

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA EN EL ÁMBITO DEL URBANISMO DE ANDALUCÍA

No se trata en el presente capítulo de analizar el contrato de concesión de obra pública regulado en la Ley 13/2003 –objeto éste de otros tantos capítulos de la presente obra– como de compartir algunas reflexiones sobre la incidencia de las distintas figuras reguladas en la citada Ley en el ámbito del urbanismo y de la vivienda de Andalucía.

Téngase en cuenta que la Ley 13/2003 regula dos instituciones bien diferenciadas cuyo régimen se inserta en el seno de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP, Texto Refundido aprobado por RDLeg. 2/2000): en el art. 130 de la ley de contratos se contiene el régimen jurídico de la financiación de la obra pública mediante concesión de dominio público, mientras que el Título V –arts. 220 y ss- se dedica al contrato de concesión de obra pública. El primero es una modalidad de financiación del contrato de obra, mientras que el segundo es un *genus* propio, a medio camino entre el contrato de obra y el de gestión de servicio público. Tanto una como otra figura pueden ser utilizadas por la Administración actuante en la ejecución urbanística, y así dispone el art. 90 de la Ley 7/2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA) que “*las Administraciones Públicas podrán utilizar, para el desarrollo de la actividad de ejecución en régimen de gestión pública, además de las previstas en esta Ley, todas las formas o modalidades de gestión directa o indirecta admitidas por la legislación de régimen jurídico y contratación de las Administraciones Públicas y de régimen local*”.

Primero.- Bases estructurales

A) Qué es una “obra pública”.

Según el art. 131 LCAP, “*...la construcción y conservación de la obra pública, o bien sólo su conservación, podrá ser objeto del correspondiente contrato de ejecución y mantenimiento, o sólo de mantenimiento, de obra pública, pudiendo otorgar contraprestación la Administración competente por razón de la materia, conforme a la legislación demanial específica de la misma, una concesión de dominio público en la zona de servicios o en el área de influencia en que se integra la obra*”, ahora bien, ello –y según el art. 130 L 13/2003- “*...resultará exclusivamente aplicable a los supuestos en que una obra pública, por su naturaleza y sus características, no sea susceptible de explotación económica y, por tanto, objeto del contrato de concesión de obras públicas regulado en el título V del presente libro*”. Por su parte, el art. 220 entiende por contrato de concesión de obras públicas “*aquel en cuya virtud la Administración Pública o entidad de derecho público concedente otorga a un concesionario, durante un plazo, la construcción y explotación, o solamente la explotación, de obras relacionadas en el art. 120 o, en general, de aquellas que siendo susceptibles de explotación, sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general, reconociendo al concesionario el derecho a percibir una retribución consistente en la explotación de la propia obra, en dicho derecho acompañado del de percibir un precio o en cualquier otra modalidad establecida en este título*”. Por consiguiente, tanto una como otra tipología son creadas para la realización de “obras públicas”. ¿Qué se entiende por ellas?.

En principio, según el art. 120 LCAP, es objeto del contrato de obra las de construcción de bienes inmuebles, las de realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o del subsuelo, o las de reforma, reparación, conservación o demolición de cualquiera de las anteriores categorías. Por consiguiente, en el ámbito del urbanismo, podríamos referir la extensa enumeración del art. 120 a las obras de edificación, incluyendo por ende las dotaciones (cfr. art. 139 LOUA), los sistemas generales (art. 10.1.A.c LOUA) y los edificios, ya fueren de uso residencial o albergaran alguna actividad empresarial.

Pero también cabría calificar como incluidas dentro del contrato de obras que es referente de los tipos regulados por la Ley 113/2003 a las obras de urbanización; según el art. 98 LOUA los proyectos de urbanización “*definirán los contenidos técnicos de las obras de viabilidad, saneamiento, instalación y funcionamiento de los servicios públicos y de ajardinamiento, arbolado y amueblamiento de parques y jardines descritas en el art. 113 .1 de esta Ley y otras previstas por los instrumentos de planeamiento*”, siendo la urbanización requisito indispensable para que un inmueble adquiriera el status de solar, por cuanto que ello implica –como contenido mínimo- la existencia de acceso rodado por vía urbana pavimentada, suministro de agua potable y energía eléctrica con caudal y potencia suficiente y evacuación de aguas residuales a la red pública (art. 148.4 LOUA).

Ya conocemos qué actividad humana genera una “obra” de las del art. 120 LCAP. Ahora bien, para poder mejor concretar el ámbito objetivo de referencia, debemos entrar en el análisis de si la categoría de la obra “pública” se constituye desde un concepto subjetivo o –por el contrario- puede hablarse de un concepto funcional como vertebrador de tal figura. En el primer caso, el contrato de obras originará una “obra pública” (y quedará sometido a la normativa pública, en nuestro caso la LCAP) cuando sea parte contratante una Entidad Pública según se defina en los correspondientes ámbitos normativos, y a estos efectos, ha de tenerse en cuenta que gana terreno como común denominador el concepto “poder adjudicador” derivado del de “organismo público” que impera en la normativa de la Unión Europea y que ha originado sucesivos cambios normativos en nuestro Derecho nacional, siendo los últimos cuales los que sustancian las recientes modificaciones de la LCAP por la Ley 62/2004 (arts. 2.1 y DA 6ª) y la más cercana aún que trae causa en la Sentencia del Tribunal de Justicia de fecha 13 de enero de 2005 y que se sustancia en el RDLey 5/2005.

Sin embargo, existe una segunda posibilidad, que es la de considerar como obra pública aquella que se destina a una finalidad pública, con lo cual podrían quedar incluidas dentro de tal tipología también las obras realizadas por particulares cuando tuvieran tal destino. En este sentido, debemos invocar la consideración de la obra de urbanización como obra pública, que realiza la ya afamada STJCE recaída en el “caso Scala” (Sentencia de 12 de julio de 2001, Asunto C-399/98). Esta segunda orientación genera importantes consecuencias, ya que serán “públicas” las obras que realice el agente urbanizador, aunque el mismo sea una persona privada. Llevada a sus últimas consecuencias, la posición funcional del concepto de la “obra pública” supondría la obligación de sujeción a los principios de publicidad y concurrencia de cualquier tipo de obra de urbanización, tanto sea en sistemas de ejecución pública –expropiación, cooperación-, como privada –compensación-, lo cual, obviamente, no supone que en estos casos las partes privadas actuantes adquieran el concepto de Administración

Pública para el ejercicio de imperium que les permitiera utilizar las concretas tipologías contractuales que de manera concreta se regulan en la Ley 113/2003¹.

B) Naturaleza de los terrenos sobre los que se construye una obra pública

Otra cuestión en relación con el concepto de obra pública que es trascendente cuando hablamos de su construcción mediante un sistema de concesión: la obra pública no requiere ser ejecutada sobre dominio público, pudiendo ser desarrollada sobre un inmueble patrimonial. Incluso, cabe afirmar que cabe la posibilidad de constituir “concesiones” sobre bienes patrimoniales. Esta cuestión tiene que ver con el modelo de concesión de obra pública regulada en el art 220 LCAP, y no con el sistema de financiación de una obra pública mediante la concesión demanial del art. 130 y ss LCAP, habida cuenta que el mismo expresamente se refiere a la utilización de bienes demaniales como contraprestación por la financiación de la obra, y sin perjuicio de lo que se dirá in fine.

Conocemos que existe normativa sectorial que expresamente califica como de “concesión” el derecho que un tercero adquiere para explotar bienes patrimoniales de la Administración Pública, siendo mero ejemplo la normativa de reforma y desarrollo agrario². Pero, más aún, en nuestro ámbito es significativa la polémica resuelta por la Resolución de la D.G. de los Registros y del Notariado de 16 de julio de 2002 (RJ 2002\9317). El supuesto de hecho era el siguiente: el Ayuntamiento de Aranjuez otorgó concesión a favor de una mercantil sobre el edificio Palacio de Godoy, propiedad municipal, para su rehabilitación y explotación como hotel, con abono del correspondiente canon. La mercantil concesionaria elevó escritura pública de la concesión para su hipoteca, cuya inscripción fue denegada por el Registro de la Propiedad por cuanto que *“la concesión administrativa ha de constituirse sobre bienes de dominio público y no patrimoniales del Ayuntamiento concedente”*. La Registradora apoyaba su juicio fundamentalmente en los arts. 78 y 92 RBCL (RD 1382/1986) y 18 Ley Hipotecaria y 99 del Reglamento Hipotecario y en Jurisprudencia contenida en SSTs de 26 de mayo de 1923 y 26 de octubre de 1999. Por su parte, los actores en el correspondiente recurso gubernativo apelaban a la antigua Ley de Patrimonio Español de 1964 y a la Ley 7/1986, de Patrimonio de la Comunidad de Madrid, además de invocar la STC 58/1982, de 27 de julio o la del Supremo de 26 de octubre de 1999 (RAJ 1999\9284) y muy especialmente el Dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 22 de junio de 2001 que expresamente calificaba el contrato de autos como de concesión de obra pública. Por su parte, el Notario autorizante del documento afirmaba la legalidad de la dación en concesión de bienes patrimoniales por ser los mismos perfectamente aptos para el cumplimiento del interés público asignando este tipo de bienes al uso y servicio público *“lo cual en cierta medida se pone de manifiesto, ya en la existencia de un conjunto de prerrogativas o potestades administrativas ejercitables indistintamente en uno y otro ámbito, como vienen a reconocer*

¹- Es esta una cuestión que ha merecido numerosos comentarios y posicionamientos de la Doctrina, de entre los cuales destaca recientemente el de Parejo Alfonso (*“Algunas notas sobre el agente urbanizador en el Derecho Urbanístico: la cuestión de la constitucionalidad de al figura en su concreta versión original, la de la legislación valenciana”*) en la obra conjunta *“La carestía del suelo. Causas y soluciones”*, Dir. José M^a. Pérez Herrero (Consejo General del Notariado & Fundación de Estudios Inmobiliarios, 2003); en cualquier caso, es esta una cuestión sobre la que volveremos más adelante.

²- Cfr. arts. 29 y concordantes del Decreto 113/1978, de 12 de enero, de Reforma y desarrollo agrario.

expresamente los arts. 82 L 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las bases de Régimen Local y 44 RBCL”.

La solución a esta disputa vino –para la Dirección General de los Registros y el Notariado- de la mano de la teoría del *numerus apertus*, no pronunciándose directamente sobre la posibilidad o no de constituir concesiones sobre bienes patrimoniales sino simplemente afirmando que, cualquiera que sea la denominación del negocio jurídico, la constitución de un derecho de uso exclusivo sobre un bien patrimonial por tiempo de cincuenta y cinco años, a cambio de determinadas obligaciones y al abono de una contraprestación (canon) anual, reúne las características necesarias para su acceso al Registro de la Propiedad.

La cuestión se centra en los siguientes términos: la obra es pública cuando se aplica a la satisfacción de un uso o servicio público, pero, precisamente es ésta la condición que requiere un inmueble para adquirir el status de bien de dominio público. Bien es cierto que la L 113/2003 permite la constitución de esta tipología contractual tanto la obra pública a construir se destine a la “*prestación de servicios públicos de naturaleza económica*” como al “*desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general*”, siendo una problemática distinta la que comporta unas y otras actividades a las que se aplica. Comencemos por analizar la posibilidad de constituir concesiones de obra pública para destinar la obra a la prestación de servicios públicos sobre bienes patrimoniales.

Según el art. 5 de la Ley 33/2003, de 2 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas “*son bienes y derechos de dominio público los que, siendo de titularidad pública, se encuentren afectados al uso general o al servicio público, así como aquellos a los que una ley otorgue expresamente el carácter de demaniales*”, siendo este propio precepto el que considera como tales, “en todo caso”, los inmuebles titularidad de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos dependientes o vinculados en que se alojen “*servicios, oficinas o dependencias de sus órganos*”; por su parte, el art. 3 L 4/1986, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, repite el mismo esquema basado en la expresa calificación legal o en la afectación al uso o servicio público. Consideramos que la clave reside en el concepto de “afectación”, puesto que su consideración formal o material determinará la posibilidad real de que existan obras públicas sobre bienes patrimoniales, y que sobre bienes patrimoniales se puedan constituir concesiones de obra pública.

El art. 66 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas exige que, salvo que la condición de dominio público derive de una ley, la afectación “*deberá hacerse en virtud de acto expreso por el órgano competente*”, no obstante lo cual prevé que “*surtan los mismos efectos de la afectación expresa los hechos y actos siguientes...*”, enumerando una serie de situaciones en las que existe una notoria aplicación del bien de hecho a un uso o servicio público. De una manera más extrema, la norma andaluza prevé que la afectación pueda realizarse, además de por ley, “*por silencio y mediante acto expreso o tácito*” (art. 48 Ley 4/1986, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía). Ello nos llevaría a mantener como criterio general el que la afectación tiene un significado material y no formal, lo cual implicaría tanto como predicar el carácter de dominio público de todo bien aplicado a la satisfacción de los intereses generales mediante su uso público o por ser medio para la prestación de un servicio público. No obstante, existe un matiz digno de consideración: tanto la ley estatal como

la autonómica exigen que, cuando algún órgano o entidad tenga conocimiento de la afectación de un bien por medio no expreso, se ponga en conocimiento del órgano competente (Hacienda) para que se levante el correspondiente acta y se incorpore “formalmente” el bien al dominio público³. De lo cual podríamos deducir que la aplicación notoria al uso público o a la prestación de un servicio público no obsta la necesidad de la resolución con carácter meramente declarativo –y no constitutivo- que formalmente establezca el status de bien de dominio público.

En realidad, la opción por la concesión como forma de realización de obras públicas conlleva una apuesta por las tesis que requieren de la necesaria revisión del concepto de obra pública en relación con el concepto de demanio. En la actualidad, cualquiera que sea el nivel de concreción del estudio de la problemática que se suscita o de las soluciones que se propongan, sobrevuela -a nuestro entender- la rígida concepción patrimonialista del demanio como un corsé que impide el desenvolvimiento natural de las soluciones prácticas en materia de infraestructuras públicas, sobre todo cuando de su financiación y gestión se trata. Sin querer en este momento ir más allá en la cuestión de la financiación privada de las infraestructuras públicas, recordamos cómo la Doctrina - Jiménez de Cisneros Cid⁴- desarrolla el concepto de "obras de servicio privado abiertas al uso público" y en general proclama que "*no es pues un contrasentido la existencia de obras públicas de titularidad privada, controladas y vigiladas por la Administración, incluidas en sus Planes sectoriales, y abiertas al uso común o público de todos aquellos que lo soliciten, previo abono de las cantidades fijadas por su uso*", siempre y cuando permanecieran en la Administración Pública las competencias de policía y la tarifaria que garantizasen el uso público de la infraestructura. En suma, nos posicionamos junto a la mejor Doctrina⁵ que entiende que es necesario definir el dominio público a partir de la idea de prerrogativa y no sólo como una modulación pública de la propiedad⁶. En otras palabras, como dice Jiménez de Cisneros, "*es necesario acabar con el concepto de dominio público y su proyección sobre las obras públicas, lo que deberá efectuarse ineludiblemente en los próximos años, a fin de dotar a la Administración de los instrumentos y técnicas que garanticen una gestión empresarial en las actividades y funciones que el Ordenamiento jurídico le encomienda*". A partir de tales premisas, consideramos posible la constitución de concesiones sobre bienes de dominio privado; el hecho de que tales inmuebles se destinen a la prestación de un servicio público no obsta para que formalmente tengan aquélla naturaleza.

Junto a ello, permite la ley de contratos que los inmuebles construidos bajo el negocio concesional que nos ocupa se destinen al “*desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general*”. Opinamos que ello incluye la realización de cualquier actividad económica o industrial de la Administración que persiga un “interés general”.

³.- Cfr. arts. 66.3 L 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas y arts. 50.2 y 52 L. 4/1986, de Patrimonio de Andalucía.

⁴.- "*Obras Públicas e iniciativa privada*" (Montecorvo, 1998).

⁵.- Entre otros, cfr. González García "*La titularidad de los bienes del dominio público*" (Marcial Pons, 1998).

⁶.- La superación de la clásica dicotomía entre las tesis que abogan por definir el demanio desde la óptica de la propiedad y la que únicamente insiste en la tesis de la prerrogativa se resuelve por la definición del dominio público como una institución compleja en la que coexisten el elemento de la titularidad –mejor que la propiedad- y la afectación. Sobre el particular, es conveniente consultar la monografía de González García "*La titularidad de los bienes de dominio público*" (Marcial Pons, 1998).

Evidentemente, por definición, toda la actividad de los poderes públicos ha de perseguir intereses generales, por lo que tal dicción deberá ser entendida en un sentido estricto.

Asumir esta opinión abre posibilidades de aplicación de los tipos contractuales de la Ley 113/2003 sobre patrimonios públicos, entre ellos los patrimonios públicos de suelo. Es conveniente que recordemos que los terrenos y construcciones que integren los patrimonios públicos de suelo se habrán de destinar a la construcción de viviendas de protección pública o a usos declarados de interés público o social. La construcción de obras públicas puede recaer sobre bienes de patrimonios públicos, y siempre que los mismos sean susceptibles de ser explotados, tal construcción podrá verificarse mediante el contrato de concesión de obra pública. La concreción de esta posibilidad nos lleva, empero, a un estudio que postergamos para siguientes epígrafes.

En relación con la financiación de la obra pública a través de una concesión demanial, es evidente –según se dijo ut supra- que la modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas restringe su naturaleza a los bienes que tienen tal status; ¿es posible la financiación de obras públicas siendo la contraprestación la utilización de un bien privativo de la Administración contratante?. El art. 14 de la citada Ley de Contratos exige que los contratos tengan siempre un precio cierto, expresado en “moneda nacional” (...), no cual no obsta que se recojan tipos contractuales en los que la contraprestación del contratista no es tal, como sucede en los que se regulan en la Ley 113/2003 o la gestión de servicios públicos, en los que la prestación del contratista es su propio derecho: la prestación del servicio público en cuya explotación puede exigir las tarifas autorizadas. Al amparo del principio de libertad de pactos establecido en el art. 4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y del concepto amplio del contrato administrativo especial que se infiere del art. 8 de la misma bien se debiera admitir la legalidad de una relación jurídica en la que una persona se obligue a realizar una obra pública para la Administración actuante, a cambio del derecho de utilizar por tiempo determinado un bien patrimonial de aquélla; hemos de recordar que lo que se pretende no es otra cosa que financiar la obra otorgando un derecho real sobre un inmueble titularidad de la Administración que contrata la obra pública. Ciertamente, la cuestión será definir la verdadera causa del contrato existente, por cuanto que se pudiera defender que lo que exista sea un derecho de usufructo o de superficie –o un derecho real innominado al amparo del numerus apertus- cuyo precio consiste no en un canon sino en la realización de una obra pública para la Administración titular del bien.

Segundo.- En particular, acerca del concepto “explotación” como definidor del contrato de concesión de obra pública. Su aplicación al ámbito de la vivienda y de la obra de urbanización.

Indaguemos a continuación sobre el segundo de los requisitos exigibles para admitir la concesión de obra pública: la explotación del servicio público que se desarrolle sobre la obra pública construida. Ya ha sido avanzada en las líneas anteriores un aspecto de esta cuestión, cuando nos hemos referido a la posibilidad de que la obra pública se destine tanto a la prestación –por gestión indirecta- de un servicio público, como a la explotación de una actividad o servicio de contenido económico que sea de interés general. Decidir cuándo nos encontramos ante uno u otro nos llevaría al análisis de qué se entienda por servicio público hoy día, habida cuenta el concepto de servicio público ha mudado, siendo precisamente el de las actividades privadas de interés general, y por ello, reguladas, uno de los que definen –por exclusión- lo que sea un servicio público.

Sin poder entrar en mayores profundidades, baste decir que la implantación del estado social origina una sucesiva ampliación del círculo de lo que sean las necesidades públicas que requieren de una actuación administrativa; junto a este factor, se modifica la idea de publicación como elemento esencial de las prestaciones públicas en sentido genérico, hecho éste sin duda influenciado por la cada vez superior necesidad de financiación privada de prestaciones públicas. Todo ello pone en crisis la tradicional consideración de lo que sea “servicio público”, como ha sido estudiado sobradamente por la Doctrina⁷.

En nuestro caso, y para evitar desnaturalizar tal institución, debemos seguir caracterizando la misma por las consabidas notas de igualdad, continuidad, mutabilidad, universalidad, calidad y neutralidad a través de un régimen exorbitante que configura el marco de actuación pública. Dentro de ellas, existirá un servicio público, que podrá estar gestionado de manera directa o indirecta; fuera de ellas, existirá –todo lo más- una actividad privada que redunde en beneficio de la colectividad, lo cual puede suponer motivo suficiente para que los Poderes Públicos recaben la regulación de la misma, precisamente en aras de conseguir el interés público.

En el ámbito del urbanismo, podríamos diferenciar las siguientes actuaciones prototípicas:

- actuaciones en materia de vivienda
- actuaciones de transformación del suelo
- actuaciones sobre dotaciones y servicios locales o generales.

¿Cabe hablar de actividad susceptible de “explotación” en cada uno de tales tipologías?. Con carácter previo, restringimos tal expresión a la actividad susceptible de ejecución empresarial, en el sentido mercantil del término. Partiendo del hecho de que la actividad del comerciante es la búsqueda del lucro, cuando nos preguntamos si en el ámbito del urbanismo existen actividades que permitan desplegar la concesión de obra pública habremos de situarnos en la búsqueda de actividades que permitan un lucro empresarial. La razón de estas disquisiciones no es otra que la de excluir de las obras públicas susceptibles de explotación –y por ende, de concesión de obra pública- aquellas que no generan siquiera en potencia beneficio empresarial y que se gestionaran a través de entidades dependientes de la Administración Pública matriz. La actuación de una Administración a través de una Entidad instrumental se vertebra sobre relaciones que están alejadas del negocio jurídico bilateral en que consiste toda concesión de obra

⁷.- Sería tarea que excede de nuestro interés en este momento realizar siquiera una somera cita de los principales tratadistas del concepto actual de servicio público. Sirva como ejemplo, por reciente, la monografía de Sendín García “*Hacia un servicio público europeo. El nuevo derecho de los servicios públicos*”, Comares, 2003. Este autor pone en evidencia cómo el concepto de servicio público atiende a dos fuerzas contrarias: el deber de un actuar público en un régimen exorbitante, y el deber de no injerencia en las relaciones de mercado; de ahí que la determinación de qué ámbitos de la realidad jurídica deban quedar sujetos al manto del servicio público penda de tres criterios: el material positivo supone la expresa mención en la norma fundamental de los ámbitos sociales que son esenciales para la convivencia y que han de quedar garantizados por el servicio público (la sanidad, la educación). El material negativo afirma las actividades sobre las que deben producirse relaciones privadas, sin ejercicio exorbitante de la Administración. Por último, el criterio voluntarista actúa en el campo no previsto expresamente por ambos dos anteriores criterios, constituyéndose éste en el campo de ejercicio de la concreta política del Gobierno en cada caso instaurado, y siendo ésta una de las razones por las que es imposible definir un listado cerrado de qué actividades sean servicio público y cuáles no.

pública⁸. Por consiguiente, nos encontramos ante el caso de que la Administración actuante se relaciona con terceros privados, siendo lo ordinario que éstos sean entidades mercantiles que precisan de la existencia de un lucro comercial para poder desarrollar su actividad.

En resumen, la obra pública ha de ser susceptible de generar rendimientos empresariales, siendo ya cuestión de cómo se gestione el que tales rendimientos puedan ofrecer una cuenta de resultados con beneficios. Y volviendo a las tipologías antes señaladas –y postergando el caso de las actuaciones de urbanización-, no debe existir dificultad en señalar dotaciones o sistemas que permitan esta actividad empresarial: medios de transporte (siendo paradigma el metro) infraestructuras para el transporte (aparcamientos) equipamientos de ocio (teatros) o deporte (complejos deportivos), siendo todas ellas actividades empresariales usuales. Precisamente, por ser este el supuesto que más se asemeja al tratamiento de la concesión de obra pública en el ámbito de las obras lineales, nos remitimos a lo que en otros capítulos de la presente obra se dice⁹. Ahora bien, ¿cabe tal actividad empresarial en la obra pública para vivienda?; por otro lado, ¿qué especial problemática surge en el campo de la obra de urbanización?. De todo ello, como contenido específico del urbanismo, nos ocuparemos a continuación.

Primero.- De la aplicación del contrato de concesión de obra pública a la edificación de vivienda

La respuesta es, a nuestro ver, afirmativa, aunque sea en el escenario de lo –al menos, en teoría- posible. El Real Decreto 172/2004, de 23 de julio, por el que se modifica el 1/2002, sobre medidas de financiación de actuaciones protegidas en materia de vivienda y suelo del Plan 2002-2005, y crea nuevas líneas de actuaciones protegidas para fomentar el arrendamiento de viviendas incide en establecer como estrategia a considerar por las Administraciones con competencia la de organismos públicos que incluyan en su objeto social el arrendamiento de viviendas, permitiendo el acceso a los préstamos cualificados previstos en el Plan Nacional para las viviendas existentes que se adquiriesen con tal finalidad (cfr. art. 9, por el que se añade un nuevo apartado 4 al art. 21). En consonancia, el Decreto 463/2004, de 27 de julio, por el que se modifica el 149/2003 que aprueba el Plan Andaluz de vivienda y suelo 2003-2007 y se regulan las actuaciones contempladas en el mismo apuesta por potenciar el mercado de alquiler, siendo una de sus vías el incremento del importante parque público de viviendas en

⁸.- De la caracterización de las relaciones jurídicas de dependencia tuvimos ocasión de ocuparnos en el artículo “*Las relación de dependencia de las entidades instrumentales de la Administración Pública: algunas notas*”, RAP núm. 163, enero-abril 2004.

⁹.- La Jurisprudencia nos revela que la institución de la concesión de obra pública tiene aplicación frecuente en el caso de los aparcamientos subterráneos (STSJ Castilla-León de 4 de junio de 1999 –RJCA 1999\2111-, STSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de febrero de 2000, -JUR 2001\14184-, STJS de Extremadura de 25 de noviembre de 2003 –JUR 2004\58097- STSJ Navarra de 30 de enero de 2003 –RJCA 2003\49-), pero también aparecen otros objetos de litigio como la construcción y gestión de unos multicines en un centro de ocio (STSJ del País Vasco de 4 de abril de 2002 –RJCA 2002\759-, enjuiciando un pliego llamativo de “*concesión de dominio, obra y servicio público*”) o un tanatorio (STSJ de Comunidad Valenciana de 17 de julio de 2002 –JUR 2003\119589-). Las cuestiones de fondo que se suscitan en el conjunto de Sentencias citadas inciden en extremos tales como la motivación de la ubicación de la actuación, la existencia de consignación presupuestaria, la adecuación general al planeamiento vigente, la existencia de un proyecto de viabilidad, la compatibilidad entre el principio de concurrencia y la previa existencia de un convenio urbanístico que es origen a una adjudicación directa y la solvencia técnica y clasificación exigible.

alquiler de la Comunidad Autónoma, gestionado por la propia Consejería de Obras Públicas y Transportes y –de manera creciente- por la Empresa Pública de Suelo de Andalucía.

Esta apuesta se verifica en numerosas medidas, de entre las que sobresale el derecho de tanteo y retracto que se dispone (art. 96 D 463/2004) que haya de ser pactado obligatoriamente por el promotor de actuaciones protegidas con los adjudicatarios de las mismas, a favor de la “*Empresa Pública de Suelo de Andalucía o de otras Entidades o Empresas Municipales de Vivienda que aquélla designe*”, lo cual supone una vía de incremento de los parques públicos de vivienda.

Pues bien, consideramos que tanto la construcción de viviendas para su destino a alquiler, como las obras de reforma de las adquiridas ya construidas, pueden integrar un contrato de concesión de obra pública cuando se decida que la gestión de tal patrimonio se realice de manera indirecta, mediante su explotación. Estamos hablando, por ende, de viviendas de titularidad –mediata- de la Administración actuante, pero sobre las cuales el concesionario tendría el correspondiente derecho real de carácter administrativo durante el tiempo de ejecución del contrato. La cuestión previa es evidente, ¿quién tendría el status de promotor?. Según el art. 9 L 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la edificación considera como tal a la “*persona física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título*”. Hay que tener en cuenta que el contrato de concesión de obra pública se caracteriza por dos principios: en primer lugar, el contratista asume – art. 220.2, 224.1 y 243.b. LCAP- el riesgo empresarial; en segundo lugar, goza –y esto es lo característico- de un derecho real de corte administrativo¹⁰ sobre la obra edificada durante el tiempo de explotación de la misma, asumiendo la Administración contratante una titularidad mediata, pero no inmediata; no puede deducirse de otro modo cuando en el art. 245.2 LCAP se dice que “*Los bienes inmuebles que se entreguen al concesionario se integrarán en el patrimonio afecto a la concesión, destinándose al uso previsto en el proyecto de obra, y revertirán a la Administración en el momento de su extinción...*”.

Por ende, el concesionario ostenta sobre el solar un título que le faculta para construir sobre él, asume el riesgo de financiación de la obra y realiza toda la actividad empresarial que conduce a la obtención de la documentación administrativa necesaria para la puesta en explotación de las viviendas, por lo que consideramos que habría de recaer en él mismo la consideración de promotor, por cumplir las obligaciones mínimas a que hace referencia el citado art. 9 de la Ley de Ordenación de la Edificación. No olvidemos que el concesionario, aunque actúe por cuenta de la Administración contratante, actúa en su propio nombre. Nos encontraríamos ante un supuesto excepcional a lo dispuesto por el art. 22 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial de 24 de julio de 1968 que considera promotor a los “*Ayuntamientos, Mancomunidades, Diputaciones Provinciales o Cabildos Insulares, mediante*

¹⁰- En el caso de las concesiones demaniales –distinto, pero paralelo al del contrato de concesión-, el art. 97 L33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas es tajante al afirmar que “*El titular de una concesión dispone de un derecho real sobre las obras, construcciones e instalaciones fijas que haya construido para el ejercicio de la actividad autorizada por el título de la concesión.*”

*cualquiera de los procedimientos establecidos en la legislación para la prestación de servicios”.*¹¹

Una vez residenciado en el concesionario el status de promotor, consideramos que se dan los requisitos para que exista un contratos de concesión de obra pública por cumplirse los distintos requisitos exigidos por la norma:

1. Nos encontramos ante contratos de obra, ora en su modalidad de obra nueva, ora como reforma, en todo caso incluidas en la enumeración del art. 120 LCAP.
2. Las resultas conforman una actividad que, ya se considere servicio público, ya mera actividad industrial de la Administración, posibilitan su explotación por un tercero. Debe considerarse que dentro del concepto de “explotación” se integra de manera natural la actividad continuada, sujeta a riesgo, y que genera negocios de administración de un patrimonio, notas todas ellas que confluyen en el arrendamiento de viviendas.
3. Se parte de una condición: habida cuenta que es contenido esencial de la concesión de obra pública la reversión a la Administración, será posible desarrollar actuaciones protegidas de vivienda en arrendamiento que no conlleven el acceso diferido a la propiedad, al menos durante la ejecución del contrato de concesión.
4. Lo decisivo, en suma, es contar con un marco normativo que prevea unos precios de alquiler que –aunque sea en una economía de escala- permitan el lucro empresarial, originándose en el caso de que la concesión otorgada sea de construcción y explotación (y en menor medida, en la rehabilitación de edificios preexistentes y explotación) un posible problema que afecta a la existencia de un equilibrio económico interno en el contrato.

En relación con este último punto, es necesario conocer que al encontrarnos ante una actividad pública de fomento de la vivienda, las viviendas en régimen de arrendamiento se integran dentro de las viviendas de protección pública, por lo que el precio del arrendamiento queda tasado y, lógicamente, debe suponer unas cuantías que hagan posible el acceso a la vivienda a los sectores de población a las que van dirigidas.

Sabemos que el art. 20 RD 1/2002, de 11 de enero, establece un precio de alquiler que aplica al precio básico nacional el coeficiente 1’25, originando un resultado que permite calcular el precio de renta por m² según las promociones sean a 25 años (4% anual) o a 10 años (7% anual), pudiéndose incrementar este precio máximo con las variaciones del IPC y con el coste real de los servicios que el arrendador realice (gastos generales de la comunidad). Asimismo, conocemos que en el particular ámbito de la vivienda para arrendamiento existen formas de fomento adicionales en forma de financiación cualificada tanto con origen en el RD 1/2002 (subsidiación del préstamo cualificado, subvención a fondo perdido como en las ayudas complementarias que otorgan las Comunidades Autónomas (subsidiaciones adicionales recogidas en el Decreto 149/2003).

¹¹.-La Doctrina (Blanco Barea, “*Viviendas de protección pública. Tramitación administrativa y ayudas. Normativa estatal y autonómica*”. 2ª Ed. Comares, 2004) reconoce la posibilidad de que las entidades instrumentales de la Administración sean promotores de vivienda protegida. Conocemos que estas entidades son el trasunto de la teoría de la agencia, actuando generalmente como consecuencia de encargos o encomiendas que suponen la actuación en nombre propio y por cuenta de la Administración matriz. Si en este caso no existe inconveniente en predicar que el status de promotor recae en estas entidades instrumentales de las políticas de vivienda, creemos que tampoco debe existir motivo en contra de residenciar en el concesionario de obra pública (que también actúa en nombre propio y por cuenta de la Administración contratante) tal status.

Ahora bien, este conjunto de contraprestaciones que recibirá el promotor presupone que la propiedad del inmueble que se destina a arrendamiento se integra en el patrimonio del arrendador, supuesto que no acontece –en su consideración de propiedad mediata- en el caso de construcción por concesión de obra pública. Con ello queremos significar que es posible que el equilibrio financiero del negocio exija que la Administración aporte un peaje en la sombra que supla el valor patrimonial que la titularidad definitiva del inmueble construido supone¹². Se habrá de tener en cuenta a estos efectos que el plazo único que prevé la normativa andaluza de vinculación a la actividad de arrendamiento es de 25 años (no así el otro de 10 años recogido por la normativa estatal), lo cual habrá de conjugarse con el plazo máximo de otorgamiento de una concesión de dominio público, siendo éste el de 40 años prorrogable a 60 años en el caso de construcción y explotación de la obra pública (art. 263 LCAP).

En este escenario, la Administración Pública licitaría un contrato de concesión de obra pública consistente en la construcción de viviendas para alquiler, siendo obligación del contratista la construcción y conservación de las mismas y su prestación-contraprestación la realización de una actividad de arrendamiento. Es prestación debida por el contratista en la medida en que la finalidad social no se cumple si no es con la ocupación efectiva de las viviendas por las capas sociales a quienes se destinan tales medidas de fomento. Pero al mismo tiempo, tal actividad es contraprestación al ser el precio de arrendamiento el ingreso que obtiene el contratista y del que derivará el beneficio industrial que se obtenga.¹³

Segundo.- De la aplicación del contrato de concesión de obra pública a la obra de urbanización

El problema es más complejo en el caso de la actividad urbanizadora. El marco normativo de referencia en la Comunidad Autónoma de Andalucía –la Ley de Ordenación Urbanística, 7/2002- introduce la figura del agente urbanizador como elemento de referencia en las formas públicas de ejecución del planeamiento; de manera obligada, la respuesta a si es posible aplicar la institución regulada en la Ley 13/2002 supone el posicionamiento en relación con la naturaleza jurídica del tal institución.

a) De la naturaleza jurídica del agente urbanizador. Tesis doctrinales y jurisprudenciales

Sin que pretendamos en este momento realizar un estudio en profundidad del régimen jurídico del agente urbanizador, para conocer la forma en que la Ley 13/2003 afecta al ámbito de la obra urbanizadora, debemos detenernos en el estudio de su naturaleza jurídica.

¹².- Esta hipótesis se contradice en un escenario: el que los Planes de vivienda fijen el precio de arrendamiento en función de una previsión de impagos o de no arrendamiento de determinadas viviendas de la promoción que exijan compensar –una por otras- el conjunto de la misma. En este escenario, sería posible que una promoción privada –con selección de los arrendatarios, siempre dentro de los requisitos legales- diera como fruto una ocupación de viviendas y unos pagos efectivos superior a la proporción prevista por el Plan, lo cual podría hacer empresarialmente viable la gestión de tal promoción, sin necesidad de peajes en sombra.

¹³.- Una solución alternativa a la utilización del contrato de concesión de obra pública puede ser la constitución de un derecho de superficie condicionado –en atención al destino de los suelos- a la realización de una explotación de viviendas en alquiler.

Advirtamos de antemano que nuestro interés se cierne al estudio de la normativa andaluza, por más que ello requiera –en el concreto caso del agente urbanizador- de aludir a lo dispuesto en otros Ordenamientos Autonómicos. En la LOUA existen diversos preceptos que permiten conformar una base inicial para representar lo que deba entenderse por la naturaleza jurídica del agente urbanizador, y así el art. 116 LOUA dice que en el sistema de expropiación, la Administración actuante puede ejercer sus competencias de manera indirecta concediendo la actividad de ejecución con arreglo a las normas establecidas en esta Ley, en su caso a iniciativa del agente urbanizador, teniendo “*el concesionario*” la condición de beneficiario. El art. 119 LOUA se titula “*Adjudicación de la concesión*”, siendo a continuación coherente con tal denominación jurídica, llamando al interesado que se relaciona con la Administración actuante “*concesionario*”. Del estatuto jurídico del mismo nos interesa traer a colación su párrafo tercero, cuando dice que el mismo “*tendrá en todo caso poder de disposición fiduciaria sobre los terrenos de la unidad de ejecución*”, aunque “*precisará de autorización de la Administración actuante para poder proceder a la enajenación o la constitución de garantías reales*”. Por su parte, el art. 123.1.B de la ley andaluza establece que en el sistema de cooperación, la Administración actuante puede actuar a través de la “*gestión indirecta, mediante la concesión de la actividad de ejecución, con arreglo a las normas establecidas en esta Ley, sobre la base de la convocatoria del correspondiente concurso*”.

En estos casos de ejecución pública del planeamiento, por ende, se puede afirmar que existe una relación jurídica de naturaleza negocial por la que la Administración Pública decide ejercitar sus propias competencias a través de un tercero, el cual se retribuye por la prestación de hacer que realiza en su propio nombre, pero por cuenta de la Administración. Nos encontramos, pues, ante la tradicional relación de “*agencia*” en la que existe un mandato no representativo que se sustancia en el convenio regulador de la actividad urbanística; tal convenio será resultado de la concreta iniciativa seleccionada en la Resolución de adjudicación por la Administración actuante, de entre las que concursan. Esta relación de agencia da lugar a que su catalogación como “*agente público*”¹⁴ no suponga la atribución de potestades administrativas –aparte de las que le pudieren corresponder para el caso de ser el propio agente urbanizador, per se, Administración Pública-, sino de una mera capacidad de desarrollar funciones públicas amparadas en el convenio regulador.

Ahora bien, sin perjuicio del *nomem iuris* que utiliza la ley andaluza ¿nos encontramos realmente ante una “*concesión*”?

Dados los múltiples significados que en Derecho tiene tal significante, para acotar el ámbito de nuestras reflexiones, debemos desechar la idea de que el agente urbanizador sea sujeto activo de un derecho real de uso exclusivo de bienes inmuebles. El agente urbanizador no es un sujeto de un título de los regulados en la legislación de patrimonio por el mero hecho de que es principio esencial de toda concesión regulada por la normativa de patrimonio, consistir en un acto de mera administración: el concesionario puede usar el bien según su naturaleza, pero sin disponer del mismo. Por el contrario, en el proceso de urbanización es esencial la disposición que permita transformar las

¹⁴.-Tal catalogación se realiza, por ejemplo en el art. 29.6 Ley 6/1994, de 15 de noviembre, de Actividad urbanística de la Comunidad Valenciana.

titularidades preexistentes, por lo que la naturaleza jurídica de esta institución no responde al esquema de las concesiones de dominio público.

En realidad, la disputa doctrinal y jurisprudencial ha consistido en ubicar la naturaleza del agente urbanizador en sede contractual –en un primer término- y dentro de ésta en sede de los contratos típicos (de obra o de concesión de servicios públicos) o de los contratos administrativos especiales. Como se conoce, esta disputa ha sido originada por el agente urbanizador previsto en la legislación valenciana como precursor de la figura que, con distintos rasgos, se ha hecho propia con posterioridad por el resto de ordenamientos autonómicos¹⁵

Ante todo, el problema se ha centrado en determinar si el ámbito de la normativa urbanística es un coto vetado a la normativa de contratación pública, o si por el contrario, los principios de ésta deben informar el procedimiento de selección del agente urbanizador y –en general- sus relaciones con la Administración actuante. El detonante podemos decir que fue en una primera instancia la STJCE de 12 de julio de 2001¹⁶, y en una segunda la cuestión de inconstitucionalidad de determinados preceptos de la LRAU planteada por Auto de 15 de octubre de 2001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Valencia¹⁷, pronunciamientos ambos que han generado juicios doctrinales muy diversos, en cuyo comentario no podemos detenernos.

Por nuestra parte, consideramos que la actividad urbanística en sistemas públicos, cuando la misma se lleva a cabo por gestión indirecta, genera dos círculos diferenciados de posible aplicación de la normativa contractual: de un lado, la relación que liga a la Administración actuante con el agente urbanizador, y –de otro- la que liga a éste con los terceros –empresas contratistas, suministradores...- a los que recurre para poder realizar sus obligaciones en el desarrollo del sistema. En estos momentos, nuestro interés se restringe a la catalogación de la primera relación, sin que entremos al análisis de la aplicación a la actividad que el agente urbanizador realiza como sujeto contratante.

A los efectos que nos interesan, debemos recordar que la institución del contrato ha dado lugar a un debate doctrinal ya secular al intentar distinguir entre las figuras de

¹⁵.- Bien es cierto que el agente urbanizador contemplado en la legislación andaluza es bien distinto al de sus antecedentes valenciano (la ya citada Ley 6/1994, de 15 de noviembre) y castellano-manchego (nos referimos a la Ley 2/1998, de 4 de junio, Reguladora de la ordenación del territorio y la actividad urbanística de Castilla-La Mancha, modificada por Ley 1/2003, de 17 de enero), por cuanto que en éstas aparece una forma obligada de gestión indirecta, mientras que en la norma andaluza es una forma de actividad que se inserta en los tradicionales sistemas de ejecución públicos (expropiación, cooperación) o privados (compensación).

¹⁶.- Esta Sentencia ha originado una multitud de comentarios doctrinales; además de los que se referencian en estas páginas, cabe citar los que inmediatamente generó de la pluma de Tomas Ramón Fernández (en su comentario jurisprudencial en Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 505 25-10-2001) y de Silvia Ballesteros Arribas ("*Aplicación de la normativa contractual administrativa a las obras de urbanización: nueva doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*", en LA LEY nº.5428, de 28-11-2001), y el de Tejedor Bielsa ("*Contratación de la obra pública urbanizadora y sistema de compensación. La Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2001*", en REDA núm. 112, oct-dic. 2001). Precisamente, Fernández y Tejedor ejemplarizan la postura crítica de la argumentación del Tribunal y la postura de quienes consideran correcto el mismo.

¹⁷.- De hecho, tiene más interés la cuestión en sí misma que el Auto del Tribunal Constitucional 133/2002, de 16 de julio que la resuelve, por cuanto que éste no entra en el fondo del asunto.

negocio jurídico, contrato y convención¹⁸. Conocemos que es opinión de numerosos civilistas que –respecto de su propia disciplina- es ésta una discusión sin mayores alcances prácticos desde el momento en que el Código Civil desconoce la teoría del negocio jurídico y se refiere en exclusividad al contrato, ciertamente engarzándose en la corriente de su naturaleza jurídica patrimonialista. Sin embargo, en el Derecho Administrativo español cobra una importancia inusitada la concreción de los límites institucionales del contrato, toda vez que la norma positiva distingue entre contrato y convenio como especies distintas de una supra entidad como es el negocio jurídico, aplicado al tráfico administrativo.

Téngase en cuenta el carácter amplio del objeto regulado por la LCAP, por cuanto que en la misma se integran no sólo los contratos administrativos (ya sean típicos o los contratos administrativos especiales) sino también los contratos privados; con lo cual, se puede afirmar que, de las relaciones negociales que celebra la Administración, sólo quedan excluidos los supuestos recogidos en el art. 3.1, y especialmente –en cuanto aquí nos concierne- los convenios a que hace referencia la letra d). Otra cuestión a despejar con posterioridad será la de calificar la relación del agente urbanizador como contrato administrativo típico o especial, pero siempre dentro del concepto de contrato administrativo, dado que en todo caso es una relación jurídico-pública en atención a la posición de imperium desde la que actúa la Administración; pero, en todo caso ello presupone la catalogación del negocio como contractual, y por ende que la norma reguladora de los contratos públicos sea marco referencial (ya discutiremos si de aplicación primaria o supletoria) de aquélla.

Una descripción a grandes rasgos de la relación que media entre la Administración y el agente urbanizador como forma de gestión indirecta de los sistemas públicos de ejecución del planeamiento exige reconocer en la misma una relación negocial de carácter bilateral y en la que existen contraprestaciones patrimoniales recíprocas; desde este planteamiento, en la práctica, la única posibilidad de que no nos encontrásemos ante una relación jurídica de corte contractual sería que debiéramos catalogar la misma como un convenio de los del art. 3.1.d. Téngase en cuenta que, como dice Bustillo Bolado, “*si el art. 3 LCAP no existiera, no habría ningún problema. En este supuesto, los convenios contractuales entre Administraciones Públicas y sujetos de Derecho privado deberían ser pacíficamente considerados contratos administrativos especiales (en la gran mayoría de los casos) o contratos privados (en los supuestos excepcionales que no encajaran dentro del arts. 5.2.b LCAP)*”.

La cuestión no es baladí ni gratuita: para admitir que no es baladí, baste recordar que el sistema de fuentes que regula un convenio de los del art. 3.1.d difiere –en apariencia, notablemente- del que rige un contrato administrativo, aunque sea especial¹⁹. Para

¹⁸.- Desde perspectivas civilistas, entre otros tantos, Castán Tobeñas (“*Derecho Civil español, común y foral. Tomo tercero: Derecho de obligaciones; la obligación y el contrato en general*”. Edt. Reus SA, Consultada la 14 edición, 1986). recoge las distintas corrientes doctrinales en sede iusprivatística. Sin embargo, en nuestra disciplina administrativa, es de especial importancia el estudio que realiza Bustillo Bolado (“*Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*”. Aranzadi, 2001) de las bases de Derecho común de la institución, y de las particularidades que la teoría general del negocio jurídico y el contrato tienen en el Derecho Administrativo.

¹⁹.- Aunque en una lectura profunda de tales regímenes, Bustillo se pregunte si realmente existen tales diferencias prácticas.

defender que no es gratuita baste recordar que la normativa autonómica comparada²⁰ expresa que el documento de formalización de tal relación no es un “contrato” sino un “convenio”, con lo cual se plantea la duda acerca de qué tipo de negocio jurídico encierra.

Ciertamente, en sí misma, tal definición es deudora de la tradición negocial urbanística, que hace del “convenio” un instrumento esencial de articulación de las relaciones entre la Administración actuante y terceros, pero esta tradición no excluye la necesidad de glosa y aplicación del art. 3.1.d LCAP, que dispone son extravagantes a tal norma los *“convenios de colaboración que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales...”*. Debe entenderse que lo que quiere decir tal precepto es que se excluyen de la LCAP son los convenios de colaboración que reúnan las siguientes características:

- Han de ser convenios de “colaboración”, lo cual según Bustillo Bolado significa que existen intereses comunes que pueden ser cumplidos mediante el acuerdo de voluntades de las partes y la posterior actuación conjunta de los mismos. Esta es una categoría que el citado autor diferencia de los convenios “compositivos”, como aquellos en los que las partes buscan una forma de resolver la disputa jurídica que se apunta o que ya ha aparecido, siendo ejemplos la transacción o el arbitraje.
- Han de ser típicos, esto es, regulados en normas propias. Ello supone la existencia de un régimen jurídico bien definido, lo que ciertamente asemejaría a estas figuras a los contratos administrativos especiales.
- Su objeto ha de ser distinto al de contratos típicos, bien regulados en la LCAP o en otras leyes administrativas. Esta es un requisito que, llevado al extremo, restringe enormemente el ámbito de aplicación de la previsión del propio precepto²¹, a la vez que nos conduce a un juego circular: son convenios –y por ende, no son contratos– los negocios que tengan un objeto no contractual. Ahora bien, cuando nos encontramos en una norma sectorial con una figura que recoge una relación negocial bilateral, y esta norma rectora no califica la misma expresamente como contrato, el hecho de que se tipifique este objeto ¿sirve para excluir ex art. 3.1.d LCAP la catalogación como convenio?.

Siendo difícil responder en abstracto a las múltiples implicaciones que derivan de la catalogación de un negocio como contrato (administrativo especial) o convenio (de los del art. 3.1.d LCAP), creemos que en el caso del agente urbanizador sí es posible posicionarse con cierta claridad, a partir de los elementos causales de tal negocio.

²⁰.- Y así el art. 119.1.3 LOUA, 29.6 LAUCV, 117.1 Ley 2/1998, de 4 de junio, Reguladora de la ordenación del territorio y la actividad urbanística de Castilla-La Mancha, modificada por Ley 1/2003, de 17 de enero.

²¹.- Desde posiciones causalistas, ya tuve ocasión de llamar la atención sobre esta cuestión en *“La causa como elemento definidor del contrato de consultoría y servicios: contrato versus convenio interadministrativo y entre Administración Pública y entidad sin ánimo de lucro”* (La Ley, núm. 5078). Bien es cierto que la Doctrina parte de la base del criterio objetivo como elemento formal de distinción entre los convenios y los contratos, por lo que nuestra apuesta no sigue –en este punto– la corriente interpretativa establecida. Una amplia panorámica de la cuestión se ofrece por García Gómez de Mercado en *“Manual de contratación y responsabilidad administrativa”*, Comares, 2004.

Recordemos que nos encontramos ante una actuación de la Administración competente que, en el ejercicio de las funciones públicas de urbanización que supone la ejecución del planeamiento, necesita de la intervención de un tercero que aporta medios técnicos y financieros para ofrecer un resultado determinado que se plasma en el programa o “convenio” correspondiente, a cambio, el tercero recibe una contraprestación, que es la causa de su participación en tal negocio. Según sea el concreto tipo de sistema de ejecución público, la contraprestación que recibe el agente urbanizador cambia, puesto que es distinta la relación en la que accede en calidad de beneficiario a la propiedad de los suelos objeto del ejercicio de la potestad expropiatoria –si bien que para aplicarlos en la concreta forma prevista en su proyecto aceptado por la Administración actuante-, a la que nace en el seno del sistema de cooperación. En cualquier forma, el agente tiene derecho a la percepción de una cuantía por su actividad gestora, beneficio que no podrá ser superior al 10% de la previsión de gastos de urbanización (art. 123.2 LOUA).

Desde nuestra perspectiva, nos encontramos ante una relación claramente de corte contractual en el que media una clara causa solvendi que contrapone los intereses de cada una de las partes que se relacionan: la Administración actuante, que busca la urbanización de los suelos para la satisfacción del interés general, y la entidad profesional que se conforma como agente urbanizador que busca –claramente- un beneficio empresarial. Aplicando al caso que nos ocupa las palabras de Bassols Coma²², apostilladas por Ávila Orive²³ nos encontramos ante un negocio jurídico en el que el particular gestiona intereses que son propios de la Administración, en un ámbito que es propio del tráfico o giro específico de la Administración, para cuya realización de las finalidades públicas resulta conveniente a la Administración colaborar con terceros que aporten, en nuestro caso, el conocimiento y los medios de quien se dedica profesionalmente a la gestión de suelo, a lo que se suma, en su caso, la financiación necesaria para afrontar las expropiaciones que son inherentes a una determinada forma de ejecutar el planeamiento.

Y, ciertamente, se podrá poner en jaque tal afirmación cuando el agente urbanizador es una entidad instrumental de la Administración competente, o perteneciente a otra Administración pero que firma el correspondiente convenio con la primera, por el cual hace coincidir fines generales; sin embargo, este escenario es extraño a la dialéctica que media entre los convenios de art. 3.1.d y los contratos administrativos especiales, en la medida en que nos encontraríamos ante relaciones de instrumentalidad o –a lo sumo- ante un convenio de colaboración de los del art. 3.1.1) LCAP²⁴.

Una vez lo anterior, la Doctrina se posiciona en la catalogación de la naturaleza jurídica (contractual) del agente urbanizador. Así, Gómez-Ferrer Morant²⁵ parte de la remisión

²².- “Consideraciones sobre los convenios de la Administración con los particulares para el fomento de actividades económicas privadas de interés público”, en RAP núm. 82, 1977.

²³.- “Los Convenios de colaboración excluidos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, Civitas, 2002.

²⁴.- La nueva categoría dedicada a excluir de la aplicación de la Ley de Contratos las relaciones de dependencia, tras la modificación de la letra c) del mismo artículo.

²⁵.- “Gestión del planeamiento y contratos administrativos” RAAP núm. 46/2002.

que la ley valenciana hace a la aplicación supletoria de la legislación de contratos en su art. 29.13 para sostener que la relación que liga a la Administración con el agente urbanizador es un contrato administrativo especial, en la medida en que su objeto es el conjunto de actuaciones que supone la gestión del Programa de Actuación integrada, actuaciones que incluyen la realización de la obra de urbanización “*Todo ello permite afirmar que, considerando el objeto del contrato administrativo como un conjunto, se trata de un contrato administrativo especial, vinculado al giro o tráfico específico de la Administración contratante –como es la urbanística- y que satisface de forma directa e inmediata una finalidad pública de al específica competencia de aquélla*”.

Esta tesis es apoyada también por García Capdepon²⁶, que llega a la conclusión de la naturaleza jurídica de contrato administrativo especial por exclusión de los restantes contratos típicos. Según el citado autor, es descartable que nos encontremos ante un contrato de obras al no financiarse la actividad que desarrolla el urbanizador con cargo al Presupuesto de la Administración, sino que tal financiación procede de aportaciones de los propietarios o directamente por el promotor. También rechaza la tesis del considerar el mismo como contrato de gestión de servicio público, en esta ocasión por encontrarnos ante una actividad de resultado que no asume las notas tradicionales del servicio público de continuidad y regularidad. Por último, y de manera expresa, igualmente excluye su catalogación como un contrato de concesión de obra pública, por no existir contraprestación mediante la explotación de las construcciones. Con este razonamiento llega, por deducción, este autor a la defensa del concepto de contrato administrativo especial.

Por su parte, Parejo Alfonso²⁷ considera que la actividad de ejecución del planeamiento no se puede calificar como de servicio público sino en un sentido lato –“*en los términos en que se expresa el art. 106.2 CE*”- pero sin poder obviar la existencia de una normativa propia que no encaja con el concepto estricto de servicio público. Luciano Parejo postula que la existencia de esta normativa que tipifica una institución en los términos que la urbanística hace respecto del agente urbanizador (valenciano), exige calificarla de forma propia y no englobada en las categorías –también típicas- del contrato de obra ni en la de concesión de servicio público, a la que sólo analógicamente es dado invocar. Por último, y sobre la base del primigenio art. 130 LCAP, descalifica la opción de encuadrar el agente urbanizador en el contrato de concesión de obra pública por que el urbanizador no obtiene derecho a la explotación de la obra de urbanización, y porque no se le otorga un precio a cargo de la Administración por la labor desempeñada.

Finalmente, Jiménez Bonilla²⁸ reconoce la mayor dificultad de deslindar la figura del agente urbanizador del concesionario de obra pública; apuesta por tal distinción tal autor sobre la base de que la actividad del agente no es la propia de un concesionario de

²⁶.- “*La participación del empresario en la gestión*”, en la obra conjunta “*Hacia un nuevo urbanismo*”, editada por FEI-Colegio de Notarios, en imprenta.

²⁷.- “*Algunas notas sobre el agente urbanizador en el Derecho Urbanístico: la cuestión de la constitucionalidad de la figura en su concreta versión original, la de la legislación valenciana*” en la obra conjunta “*La carestía del suelo: causas y soluciones*”, Dir. Pérez Herrero, Editado por la Fundación de Estudios Inmobiliarios-Consejo General del Notariado, 2003.

²⁸.- “*El agente urbanizador: aproximación a su naturaleza jurídica. El carácter bifronte de la responsabilidad patrimonial derivada de su actuación*”. Revista Práctica Trimestral de Inmobiliario y Urbanismo. Ed. F. Lefrevbre, num. 12, octubre 2004.

servicio público en el sentido establecido por la LCAP. En suma, este autor considera que el agente urbanizador es una institución propia del Derecho urbanístico, “no limitada a una simple relación contractual con la Administración Pública competente”, y que “la adjudicación del programa carece de carácter negocial, participando de la naturaleza de acto-condición”.

La Jurisprudencia también ha intervenido en esta discusión²⁹. El hito inicial lo constituye la ya citada cuestión de inconstitucionalidad de determinados preceptos de la LRAU planteada por Auto de 15 de octubre de 2001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Valencia, cuestión que ponía en duda la competencia de la Comunidad Valenciana para regular una materia que –según el Tribunal Superior- podría estar en colisión con la normativa básica en materia contractual, competencia del Estado; según ya se apuntó, el Auto del Tribunal Constitucional correspondiente no entró en el fondo de la controversia. Ello no ha impedido a este Tribunal Superior de Justicia de Valencia configurar una doctrina compuesta por –ya en este momento- numerosos pronunciamientos que abogan en su generalidad por calificar como contractual la relación que liga a la Administración actuante con el agente urbanizador. Sin ser exhaustivos, podríamos citar la Sentencia de 1 de octubre de 2002 que califica tal relación jurídica como un contrato de obras, como también hace la más reciente de 5 de febrero de 2003, que afirma que la figura del agente urbanizador encaja “perfectamente dentro de lo dispuesto en el art. 120 TRLCAP”, y la de 10 de abril de 2003 (westlaw, JUR 2003\245575). Existe un segundo grupo de pronunciamientos que califican al agente urbanizador como concesionario, y así la Sentencia de 9 de enero de 2004 (en westlaw, JUR 2004\168705), según la cual el agente urbanizador es un “gestor indirecto de actuaciones integradas, y por delegación ostenta la condición de agente público; es por tanto un concesionario urbanístico de las obras de urbanización, que entre otras cosas debe entregar a la Administración los terrenos de cesión obligatoria y gratuita y gestionar la equidistribución de beneficios y cargas”; en esta línea de considerar la naturaleza concesional, se puede consultar la Sentencia de 6 de junio de 2004 (RJCA 2004\198). Por último, y siempre dentro del entendimiento de la institución como de naturaleza contractual –y, por ende, sujeta a las Directivas de contratación pública y a su transposición a través de la LCAP- algunas Sentencias - como la de 31 de enero de 2003 (RJCA 2003\336)- parecen apuntar al concreto contrato de concesión de obra pública, puesto que tras considerar que el agente 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 pública”, reconoce que “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...específicamente contempla la LCAP al 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...y por su parte, 159.23 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”, llamando el Tribunal en defensa de su postura a lo dispuesto por la legislación de otras Comunidades Autónomas, como sucede en la Ley 2/1998, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de

²⁹.- Recientemente, se hace eco de estas cuestiones Vázquez Oteo en el Capítulo “La gestión indirecta del sistema de expropiación: el agente urbanizador” en la obra conjunta “Derecho urbanístico de Andalucía”, Dir. Sánchez Goyanes; editado por la Junta de Andalucía y El Consultor/La Ley, 2004.

Castilla-La Mancha o la de 2 de julio de 1998 de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja.

Expongamos a continuación nuestra particular opinión. Para el caso de que se ligue la expresión “concesión” a una de las formas con que tradicionalmente la contratación se ha realizado mediante gestión indirecta (el actual art. 156 LCAP) se exigirá la previa catalogación de la actividad a desarrollar como un “servicio público”. Sin embargo, y como ya se ha visto con anterioridad, la propia LOUA se cuida de no calificar la actividad urbanística como un servicio público, y así su art. 2 la define como una *“función pública que comprende la planificación, organización, dirección y control de la ocupación y utilización del suelo, así como la transformación de éste mediante la urbanización y edificación y sus consecuencias para el entorno”*. Incluso en el concreto ámbito de la urbanización, el principio de publicación que la normativa urbanística implanta no llega al extremo de suponer la existencia omnipresente de un servicio público en sentido estricto, siendo compatible la intervención pública en la ejecución del planeamiento con la intervención privada³⁰. Ello empero, podríamos centrar más la cuestión, para preguntarnos si en el caso de los sistemas de ejecución públicos –y no ya en el conjunto de la actividad de desarrollo del planeamiento- nos hallamos ante un verdadero “servicio público”. La respuesta debe seguir siendo negativa, si atendemos a las notas que tradicionalmente se han predicado respecto a lo que deba entenderse como tal, y según ha asentado la mejor Doctrina, a la que nos remitimos.

En suma, resulta complejo considerar que en todo caso el agente urbanizador deba ser entendido como un concesionario de un servicio público, en sentido estricto, por lo que ha de excluirse su inclusión dentro de los modos de gestión indirecta del contrato administrativo típico de gestión de servicio público.

Creemos que resulta aún más evidente la no coincidencia entre la relación que liga al agente urbanizador con la Administración urbanística y la que sustancia un contrato de obra pública. Con independencia de si la obra que ejecuta el agente urbanizador es o no una “obra pública”³¹, el conjunto de prestaciones que corresponde realizar al agente urbanizador, es cualitativamente distinto a la simple ejecución o proyección y ejecución de una obra.

Ahora bien, ¿qué decir de la consideración del contrato de concesión de obra pública?³² La cuestión se ha más compleja –a nuestro modo de ver- tras la aprobación de la ley 13/2003, puesto que su ámbito objetivo comprende no solamente las obras públicas del art. 120 LCAP, no cualesquiera otras que siendo susceptibles de explotación sean necesarias, ora para la prestación de un servicio público (“de naturaleza económica”), ora para el desarrollo de actividades o servicios económicos que sean de interés general.

³⁰.- García Capdepon (op. cit) trae a estos efectos a colación la STS de 13 de octubre de 1986,RAJ 6423\1986.

³¹.- Y no podemos sino remitirnos a los comentarios de Parejo Alfonso, op.cit.

³².- Conocemos que determinada legislación autonómica (nos referimos a la de Ordenación del territorio y urbanismo de La Rioja de 2 de julio de 1998, arts. 114 y 144) se regula la “concesión de obra urbanizadora”.

Ya nos hemos posicionado junto a la Doctrina que no considera que el agente urbanizador sea un concesionario de servicio público en sentido estricto, pero, ¿puede generar la misma explotación de servicios económicos de interés general?.

Ciertamente, desde una óptica estrictamente economicista, la actividad urbanizadora es susceptible de ser objeto empresarial, pero tal perspectiva debe acompañarse con la jurídica, complicándose la respuesta. La doctrina ha configurado tradicionalmente la gestión pública urbanizadora por medios indirectos como el resultado de una “concesión” en la que la prestación del “concesionario” era el desarrollo de los solares resultantes, y su puesta en mercado según las prescripciones derivadas del planeamiento³³. En puridad, no creemos que el esquema interno de la institución regulada en la Ley 13/2003 haya sido pensado para ser aplicado al caso del proceso urbanizador, aunque no debemos por más que reconocer que el proceso de urbanización permite un tráfico mercantil –una “explotación”–, y que en sí mismo, tal proceso es –como poco– una actividad privada de interés general. Pudiendo, pues identificarse con las bases del contrato de concesión de obra pública la esencia de la actividad urbanizadora en sistemas de ejecución pública, es únicamente la existencia de una ley especial –la Ley 7/2002, de urbanismo–, propiamente dirigida a este subsector la que da lugar a la no aplicación de la Ley 13/2003 en este ámbito. A tal hilo, López Pellicer nos dice que *“la actuación pública mediante el sistema de cooperación, como también en el de expropiación, puede instrumentarse mediante gestión indirecta, que pueda adoptar, en cualquiera de ellos, la modalidad de concesión administrativa de la actividad de ejecución de obras públicas de urbanización con arreglo a las normas que la Ley andaluza 7/2002 establece y que modulan por razón de la materia las generales de la citada legislación de contratos de las Administraciones Públicas, arts., 220 y sts, según la regulación establecida por la Ley –estatal– 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas.* Por consiguiente, creemos que en el caso del agente urbanizador andaluz sí se cumplen los requisitos que establece la Ley 13/2003:

- Se trata de la ejecución de obras, en este caso de obras características de una tipología que se denomina “de urbanización”, y que comprenden fundamentalmente movimientos de tierra, preparación del terreno, conexión con los servicios generales y viario.
- Tales obras son susceptibles de ser “explotadas”, en el sentido de que pueden ser objeto de una actividad empresarial. Bien es cierto que el cumplimiento de este requisito exige que la actividad de explotación se considere en sentido amplio, pero no lo es menos que existe jurisprudencia que califica como “precio” la contraprestación que recibe el agente: la ya comentada STSJ de Valencia de 5 de febrero de 2003 así lo sostiene, argumentado que el precio es *“el que resulte del convenio entre el mismo y la Administración, aún cuando el mismo se repercuta, por cierto, sin su intervención, a un tercero, los propietarios del suelo”*.
- La urbanización es una actividad que en sí misma es de interés general, y que en todo caso es condición para que sobre ella se pueda edificar, lo cual es también en sí misma una actividad de interés general.

³³.- López Pellicer, “Las obras de urbanización y el deber de conservación en la Ley 7/2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía”, Revista Andaluza de Administración Pública, núm. 51/2003, jul-sep.”.

- El agente urbanizador recibe una contraprestación por su actividad gestora que dependerá –en su materialización- del hecho de producirse su intervención a su riesgo y ventura.

En suma, consideramos que el agente urbanizador tiene naturaleza contractual y que haya su regulación en la normativa sectorial que le es propia (la urbanística); es por ello que cabe ser calificado como un contrato administrativo especial, siendo normativa supletoria la que se contiene en el contrato de concesión de obra pública regulado por la Ley 13/2003, lo cual puede tener importantes aplicaciones sobremanera en caso de un insuficiente desarrollo reglamentario de la normativa urbanística, y en todo caso respecto de determinados ámbitos como es la regulación de las prerrogativas de la Administración concedente.

Tercero.- La financiación de obras públicas por concesión demanial. Qué haya de entenderse por “entorno”.

Recordamos que, según el art. 131 LCAP, “...*la construcción y conservación de la obra pública, o bien sólo su conservación, podrá ser objeto del correspondiente contrato de ejecución y mantenimiento, o sólo de mantenimiento, de obra pública, pudiendo otorgar contraprestación la Administración competente por razón de la materia, conforme a la legislación demanial específica de la misma, una concesión de dominio público en la zona de servicios o en el área de influencia en que se integra la obra*”. De manera más resumida en comparación con las notas desarrolladas sobre la concesión de obra pública, consideramos de interés plantear los siguientes asuntos como dignos de un mayor estudio.

En primer lugar, la contraprestación por la ejecución (en suma, por la financiación) de la obra pública consiste en una concesión demanial. No nos encontramos, pues en el escenario en que la contraprestación sea la gestión indirecta de un servicio público, sino en el ámbito estricto patrimonial. Ahora bien, ¿sería posible que el abono al contratista de obra pública se sustentara en el aprovechamiento lucrativo de un bien patrimonial de la Administración?. El que esta posibilidad no esté prevista en la Ley 13/2003 no debe impedir que sea considerada de lege ferenda. Dos son los principales condicionantes que nos plantea:

- La normativa de contratación pública establece como criterio general de contratación el que la contraprestación del contratista sea en “precio cierto” (art. 14 LCAP). Ahora bien, la posibilidad que abre la ley 13/2003 habría de ser extendida a la explotación de un bien por un período determinado, siendo intrascendente que el mismo sea demanial o patrimonial. Ello permitiría en el caso del urbanismo la adopción del sistema de pago con cargo a la gestión de bienes patrimoniales del Ayuntamiento –que no del Patrimonio Municipal del Suelo, como regla-, siendo éstos un conjunto en ocasiones con mayor potencia de gestión empresarial que los propios bienes de dominio público municipales.
- Ciertamente, esta modalidad –de lege ferenda- habría de tener en cuenta que sería necesario crear un régimen especial no sólo respecto del ámbito de la contratación administrativa, sino también en el de la normativa de patrimonio local (Ley de Bienes de Entidades Locales de Andalucía, y Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, principalmente).

- Por último, esta forma de retribuir la prestación de obra del contratista supone la necesidad de establecer un vínculo entre la ejecución de la obra y la explotación del bien, en el sentido de que, siendo causa de esta última la relación contractual, la modificación o extinción de la relación matriz necesariamente ha de afectar a la relación patrimonial.

En segundo y último lugar, nos interesa conocer el concepto de “zona de servicios o área de influencia” en que debe ubicarse el inmueble de dominio público sobre el que establecer la concesión demanial. De sobra es conocido el sentido que la expresión “zona de servidumbre” alcanza en relación con determinada normativa sectorial, principalmente relacionada con las propiedades especiales administrativas. Ahora bien, no llegamos a precisar el sentido que la zona de servicios o área de influencia pueda tener en el ámbito del abono de obra mediante una concesión. De entrada, este concepto es puramente funcional y adjetivo, de tal forma que su localización y extensión dependerá del objeto principal al que haya de referirse. Con ello queremos decir que:

- a. Su extensión debe venir condicionada por un criterio economicista, y el mismo dependerá de la tipología de la obra. Por definición, ha de tratarse de obras relativas a infraestructuras o edificaciones no susceptibles de explotación económica, pero ello no empece que el área de influencia de la misma no atienda a razones de índole económica, de la actividad económica que induce o soporta tal obra, como parámetro apropiado de consideración de tal “área de influencia”.
- b. Su localización, por ende, no tiene porqué ser continua con el contorno de tal obra, siendo admisible el otorgamiento de concesiones demaniales sobre bienes no colindantes con tal obra principal.