contratación administrativa, corresponde al Estado la legislación básica y a la Comunidad autónoma valenciana la de desarrollo en el ámbito de las competencias que tiene expresamente atribuidas, de manera que las posibles contradicciones entre la Ley autonómica valenciana 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la Actividad Urbanística, y la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, deben resolverse siempre desde la perspectiva de esta última, de acuerdo con lo establecido en el artículo 149.3.º de la Constitución...*, según el cual la competencia sobre materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía

corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté expresamente atribuido a la exclusiva competencia de éstas».

Y concluye que *«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»*, afirmando que la sentencia de instancia *«en estricta aplicación de lo establecido en el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana..., y en el artículo 149.3 de la Constitución..., se limita a declarar que en las adjudicaciones de los Programas de Actuación Integrada se debe imponer, de acuerdo con el artículo 36 del citado Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, al agente urbanizador adjudicatario la constitución de una garantía definitiva por importe del 4 por 100 de la cuantía de adjudicación a disposición del órgano de contratación...».*

En la STS de 6/6/2007, respecto a la naturaleza jurídica del contrato entre agente urbanizador y Administración, declara expresamente que *«tiene la naturaleza propia de un contrato de obras».*

Por tanto, hasta la fecha el TS ha respaldado el criterio de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJCV y se ha apartado claramente del mantenido por el legislador valenciano en el Preámbulo de la LUV. No obstante, de cara al futuro, habrá que esperar para saber si el TS modifica la calificación jurídica del contrato entre agente urbanizador y Administración municipal como consecuencia de la STJUE de 26 de mayo de 2011.

IX. CONCLUSIONES

1.^a En materia de urbanismo, las CC.AA. han asumido competencias exclusivas que les permiten el ejercicio de todas las potestades sobre la materia (normativa y ejecutiva o de gestión), sin perjuicio de la existencia de ciertos títulos competenciales del Estado que pueden condicionar las competencias autonómicas. La potestad ejecutiva o de mera gestión urbanística ha de recaer fundamentalmente en los Ayuntamientos para hacer efectiva la autonomía local.

2.^a El urbanismo comprende la determinación del régimen del suelo y las potestades de planeamiento, gestión o ejecución de instrumentos planificadores y la intervención administrativa en las facultades dominicales sobre el uso del suelo y edificación, a través de técnicas jurídicas concretas.

3.^a La actividad urbanística es de titularidad y carácter público, pero su ejecución puede realizarse bajo formas de gestión directa o indirecta.

4.^a La gestión urbanística directa a través de otras entidades del sector público propio de la Administración municipal implicada sólo puede llevarse a cabo cuando éstas tengan atribuida la condición de medio propio o ser-

vicio técnico de la Administración, conforme a la normativa comunitaria europea y a la LCSP.

5.^a En cuanto a la gestión urbanística indirecta, la LUV únicamente contempla la del agente urbanizador, como agente de la Administración e interpuesto entre ésta y los propietarios afectados.

6.^a La relación que une a la Administración municipal con el agente urbanizador es de carácter contractual, debiendo advertirse que:

A) Cualquiera que sea la calificación jurídica que se dé a la peculiar combinación de prestaciones que concurren en el contrato que suscribe la Administración con el agente colaborador, ésta no puede servir para eludir la aplicación de la normativa europea en materia de contratación pública.

B) La relación jurídica de la Administración municipal valenciana con el agente urbanizador se debería considerar como un contrato administrativo especial regido con carácter preferente por las normas de la LUV, a pesar de la jurisprudencia española (anterior a la STJCE de 26/5/2011).

C) Pese a que la normativa española sobre contratos públicos indique que los contratos administrativos especiales se rigen «*por sus propias normas con carácter preferente*» (art. 19.2 *in fine* LCSP), esta previsión hay que interpretarla dentro del respeto al principio de primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno y, en consecuencia, si se acreditase que en el caso concreto de contratación con un determinado agente urbanizador el objeto principal del contrato coincidiese con el de uno de los contratos regulados en las Directivas de contratación, se le aplicarían en primer lugar las normas comunitarias relativas a este concreto tipo de contrato.