

Informe 1/2020, de 24 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Sujeción de las entidades urbanísticas colaboradoras y, más concretamente, de las entidades colaboradoras en la ejecución de Planes y Proyectos de Interés General de Aragón, a la LCSP, y su condición de poder adjudicador.

I. ANTECEDENTES

El Secretario General Técnico del Departamento de Hacienda y Administración Pública, con fecha 21 de noviembre de 2019, formula la siguiente consulta:

«El Decreto Legislativo 2/2015, de 17 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio de Aragón (en adelante, TRLOTA), regula los Planes y Proyectos de Interés General de Aragón, en la categoría de instrumentos especiales de ordenación territorial, atribuyéndoles el objeto de “autorizar y regular la implantación de actividades de especial trascendencia territorial que hayan de asentarse en más de un término municipal o que, aun asentándose en uno solo, trasciendan de dicho ámbito por su incidencia territorial, económica, social o cultural, su magnitud o sus singulares características”.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 47 y 48 TRLOTA, los Planes de Interés General de Aragón podrán autorizar la urbanización, siendo directamente ejecutables. En la ejecución de estos instrumentos, la Administración de la Comunidad Autónoma cuenta con “cuantas potestades y competencias atribuye la legislación urbanística a los municipios para la ejecución del planeamiento urbanístico”, al tiempo que faculta al consejero del departamento competente en materia de ordenación del territorio, conjuntamente con los consejeros de los departamentos colaboradores “y conforme a los procedimientos establecidos en la legislación urbanística”, para la aprobación de planes o proyectos complementarios o modificados,

así como la de los expedientes relativos a cualesquiera instrumentos de gestión precisos para la ejecución de los Planes o Proyectos. A tal efecto, como dispone el art. 48.3 TRLOTA, esa ejecución puede realizarse “directa o indirectamente conforme a lo establecido en la legislación urbanística, a elección de la Administración”.

Por su parte, el artículo 22 del texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón (en adelante, TRLUA) aprobado por Decreto-Legislativo 1/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón, cuando regula las entidades urbanísticas colaboradoras, dispone que “la participación en la gestión urbanística podrá tener lugar mediante la creación de entidades urbanísticas colaboradoras con personalidad jurídica propia y, cuando resulte de las determinaciones de esta Ley o sus disposiciones de desarrollo, naturaleza administrativa”.

A este respecto, el Decreto 210/2018, de 3 de diciembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Entidades Urbanísticas Colaboradoras, incluye, sin carácter limitativo, a las entidades colaboradoras en la ejecución de planes y proyectos de interés general de Aragón (art. 3.f). Estas entidades urbanísticas colaboradoras (en adelante, EUC) se rigen por el reglamento, por sus estatutos y, en su caso, bases de actuación “dentro del respeto a la legislación urbanística y demás normativa que les sea de aplicación”. Las disposiciones relativas a las juntas de compensación son de aplicación como régimen subsidiario al resto de EUC “en todo aquello que no haya sido objeto de regulación específica para cada una de ellas”.

La escueta y específica regulación de las entidades colaboradoras en la ejecución de planes y proyectos de interés general de Aragón en los artículos 64 a 68 del decreto autonómico obliga a la aplicación subsidiaria de las normas propias de las juntas de compensación. Por ello, y al igual que manifiesta el art. 156.2 TRLUA respecto de las juntas de compensación, a las que niega la consideración de poder adjudicador a los efectos de la normativa sobre contratación pública “sin perjuicio de que, en tanto ejecuten obra pública de urbanización, sí que deberá aplicarse la legislación de contratos públicos, en tanto resulta de aplicación el criterio funcional de obra

pública”, cabe preguntarse si esas mismas consideraciones son aplicables a las entidades colaboradoras en la ejecución de planes y proyectos de interés general de Aragón, por la trascendencia jurídico-práctica que ello comporta, en relación con el funcionamiento y organización de todos aquellos Proyectos de interés general de Aragón, en los que el Gobierno de Aragón es, en mayor o menor medida, propietario del ámbito, al menos en calidad de Administración actuante.

Por estas razones y por el hecho de que, después de la emisión por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del informe 21/2011, han sido modificados todos los textos legales aplicables al caso concreto, esto es, la legislación urbanística y de ordenación del territorio aragonesa, así como la legislación básica de contratación pública, se solicita de esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón dictamen acerca de si sigue manteniéndose el criterio manifestado en dicho informe 21/2011 o, en su caso, procede una actualización o reformulación del mismo a fin de disipar cualquier duda interpretativa acerca de si las entidades urbanísticas colaboradoras y, más concretamente, las entidades colaboradoras en la ejecución de planes y proyectos de interés general de Aragón, tienen o no la condición de poder adjudicador, si en la actividad propia de contratación están sujetas a la legislación de contratos del sector público; y, finalmente, en este último supuesto, en qué medida.

Todo ello, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 330 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público y los artículos 2, 3.2, 6.a) y 8.1 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».

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 16 de diciembre de 2019, acuerda solicitar una aclaración de los extremos de la consulta, que se formula en los siguientes términos por el Secretario

General Técnico del Departamento de Hacienda y Administraciones Públicas, en escrito de 21 de enero de 2020:

«En respuesta a lo acordado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, en sesión plenaria de 16 de diciembre de 2019, tal y como resulta del Acta número 121 remitida, y visto el debate generado en su seno sobre el contenido del informe y sobre la validez actual de los informes precedentes, en lo que a la petición de esta Secretaría General Técnica competente debo aclarar:

Primero.-La petición de informe, fechada el 21 de noviembre de 2019, solicitaba el pronunciamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón acerca de si todas las entidades urbanísticas colaboradoras, por la remisión que hace su reglamento regulador al régimen de las Juntas de Compensación, y, entre ellas, las entidades colaboradoras en la ejecución de planes y proyectos de interés general de Aragón, tenían o no la condición de poder adjudicador, si en la actividad propia de contratación estaban sujetas a la legislación de contratos del sector público; y, en su caso, en qué medida, a los efectos de conocer el ámbito de actuación de todas las entidades urbanísticas colaboradoras cuando se trata de planes y proyectos de interés general de Aragón; esto es, no solamente la entidades colaboradoras para la ejecución de aquéllos sino también las que, en fase posterior a la ejecución de esos planes y proyectos, se crean con el fin de conservar la urbanización (entidades urbanísticas de conservación).

Segundo.-En todo lo demás, me remito al oficio de fecha 21 de noviembre de 2019».

A la vista de la aclaración formulada, la Junta acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y legitimación del órgano solicitante.

De conformidad con el artículo 3 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 le corresponde informar sobre la consulta planteada.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 6, a) del citado Decreto 81/2006, el Secretario General Técnico del Departamento de Hacienda y Administración Pública es órgano competente para formular la solicitud de informe a la Junta.

II. Aplicación de la legislación urbanística a las juntas de compensación que realicen obras de urbanización en ejecución de un Plan o Proyecto de Interés General de Aragón.

De acuerdo con los art. 34 y 37 del Decreto Legislativo 2/2015, de 17 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio de Aragón, los planes o proyectos de interés general de Aragón podrán ser de promoción pública o privada, pudiendo el Gobierno de Aragón reservar la condición definitiva de promotor a un Consorcio de Interés General de Aragón, a una sociedad urbanística o a una persona seleccionada en concurso público, además de «vincular la promoción y ejecución de un Plan o Proyecto de Interés General de Aragón a los términos de un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, conforme a lo previsto en la legislación reguladora de los contratos del sector público». En los art. 44 a 49 se contempla el supuesto de que *la ejecución comporte además la urbanización de los terrenos afectados*. En tales casos, la ejecución «podrá realizarse directa o indirectamente *conforme a lo establecido en la legislación urbanística*, a elección de la Administración» (art. 48.3).

En consecuencia, cuando se opte por la ejecución indirecta de las obras de urbanización, resultarán de aplicación las disposiciones al respecto del Decreto-

Legislativo 1/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón (citado en adelante como TRLUA), especialmente el art. 122, relativo a la elección de los sistemas de gestión, y en caso de optarse por la gestión indirecta mediante una junta de compensación, los art. 151 a 158.

El Decreto 210/2018, de 3 de diciembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Entidades Urbanísticas Colaboradoras (en adelante, Reglamento de EUC), se aplica igualmente a las entidades urbanísticas colaboradoras en la ejecución de Planes y Proyectos de Interés General de Aragón, a cuyas especialidades se dedica el capítulo VII, art. 64 a 68, con mención específica a las entidades de conservación en el art. 68.

Entre las previsiones contenidas en el Decreto 210/2018 está el derecho de los propietarios que conjuntamente sean titulares de más del cincuenta por ciento de la suma de la superficie y aprovechamientos urbanísticos del ámbito delimitado para un plan o proyecto de interés general de Aragón de solicitar de la Administración actuante la ejecución de la actuación por el sistema de compensación, aunque ésta no estará vinculada por la solicitud (art. 64.3). En caso de optar la Administración por la ejecución de la urbanización por el sistema de compensación será aplicable a la junta de compensación el régimen establecido en la legislación urbanística, con determinadas especialidades (art. 65.1), que se detallan en el propio precepto. Primero, el promotor reconocido como tal por la Administración de la Comunidad Autónoma tendrá derecho a formar parte de la junta de compensación. De no ser propietario de terrenos en el ámbito de actuación ni haberlos adquirido como beneficiario de la expropiación forzosa, podrá optar por la compensación de los gastos en que haya incurrido y que hayan sido reconocidos por la Administración como cargas de la urbanización mediante la materialización de aprovechamiento lucrativo en el ámbito de actuación. Segundo, que los municipios en cuyo término se desarrolle el plan o proyecto tendrán derecho a designar un representante en los órganos de gobierno de la junta de compensación, con voz, pero sin voto. Tercero, el reconocimiento de la posibilidad de que los estatutos establezcan la obligación de dar traslado a la Administración

de las cuentas anuales. Además, se reconoce a la junta de compensación la posibilidad de ser beneficiaria de los derechos de tanteo y retracto reconocidos en el artículo 39 del texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio de Aragón, pudiendo ejercitarlos la Administración de la Comunidad Autónoma a su cargo y en su favor. A ello se unen especialidades en cuanto al proyecto de reparcelación, especialmente en lo relativo a la localización de determinados aprovechamientos urbanísticos y a la recepción de la obra de urbanización, con especial atención a la relación entre Administración de la Comunidad Autónoma y el Municipio.

Por consiguiente, de optarse por la ejecución indirecta por compensación de la urbanización, resultará aplicable lo dispuesto en la legislación urbanística para las juntas de compensación y, por ello, el régimen a aplicar será el establecido en la legislación urbanística.

La recepción y conservación de las obras de urbanización se regula en el art. 123 TRLUA, cuyas disposiciones se aplicarán igualmente a las obras de urbanización ejecutadas de forma indirecta en ejecución de un Plan o Proyecto de Interés General de Aragón. En el citado precepto se establece (art. 123.1) que «desde la recepción de las obras de urbanización corresponderá el deber de conservación al municipio o, en su caso, a la entidad urbanística de conservación que se hubiese constituido al efecto». Cuando se trate de la urbanización necesaria para la ejecución de un Plan o Proyecto de Interés General de Aragón, deberá entenderse que será la Administración de la Comunidad Autónoma o, «en su caso», una entidad urbanística de conservación, salvo que ésta se atribuya al respectivo municipio la cesión de los viales. El supuesto de obras de urbanización en ejecución de un Plan o Proyecto de Interés General de Aragón está expresamente contemplado en el art. 123.3:

«Sin perjuicio de su entrega final al municipio conforme a lo establecido en esta Ley, las obras de urbanización resultantes de la ejecución de planes y proyectos de interés general de Aragón *serán recibidas por la Administración autonómica, el consorcio o el municipio, en los términos acordados en el convenio* incluido, en su caso, en el plan o proyecto de interés general de Aragón».

Finalmente, respecto a las entidades de conservación se establece su naturaleza administrativa y la tutela del municipio (art. 123.4):

«Las entidades urbanísticas de conservación tienen naturaleza administrativa, están sujetas a la tutela del municipio y pueden solicitar de éste la aplicación de la vía de apremio para la exigencia de las cuotas de conservación».

En el ya citado Reglamento de EUC se contemplan en el art. 68 el régimen de las entidades colaboradoras específicamente dedicadas a la conservación de la urbanización en los supuestos de Planes y Proyectos de Interés General de Aragón:

«1. La recepción de la urbanización tanto por la Administración actuante como por el Municipio comportará necesariamente la asunción de la tutela de la entidad de conservación, si hubiera lugar a su constitución.

2. En caso de constitución de una entidad de conservación, sus estatutos podrán establecer las siguientes especialidades:

a) Que los cargos de administración y representación recaigan en las personas que designe la Administración actuante.

b) Que los estatutos establezcan la obligación de dar traslado a la Administración actuante de las cuentas anuales.

c) En todo caso, la Administración actuante tendrá derecho a nombrar un representante en los órganos de gobierno de la entidad, con voz, pero sin voto.

3. A los efectos establecidos en este artículo y mientras no se produzca la recepción de las obras por parte del Municipio, se considerará Administración actuante a la de la Comunidad Autónoma».

Tanto la aprobación de los estatutos como sus modificaciones, con la única excepción del cambio de domicilio social, corresponde a la Administración urbanística actuante (art. 6.2 del Reglamento de EUC). Por expresa previsión normativa, el régimen de las juntas de compensación resulta de aplicación

subsidiaria al resto de las entidades urbanísticas colaboradoras, en defecto de previsión normativa específica expresa (art. 5.2 del Reglamento de EUC).

III. Doctrina general sobre la sujeción de las juntas de compensación a la legislación de contratos del sector público cuando ejecuten obra pública.

Como se señala en la propia consulta, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón ya se pronunció sobre esta cuestión en su Informe 21/2011, de 12 de septiembre. Ciertamente, el régimen aplicable a la ejecución indirecta por compensación del planeamiento urbanístico, en la que ocupará el papel central una Junta de Compensación, se encuentra ahora en los art. 136 y 151 a 158 del Decreto-Legislativo 1/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón, desarrollados por medio del Decreto 210/2018, de 3 de diciembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Entidades Urbanísticas Colaboradoras. La cuestión objeto de consulta está expresamente contemplada en el art. 156.2:

«Las juntas de compensación, en su condición de entidades colaboradoras de la Administración pública, *no tienen la consideración de poder adjudicador a los efectos de la normativa sobre contratación pública sin perjuicio de que, en tanto ejecuten obra pública de urbanización, sí que deberá aplicarse la legislación de contratos públicos*, en tanto resulta de aplicación el criterio funcional de obra pública. La relación jurídica existente entre la Administración municipal y las juntas de compensación no es la de un contrato público, sino la de un encargo o traslado de funciones públicas de carácter unilateral».

El texto en vigor proviene literalmente de la modificación del art. 163 de la Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón, realizada por el artículo único, párrafo ciento seis, de la Ley 4/2013, de 23 de mayo. Aunque en el preámbulo no se expresasen los motivos de esta concreta reforma, es destacable su coincidencia con el parecer expresado por esta Junta en su Informe 21/2011. En este sentido,

puede recordarse que entre las conclusiones del citado Informe se señalaba lo siguiente:

«III. La evidente problemática interpretativa derivada de la regulación urbanística aragonesa, aconseja que esta Junta recomiende al Gobierno de Aragón su revisión, para su clarificación y ajuste al marco normativo vigente de la contratación pública».

La reforma se produjo en el sentido preconizado por la Junta Consultiva en su informe, cuyas líneas generales deben reiterarse.

Los fines perseguidos por el Derecho comunitario de la contratación pública, fundamentalmente los principios de concurrencia e igualdad de los licitadores, deben preservarse también en el ámbito urbanístico, como resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, establecida en las sentencias de 12 de julio de 2001, Asunto Ordine degli Architetti y otros (conocida como Scala de Milán), de 20 de octubre de 2005, Asunto Comisión/Francia, de 18 de enero de 2007, Asunto Auroux y otros, o de 21 de febrero de 2008, Asunto Comisión/Italia, entre otras. De la jurisprudencia comunitaria se desprende que en los supuestos de ejecución indirecta del planeamiento urbanístico mediante junta de compensación u otra entidad privada deberán respetarse las reglas de la contratación pública, en la medida en que el resultado final es una obra pública que «repcionará» la Administración pública, que será su titular, Administración que habría debido asumir su coste en caso de optarse por un mecanismo de ejecución directa. Como se declaró en la Sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001, relativa a la Scala de Milán, las obras de urbanización son obra pública, lo que comporta la aplicación de las reglas de la legislación de contratos públicos a efectos de publicidad y concurrencia.

Esa conclusión ha sido matizada por el propio TJUE en sentencias como la de 25 de marzo de 2010, Asunto Helmut Müller, o la de 26 de mayo de 2011, asunto Comisión/España. No puede entenderse sometida a la legislación de contratación pública toda la actividad urbanística, sino que la aplicación de los principios de la contratación pública exige que exista un poder adjudicador o que exista un

auténtico contrato de obra, utilizando para determinar su concurrencia criterios funcionales.

En el Informe 44/09, de 26 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, sobre la «Aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público a las Juntas de Compensación urbanísticas» se negó que pudieran ser consideradas como poder adjudicador al no concurrir el elemento subjetivo por no existir financiación pública, ni constituir sus contratos ejercicio de función pública alguna, además de que cuando se urbaniza la obra no es inicialmente pública, sino que recae sobre bienes de titularidad privada. Tras analizar los requisitos para poder ser poder adjudicador afirma:

«El último requisito se refiere la financiación o al control administrativo de la entidad. Literalmente que “uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia”».

Las juntas de compensación constituyen un «fenómeno de autoadministración», en el que los propietarios desarrollan la función pública de ejecución del planeamiento, en virtud de una delegación que convierte a la junta un agente de la Administración. En consecuencia, responde frente a la Administración de la urbanización completa de la unidad de ejecución e incluso, de estar así previsto, de la edificación. Es decir, como decíamos en nuestro Informe 21/2011, «son sujetos privados (salvo participación mayoritaria pública, claro está) en los que se delegan funciones públicas». Esto comportará «que no toda la actuación de la junta de compensación esté sometida al Derecho administrativo: en la medida en que aquella gestiona intereses propios de sus miembros, sin ejercicio directo de funciones públicas, estará sujeta al derecho privado». No sería un fenómeno distinto de la doble naturaleza atribuida a otros entes privados, como las federaciones deportivas, o incluso corporaciones de Derecho Público, como los colegios profesionales o las cámaras de comercio, industria, navegación y servicios, reconocida en las SSTs de 11 de marzo de 1989 (Ar. 1968) o de 24 de mayo de 1994 (Ar. 3908). Como consecuencia, afirmábamos, «a juicio de esta

Junta, las juntas de compensación, por su naturaleza de base privada y finalidad de consunción inmediata (se crean para la ejecución de un único proceso de urbanización), no tienen la consideración de poder adjudicador cuando gestionan intereses privados y, por tanto, no se encuentran sometidas a las reglas de la contratación pública».

Sin embargo, sí deberán aplicar la legislación de contratos públicos cuando concorra el concepto funcional de obra pública, caracterizada por tres notas, que son: a) obra artificialmente creada, b) obra vinculada al aprovechamiento general y c) obra de titularidad pública. Éste sería el caso de las obras de urbanización exigidas por la legislación urbanística, como se señalaba en la ya citada Sentencia de 12 de julio de 2001 relativa a la Scala de Milán:

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

Según el considerando 46 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de enero de 2007, asunto Auroux, procede entender como obra *«los elementos constitutivos de servicios que se prevén en el convenio, como la adquisición inmobiliaria, la recaudación de fondos, la convocatoria de un concurso de arquitectura o de ingeniería y la comercialización de edificaciones forman parte de la concreción de*

dicha obra». Es decir, se aplica el concepto de obra en sentido amplio, lo que se traduce en la obligación de las juntas de compensación de aplicar las normas de contratación pública en la obra de urbanización propiamente tal, pero no parece que actuaciones como la reparcelación, técnica urbanística no concurrencial. Deberá además concurrir el carácter de onerosidad, sin el cual no existe contrato público, como se señaló en la STJUE de 25 de marzo de 2010, asunto Helmut Müller: «*el mero ejercicio de competencias normativas en materia urbanística, con la finalidad de satisfacer el interés general no tiene por objeto ni recibir prestaciones contractuales ni satisfacer el beneficio económico directo del poder adjudicador, en los términos exigidos por la Directiva 2004/18 (apartado 57)*».

IV. Posibles excepciones a la regla general que lleven a tener que considerar a una junta de compensación como poder adjudicador.

Las propias características de la ejecución de los planes y proyectos de interés general de Aragón, junto con el hecho de que pueden tener un promotor público y de que se prevea expresamente que «con independencia de la forma de promoción inicial del Plan o Proyecto de Interés General de Aragón, el Gobierno de Aragón podrá reservar la condición definitiva de promotor a un Consorcio de Interés General de Aragón», entre otras posibilidades (art. 34.2 del Decreto Legislativo 2/2015, de 17 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio de Aragón), teniendo el promotor la posibilidad de ser propietario de terrenos en el ámbito o en caso contrario «optar por la compensación de los gastos en que haya incurrido y que hayan sido reconocidos por la Administración como cargas de la urbanización, mediante la materialización de aprovechamiento lucrativo en el ámbito de actuación» [art. 65.1, a) del Decreto 210/2018, de 3 de diciembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Entidades Urbanísticas Colaboradoras], hacen mucho más probable que en otros casos que en la Junta de Compensación una mayoría de los votos vayan a corresponder a entes públicos, bien inicialmente, bien tras la aprobación del proyecto de compensación. Decíamos en nuestro Informe 21/2011 de las juntas de compensación que «son sujetos

privados (salvo participación mayoritaria pública, claro está) en los que se delegan funciones públicas».

En la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, de contratación pública, se contiene la definición de «Poderes adjudicadores» en el art. 2.1,1), de acuerdo con la cuál entrarían en esta categoría el Estado, las autoridades regionales o locales, los organismos de Derecho público o las asociaciones formadas por uno o varios de dichos poderes o uno o varios de dichos organismos de Derecho público. Como desarrollo o especificación de la anterior, establece su propia definición de organismo de derecho público como «cualquier organismo» que reúna determinadas las características (art. 2.1, 3):

- «a) que se haya creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil;
- b) que esté dotado de personalidad jurídica propia, y
- c) que esté financiado mayoritariamente por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público, o cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichas autoridades u organismos, o que tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, en el que más de la mitad de los miembros sean nombrados por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público”.

Con esta definición se pretende conseguir una aplicación normativa homogénea de la normativa comunitaria europea de contratación pública. Por ello, la interpretación debe ser la que resulta de la jurisprudencia del TJUE, que utiliza criterios subjetivo-funcionales cuando se cumplan los tres requisitos. En la STJUE de 5 de octubre de 2017, LitSpecMet y Vilniaus, asunto C-567/15, sintetizando su propia jurisprudencia, el Tribunal declara que una entidad adquiere la condición de poder adjudicador cuando se cumplan tres condiciones, que tienen carácter acumulativo:

- a) que dicha entidad haya sido creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil;

- b) que esté dotada de personalidad jurídica; y
- c) que su actividad esté *mayoritariamente financiada* por los poderes públicos o que su gestión esté *controlada* por parte de éstos últimos, o que *más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, de dirección o de vigilancia sean nombrados por los poderes públicos*.

Los requisitos enunciados en los párrafos a) y b) (propósito específico y personalidad jurídica) han de darse conjuntamente, mientras que basta que junto a los anteriores concorra alguno de los del párrafo c), es decir, que haya financiación pública mayoritaria, que haya control público o que los poderes públicos designen a la mayoría de los miembros de su órgano de administración o, en caso de estar diferenciado del anterior, de su órgano de vigilancia.

Este es el significado de la regulación que incorpora el artículo 3.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP en adelante):

«3. Se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, las siguientes entidades: [...] d) Todas las demás entidades con personalidad jurídica propia distintas de las expresadas en las letras anteriores que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3, bien financien mayoritariamente su actividad; bien controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia».

Para su interpretación debe estarse a la jurisprudencia del TJUE, que es la fuente de origen de la regulación legal, como se establece en el considerando 10 de la Directiva de contratación pública de 2014:

«El concepto de “poderes adjudicadores”, y en particular el de “organismos de Derecho público”, han sido examinados de forma reiterada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Para dejar claro

que el ámbito de aplicación *ratione personae* de la presente Directiva no debe sufrir modificaciones, procede mantener la definición en la que se basaba el Tribunal e incorporar determinadas aclaraciones que se encuentran en dicha jurisprudencia como clave para comprender la propia definición sin intención de alterar la interpretación del concepto tal como ha sido elaborada por la jurisprudencia. A tal efecto, ha de precisarse que un organismo que opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad no debe ser considerado un «organismo de Derecho público», ya que puede considerarse que las necesidades de interés general para satisfacer las cuales ha sido creado, o que se le ha encargado satisfacer, tienen carácter industrial o mercantil.»

En consecuencia y siguiendo esa doctrina jurisprudencial debe atenderse en primer lugar a la naturaleza de la actividad: satisfacer necesidades de interés general que no tengan exclusivo carácter mercantil, en cuyo caso estaría justificada su sometimiento a un régimen de Derecho privado por tratarse de gestión económica.

En este sentido, en la STJUE de 15 de enero de 1998, Mannesmann, se afirmó que si hay una función de interés general, lo que se dará siempre que la actividad entre en los significados habituales de la expresión de «obligaciones de servicio público», aunque la actividad tenga vertientes mercantiles o industriales, hay una *vis atractiva* del primer elemento, debiendo entenderse que ese ente está sometido a las reglas propias de la contratación pública. En consecuencia, los entes instrumentales que presten un servicio público o tengan que cumplir con obligaciones de servicio público se encuentran sometidos a la legislación de contratos públicos. En la STJUE de 10 de noviembre de 1998, BFi Holding, el Tribunal insistió en esta cuestión, declarando que estamos en presencia de un poder adjudicador cuando la función sea de interés general, aunque la actividad se preste en régimen de competencia. Este criterio no se ve afectado por el hecho de que empresas privadas cubran o puedan cubrir idénticas necesidades, ya que la ausencia de competencia no es necesaria para definir a un organismo como de

Derecho público. En definitiva, la jurisprudencia distingue entre necesidades de interés general que tengan carácter industrial o mercantil y necesidades que no tengan dicho carácter. La misma doctrina se asume en las STJUE de 17 de diciembre de 1998, Irish Forestry Board, 27 de febrero de 2003, Adolf Truley y 22 de mayo de 2003, Korhonen, entre otras.

En todo caso, como se declaró en la STJUE de 16 de octubre de 2003, de condena al Reino de España en el asunto SIEPSA, en ausencia de riesgo empresarial, una empresa pública o cualquier otro ente controlado por el poder público se comporta como poder adjudicador y estará sometido a las reglas y principios de la contratación pública:

«91. este respecto, es preciso añadir que, con independencia de si existe un mecanismo oficial de compensación de posibles pérdidas de SIEPSA, parece poco probable que ésta haya de soportar los riesgos económicos derivados de su actividad. En efecto, habida cuenta de que la realización de la misión de esta sociedad constituye un elemento fundamental de la política penitenciaria del Estado español, resulta verosímil que, como único accionista, dicho Estado tome todas las medidas necesarias al objeto de evitar una posible quiebra de SIEPSA.

92. En estas circunstancias, existe la posibilidad de que, en un procedimiento de adjudicación de un contrato público, SIEPSA se guíe por consideraciones distintas a las meramente económicas. Pues bien, precisamente para evitar tal posibilidad, se impone la aplicación de las Directivas comunitarias sobre contratos públicos (en este sentido, en particular, sentencias Adolf Truley, apartado 42, y Korhonen y otros, apartados 51 y 52, antes citadas).

93. Teniendo en cuenta el conjunto de factores jurídicos y fácticos que regulan la actividad de SIEPSA, como los señalados en los apartados 84 a 92 de la presente sentencia, procede concluir que las necesidades de interés general para cuya satisfacción se creó específicamente dicha sociedad no tienen carácter industrial o mercantil.

94. De ello resulta que una entidad como SIEPSA debe ser calificada de organismo de Derecho público en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37 y, por tanto, de entidad adjudicadora conforme al párrafo primero de dicha disposición».

De la jurisprudencia resulta que para determinar el cumplimiento de este requisito es indiferente que, junto con la atención a necesidades de interés general, la entidad desempeñe otras actividades que no las satisfacen e incluso que las actividades para satisfacción del interés general sólo constituyan «una parte relativamente poco importante» de su actividad global (STJUE 15 de enero de 1998 Mannesmann, párrafo 25; STJUE de 10 de noviembre de 1998, BFI Holding, párrafos. 55 y 56; STJUE de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau, párrafos 54-56; STJUE de 27 de febrero de 2003, Adolf Truley, párrafo 56; STJUE de 22 de mayo de 2003, Korhonen, párrafos 57 y 58). En este sentido, en la STJUE de 13 de diciembre de 2007, Bayerischer, afirmó que resulta indiferente para determinar el cumplimiento de este requisito que, además de satisfacer necesidades de interés general, la entidad desempeñe otras actividades e incluso que las actividades para satisfacción del interés general sólo constituyan “una parte relativamente poco importante” de su actividad global.

En segundo lugar, el ente debe tener personalidad jurídica propia, si bien para el Derecho comunitario la forma jurídica pública o privada no es por sí criterio decisivo, pues debe realizarse una interpretación funcional. Al respecto es relevante la doctrina que incorpora la citada STJUE de 10 noviembre de 1998:

«es preciso recordar que, para dar plenos efectos al principio de libre circulación, el concepto de entidad adjudicadora debe recibir una interpretación funcional (en este sentido, véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 1988, Beentjes). Esta necesidad se opone a que se establezcan diferencias en función de la forma jurídica de las disposiciones por las que se crea el organismo y se especifican las necesidades que éste debe satisfacer».

En consecuencia, las empresas mercantiles no pueden entenderse excluidas del

ámbito de aplicación, sino que debe en cada caso determinarse si puede ser incluida su actividad en los parámetros funcionales propios de un poder adjudicador. En este sentido se pronunció la STJUE de 15 de mayo de 2003, en la que se condenaba al Reino de España:

«55. De los principios así elaborados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el estatuto de Derecho privado de una entidad no constituye un criterio que pueda excluir su calificación como entidad adjudicadora en el sentido del artículo 1, letra b), de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 y, por tanto, del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665.»

El último requisito es el control de la Administración Pública. Lo determinante es la «influencia dominante» del poder público sobre el organismo adjudicador. Esto es claro si la financiación es pública, pero también se aplica en los supuestos en los que la gestión se esté controlada por entes públicos o si más de la mitad de los miembros de los órganos de administración, de dirección o de vigilancia están nombrados por las Administraciones Públicas u otras entidades de derecho público. En este sentido la STJUE de 1 de febrero de 2001, Comisión/República de Francia, que consideró sometidas al régimen de contratación pública a las empresas dedicadas a la construcción de viviendas por cuenta de servicios públicos de construcción y urbanización y de sociedades anónimas de viviendas de alquiler moderado. Por el contrario, la Sentencia TJUE de 12 de septiembre de 2013, Colegio de Médicos de Westfaliz-Lippe, entendió que este Colegio Profesional no tenía la condición de poder adjudicador, por no cumplir ni el criterio de financiación mayoritaria por los poderes públicos, al estar mayoritariamente financiado por las cuotas abonadas por sus colegiados, ni el criterio del control de la gestión por parte de los poderes públicos, no pudiendo considerarse tal que el importe de las cuotas debiera ser aprobado por una autoridad de supervisión.

Los derechos de voto en los órganos de decisión de las entidades urbanísticas colaboradoras, entre las que se cuentan las juntas de compensación, viene determinado por las cuotas de participación, como se establece en el art. 10.1 del Reglamento de Entidades Urbanísticas Colaboradoras:

«Los acuerdos de las asambleas generales de las entidades urbanísticas colaboradoras se adoptarán por mayoría simple de las cuotas de participación presentes o representadas, salvo que en los estatutos se establezca una mayoría cualificada para determinados supuestos».

En sentido concordante, art. 27, f) del mismo texto reglamentario.

La aplicación de la doctrina expuesta lleva a considerar que cuando la Administración sea el propietario de más de la mitad de la superficie de una unidad de actuación o le vaya a corresponder más de la mitad del aprovechamiento urbanístico resultante, la junta de compensación constituida para ejecutar la urbanización será una entidad dotada de personalidad jurídica, entre cuyas finalidades estará la consecución de fines de interés general, como es la ejecución de la obra pública de urbanización, en un procedimiento de ejecución realizado en el marco de la función pública urbanística, y en cuyo «órgano de administración, de dirección o de supervisión», más de la mitad de los miembros serán nombrados por los poderes públicos

V. Aplicación de los criterios anteriores a las entidades urbanísticas de conservación de la urbanización realizada en ejecución de Planes y Proyectos de Interés General de Aragón.

Como ya ha sido señalado, el régimen jurídico de las juntas de compensación es de aplicación subsidiaria, en todo aquello que no haya sido específicamente regulado, al resto de las entidades urbanísticas colaboradoras, incluidas las entidades urbanísticas de conservación. De acuerdo con el art. 5.2 del Reglamento de EUC:

«Las disposiciones relativas a las juntas de compensación serán de aplicación como régimen subsidiario al resto de entidades urbanísticas colaboradoras reguladas en el presente reglamento, en todo aquello que no haya sido objeto de regulación específica para cada una de ellas».

Esta previsión se basa en la identidad de naturaleza jurídica y la existencia de un

régimen más detallado y una mayor experiencia aplicativa en lo relativo a las juntas de compensación. En relación a la consulta formulada, las entidades de conservación son entidades de base asociativa, que no tendrán de forma automática la consideración de poderes adjudicadores. Ahora bien, en la medida en que su finalidad sea la realización de labores de mantenimiento y conservación de bienes de dominio público, objeto ya de recepción formal por la Administración pública actuante con carácter previo, ordinariamente la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón en el caso de obras de urbanización vinculadas a un Plan o Proyecto de Interés General, el régimen de contratación de tales labores deberá sujetarse a las previsiones de la legislación de contratación pública.

No será inconveniente al respecto que el tipo contractual utilizado para la materialización de tales labores de conservación y mantenimiento pueda no ser en algunos casos el de contrato de obras en función de la entidad de las actuaciones, sino otros tipos contractuales como el contrato de servicios, primando al respecto la finalidad última perseguida con la actividad, que es el mantenimiento de la funcionalidad de la obra pública de urbanización ya materializada y “repcionada” por la Administración actuante y, por tanto, parte del dominio público, concretamente del dominio público viario, en el supuesto más habitual.

Debe además puntualizarse que la normativa vigente prevé un régimen de intervención administrativa especialmente intenso, considerablemente superior al general, en el caso de las entidades de conservación de la urbanización ligada a Planes o Proyectos de Interés General. De conformidad con el art. 68.2 del Reglamento de EUC, no sólo la Administración actuante –que mientras no haya una recepción formal de las obras por el municipio, será la de la Comunidad Autónoma- tiene el derecho de nombrar un representante, con voz pero sin voto, en los órganos de gobierno de la entidad, sino que podrá condicionar la aprobación de los estatutos de la entidad a que se recoja en ellos la obligación de darle traslado de las cuentas anuales o a que los cargos de administración y representación recaigan en las personas que designe la Administración. En este último caso, o en otros en que por vía directa o indirecta exista un efectivo control administrativo de la entidad de conservación, habrá de ser considerada poder adjudicador a todos

los efectos.

III. CONCLUSIONES

- I. Las juntas de compensación, en su condición de entidades colaboradoras de la Administración pública, no tienen como regla general la consideración de poder adjudicador, ni se encuentran sujetas en el conjunto de su contratación a las reglas de la LCSP. No obstante, cuando ejecuten obra pública de urbanización deberá aplicarse la legislación de contratos públicos en cumplimiento del criterio funcional de obra pública.
- II. No obstante, cuando corresponda a los poderes públicos una mayoría de los votos en la asamblea de la junta de compensación, deberá entenderse que concurren los requisitos que caracterizan a los poderes adjudicadores.
- III. El régimen aplicable a las juntas de compensación constituidas para la ejecución de la urbanización en el ámbito ordenado por un plan o proyecto de interés general de Aragón será el aplicable a este tipo de entidades en el ámbito urbanístico general también en lo relativo a la aplicación de la legislación de contratación pública.
- IV. En lo no expresamente previsto en su normativa específica, se aplica a las entidades urbanísticas de conservación el régimen establecido para las juntas de compensación. Esto comporta que con carácter general no hayan de ser consideradas poder adjudicador, pero que sí haya de sujetarse a las normas de contratación pública todo lo relativo al mantenimiento o conservación de la urbanización, en la medida en que tiene la naturaleza jurídica de dominio público, extendiéndose a estas actividades este régimen como accesorias respecto al concepto funcional de obra pública incluso si los tipos contractuales utilizados son los de contrato de servicios.

- V. El régimen de intervención y supervisión administrativa aplicable a las entidades urbanísticas de conservación en el caso de la urbanización vinculada a un Plan o Proyecto de Interés General de Aragón es especialmente intenso, pudiendo incluso establecerse la designación de los cargos de administración y representación por la Administración actuante. En la medida en que exista un control público de la entidad, se darán las notas para considerarla poder adjudicador.

Informe 1/2020, de 24 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

EL PRESIDENTE

P.S. LA PRESIDENTA SUPLENTE

*(Orden de 16 de septiembre de 2019 del
Consejero de Hacienda y Administración Pública)*

María Josefa Aguado Orta