

Informe 21/2011, de 12 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Naturaleza jurídica de la relación entre las juntas de compensación y la administración municipal, en atención a Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón.

I. ANTECEDENTES

El Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Zaragoza se dirige, con fecha de 29 de junio de 2011, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante oficio en el que solicita informe en relación con una serie de cuestiones relativas al tipo de contratos que contempla la Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo en Aragón (en adelante LUA), en caso de gestión indirecta por compensación, y a la personalidad jurídica de las juntas de compensación. El oficio se acompaña de escrito de 28 de junio, de la Secretaria Técnica del Área de Urbanismo, Infraestructuras, Equipamientos y Viviendas del citado Ayuntamiento, del siguiente tenor literal:

La ley 3/2009, de 17 de junio, de urbanismo de Aragón (LUA, en adelante) introduce numerosas novedades en materia de gestión urbanística.

Como dispone el artículo 141, la ejecución urbanística se inicia una vez aprobado el planeamiento que establece la ordenación pormenorizada y tiene lugar bajo control público, al ser pública la obra de urbanización, ya sea mediante actuaciones aisladas o integradas.

Las innovaciones principales surgen al regular las actuaciones integradas que pueden ser desarrolladas, según opte la administración al aprobar el planeamiento, por formas de gestión directa (expropiación o cooperación) o indirecta, ya sea mediante programa de compensación o mediante programa de urbanización.

El Preámbulo de la ley indica al respecto: *“Los propietarios de los terrenos incluidos en el ámbito de una actuación integrada participan en la gestión urbanística, ya sea ejecutándola mediante gestión indirecta por compensación, salvo que se adjudique a un contratista respetando determinadas disposiciones sobre contratación del sector público, o únicamente financiándola, en la gestión directa por cooperación, donde es la administración quien ejecuta la obra de urbanización, y en la gestión indirecta mediante programa de urbanización, donde la obra pública es ejecutada por el urbanizador o por un subcontratista seleccionado conforme a la normativa de contratación del sector público”.*

El artículo 142.3 de la LUA señala que, tanto en los supuestos de gestión directa como en los de gestión indirecta, cuando la administración contrata la obra urbanizadora o la gestiona mediante programa de compensación o de urbanización, ostenta las prerrogativas establecidas en la normativa de contratación del sector público.

En particular, ostenta la superior inspección de la obra de urbanización; puede requerir de la dirección facultativa cuanta información detallada precise para ejercerla; tomar conocimiento de las certificaciones de obra y verificar su ejecución.

La gestión indirecta por compensación se insta presentando ante la administración el programa de compensación.

Las dudas que se plantean vienen referidas a qué tipo de contratos contempla la LUA, en el caso de gestión indirecta por compensación, y a la personalidad jurídica de las juntas de compensación.

1. REFERENCIAS EN LA REGULACION DEL SISTEMA DE COMPENSACION DE LA LUA A LA NORMATIVA DE CONTRATACION DEL SECTOR PUBLICO.

El procedimiento de aprobación de los programas de compensación es el establecido para los proyectos de urbanización en el artículo 144 de la LUA.

El acto expreso y publicado de la aprobación del programa tiene los efectos que declara el artículo 161.2 de la ley .

Desde ese momento la junta de compensación debe suscribir los compromisos, asumir las obligaciones y prestar las garantías correspondientes mediante la formalización del denominado contrato para la ejecución del programa de compensación, en la forma establecida en la normativa de contratación del sector público.

Por su parte, el artículo 165.3 dispone que la resolución del contrato para la ejecución de programas de compensación se registrará por lo establecido en el artículo 167.1.c) y d) y en el artículo 190.1 y 3, en cuanto resulten compatibles.

La primera pregunta que surge es qué tipo de contrato debe ser formalizado.

Teniendo en cuenta que, el artículo 163.2 establece que la relación entre la junta de compensación y la administración se rige por lo establecido en esta ley y, supletoriamente, en la normativa sobre contratación del sector público para el contrato de gestión de servicios públicos, la segunda pregunta que se plantearía es cómo encajan las relaciones entre la administración actuante y la junta de compensación en el contrato de gestión de servicios públicos, si nos atenemos a la definición que sobre el ámbito de dicho contrato establece el artículo 251 de la ley 30/2007, de 30 de octubre de contratos del sector público que literalmente señala: *“La administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por los particulares”*.

¿la urbanización constituye un servicio susceptible de explotación por un particular?.

La tercera pregunta vendría referida a lo establecido en el mismo precepto 163 apartado 6, que indica que la contratación de las obras de urbanización por la junta de compensación se regirá por lo establecido en el artículo 175.2. La junta de compensación no podrá ceder la condición de agente público urbanizador.

El artículo 175.2 de la LUA se refiere a la subcontratación de las obras por parte del urbanizador e indica que si el urbanizador tiene la condición de poder adjudicador conforme a la normativa de contratación del sector público se regirá por lo establecido en la misma. En caso contrario, la subcontratación se regirá por lo establecido en la normativa de contratación del sector público para la subcontratación de obras por los concesionarios de obras públicas.

A la luz del precepto debe plantearse si las juntas de compensación tienen la consideración de entidades del sector público y, por consiguiente, les resulta de aplicación la ley 30/2007, de 30 de octubre.

El informe 44/2009 de la JCCA estatal relativo a la legislación urbanística catalana, que en este aspecto es similar a la aragonesa, concluye que las juntas de compensación no pueden ser consideradas entidades del sector público dado que no cumplen los requisitos enumerados en la letra h) del artículo 3.1 de la ley 30/2007, por lo que por consiguiente, no le es de aplicación en la contratación de sus obras, ni la ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, ni sus disposiciones de desarrollo o complementarias.

Por lo tanto, no se entiende la referencia que se efectúa a la normativa de contratación en el artículo 175.2 por remisión del artículo 163.6. de la LUA.

2.- PERSONALIDAD JURIDICA DE LAS JUNTAS DE COMPENSACIÓN

El artículo 163.1 de la LUA señala que la junta de compensación es el agente público responsable de ejecutar la urbanización en la gestión indirecta por compensación y que tiene personalidad jurídica y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines, disfrutando de consideración administrativa a los efectos previstos en esta ley.

Hay que tener en cuenta que no todas las actividades que desarrollan las juntas de compensación tienen naturaleza administrativa, ni consecuentemente, se someten al derecho administrativo en su totalidad, y que, en la medida que gestionen intereses propios de sus miembros, sin ejercicio directo de funciones públicas, están sometida al derecho privado.

En nuestro ordenamiento urbanístico aragonés, similar en este aspecto al del resto de las Comunidades Autónomas, la naturaleza administrativa deviene de lo contemplado en los artículos 163.4 y 5 y 165.2 y así, los acuerdos de la junta son susceptibles de recurso de alzada ante la administración actuante; puede solicitar del municipio la exacción por la vía de apremio de las cantidades adeudadas por sus miembros y; el incumplimiento por los miembros de la junta de las obligaciones y cargas impuestas por la LUA habilita al municipio para expropiar sus respectivos derechos a favor de la junta, que tendrá la condición de beneficiaria de la expropiación.

En la doctrina jurisprudencial, las juntas de compensación han sido consideradas una figura típica de autoadministración (STS 30 de octubre de 1989, entre otras), es decir, de gestión autónoma por los propios interesados de funciones administrativas que actúan en lugar de la propia Administración en el proceso de ejecución del planeamiento.

En el sistema de actuación urbanística de compensación, la junta de compensación se configura como pieza esencial y básica, junto con las bases de actuación y estatutos de la misma y una prueba de la esencialidad de aquella es el papel relevante que la ley le atribuye, hasta el extremo de conferirle personalidad jurídica y plena capacidad de obrar al ser considerada como una entidad urbanística colaboradora.

Ahora bien, ¿en qué momento adquiere la junta de compensación personalidad jurídica, a la luz de la legislación urbanística aragonesa?

En el ordenamiento urbanístico aragonés, el artículo 12 del Decreto 52/2002, de 19 de febrero dispone que las entidades urbanísticas colaboradoras tendrán personalidad jurídica propia y, cuando así resulte conveniente, naturaleza administrativa. En todo caso, las entidades urbanísticas colaboradoras de constitución obligatoria tendrán naturaleza administrativa.

La personalidad jurídica de las entidades urbanísticas colaboradoras se entenderá adquirida a partir del momento de su inscripción en el correspondiente registro.

La disposición final segunda del citado Decreto declara que a partir de la entrada en vigor del mismo deja de ser aplicable en Aragón el artículo 26 del Real Decreto 3288/1978 (reglamento estatal de gestión urbanística, RGU).

La disposición adicional décima de la LUA instaaura el denominado registro administrativo de entidades colaboradoras y programas.

Por Decreto 20/2011, de 8 de febrero se creó, entre otros, el registro de entidades colaboradoras y programas que tiene por objeto, la inscripción de las agrupaciones de interés urbanístico, las juntas de compensación, los urbanizadores y las entidades urbanísticas de conservación, así como los programas de compensación y los programas de urbanización creados para la ejecución y gestión del planeamiento urbanístico.

La disposición derogatoria única del citado Decreto establece la derogación expresa de cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan al contenido del Decreto y del reglamento que se aprueba con el mismo.

El artículo 26.2 del Decreto señala que la inscripción en el registro se realizará a los exclusivos efectos de publicidad.

Dicha redacción final es debida a las observaciones que emitió al proyecto de Decreto, el Consejo Consultivo de Aragón en su dictamen 160/2010 pues, debe recordarse que en el proyecto, la inscripción tenía carácter constitutivo.

En dicho dictamen se indicaba: *“El artículo 26, ya en el capítulo dedicado al Registro de Entidades Colaboradoras y Programas, señala que la inscripción “tendrá carácter constitutivo para las entidades colaboradoras, adquiriendo personalidad jurídica desde el momento de su inscripción”. Este precepto tiene su antecedente inmediato en el artículo 12.2 del Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 5/1999, de 25 de marzo, Urbanística, aprobado por Decreto 52/2002, de 19 de febrero, que a su vez reproduce literalmente el artículo 26.2 del Reglamento de Gestión Urbanística aprobado por Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto. Se trata, pues, de una norma de larga tradición en nuestro derecho urbanístico, pero que hoy cabe cuestionar a la luz de la regulación introducida por la Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón.*

Así, por ejemplo, el artículo 143.3 de la Ley de Urbanismo señala que *“la constitución de agrupaciones de interés urbanístico se otorgará en escritura pública, a la que se incorporarán sus estatutos. Deberá inscribirse, al igual que sus modificaciones, en el Registro de entidades colaboradoras y programas dependiente del Departamento competente en materia de urbanismo”.*

Como puede verse, la literalidad de la expresión legal parece atribuir carácter constitutivo al otorgamiento de la escritura pública, sin perjuicio de la obligatoriedad de su inscripción en el Registro (aspecto en el que figuran en un mismo plano la inscripción inicial y las modificaciones).

Ciertamente, cabría pensar que esta interpretación del artículo 143.3 LUA no es segura, pero parece confirmarla el artículo 161, en cuanto se refiere a las juntas de compensación.

Debe recordarse que el artículo 160 LUA exige que en el programa de compensación se contenga una "propuesta de estatutos y bases de actuación de la junta" (artículo 160.1.b). Y, a continuación, el artículo 161 señala que "el acto expreso y publicado de aprobación definitiva del programa de compensación tendrá los siguientes efectos: a) La asunción por la junta de compensación del derecho a ejecutar el planeamiento que resulte de aplicación conforme al programa". A ello ha de añadirse que el sujeto de la obligación prevista en el siguiente apartado b) de este mismo precepto - formulación del proyecto de reparcelación- no puede ser otro que la junta de compensación, refiriéndose expresamente al quórum exigible. Así pues, si la aprobación del programa supone ya la asunción por la junta de compensación de derechos y obligaciones, parece que debe concluirse que este acto de aprobación conlleva el nacimiento a la vida jurídica de la junta de compensación, que desde ese momento ya tiene personalidad jurídica. Pues, sin duda, la referencia a que el acto de aprobación del programa este "publicado" no se refiere a la publicidad registral, sino a la publicación del acuerdo de aprobación definitiva (la expresión se repite, por ejemplo, en el artículo 188.1 referida al programa de urbanización): debe señalarse que el artículo 26.3 del reglamento proyectado, como consecuencia de las alegaciones formuladas durante el periodo de información pública, modificó precisamente la anterior redacción que exigía la "inscripción" previa, y estableció simplemente la obligación de la "presentación" en el registro de los programas "de forma previa a la publicación de su aprobación definitiva". Así pues, cabe que, presentado un programa en el Registro, se realice su publicación antes de haber sido inscrito -debe recordarse que hay un plazo de dos meses para ello-, y por tanto, el acto "publicado" de aprobación conferirá personalidad jurídica a la junta de compensación antes de su inscripción en el registro.

Parece, pues, que debe concluirse que la ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón, ha modificado en este punto el tradicional criterio que disponía que las entidades urbanísticas colaboradoras adquirían su personalidad jurídica mediante la inscripción en el Registro. Y, por tanto, no parece ajustado a la Ley este artículo 26.2, pues la personalidad jurídica ya no depende de la inscripción, ni esta tiene carácter constitutivo”.

Para llegar a tal conclusión que, como hemos indicado, condujo a la nueva redacción del artículo 26.2 del Decreto, el Consejo consultivo acudió a la dicción literal del artículo 143.3 de la LUA e, interpretó que el otorgamiento de la escritura de constitución de una agrupación de interés urbanístico tenía carácter constitutivo.

Ahora bien, no tuvo en cuenta que el artículo 143.1 señala que los propietarios de terrenos afectados por una actuación integrada pueden asociarse como agrupaciones de interés urbanístico cuando tengan por objeto colaborar con el municipio en los supuestos de gestión directa, promover la aplicación de la gestión indirecta por compensación hasta la constitución de la junta de compensación, competir por la adjudicación de programas de urbanización o colaborar con el urbanizador y, que en este último supuesto, el artículo 173.3 establece que las agrupaciones de interés urbanístico pueden acreditar su capacidad de obrar mediante la solicitud de inscripción en el registro autonómico de agrupaciones de interés urbanístico, en tanto dicha solicitud se tramita.

Respecto de la gestión indirecta por compensación, el Consejo Consultivo interpretó que dado que la aprobación del programa de compensación supone la asunción por la junta de compensación de derechos y obligaciones, dicho acto es el que conlleva el nacimiento a la vida jurídica de la junta de compensación, que desde ese momento tendría personalidad jurídica.

Cabe preguntarse, ¿cómo puede llegarse a dicha conclusión si, en ese momento, la junta todavía no está constituida?

En ese momento la junta de compensación no está constituida porque recordemos que, como documento integrante del programa de compensación, el artículo 160.1.b) de la LUA contempla la propuesta de estatutos y bases de actuación de la junta.

Si esto es así, puede sostenerse que las bases y estatutos deben ser aprobados con carácter definitivo al mismo tiempo que el programa de compensación, por el procedimiento previsto en el artículo 144.

Según establece el artículo 160 del RGU (aplicable en Aragón en virtud del Artículo 149.3 in fine de la Constitución y de lo establecido en la disposición final cuarta de la LUA) el procedimiento de constitución de la junta se inicia mediante acuerdo de la administración actuante por el que se aprueban inicialmente y se someten a información pública del proyecto de estatutos y bases de actuación.

En el acuerdo de aprobación definitiva tanto de las bases y estatutos como del programa, debe requerirse a los propietarios para su incorporación a la junta (artículo 162 LUA).

Transcurrido dicho plazo en virtud de lo establecido en el artículo 163.1 del RGU, la administración actuante debe requerir a los interesados para que se constituyan en junta de compensación mediante la formalización de la oportuna escritura pública en la que designaran los cargos del órgano rector, que habrán de recaer necesariamente en personas físicas.

Aprobada su constitución, el órgano actuante eleva el acuerdo junto con la copia autorizada de la escritura al registro de entidades colaboradoras para su inscripción (artículo 25 del Decreto 20/2011, de 8 de febrero del Gobierno de Aragón y anexo IV del mismo).

Vistos los preceptos de la LUA que resultarían de aplicación, las dudas que se plantean serían las siguientes:

¿Qué tipo de contrato debe ser formalizado entre una administración y la junta de compensación para la ejecución del programa de compensación?

¿Cómo puede ser formalizado dicho contrato si una de las partes, la junta de compensación, no posee personalidad jurídica?

¿Los contratos que celebren las juntas de compensación para contratar las obras de urbanización están sometidos a la ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público?

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 12 de septiembre de 2011, 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.

El Sr. Alcalde del Ayuntamiento Zaragoza, es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 g) del mencionado Decreto 81/2006.

II. La interrelación entre el urbanismo y los contratos públicos. Situación actual.

La cuestión sometida a informe requiere, aun de forma sucinta, una reflexión previa sobre la relación entre la actividad urbanística y la contratación pública, en tanto la regulación de los contratos públicos —ex interpretación jurisprudencial— está desplegando un marcado carácter horizontal que comporta una evidente vis expansiva de los procedimientos públicos de contratación, sin que interpretaciones formales puedan servir de excusa para no aplicar de hecho estas prescripciones. No en vano, como enfatizó el abogado general Ruiz-Jarabo en sus conclusiones presentadas el 2 junio 2009 en el asunto Acoset, el verdadero papel del Derecho comunitario de los contratos no se limita al de mero coordinador de los procedimientos de adjudicación, al perseguir un designio de mayor calado: la instalación de una competencia objetiva, en aras de la realización de las libertades esenciales en la integración europea. Un ejemplo claro de lo que acabamos de afirmar es la actividad urbanística, en proceso de transformación y abierta hacia modelos concurrenciales que se justifican desde una perspectiva empresarial, y no patrimonial de la gestión urbanística.

Así, como primera idea, debe reseñarse que la actividad urbanística se encuentra claramente relacionada con la contratación pública, en aras a preservar la eficacia de los principios de publicidad, igualdad de trato y concurrencia efectiva, propios de los contratos públicos. Y así lo ha determinado el TJUE en una serie de sentencias de indudable interés práctico: Sentencia de 12 de julio de 2001, Asunto Ordine degli Architetti y otros (más conocida como Asunto Scala de Milan), de 20 de octubre de 2005, Asunto Comisión/Francia, de 18 de enero de 2007, Asunto Auroux y otros, y de 21 de febrero de 2008, Asunto Comisión/Italia.

De la doctrina fijada en dicha jurisprudencia —que ha suscitado un complejo debate sobre su alcance y significado— puede inferirse que en los sistemas de

actuación indirecta, parece lógico concluir que deberán aplicarse las reglas de contratación pública, por cuanto el resultado final es una obra pública onerosa que receptiona la Administración pública (y cuyo coste en gestión directa debería haber sido asumido por esa Administración), y que será de su titularidad.

Sin embargo, esta conclusión exige ciertos matices, pues debe tenerse en cuenta que la aplicación de la normativa de contratación pública al urbanismo tiene algunos límites o fronteras, tal y como indica también el TJUE en sus recientes sentencias de 25 de marzo de 2010, Asunto Helmut Müller, y en la sentencia de 26 mayo 2011, Asunto Comisión/España. En esta última se afirma que: *«la Sentencia acude a la interpretación auténtica del concepto “contratos públicos de obras”, que suministra el artículo 1, letra a), de la Directiva 93/37 y el artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18 (apartado 88), de los que extrae una lectura -bajo el prisma de los considerandos decimosexto de la Directiva 92/50 y décimo de la Directiva 2004/18-, que, en su opinión, arroja como resultado que un contrato sólo puede considerarse “contrato público de obras” si su objeto responde a la definición contenida en las directivas, sin que las obras accesorias que no formen parte del objeto del contrato puedan justificar la clasificación de éste como contrato público de obras (apartado 89)».*

Es decir, no puede entenderse sometida a contratación pública toda la actividad urbanística, sino que la aplicación de los principios de la contratación pública exigen tanto que exista un poder adjudicador como, a su vez, que exista un auténtico contrato de obra, utilizando en ambos casos criterios funcionales que no alteren la realidad de la relación jurídica subyacente.

Desde estas premisas deben resolverse las cuestiones planteadas, lo que exige una interpretación del marco legislativo urbanístico aragonés coherente con estas observaciones.

III. Sobre la consideración de las juntas de compensación como poder adjudicador. Su sometimiento a las reglas de contratación pública.

De la consulta sometida a informe se constata que se pregunta, en primer lugar, acerca de si las juntas de compensación tienen o no la consideración de poder adjudicador —y si, en consecuencia, tienen que aplicar la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP)—, cual debe ser la relación que éstas mantienen con el Ayuntamiento competente, y si se debe formalizar un contrato, y su alcance.

Se plantea también en el extenso escrito de consulta en qué momento la junta de compensación adquiere personalidad jurídica, a la luz de la legislación urbanística aragonesa. Sin embargo, esta cuestión excede de las funciones consultivas en materia de contratación pública de esta Junta —ya resuelta por el Consejo Consultivo de Aragón—, por lo que no se emitirá pronunciamiento sobre la misma.

Respecto a las cuestiones suscitadas, conviene comenzar recordando que, en tanto materia de contratación pública, como norma cabecera del grupo normativo, debe acudir en primer lugar a la legislación de contratos públicos, de tal manera que la legislación urbanística, en tanto legislación sectorial, deberá interpretarse de conformidad a los principios y reglas de la contratación pública.

Y de la consulta realizada, la primera cuestión a resolver es si las juntas de compensación tienen o no la consideración de poder adjudicador conforme a los criterios exigidos por la normativa vigente (nos remitimos a nuestra Circular 1/2008), asumiendo que, tal y como se pusiera de relieve en la Sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001 (Asunto Scala de Milan), las obras de urbanización derivadas de nuestra legislación urbanística son de obra pública, debiéndose aplicar —desde una perspectiva objetiva—, a efectos de publicidad y concurrencia, las reglas de la legislación de contratos públicos.

La consulta es de indudables efectos prácticos, en tanto puede suponer una «publicación» de toda la actividad contractual de estos entes, lo que, quizá, pudiera ir más allá, como ya se ha advertido, de lo dispuesto por el ordenamiento comunitario.

La cuestión no es pacífica, existiendo distintas opiniones doctrinales. Entre los que niegan la consideración como poder adjudicador de las juntas de compensación, se argumenta que no cumplen el elemento subjetivo de la LCSP, al no existir financiación pública (argumentándose también que estos contratos no son ejercicio de función pública y, además, que cuando se urbaniza la obra no es pública, sino que recae sobre bienes de titularidad privada). Este ha sido el criterio sentado en el Informe 44/09, de 26 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, que aborda el tema de la «Aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público a las Juntas de Compensación urbanísticas», y afirma que las juntas de compensación, previstas y desarrolladas en la Ley de Urbanismo de Cataluña y en el Reglamento que la desarrolla, no tienen la consideración de entidades del Sector Público y, por consiguiente, no les es de aplicación la LCSP, ni sus disposiciones complementarias o de desarrollo. 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”»*.

Por otra parte se ha defendido también que las juntas de compensación revisten la condición de poder adjudicador (salvo en los casos de propietario único), en tanto concurren en ellas los requisitos exigidos por la Ley y la jurisprudencia del TJCE.

Para resolver esta cuestión debe determinarse, previamente, la función y naturaleza de estas juntas de compensación. El artículo 163 LUA define el

status de las juntas de compensación de la siguiente manera: «*La junta de compensación es el agente público responsable de ejecutar la urbanización en la gestión indirecta por compensación. Tendrá personalidad jurídica y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines, disfrutando de consideración administrativa a los efectos previstos en esta Ley*».

Como es conocido, las juntas de compensación obedecen al denominado «fenómeno de autoadministración», en el que son los propios interesados los que desarrollan la función pública de la ejecución del planeamiento, en virtud de una delegación que hace de la junta un agente descentralizado de la Administración, de suerte que aquélla tiene naturaleza administrativa. Por estas funciones públicas desarrolladas, responde directamente frente a la Administración urbanística de la urbanización completa de la unidad de ejecución y, en su caso, de la edificación de los solares resultantes, cuando así se hubiera establecido. Y sólo cuando actúan en lugar de la propia Administración Pública, merecen la consideración semejante a los entes públicos. Es decir, son sujetos privados (salvo participación mayoritaria pública, claro está) en los que se delegan funciones públicas.

Y esto significa que no toda la actuación de la junta de compensación esté sometida al Derecho administrativo: en la medida en que aquélla gestiona intereses propios de sus miembros, sin ejercicio directo de funciones públicas, estará sujeta al derecho privado. Es decir, tiene una doble naturaleza (como, por cierto, sucede con las Federaciones Deportivas, Corporaciones de Derecho Público —como son los Colegios Profesionales— o las Cámaras de Comercio). Así lo entiende con carácter mayoritario la doctrina y la jurisprudencia (entre otras, STS de 11 de marzo de 1989. Arz. 1968, o 24 de mayo de 1994, Arz. 3908).

En consecuencia, 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.

En todo caso, aunque no tienen la consideración de sujetos contratantes sometidos a las previsiones de la LCSP, sí deben aplicar la misma en los contratos consecuencia de la función pública encomendada, por imperativo de la Directiva de contratos públicos —y del artículo 2 LCSP y concordantes, en especial, el artículo 6— en tanto concurren los conocidos criterios de: a) obra artificialmente creada, b) obra vinculada al aprovechamiento general y c) obra de titularidad pública. Es decir, es el concepto funcional de obra pública de las obras de urbanización exigidas por la legislación urbanística lo que «atrae» el régimen de la contratación pública a la actuación de la junta de compensación, por cuanto concurren todas las notas para su consideración de obra pública, tal y como se deriva de la Sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001 (Asunto Scala de Milán). Y en este sentido debe interpretarse el artículo 163 LUA, que remite a las reglas de licitación del artículo 175 LUA.

En consecuencia, las juntas de compensación, sin ser poderes adjudicadores, vienen obligadas a aplicar la normativa de contratación pública solo cuando ejecutan obra pública derivada de la función urbanística encomendada. Así se deduce de la citada STJCE Scala de Milan:

«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».

Cuestión a resolver es qué prestaciones se pueden incluir en el concepto de obra urbanizadora. Según el considerando 46 de la Sentencia del TJCE 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*». Se opta por un sentido amplio de la obra que, parece, debe ser trasladado por idéntico fundamento a la obligación de las juntas de compensación de aplicar las normas de contratación pública (pero no parece que la reparcelación, técnica urbanística y no concurrencial, pueda entenderse incluida en este concepto).

En todo caso, deben concurrir, como se ha advertido el carácter de onerosidad, sin el cual no existe contrato público (STJUE de 25 de marzo de 2010, Asunto Helmut Müller).

IV. La relación de las juntas de compensación con la administración municipal.

Las juntas de compensación, como se exponía, realizan funciones públicas por delegación. Y esa relación jurídica en modo alguno puede ser calificada como de contrato público, al no concurrir las notas típicas de éstos. De hecho, lo que realiza la Administración es una función de dirección y control, al aprobar los programas de compensación (artículo 160 LUA), que se someten a un específico procedimiento (artículo 161 LUA), ajeno a las reglas de la contratación pública.

Una vez aprobado, es cierto que la LUA habla de suscribir un contrato entre Ayuntamiento y junta de compensación (artículo 161.3 LUA): «*La junta de compensación debe suscribir los compromisos, asumir las obligaciones y*

prestar las garantías correspondientes mediante la formalización del correspondiente contrato para la ejecución del programa de compensación en la forma establecida en la normativa de contratación del sector público».

Tal previsión debe ser interpretada en la lógica sistemática de la relación jurídica que contiene, que es claramente diferente a la propia de un contrato público típico. Las juntas de compensación no son contratistas, en tanto la relación jurídica de la administración municipal con éstas, en puridad, es un encargo o traslado de funciones públicas, no cubierto por la Directiva 2004/18/CE, ni por la legislación nacional. Como bien advierte la Sentencia 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)».*

En consecuencia, ese denominado «contrato» no puede regirse por las previsiones de la legislación de contratos públicos —pues implicaría una adjudicación directa no prevista en la LCSP— sino que supone únicamente la aceptación por parte de la junta de compensación de las condiciones del programa de urbanización, existiendo aquí un negocio de fijación que concreta el modo y la forma del cumplimiento de una obligación cuyo quantum fija la Ley con toda precisión.

Así pues, en tanto no hay un contrato, las previsiones a cumplir serán las propias de los encargos o delegaciones de funciones públicas, aplicando por ello, por analogía, las formalidades propias de los encargos a los medios propios, donde la causa del negocio jurídico es distinta de la de un contrato público. Por ello, no se debe solicitar garantía definitiva, ni se debe publicar esta «formalización» en el perfil de contratante de la corporación — lógicamente, en tanto no hay contrato—, ni se deberá aplicar la legislación del

impuesto sobre el valor añadido, ni existirá posibilidad de recurso especial. Únicamente se suscribirá un documento en el que la junta de compensación — una vez constituida con arreglo a la previsiones específicas (artículo 162 LUA y artículo 25 del Decreto 20/2011, de 8 de febrero, del Gobierno de Aragón) se comprometerá a la ejecución en sus propios términos del programa de urbanización, estando para su ejecución a las reglas específicas de la legislación urbanística, con la excepción prevista en el artículo 163.2 LUA, que indica que *«la relación entre la junta de compensación y la Administración se rige por lo establecido en esta Ley y, supletoriamente, en la normativa sobre contratación del sector público para el contrato de gestión de servicios públicos»*, y que debe ser entendida como una aplicación supletoria de las previsiones de este contrato típico en lo relativo a derechos y deberes de la junta y prerrogativas de la administración municipal, que en modo alguno altera la relación jurídica existente (donde no hay posibilidad de explotación económica, como obliga el artículo 257 LCSP, para calificar a un contrato como de servicio público). Es decir, es una opción legislativa sobre autointegración de normas, y no de calificación de la relación jurídica, que se justifica en el conocido carácter estructurante de la legislación de contratos públicos.

III. CONCLUSIONES

- I. Las juntas de compensación, en su condición de entidades colaboradoras de la Administración pública, no tienen la consideración de poder adjudicador, y no se encuentran, por ello, sujetas en su contratación a las reglas de la LCSP. En todo caso, 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.

- II. 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—, por lo que no son de aplicación las previsiones propias de éstos: garantía definitiva, recurso especial, publicación en perfil de contratante, entre otras. La aplicación de la regulación de las previsiones del contrato de gestión de servicios públicos lo es a efectos de autointegración de normas ante supuestos de lagunas jurídicas, habida cuenta el carácter estructurante de la legislación de contratos públicos.
- 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.

Informe 21/2011, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 12 de septiembre de 2011.