

Informe 5/2007, de 11 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Naturaleza jurídica de la relación contractual entre un ayuntamiento y el adjudicatario de la concesión de la obra urbanizadora que establece el artículo 153 de la Ley Urbanística de Aragón.

I. ANTECEDENTES

El Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Jaca se dirige, con fecha 26 de octubre de 2007, a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón mediante oficio del siguiente tenor literal:

“Mediante la presente se somete a informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para la adjudicación de la concesión de obra urbanizadora de la unidad de ejecución nº 4 del Plan General de Ordenación Urbana de Jaca.

ANTECEDENTES

El Plan General de Ordenación Urbana de Jaca establece entre sus objetivos la reordenación del barrio industrial situado en torno a la calle Ferrocarril, proponiendo un cambio del uso industrial a residencial, con apertura de nuevo viario y obtención de suelo para equipamientos.

El Plan General delimita en este ámbito una unidad de ejecución, la número 4, y establece como sistema de actuación el de cooperación.

En este momento se está tramitando una modificación del Plan General de Ordenación urbana - modificación nº 9 - que afecta a la ordenación y gestión de la unidad de ejecución nº 4. La modificación tiene por objeto la redelimitación de la unidad de ejecución, el establecimiento de un nuevo esquema viario y el cambio de ordenación, que pasa de edificación cerrada a edificación abierta. Además, y por lo que aquí interesa, la modificación persigue también la sustitución del sistema de actuación: el sistema de cooperación previsto inicialmente es sustituido por el sistema de concesión de obra urbanizadora.

Mediante el sistema de concesión de obra urbanizadora, regulado en los artículos 152 a 156 de la Ley Urbanística de Aragón, el urbanizador gestiona la ejecución del planeamiento, obteniendo su retribución de los propietarios incluidos en el ámbito de actuación.

El artículo 153 de la Ley Urbanística de Aragón establece en el apartado 1 que el Ayuntamiento, una vez determinado el sistema de concesión de obra

urbanizadora, procederá a la convocatoria y adjudicación de la concesión, conforme a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación.

En cumplimiento de lo establecido en el citado artículo, se ha redactado el pliego de cláusulas administrativas particulares para la adjudicación de la concesión de obra urbanizadora de la unidad de ejecución nº 4 del Plan General de Ordenación Urbana de Jaca.

Las dudas existentes acerca de la naturaleza jurídica de la relación contractual entre el Ayuntamiento y el urbanizador y la falta de una regulación detallada de este sistema de actuación, hacen aconsejable antes de la aprobación del pliego someterlo a informe de la Junta Consultiva de Contratación.

Este informe se solicita al amparo de lo establecido en el artículo 3.2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad Autónoma de Aragón y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento.

Es competente para formular la solicitud de informe el Alcalde, de conformidad con lo establecido en el artículo 6 g) del citado Decreto.

OBJETO DEL INFORME

Como ha quedado dicho, se somete a informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para la adjudicación de la concesión de obra urbanizadora de la unidad de ejecución nº 4 del Plan General de Ordenación Urbana de Jaca, del que se adjunta copia”.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa es competente para informar acerca de lo solicitado en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 apartado 2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 11 de diciembre de 2007, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Funciones de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

En primer lugar es necesario indicar, como criterio de carácter general, que de conformidad con el artículo 3.1 y 2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento; a esta Junta Consultiva de Contratación no le corresponde informar expedientes concretos de contratación ni suplir las funciones que a otros órganos atribuye la legislación de contratos de las Administraciones Públicas. El informe sobre Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, ex artículo 3.1. b) del Decreto 81/2006, además, debe limitarse a las estipulaciones contrarias a los Pliegos de Cláusulas Generales. En el presente caso, como se indica literalmente en el escrito del Sr. Alcalde de Jaca, se somete a informe de esta Junta Consultiva el *“Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para la adjudicación de la concesión de obra urbanizadora de la unidad de ejecución nº 4 del Plan General de Ordenación Urbana de Jaca, del que se adjunta una copia”* (la copia remitida junto a la solicitud del Alcalde califica el documento como “borrador” de Pliego).

Por otra parte, según el artículo 3.2 de su norma constitutiva; no es menos cierto que la función consultiva y de asesoramiento de la Junta Consultiva no puede ni debe sustituir las facultades de informe que la legislación en el ámbito de la contratación pública atribuye a órganos específicos y determinados. En este caso concreto, el informe preceptivo del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del Ayuntamiento de Jaca, según se desprende de los artículos 49.4 y disposición final segunda de la Ley de Contratos de las

Administraciones Públicas, corresponde a los Servicios jurídicos del Ayuntamiento de Jaca.

No existe sin embargo impedimento alguno, dado el interés general del fondo de la consulta que plantea el Alcalde del Ayuntamiento de Jaca, para que esta Junta Consultiva se pronuncie acerca de *“la naturaleza jurídica de la relación contractual entre el Ayuntamiento y el urbanizador y la falta de una regulación detallada de este sistema de actuación”*, ya que esta si que es una cuestión de carácter general sobre la interpretación y el análisis de las normas jurídicas en materia contratación administrativa que encuentra perfecto acomodo en el artículo 3.2 del Reglamento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

II. La urbanización como actividad pública que puede gestionarse directamente por la Administración o indirectamente a través de un urbanizador.

La Ley 5/1999, de 25 de marzo, Urbanística de Aragón (en adelante LUA) configura la urbanización como una actividad pública que puede gestionarse bien directamente por la Administración actuante, mediante los sistemas de expropiación o cooperación, o bien indirectamente; en este caso a través de un urbanizador —que puede ser propietario o no— mediante los sistemas de compensación, ejecución forzosa o concesión de la obra urbanizadora. En este sentido el artículo 3 de la LUA establece que *“la dirección y el control de la actividad urbanística constituye una función pública que los órganos competentes llevarán a cabo, desarrollándola, en el caso de que se considere adecuado, en colaboración con la iniciativa privada”*. De manera que, en la función pública que constituye la urbanización de las obras, el legislador aragonés da entrada a la iniciativa privada y lo hace, en particular, diseñando un sistema de actuación urbanística —el sistema de concesión de obra

urbanizadora— que, en principio, parece permitir cohonestar el fomento de la iniciativa empresarial en la actuación urbanizadora con los intereses de los propietarios incluidos en el ámbito de la correspondiente unidad de actuación. El Preámbulo de la LUA es muy clarificador, de cómo se articula la iniciativa empresarial y el derecho de propiedad en el ordenamiento urbanístico aragonés, cuando proclama que:

“Propiedad y empresa son términos complementarios en la práctica urbanística. El propietario, de este modo, tiene un derecho preferente a afrontar la acción urbanizadora que justifica la posibilidad que la Ley le otorga de subrogarse en la condición de urbanizador, asumiendo íntegramente su posición jurídica. A su vez, el empresario no propietario podrá intervenir como urbanizador cuando la Administración considere adecuada la ejecución de una actuación urbanizadora y los propietarios no deseen ejecutarla por sí mismos. Así, la propiedad del suelo otorga a su titular, frente a otros particulares, el derecho preferente a ejecutar la urbanización, al tiempo que comporta, en todo caso, el deber de sufragar su coste. En cualquier caso, queda plenamente garantizado el carácter de función pública de la acción urbanizadora”.

La figura del urbanizador se concreta en el sistema de concesión de obra urbanizadora, en el que se le adjudican las obras de urbanización y procede a la distribución de los beneficios y cargas correspondientes, obteniendo su retribución conforme a lo convenido con el Ayuntamiento, según prescribe el artículo 152 LUA. La ejecución del sistema requiere, eso sí, de una serie de presupuestos de ejecución: ordenación detallada del suelo (artículo 96 LUA), delimitación de la unidad de ejecución (artículo 99 LUA), determinación del sistema de concesión de obra urbanizadora (artículo 120 LUA) y selección del urbanizador.

El artículo 153 LUA, establece el procedimiento y las reglas para la selección del urbanizador, y dispone que el Ayuntamiento *“procederá a la convocatoria y adjudicación de la concesión, conforme a las prescripciones de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas relativas a capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación. La convocatoria describirá las labores a realizar por el urbanizador, que podrán*

consistir en la formulación de Estudios de Detalle, Proyectos de Urbanización y Reparcelación, distribución de beneficios y cargas entre los propietarios, realización de las obras de urbanización y, en su caso, de edificación, con memorias de calidades, características básicas, costes máximos y plazos de construcción correspondientes". Esta regulación de la normativa urbanística aragonesa es una clara manifestación del efecto estructurante de la legislación contractual en el ordenamiento jurídico público, por su carácter transversal que deriva de los principios comunitarios de igualdad, transparencia y concurrencia de los mercados públicos.

III. Naturaleza de la relación contractual entre el ayuntamiento y el adjudicatario de la concesión de la obra urbanizadora.

La letra c del apartado 2 del artículo 11 y el artículo 13 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, establecen que el objeto de los contratos que formalicen las administraciones públicas debe ser determinado. Cada uno de los títulos del Libro II LCAP, destinados a la regulación de los contratos típicos, se inicia con un artículo que define y precisa el objeto de estos contratos (artículo 120 para el contrato de obras, artículo 154 para el contrato de gestión de servicios públicos, artículo 171 para el contrato de suministros, artículo 196 para los contratos de consultoría y asistencia y de servicios, artículos 220 y siguientes para el contrato de concesión de obra pública).

El apartado 2 del artículo 67 del Reglamento General LCAP, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, establece que los pliegos de cláusulas administrativas particulares deben contener la definición del objeto del contrato con expresión de la codificación correspondiente. La referencia que se hace a la nomenclatura de la Clasificación Nacional de Productos por Actividades 1996 (CNPA-1996), aprobada por Real decreto 81/1996, de 26 de enero, se debe entender referida al Reglamento comunitario 204/2002, en virtud de la remisión

que efectúa el Real decreto 331/2003, de 14 de marzo, que derogó el Real decreto 81/1996). El requisito de determinar el objeto afecta a todos los contratos de las administraciones públicas, privados o administrativos; con respecto a los administrativos, afecta tanto a los especiales como a los típicos. Esta exigencia es una expresión concreta del artículo 1.273 del Código civil, que establece a todos los efectos que el objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a la especie.

El artículo 2 del RGLCAP prevé la celebración de contratos con pluralidad de objeto, siempre y cuando se definan una por una, y de manera independiente, las diferentes prestaciones. La regulación es literalmente idéntica a la que contenía el artículo 29 del derogado Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Real Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre.

La función de este precepto reglamentario es precisar como se deben articular los contratos mixtos previstos en el artículo 6 del TRLCAP. Se considera que un contrato es mixto si tiene un objeto cuyas prestaciones corresponden a varios tipos de contratos, si bien a la hora de calificarlo y de aplicarle un régimen jurídico se rige por la prestación más importante desde el punto de vista económico. Se aplica así el conocido criterio de la absorción; es decir, el contrato se rige íntegramente por el régimen jurídico del contrato que comporta obligaciones de más trascendencia económica que absorbe las regulaciones derivadas de las prestaciones accesorias.

Pues bien, para resolver la cuestión enunciada —la naturaleza del contrato— es preciso determinar en cual de las tres categorías omnicomprendidas, de los contratos de las Administraciones Públicas debe ser encajado, es decir, la de contratos administrativos típicos, administrativos especiales o privados tal como resulta de la enumeración de categorías que realiza el artículo 5 LCAP. O bien en los contratos mixtos previstos en el artículo 6 LCAP y la precisión del

artículo 2 del RGLCAP (la LCAP hace referencia a contratos de este tipo, como el de licitación conjunta de proyecto y de obra).

El artículo 5 LCAP dispone, en su apartado 1, que los contratos que celebre la Administración tendrán carácter administrativo o carácter privado. En este sentido, establece en la letra a) del apartado 2 que son contratos administrativos los que tienen por objeto directo, conjuntamente o separadamente, la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de concesión de obras públicas, los de consultoría y asistencia o de servicios, salvo los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 206 en lo referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación y la interpretación artística y literaria y los de espectáculos. Este precepto (letra b) del mismo apartado 2) considera también como administrativos los contratos que tengan un objeto diferente a los anteriormente expresados, pero naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, para satisfacer de forma directa o inmediata una necesidad pública de la específica competencia de aquélla o por declararlo así una ley.

De cuanto se ha expuesto y de la propia remisión que realiza la legislación urbanística aragonesa a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas se concluye, necesariamente, que la adjudicación a un particular de una actuación urbanizadora por su participación en un procedimiento de licitación pública, y no por su condición de propietario, es sin lugar a dudas un contrato administrativo. Cuestión distinta es la relativa a la naturaleza que debe atribuirse a este contrato. La calificación jurídica de un objeto contractual, según la clasificación de tipos de contratos que realiza nuestra legislación de contratos públicos, es una expresión del principio de legalidad al que se encuentran sometidas las Administraciones Públicas, de acuerdo con el artículo

103.3 CE. No estamos ante una cuestión de mera oportunidad. En principio debe señalarse que estamos ante un contrato atípico en cuanto no es reconducible a ninguno de los contratos típicos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

La Sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001 (TJCE 2001, 194) (asunto "*Proyecto Scala 2001*"), ampliamente comentada y estudiada por la doctrina, resuelve la cuestión de la naturaleza contractual de la adjudicación a un particular de un plan de urbanización, que permite a su titular la realización directa de una obra pública —el proyecto preveía la realización de las obras de restauración y acondicionamiento del Teatro de la Scala de Milán, el acondicionamiento de diversos edificios municipales y la construcción de un nuevo teatro en la zona de la urbanización—, entendiéndose que se trata de un contrato de obra, que debe respetar, en cualquier caso, la normativa comunitaria sobre contratación administrativa. En el mismo sentido la Sentencia del TJCE de 18 de enero de 2007 (TJCE 2007, 16) (asunto "*Roanne*") y la Comisión del Consejo, en la carta de emplazamiento y el dictamen motivado (IP/05/1598 de 14 de diciembre de 2005) remitido al Reino de España en relación con la Ley 6/1994 reguladora de la actividad urbanística (LRAU) de Valencia, estima que la adjudicación de Programas de Actuación Integrada (PAI) en el marco de la LRAU constituye un contrato de obras públicas y debe cumplir, por ende, las disposiciones de las Directivas 93/37/CEE y 92/50/CEE de la UE en materia de contratación pública (modificadas actualmente por la Directiva 2004/18/CE), así como ciertos principios generales del Tratado CE.

Las Sentencias del TSJ Comunidad Valenciana de 1 de octubre de 2002, 5 de febrero de 2003 y 8 de mayo de 2003, también razonan sobre la naturaleza contractual de la adjudicación al urbanizador, y concluyen que el urbanizador

participa de la condición de concesionario de servicio público y de contratista de obras:

«...El Urbanizador, cuando no lo sea la propia Administración, es una persona, pública o privada, que asume la realización de una función pública cual es la urbanización del suelo, la producción de infraestructuras públicas de urbanización. Por ello, debe considerarse tal figura partiendo de dicha fundamental premisa. Y así, 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 otra parte, 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.

Específicamente contempla la LCAP la figura del contrato de concesión de obras públicas en su Art.130 diciendo que queda sujeto a las normas generales de los contratos de obras y, en particular, a las de publicidad de los mismos, con las especialidades previstas en el Art. 139, y que el concesionario deberá ajustarse en la explotación de la obra a lo establecido en el art.162.

Y por su parte, el Art.159-2 de la misma LCAP entiende de aplicación los preceptos establecidos para la concesión de obras públicas en el supuesto de que el contrato de gestión de servicios públicos incluya la realización de obras.

El planteamiento que se postula está avalado por la legislación de otras Comunidades Autónomas. Así la Ley 2/1998, de 4 de junio y , de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha, dispone en su Art. 125 que «Las relaciones derivadas de la adjudicación del Programa de Actuación Urbanizadora se regirán por lo dispuesto en esta Ley y, en el marco de la misma, en los Planes, el propio Programa y los actos adoptados para su cumplimiento, así como, supletoriamente, por las reglas del contrato de gestión de servicios públicos de la legislación reguladora de la contratación de las Administraciones Públicas». Y por su parte, la Ley 10/1998, de 2 de julio de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja regula en sus artículos 144 a 147 la concesión de obra urbanizadora, refiriéndose al Urbanizador como concesionario, a la convocatoria del concurso y al pliego concesional, y remitiéndose en todo lo no expresamente previsto a lo dispuesto en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas.

Que el vínculo que existe entre el Urbanizador y la Administración es de naturaleza contractual resulta del propio Art. 29-13 de la LRAU y cuando dice que las relaciones derivadas de la adjudicación del Programa se regirán por las normas rectoras de la contratación administrativa, si bien supedita la aplicación de tales normas a lo dispuesto en la ley reguladora de la actividad urbanística. Y

que tal relación contractual posee carácter concesional resulta a su vez, de que el Urbanizador, como ya se dijo, gestiona indirectamente una función pública...

Es más, a día de hoy, 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 una obra pública, es un contrato de obra, y ha de respetarse en cualquier caso la normativa comunitaria sobre contratación administrativa, y por ello entiende que la normativa urbanística italiana, que permite al titular del suelo que solicita una licencia urbanística, o al titular de un plan, realizarlo por sí mismo, sin cumplir la normativa comunitaria en relación con la contratación es contraria a la Directiva 93/1997/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre Coordinación de los Procedimientos de Adjudicación de los Contratos Públicos de Obras..»

La Sentencias del TS de 31 de enero y 6 de junio de 2007 insisten, igualmente, en la condición de concesionario de servicio público y de contratista de obras que acompaña al urbanizador que asume la realización de una función pública cual es la urbanización del suelo y la producción de infraestructuras públicas de urbanización. Planteamiento que, como señala el TS, está avalado por la legislación de otras Comunidades Autónomas:

«Así la Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha, dispone en su Art. 125 que "Las relaciones derivadas de la adjudicación del Programa de Actuación Urbanizadora se regirán por lo dispuesto en esta Ley y, en el marco de la misma, en los Planes, el propio Programa y los actos adoptados para su cumplimiento, así como, supletoriamente, por las reglas del contrato de gestión de servicios públicos de la legislación reguladora de la contratación de las Administraciones Públicas." Y por su parte, la Ley 10/1998, de 2 de julio de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja regula en sus arts. 144 a 147 la concesión de obra urbanizadora, refiriéndose al Urbanizador como concesionario, a la convocatoria del concurso y al pliego concesional, y remitiéndose en todo lo no expresamente previsto a lo dispuesto en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas».

En cuanto al contrato de gestión de servicio público basta, para descartar tal consideración, la dificultad de admitir que las prestaciones incluidas en el objeto del contrato del borrador de Pliego sean el objeto de un verdadero y propio servicio público. Así, a mayor abundamiento, lo demuestra la doble

circunstancia de que dichas prestaciones no están comprendidas en la enumeración de servicios mínimos de competencia municipal en el artículo 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local y, sobre todo, el que la explotación como servicio público requeriría la previa aplicación del artículo 155.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, es decir, haber determinado su régimen jurídico básico y haber declarado expresamente que las prestaciones de que se trata quedan asumidas por el Ayuntamiento de Jaca como propias del mismo.

No parece fácil, sin embargo, subsumir el objeto del contrato, tal y como viene definido en el borrador del Pliego que se examina, en el tipo del contrato de obras ni en el de gestión de servicio público. El objeto del contrato, en este caso, consiste en la redacción de un Estudio de Detalle y de los Proyectos de Reparcelación y Urbanización del ámbito de la unidad de ejecución nº 4 del Plan General de Ordenación Urbana de Jaca y la posterior ejecución de las obras de urbanización. Se trata de prestaciones de muy diversa naturaleza y alcance que no es posible reconducir a ninguno de los contratos típicos de nuestra legislación de contratos; pues la función pública que constituye la urbanización de las obras no puede ser identificada única y exclusivamente como una obra o servicios públicos.

Tampoco es posible encajar íntegramente la figura de la adjudicación de la concesión de obra urbanizadora en el supuesto de contratación conjunta de elaboración de proyecto y ejecución de obras. Supuesto, al que se atribuye carácter excepcional por el artículo 125 de la LCAP, en el que no es posible incluir la contratación de las obras de urbanización pero que es necesario tener presente por la semejanza que existe entre ambas figuras. Las obras de urbanización participan de la naturaleza de obras públicas. En este sentido conviene anotar que el artículo 122 de la LCAP, establece que la adjudicación de un contrato de obras requiere la previa elaboración, supervisión, en su caso,

aprobación y replanteo del correspondiente proyecto, que tiene que definir con precisión el objeto del contrato. Y, además, en el supuesto de adjudicación conjunta de proyecto y obra *“la ejecución de ésta quedará condicionada a la supervisión, aprobación y replanteo del proyecto por la Administración”*.

A los efectos de este Informe, resulta de interés referir la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, de la Generalitat, Urbanística Valenciana, que consciente de las dificultades para tipificar administrativamente el contrato de concesión de obra urbanizadora; y atendiendo a la complejidad de la figura del programa de actuación integrada que lleva a término el urbanizador, califica la relación entre la administración y el urbanizador como un contrato administrativo especial, en los términos establecidos por la legislación estatal reguladora de la contratación pública. El Preámbulo de la ley resulta muy clarificador respecto a la naturaleza contractual:

«El programa de actuación integrada es un instrumento de ordenación y, al tiempo una figura compleja que toma rasgos de los convenios administrativos, de los contratos administrativos, de los instrumentos de ordenación y de antiguas figuras de urbanismo concertado de las que es tributario. La ley define la actividad urbanística como una función pública atribuida a la Generalitat y a los municipios reservando la tramitación y aprobación de los programas de actuación integrada a los municipios. El objeto, pues, de los programas de actuación integrada está vinculado al giro o tráfico específico de la administración municipal, para satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de la administración contratante, lo que, para el supuesto presente, 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 reguladora de la contratación pública. El régimen jurídico de estos contratos, de acuerdo con el artículo 7.1 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, está constituido por sus propias normas preferentemente, quedando como supletoria la legislación estatal en materia de contratos de las administraciones públicas».

Efectivamente los contratos administrativos especiales, o atípicos, son aquellos que carecen de una tipicidad específica. No se pueden incluir en ninguna de las figuras típicas del contrato administrativo (obras, gestión de servicios públicos, servicios, suministro, consultoría y asistencia). Su carácter administrativo es

consecuencia directa de la finalidad pública que constituye su objeto y no de la causa del contrato. Finalidad pública que o bien es consecuencia de una competencia atribuida a la Administración contratante o bien es declarada como tal por una norma especial. En este sentido, el artículo 5.2. b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas extiende el carácter administrativo del contrato a los que tengan naturaleza administrativa especial *“por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella o por declararlo así una ley”*. Además, el artículo 5 LCAP, a diferencia del artículo 4 de la Ley contratos del Estado de 1965, ya no vincula la calificación jurídica de los contratos de las administraciones públicas como contratos administrativos especiales a la prestación de un servicio público ni a la necesidad de una especial tutela del interés público. El artículo 5 LCAP hace referencia, a los efectos de esta calificación, a tres elementos: a) a la vinculación al giro o tráfico específico de la Administración contratante, b) a la finalidad del contrato de satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de la Administración contratante y c) a la declaración explícita de esta calificación por una ley. En todo caso, ya antes de la aprobación de la vigente LCAP el año 1995, la jurisprudencia del Tribunal Supremo había acotado el sentido y el alcance del concepto *“servicio público”* a que hacía referencia el artículo 4.2 LCE, estableciendo que había que entenderlo en su sentido más amplio, esto es, incluyendo cualquier actividad que la Administración desarrolle y sea necesaria para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia (Sentencias de 11 de junio de 1986, y de 30 de octubre de 1990). Los principales argumentos para la determinación de la calificación del contrato como administrativo especial derivan, justamente, de la apreciación de la finalidad pública que tiene por objetivo la contratación de la apreciación de la necesidad de una especial tutela del interés público en el desarrollo del

contrato y, finalmente, por entender que se trata de una finalidad que se enmarca plenamente dentro de las competencias municipales.

El régimen jurídico de estos contratos pues, según se prevé en los artículos 7.1 y 8 LCAP, viene constituido por sus normas especiales, en primer lugar, por la voluntad de las partes, en segundo lugar, y, supletoriamente, por las disposiciones de LCAP. Así pues, y según resulta del artículo 7.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, los contratos administrativos especiales, a falta de normas específicas para los mismos, se regirán en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y sus disposiciones de desarrollo, precisándose en el artículo 8 que la adjudicación de los mismos se llevará a cabo de conformidad con lo dispuesto en el Libro I y las menciones específicas que han de incorporarse al pliego de cláusulas administrativas particulares.

El régimen jurídico de los contratos administrativos especiales obliga a prescindir del requisito de la clasificación dado que éste se aplica según el artículo 25 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a los contratos de obras y de servicios de cuantía igual o superior a 120.202,42 euros exclusión que, para los contratos administrativos especiales confirma la JCCA.

IV. Solvencia técnica y financiera de los aspirantes a urbanizador, en los supuestos del sistema de concesión de obra urbanizadora.

Mención aparte conviene hacer de la solvencia técnica y financiera de los aspirantes a urbanizador, en los supuestos del sistema de concesión de obra urbanizadora, en el que, como es obvio, se adjudican obras de urbanización; en definitiva, obras públicas. Las cláusulas sexta, séptima y octava del borrador de *“Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para la adjudicación de la*

concesión de obra urbanizadora de la unidad de ejecución nº 4 del Plan General de Ordenación Urbana de Jaca”, regulan la capacidad, la solvencia económica y financiera, y la solvencia técnica y profesional respectivamente.

En relación con la solvencia económica y técnica el borrador de Pliego debería aclarar con precisión qué medios son los que la acreditan, pues la fórmula “*se acreditará por uno o alguno de los medios siguientes*” puede inducir a confusión. No se entiende si se requieren todos los medios que se indican en la relación, para acreditar la solvencia, o es suficiente con uno de ellos. En el sistema de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y en el de las Directivas comunitarias la determinación de los medios de justificación de la solvencia técnica corresponde al órgano de contratación, no al licitador, como claramente se desprende del artículo 15 expresivo de que en los casos en que sea necesario justificar la solvencia económica, financiera, técnica o profesional, los órganos de contratación precisarán en el anuncio los medios de acreditación que vayan a ser utilizados de entre los reseñados en los artículos 16 al 19.

El órgano de contratación está facultado para exigir la justificación de uno o varios medios, o para la exigencia de todos, si bien debe advertirse que es obligación del órgano de contratación el precisar cual o cuales de dichos medios resulta procedente exigir en cada contrato, atendiendo a sus características, pues es evidente que la exigencia de uno o varios, incluyendo todos, de los medios de justificación no puede quedar al capricho del órgano de contratación ni consistir en el simple recurso de transposición de los respectivos preceptos legales o de remisión a éstos. También es oportuno indicar que respecto a la solvencia técnica no existe la norma que, respecto a la solvencia económica y financiera, consagra el apartado 2 del artículo 16 expresivo de que *"si por razones justificadas un empresario no puede facilitar las referencias solicitadas, podrá acreditar su solvencia económica y financiera*

por cualquier otra documentación considerada, como suficiente por la Administración" expresión esta última que, además, deja la decisión última al órgano de contratación.

El artículo 15 LCAP regula la capacidad del contratista, señalando que *«podrán contratar con la Administración las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras que tengan plena capacidad de obrar y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional, requisito este último que será sustituido por la correspondiente clasificación en los casos en que con arreglo a esta Ley sea exigible»*; es decir la capacidad de los contratistas engloba diversos requerimientos o exigencias —capacidad de obrar, solvencia y ausencia de prohibiciones para contratar— que deben cumplir los empresarios que contraten con las Administraciones Públicas.

La solvencia es la aptitud para llevar a buen fin el contrato objeto de licitación, que engloba lo que se denomina en la Ley la solvencia económica y financiera, por un lado, y solvencia técnica o profesional por otro. La solvencia, en cuanto aptitud técnica y financiera del contratista, tiene que ser congruente con la entidad y naturaleza de las prestaciones que se incluyen en el objeto del contrato a fin de prevenir la asunción de compromisos desproporcionados a aquella capacidad técnica y financiera. En este caso, dentro del objeto del contrato se incluyen las obras del Proyecto de Urbanización, pues éste, según define el artículo 97 de la LUA, es un proyecto de obras que tienen por finalidad llevar a la práctica el Plan General en el suelo urbano y los Planes Parciales y Especiales; y su contenido es el de un proyecto de tal naturaleza que tiene que comprender una memoria descriptiva de las características de las obras, planos de situación, proyecto y detalle, cuadros de precios, presupuesto y pliego de condiciones de las obras y los servicios.

El artículo 25 LCAP requiere la clasificación de contratista para aquellos contratos de obra cuya cuantía sea igual o superior a 120.202,42 euros. La clasificación opera como un instrumento de verificación de la solvencia del contratista. La clasificación, sin embargo no se exige en los contratos administrativos especiales; precisamente por ello, y en atención a la importancia de las obras a ejecutar, la solvencia técnica debe establecerse en función de los medios del artículo 17 LCAP. En este sentido parece extraño que el borrador de Pliego no haga mención, como medio de acreditar la solvencia técnica, a la exigencia de *“una relación de las obras ejecutadas en el curso de los últimos cinco años acompañada de certificados de buena ejecución para las más importantes”*. Y resulta extraño, básicamente, porque en la cláusula octava establece la posibilidad de integrar la solvencia por medios externos, a través de medios de entidades ajenas que no son propios del licitador. La JCCA del Estado, en su Informe 48/02, de 21 de 28 de febrero de 2003 —que recoge la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas expresada fundamentalmente en las sentencias en los asuntos C-389/92 y C-5/97 de 14 de abril de 1994 y de 18 de diciembre de 1997, respectivamente (Ballast Nedam Groep NV), y en la sentencia en el asunto C-176/98, de 2 de diciembre de 1999, (Holst Italia) —, admite esta posibilidad al reconocer que *“la acreditación por las empresas de la disponibilidad de los medios que exija el órgano de contratación para justificar su solvencia técnica, conforme a lo establecido en el artículo 15.3. de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, puede realizarse mediante la descripción de medios que no son de su propiedad sino que pertenecen a otras empresas distintas de ellas con las que mantienen vínculos directos o indirectos, siempre que prueben ante el órgano de contratación que disponen de manera efectiva de los mismos para ejecutar el contrato”*. Es decir que cualquier propietario o promotor inmobiliario puede acreditar la solvencia técnica en materia de ejecución de obras acreditando que la tiene contratada con un empresario que reúne esa solvencia. Ahora bien en el borrador del Pliego no se exigen medios

especiales para justificar la solvencia que requieran su acreditación mediante medios ajenos. Ni tampoco se establece cómo se debe “*demostrar ante el Ayuntamiento*” que se cuentan con los medios necesarios para la gestión urbanística del ámbito.

V Necesidad, conveniencia u oportunidad de aprobar, con carácter previo a la licitación del concurso para la adjudicación de la concesión, una propuesta técnica sobre la cual formular las proposiciones los oferentes que participen en el proceso.

La legislación urbanística aragonesa no exige la aprobación del Proyecto de Urbanización, como requisito previo, para establecer como sistema de actuación de una unidad de ejecución el sistema de concesión de obra urbanizadora. Así se establece expresamente en el artículo 152. LUA y se deduce inequívocamente del artículo 123.1 d) del mismo cuerpo legal.

Es más, no contiene ninguna referencia acerca de la necesidad u oportunidad de aprobar, con carácter previo a la licitación del concurso para la adjudicación de la concesión, una propuesta técnica (“*alternativa técnica*” es denominada en la legislación de otras Comunidades Autónomas) sobre la cual formular sus proposiciones los oferentes que participen en el proceso. En todo caso parece que debiera ser de aplicación, por analogía, el artículo 122 de la LCAP que obliga, para los supuestos de adjudicación conjunta de proyecto y obra, a que la ejecución de las obras quede condicionada a la supervisión, aprobación y replanteo del proyecto por la Administración.

Es necesario tener presente que para conocer con exactitud el objeto de la concesión de la obra urbanizadora resulta imprescindible tener aprobado el Proyecto de Urbanización. Este motivo, junto a la ausencia de desarrollo reglamentario de ley urbanística aragonesa en este sentido y además de

razones de seguridad jurídica evidentes, aconseja la aprobación del Proyecto de Urbanización con carácter previo a la licitación. Hay que añadir, va de suyo, que los propietarios deben saber desde el inicio del procedimiento los gastos de urbanización; los criterios valoración de los inmuebles...etc.

De no ser así el Ayuntamiento viene obligado a precisar con rigor, tanto en la documentación técnica como en el Pliego de Cláusulas Administrativas particulares, los aspectos fundamentales de la urbanización y de la gestión. Entre otros, y por citar los que nos parecen más relevantes, a título de mera enumeración pueden reseñarse los siguientes: criterios de valoración de las construcciones existentes a los efectos del proyecto de reparcelación, mecanismos para la determinación del importe de las cuotas de urbanización y sistemas de control por parte de Ayuntamiento, procedimiento para la modificación de la estimación de los costes de urbanización (límites y supuestos de resolución), supuestos y posibilidades de aplazamiento del pago de las cuotas de urbanización ...etc.

Sobre la base de las consideraciones formuladas anteriormente, esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón formula las siguientes

III. CONCLUSIONES

I. La naturaleza jurídica de la relación contractual entre un ayuntamiento y el adjudicatario de la concesión de la obra urbanizadora, que establece el artículo 153 de la Ley Urbanística de Aragón, es la de un contrato administrativo especial. En consecuencia, por aplicación del artículo 7.1 LCAP, los contratos de concesión de la obra urbanizadora, en tanto que contratos

administrativos especiales de los regulados en el artículo 5.2.b) del LCAP se registrarán, con carácter preferente, por sus propias normas —esto es por LUA y sus normas de desarrollo—, por la legislación de contratos, de forma supletoria por el resto de normas de derecho administrativo y, en su defecto, por las normas de derecho privado. El carácter singular de éste contrato y la ausencia de desarrollo reglamentario de ley urbanística aragonesa en materia de gestión urbanística, y razones de seguridad jurídica, aconsejan la aprobación de una propuesta técnica (“*alternativa técnica*” según la denominación en la legislación de otras Comunidades Autónomas) sobre la cual formular sus proposiciones los oferentes que participen en el proceso; o bien del Proyecto de Urbanización con carácter previo a la licitación. O, finalmente, precisar con rigor, tanto en la documentación técnica como en el Pliego de Cláusulas Administrativas particulares, los aspectos fundamentales de la urbanización y de la gestión.

II. La solvencia, como aptitud técnica y financiera del contratista, tiene que ser congruente con la entidad y naturaleza de las prestaciones que se incluyen en el objeto del contrato a fin de prevenir la asunción de compromisos desproporcionados a aquella capacidad técnica y financiera.

III. Esta Junta Consultiva considera que, de lege ferenda, sería conveniente que el Ejecutivo Autonómico valorase la conveniencia de elaborar una iniciativa legislativa que regule de forma nítida los contornos de esta figura contractual.

Informe 5/2007, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 11 de diciembre de 2007