

JUNTAS DE COMPENSACIÓN Y CONTRATACIÓN PÚBLICA: EL DEBATE CONTINÚA ABIERTO (*)

DAVID EDGAR ARAIZ HUARTE
Contratado predoctoral
Universidad Pública de Navarra

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES.– II. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS JUNTAS DE COMPENSACIÓN.– III. ENCAJE EN EL CONCEPTO DE PODER ADJUDICADOR: 1. Requisitos para ser poder adjudicador: A) Primera condición: satisfacción de un interés general. B) Segunda condición: personalidad jurídica propia. C) Tercera condición: dependencia de otro poder adjudicador. 2. Las juntas de compensación como poder adjudicador según la legislación urbanística, doctrina y jurisprudencia: A) La ley aragonesa y navarra. B) Jurisprudencia y doctrina.– IV. DE LA RELACIÓN ENTRE LAS JUNTAS DE COMPENSACIÓN Y LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.– V. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO CONDITIO SINE QUA NON DE LA EXTERNALIZACIÓN DE LAS OBRAS PÚBLICAS DE URBANIZACIÓN POR LAS JUNTAS DE COMPENSACIÓN: 1. Sujeción a la legislación de contratos del sector público en caso de ser poderes adjudicadores. 2. Sujeción a la legislación de contratos del sector público en caso de no ser poderes adjudicadores. La doctrina del criterio funcional de obra pública: A) A favor de la aplicación de la legislación de contratos del sector público. B) En contra de la aplicación de la legislación de contratos del sector público. Rechazo al criterio funcional de obra pública.– VI. ESPECIALIDAD DE LA NORMATIVA FORAL: 1. Las juntas de compensación como poderes adjudicadores. 2. Cobertura del artículo 5 d) LFCP.– VII. CONCLUSIONES.– VIII. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

RESUMEN: Cuando las juntas de compensación se ven obligadas a externalizar la ejecución de las obras de urbanización al no contar con empresas urbanizadoras, surge la controversia jurídica sobre si debe someterse tal supuesto de hecho a los procedimientos previstos en la normativa de contratación pública, o si, por el contrario, la adjudicación de dichas obras debe esquivar la legislación de contratos del sector público. En la actualidad, la jurisprudencia y doctrina mayoritaria se inclina por la subsunción de las obras de urbanización en la carcasa de los contratos de obras previstos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre. No obstante, la postura no es unánime, existiendo argumentos lo suficientemente sólidos y coherentes para cuanto menos seguir manteniendo candente este interesante debate integrador de dos de las ramas *sui generis* del Derecho administrativo más terrenales.

Palabras clave: contratación pública; administración pública; poder adjudicador; juntas de compensación; obras públicas de urbanización.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA con fecha 25/07/2022 y evaluado favorablemente para su publicación el 01/12/2022.

ABSTRACT: When the compensation councils are forced to outsource the execution of the public urban development works as they do not have urbanization companies, the legal controversy arises as to whether such a case should be subject to the procedures provided for in the public procurement regulations, or whether, on the contrary, the awarding of such works should avoid the public sector contract legislation. At present, most of the case law and doctrine is inclined towards the subsumption of urbanization works in the form of construction contracts provided for in Law 9/2017, of 8 November. However, the position is not unanimous, and there are sufficiently solid and coherent arguments to at least keep this interesting debate, which integrates two of the most terrestrial *sui generis* branches of administrative law.

Key words: public procurement; public administration; contracting authority; compensation councils; public urban development works.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El fenómeno de «la huida del Derecho administrativo» ha ido difuminándose de manera progresiva a lo largo de los últimos años, sufriendo un golpe probablemente definitivo el 8 de marzo de 2018 (1).

La interminable contienda contra la corrupción, la sed de transparencia y el necesario desmarque de esa estrige procedimental llamada «burocracia», han ido perfilando un nuevo y reformado Derecho administrativo en la Unión Europea y en nuestro país dispuesto a recuperar el ámbito de aplicación perdido en favor del sector privado. Perfecto ejemplo de ello es la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) que ha venido a erigirse como el gran exponente de este renovado Derecho público.

Así, este nuevo movimiento que bien podría denominarse de «huida del Derecho privado», está dispuesto a exterminar radicalmente la propagación de cualquier signo inmotivado de privatización, mediante la sujeción de toda entidad relacionada con la explotación de una función pública, a los principios y procedimientos de la contratación del sector público.

Dicho de esta manera, pudiera parecer que se trata de un avance, de un progreso en la lucha contra la indiscriminada externalización de funciones y servicios públicos acometida en las últimas décadas. Y así es. Sin embargo, son numerosos los supuestos en los que se ha exacerbado la aplicación del Derecho público, sobrepasando las fronteras de su natural ámbito de aplicación y pretendiéndose legitimar dicha extralimitación en base a los principios dúctiles de este revitalizado Derecho administrativo.

(1) Fecha de entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Ejemplo de ello es precisamente el objeto de estudio de este trabajo relativo a los contratos de obras públicas de urbanización externalizados por las juntas de compensación, cuyo sometimiento a las directrices de la normativa de contratación pública, desde no hace muchos años, deviene preceptivo en la práctica urbanística de diversas Comunidades Autónomas. Se discutirá sobre la idoneidad de tal sujeción con la que anticipo, no concuerdo personalmente (2).

El trabajo se estructurará partiendo de la naturaleza jurídica de las juntas de compensación, para posteriormente entrar a conocer de su posible categorización como poderes adjudicadores, o en el caso de no resultar posible tal inclusión, determinar el alcance que puede llegar a tener (si es que finalmente tiene) la normativa de contratación pública sobre la actividad contractual (y en concreto sobre las obras públicas de urbanización) de las juntas de compensación.

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS JUNTAS DE COMPENSACIÓN

En lo concerniente a la naturaleza jurídica de las juntas de compensación, debe reconocerse que existe unanimidad en la cuestión. Así, la totalidad de normativas autonómicas que prevén el sistema de compensación (3) como opción de ejecución urbanística (todas menos Comunidad Valenciana y Castilla-La Mancha) (4), concuerdan que las juntas de compensación, catalogadas como entidades urbanísticas colaboradoras de la Administración pública (5), tienen

(2) Las juntas de compensación se integran en el denominado sistema de compensación, el cual, aun no tratándose del único sistema de ejecución privado del planeamiento urbanístico, sí que resulta el más utilizado en la mayoría de las Comunidades Autónomas y sin duda, resulta el más controvertido en términos de sujeción a la normativa de contratación pública se refiere.

(3) En el País Vasco se denomina «sistema de concertación» y a las juntas de compensación «junta de concertación». En Extremadura, se habla de «agrupaciones de interés urbanístico», en vez de juntas de compensación, aunque manteniéndose la denominación de sistema de compensación.

(4) En estas Comunidades Autónomas existe una filosofía urbanística diferente que en el resto del territorio español. En términos de gestión y ejecución urbanística, se regula el agente urbanizador como único sistema de actuación al margen de la posible gestión directa por parte de la misma Administración (véase en este sentido arts. 118 y ss. Decreto Legislativo 1/2021, de 18 de junio, del Consell de aprobación del texto refundido de la Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje; y arts. 116 y ss. Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad urbanística). Además, se califica al agente urbanizador como sistema público, en vez de privado como en el resto de las Comunidades Autónomas.

(5) *Vid.* art. 24.2 Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

naturaleza administrativa, personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines (6).

No es ocioso matizar que las juntas de compensación no dejan de tratarse de sujetos privados ya que están compuestas por los propietarios de los terrenos cuya urbanización deviene obligatoria. Sin embargo, la naturaleza administrativa comentada, estriba en la realidad jurídica consistente en que tales sujetos privados desarrollan una función pública mediante la ejecución del planeamiento (todo ello en virtud de la delegación que realiza la Administración en favor de los propietarios, al optar la misma en el planeamiento por un sistema privado de ejecución, tal y como es el sistema de compensación) (7).

Por tanto, cabe afirmar lo que doctrina y jurisprudencia han venido a denominar como «naturaleza híbrida» de las juntas de compensación (8). Así, la STS, de 24 de mayo de 1994, teniendo como ponente a Don Mariano De Oro-Pulido López, en su FD Segundo, dice: «Si, pues, la finalidad de la junta de compensación es la ejecución de la urbanización, nada puede sorprender que se le atribuya personalidad jurídica propia, plena capacidad para el cumplimiento de sus fines y sobre todo naturaleza administrativa. Ciertamente, ello no quiere decir que toda su actuación esté sometida al Derecho administrativo, como tampoco lo está toda la actividad de las Administraciones públicas, y que, en consecuencia, es factible que parte de aquella actuación pueda resultar ajena a nuestro específico ordenamiento, pero también lo es que cuando dichas Entidades realizan funciones públicas no resulta posible desconocer su naturaleza administrativa. Se impone, pues, examinar en cada caso la gestión de los intereses en juego».

En mismo sentido, argumenta la STSJ de Madrid de 17 de abril de 2003 (nº recurso: 601/1998), en cuyo FD Cuarto, resuelve: «Sin que se cuestione el carácter administrativo de las juntas de compensación, que resulta de su propia regulación legal (la calificación administrativa se contiene en el art. 127.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, según el cual tienen naturaleza administrativa, personalidad jurídica propia y plena capacidad para

(6) Véase a título de ejemplo y por todas, el art. 165.1 TRLFOTU, o el art. 209.2 de Ley 13/2015, de 30 de marzo, de ordenación territorial y urbanística de la Región de Murcia.

(7) Es importante, recordar que la junta de compensación es el ente instrumental del sistema de compensación, tratándose este último de uno de los sistemas privados de ejecución del planeamiento previsto en los ordenamientos urbanísticos de las Comunidades Autónomas.

(8) Legislaciones autonómicas como la andaluza y la madrileña, han incluso reconocido a las juntas de compensación la categoría de corporaciones de Derecho público, asimilándolas de esta manera a los Colegios Profesionales o las Cámaras de Comercio (véase art. 134.1 Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía y art. 108.2 Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid). Otras como la canaria, las denominan: «asociaciones administrativas de propietarios» (véase art. 227.1 Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias).

el cumplimiento de sus fines), ha de deshacerse un equívoco, porque a pesar de ese carácter administrativo, las juntas de compensación no dejan de tener *naturaleza híbrida*, de manera que sus actos o acuerdos unas veces estarán sometidos al derecho público y otras no, *secundum quid*, y la tangencia podría situarse por el criterio de las competencias o potestades que se ejercen, de manera que solo cuando se trata de ejercicio de potestades públicas actúan sujetas al derecho administrativo».

Por tanto, queda clara la identidad dualista de unas juntas de compensación que danzan, principalmente pero no únicamente, en el ámbito público, y que como consecuencia habrá que estudiar cada supuesto en concreto para conocer su sometimiento al derecho público o al derecho privado (9).

III. ENCAJE EN EL CONCEPTO DE PODER ADJUDICADOR

Analizada de manera sintética la naturaleza de las juntas de compensación, es momento de reflexionar acerca de las relaciones entre su actividad contractual (principalmente absorbida por la obligación legal de ejecución de las obras públicas de urbanización) y la norma estatal de contratación pública (LCSP). Con tal fin se comenzará estudiando una cuestión que a día de hoy sigue suscitando controversia entre la jurisprudencia y doctrina, esto es, si la inclusión de las juntas de compensación en el concepto de poder adjudicador deviene compatible con la configuración legal que de esta figura jurídica ha venido construyendo el TJUE en concordancia con las reglas contenidas en la Directiva 2014/24/UE, de 24 de febrero.

Sentado en el punto anterior la cuestión acerca de la naturaleza administrativa que poseen las juntas de compensación, cabe señalar que dicho carácter eminentemente público no otorga de por sí sólo a aquellas el escalafón de poder adjudicador. Así se da apertura a una cuestión no pacífica, sobre la que sí existen afirmaciones dispares en las legislaciones autonómicas, así como en la jurisprudencia jurisdiccional y administrativa.

Debe recordarse que el concepto de «poder adjudicador» proviene del Derecho europeo, no siendo su significado susceptible de ser delimitado por las autoridades estatales y autonómicas de los Estados Miembros de la

(9) Sin embargo, no existe tanta unanimidad en cuanto a otras artificiosas denominaciones que la jurisprudencia ha venido asociando a las juntas de compensación. Así, las SSTSJ de Madrid, de 7 de junio de 2021 y 9 de diciembre de 2021, nº recurso: 691/2020 y 594/2020, califican a las juntas de compensación como «agente descentralizado de la administración». O las SSTJ de 13 de septiembre de 1996 y 17 de diciembre de 2008, nº recurso: 8637/1991 y 8120/2004 que hablan de las juntas de compensación como un «fenómeno de autoadministración».

UE. En este sentido GIMENO FELIÚ (10) afirma que «no existe el dilema que se plantea Hamlet de ser o no ser al respecto: se es, o no, poder adjudicador de forma reglada. Y los Estados no tienen margen de discrecionalidad para graduar o inaplicar las consecuencias de esta categoría [...] en su concreta interpretación y alcance debe estarse, insistimos, a lo dictaminado por el TJUE al respecto».

Conforme al Derecho de la Unión, actualmente, es en el artículo 2.1 de la Directiva 2014/24/UE, de 24 de febrero, donde se regula el concepto de poder adjudicador (11). Así, en su apartado primero establece:

«A los efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

1) Poderes adjudicadores: el Estado, las autoridades regionales o locales, los organismos de Derecho público o las asociaciones formadas por uno o varios de dichos poderes o uno o varios de dichos organismos de Derecho público».

Conociendo, por supuesto, que las juntas de compensación no obedecen a ninguna de las conocidas como Administraciones territoriales o primarias (Administración estatal, autonómica y local), interesa conocer qué entiende la Directiva por organismos de Derecho público. Al respecto, el apartado cuarto de este mismo precepto expresa que:

«A los efectos de la presente Directiva, se entenderá por: [...] 4) Organismo de Derecho público: cualquier organismo que reúna todas las características siguientes:

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

(10) J.M. GIMENO FELIÚ (2018: 7).

(11) En el considerando 10 de la Directiva, se reconoce el mantenimiento (en su parte esencial) del concepto de poder adjudicador perfilado en los años anteriores por el TJUE: «El concepto de poderes adjudicadores, y en particular el de organismos de Derecho público, han sido examinados de forma reiterada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Para dejar claro que el ámbito de aplicación *ratione personae* de la presente Directiva no debe sufrir modificaciones, procede mantener la definición en la que se basaba el Tribunal e incorporar determinadas aclaraciones que se encuentran en dicha jurisprudencia como clave para comprender la propia definición sin intención de alterar la interpretación del concepto tal como ha sido elaborada por la jurisprudencia. A tal efecto, ha de precisarse que un organismo que opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad no debe ser considerado un organismo de Derecho público, ya que puede considerarse que las necesidades de interés general para satisfacer las cuales ha sido creado, o que se le ha encargado satisfacer, tienen carácter industrial o mercantil».

miembros sean nombrados por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público» (12).

Por tanto, son tres los requisitos a analizar en relación con las juntas de compensación, para dilucidar su carácter de poder adjudicador o por el contrario su calificación como mera entidad urbanística colaboradora de la Administración.

Advertir desde este primer momento, que la interpretación de estos requisitos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (y por el anterior Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea) ha venido realizándose bajo un denominador común compuesto por criterios subjetivo-funcionales. Es decir, en palabras del TJUE, en su Sentencia de 15 de mayo de 2003 (Asunto C-214/00), apartados 52 a 55:

«El Tribunal de Justicia ya ha precisado, que, para ser calificada de organismo de Derecho público en el sentido de esta disposición, una entidad debe cumplir los tres requisitos acumulativos que enuncia la citada disposición, según los cuales debe ser un organismo creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotado de personalidad jurídica, y cuya actividad dependa estrechamente del Estado, de los entes territoriales o de otros organismos de Derecho público [...] Además, el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que, teniendo en cuenta el doble objetivo de apertura a la competencia y de transparencia que persiguen las directivas de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, *el concepto de organismo de Derecho público debe recibir una interpretación funcional* [...] En esta perspectiva, para resolver la cuestión de la calificación eventual como organismos de Derecho público de distintas entidades de Derecho privado, el Tribunal de Justicia se ha limitado únicamente, según jurisprudencia reiterada, a comprobar si estas entidades cumplen los tres requisitos acumulativos enunciados en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, *considerando que la forma de constitución de la entidad era indiferente a este respecto* [...] *De los principios así elaborados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el estatuto de Derecho privado de una entidad no constituye un criterio que pueda excluir su calificación como entidad adjudicadora» (13).*

(12) Estos tres requisitos necesarios para que una entidad adquiera la condición de poder adjudicador, han sido refrendados por la jurisprudencia europea desde tiempos inmemoriales, representando la STJUE de 5 de octubre de 2017 (Asunto C-567/15) uno de sus últimos pronunciamientos al respecto.

(13) Esta idea se ha venido reproduciendo en diferentes sentencias del TJUE. A título de ejemplo, las sentencias «Asunto Mannesmann Anlagenbau Austria y otros», de 15 de enero de 1998, apartados 20 y 21; de 12 de diciembre de 2002, «Asunto Universale-Bau y otros», apartados 51 a 53; de 15 de mayo de 2003, «Asunto Comisión/España», apartados 52 y 53, de 16 de octubre de 2003, «Asunto Comisión/España», de 18 de enero de 2007, apartado 27. Esta interpretación funcional se ha tenido en cuenta, por ejemplo, por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 104/2015.

Aplicando lo expuesto a las juntas de compensación, puede confirmarse que su naturaleza «híbrida» analizada anteriormente, no va a poder funcionar como obstáculo previo al análisis consistente en determinar si estas entidades tratan de verdaderos organismos de Derecho público y como consecuencia de ello, poderes adjudicadores.

Aclarado lo anterior, es momento de comprobar el cumplimiento o no por parte de las juntas de compensación de cada uno de los tres requisitos exigidos por el artículo 2.1.4) de la Directiva 2014/24/UE expuesto anteriormente.

1. Requisitos para ser poder adjudicador (14)

A) Primera condición: Satisfacción de un interés general

El primer requisito es el consistente en que la entidad correspondiente (las juntas de compensación, en este caso) «se haya creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil». La STJUE de 15 de enero de 1998 (asunto C-44/96), en sus apartados 25 y 26, declara:

«[...] es indiferente que, además de cumplir dicha función, dicha entidad pueda desempeñar otras actividades, como la producción de otro material impreso, así como la edición y la distribución de libros. *El hecho de que la satisfacción de necesidades de interés general sólo constituya una parte relativamente poco importante* de las actividades realmente emprendidas por la OS, como señaló el Gobierno austriaco en sus observaciones escritas, *tampoco es pertinente*, puesto que la mencionada entidad sigue encargándose de las necesidades que está específicamente obligada a satisfacer».

Para terminar afirmando:

«En efecto, el requisito exigido en el primer guión del párrafo segundo de la letra b) del artículo 1 de la Directiva —actual letra a) del artículo 2.1, 4 de la Directiva 2014/24/UE—, según el cual el organismo debe haber sido creado para satisfacer “específicamente” necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, *no implica que esté únicamente encargado de satisfacer dicha necesidad*».

Como puede observarse el TJUE aplica en su máxima extensión el criterio subjetivo-funcional comentado previamente, ensanchando el ámbito de cobertura de este primer requisito, pero a su vez sin faltar a la literalidad del mismo. Resulta pues indiferente que la entidad en cuestión desempeñe otras

(14) Los requisitos previstos en el artículo 2.1, 4º de la Directiva 2014/24/UE fueron traspuestos al ordenamiento jurídico español mediante el artículo 3.3 d) LCSP precepto el cual establece esencialmente lo mismo que la norma europea.

actividades que *per se* no supongan satisfacer necesidades de interés general público, siempre y cuando, la entidad haya sido creada bajo la particular finalidad de cubrir y explotar un determinado interés público (15).

En lo concerniente a las juntas de compensación, doctrina y jurisprudencia parlamentan en igual sentido acerca del cumplimiento por estas entidades de la primera exigencia expuesta. Ello es así, ya que las juntas de compensación son constituidas con el objetivo principal de ejecutar el planeamiento, comprometiéndose a ejecutar las obras públicas de urbanización necesarias en aras a transformar el suelo. Y no hay duda alguna hoy en día, que la ejecución del planeamiento junto al acometimiento de las obras públicas de urbanización, suponen el ejercicio de una función pública, y por ello de interés público (16).

Consecuentemente, la primera condición para ser poder adjudicador se entiende cumplida por las juntas de compensación.

B) Segunda condición: personalidad jurídica propia

En relación con el segundo requisito, el mismo se refiere a que la entidad u organismo «esté dotado de personalidad jurídica propia».

Llevado a las juntas de compensación debe subrayarse que no existe problema alguno en torno a esta cuestión, en vista de la aceptación unánime tanto por legislación como jurisprudencia de la tenencia de personalidad jurídica propia por parte de estas entidades urbanísticas (17). Así, las juntas de compensación se constituyen bajo la sujeción a unos estatutos propios que justifican y delimitan sus actuaciones (18). Además, poseen la capacidad para ser acreedoras de derechos (cobro de deudas por vía de apremio a sus miembros, por ejemplo) y deudoras de obligaciones (la principal, la relativa a la ejecución de las obras públicas de urbanización) (19).

(15) Esta idea ha venido siendo reproducida por el TJUE en diversas ocasiones: STJUE de 10 de noviembre de 1998 (asunto 360/96); STJUE 27 de febrero de 2003 (asunto 373/00); STJUE de 13 de diciembre de 2007 (asunto 337/06).

(16) *Vid.* art. 4.1 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, o en las legislaciones autonómicas, a título de ejemplo, la Comunidad Foral de Navarra, arts. 2.1 y 10.1 TRLFOTU.

(17) Art. 26.2 Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, o a nivel autonómico y por todas, art. 165.1 TRLFOTU.

(18) Art. 166 Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, o a nivel autonómico, art. 300 Decreto 143/2016, de 22 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia; o el art. 62 Decreto Foral 85/1995, de 3 de abril.

(19) Arts. 157 y ss. Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, en concordancia con las legislaciones urbanísticas de carácter autonómico.

C) Tercera condición: dependencia de otro poder adjudicador

Debe subrayarse la alternatividad característica de este tercer y último requisito para decidir si una entidad es poder adjudicador. Así, son tres las opciones brindadas por el precepto: en primer lugar, que la actividad de la entidad esté mayoritariamente financiada por los poderes públicos (20); en segundo lugar, que la gestión de dicha entidad esté controlada por parte de los poderes públicos (la indeterminación de qué debe entenderse por «gestión», como se verá, ha sido y es fuente de conflictos); finalmente, que más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la entidad, hayan sido nombrados por los poderes públicos.

La concurrencia de uno de estos tres escenarios ilustradores de una intensa intervención administrativa, sería suficiente para calificar a las juntas de compensación como poderes adjudicadores a los efectos de la legislación de contratos públicos con las consecuencias que de ello se derivarían.

a) Financiación mayoritaria

Cabe comenzar analizando el primer extremo (financiación mayoritaria). En este sentido resulta interesante la STJUE de 3 de octubre de 2000 (asunto 380/98), en cuyo apartado 33, aporta luz sobre qué debe entenderse por estar «financiado mayoritariamente».

Así la sentencia: «Habida cuenta de lo expuesto, procede responder a la segunda cuestión que el término mayoritariamente, que figura en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, tercer guion, de cada una de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, debe interpretarse en el sentido de que *significa más de la mitad*».

También resulta relevante el matiz subrayado por la sentencia, explicando qué debe de entenderse por «financiar». En su apartado 21:

«Aunque el modo de financiarse de un organismo determinado puede resultar revelador de su estrecha dependencia respecto de otra entidad adjudicadora, es preciso hacer constar que este criterio no tiene carácter absoluto. No toda suma abonada por una entidad adjudicadora tiene por efecto crear o reforzar una relación específica de subordinación o de dependencia. Únicamente cabrá calificar de “financiación pública” aquellas prestaciones que financien o apoyen las actividades de la entidad de que se trate mediante una ayuda económica abonada sin contraprestación específica».

(20) A efectos de este tercer requisito, tal y como concreta el propio artículo 2.1.4.c) de la Directiva 2014/24/UE, se entiende por poder público, el Estado, las autoridades autonómicas y locales, u otros organismos de Derecho público (todos ellos, poderes adjudicadores en consideración de la Directiva).

Es decir, una suma de dinero entregada sin contraprestación directa a favor de la Administración es precisamente la perfecta definición del concepto de subvención pública (21).

Con efectos de terminar de perfilar este primer extremo referido a la financiación mayoritaria, es congruente mencionar la posibilidad de financiación indirecta reconocida en la STJUE de 13 de diciembre de 2007 (asunto 337/06), que en sus apartados 47 a 49, establece:

«Por último, procede señalar que, a la luz del enfoque funcional antes mencionado, como acertadamente indica la Comisión de las Comunidades Europeas, no puede haber una diferente apreciación según que los medios financieros circulen a través del presupuesto público, cuando el Estado percibe en primer lugar el canon y luego pone a disposición de los organismos públicos de radiodifusión los ingresos procedentes de dicho canon, o que el Estado conceda a dichos organismos el derecho de percibir el canon por sí mismos. Por consiguiente, es preciso concluir que una financiación como la analizada en el asunto principal, que tiene su origen en un acto del Estado, está garantizada por el Estado y asegurada mediante una modalidad de imposición y recaudación incluida dentro de las prerrogativas de poder público, cumple el requisito de financiación por el Estado, a efectos de la aplicación de las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos. Esta forma de financiación indirecta basta para que se cumpla el requisito relativo a la financiación por el Estado previsto en la normativa comunitaria, sin que sea necesario que el propio Estado establezca o designe un organismo público o privado encargado del cobro del canon».

Expuesta la teoría y aplicándola ahora a las juntas de compensación, debe concluirse la imposibilidad de defender la financiación por parte de la Administración, ni minoritaria ni mayoritaria con respecto a estas entidades urbanísticas, salvo en un supuesto que comentaré posteriormente.

Ocurre que las juntas de compensación integran a los propietarios de los suelos incluidos en la unidad de actuación o de ejecución cuya urbanización quiere llevarse a cabo (mediante las obras públicas de urbanización). Ello sumado a que los costes de urbanización (esencialmente los derivados de la ejecución de las obras públicas de urbanización) se imputan a cargo de la junta (22) mediante las llamadas cuotas de urbanización que son abonadas por

(21) Vid. artículo 2.1 Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

(22) Vid. art. 157.2 en relación con arts. 176 y 177 del Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto (la regulación de esta cuestión prevista en el reglamento estatal es concordante con la expuesta en las legislaciones autonómicas, que no está de más recordar la primacía de estas últimas, siendo la legislación estatal de aplicación supletoria. Véase en este sentido la trascendental e histórica STC 61/1997, de 20 de marzo).

los propietarios, no hace más que confirmar la exclusión de la Administración como inversor público (23).

Pero cuidado, y esto es esencial. En caso de que la Administración pública fuera propietaria de más de la mitad de la superficie de una unidad de actuación, y se optara por el sistema de compensación como forma de ejecución, debería, en obediencia al principio de proporcionalidad de aplicación, sufragar más del 50% de los costes de urbanización. ¿Estaría en ese supuesto financiando a la junta de compensación?

Personalmente creo que la respuesta debería ser negativa. Debe recordarse en este punto el apartado 21 de la STJUE, de 3 de octubre de 2000, antes expuesto, en cuya parte final expresaba que: «Únicamente cabrá calificar de financiación pública aquellas prestaciones que financien o apoyen las actividades de la entidad de que se trate *mediante una ayuda económica abonada sin contraprestación específica*».

Además, en el supuesto de que la Administración abonara parte de los costes de urbanización al ser propietaria mayoritaria de la unidad de actuación, tal abono no tendría naturaleza dispositiva, sino que se trataría de un pago de naturaleza preceptiva (obligación legal) en base a su condición de propietario de los terrenos cuya urbanización debe ejecutarse.

Por ello, todo parece indicar que ninguna junta de compensación podría adquirir la condición de poder adjudicador en base al cumplimiento de este requisito referido a la financiación mayoritaria por parte de un poder público. Lo anterior sin perjuicio del supuesto en que una Administración pública otorgase una subvención pública a una junta de compensación, supuesto improbable y cuyo encaje legal sería sin duda, cuestionable.

b) Gestión sujeta a supervisión por el poder público

La segunda posibilidad ofrecida por el artículo 2.1, 4, letra c) de la Directiva 2014/24/UE para cumplir el tercer requisito, contiene algún concepto jurídico indeterminado que necesita de aclaración. Por ejemplo, ¿Qué debe entenderse por «supervisión»? ¿Qué alcance debe darse a ese término?

(23) Clarificador y sintético resulta en este sentido lo dicho por F. MINGUEZ JIMÉNEZ (2002), donde resume lo previsto en la legislación urbanística en tan sólo unas líneas: «la financiación se realiza a través de las cuotas que la Junta exige a los propietarios integrados en la misma, pudiendo ser en metálico o en especie, ordinarias o extraordinarias. En caso de impago, la Junta puede exigir a la Administración que ejecute el cobro a través del procedimiento de apremio, entregando el importe obtenido. Incluso resulta posible llevar a cabo la expropiación de las fincas del propietario moroso, siendo expropiante la Administración y beneficiaria la Junta».

El control o supervisión de una entidad por la Administración pública obedece a lo conocido como «tutela administrativa». Una tutela que debe recaer sobre las actuaciones de las que es competente esa entidad, sin ser necesario que aborde la totalidad de las actuaciones emprendidas por la misma (24). Pero, en todo caso, la actividad esencial y pilar de esa entidad debe depender estrechamente de un poder público, en aras a poder considerar cumplido este requisito constituyente de la figura de poder adjudicador (25).

En este sentido, parte de la doctrina ha ponderado dos escenarios de cuyo estudio podría extraerse la conclusión de un control por parte de la Administración sobre las juntas de compensación. Por ello, se hace necesario valorar la posibilidad de que esos dos escenarios (más otro que propondré) obedezcan a una supervisión de la gestión de las juntas de compensación por parte de las Administraciones públicas.

El primer escenario se relaciona con la aprobación del proyecto de estatutos de las juntas de compensación por la Administración competente, es decir, en la mayoría de los casos, por el ayuntamiento competente territorialmente acorde al término municipal.

En efecto, tanto las legislaciones estatal y autonómica (26), prevén la competencia de las Administraciones públicas para aprobar o denegar el proyecto de estatutos propuesto por la junta de propietarios, publicándose en los boletines oficiales correspondientes su aprobación definitiva y posibilitándose desde ese momento la constitución de la junta de compensación mediante otorgamiento de escritura pública.

Sin embargo, este control previo a la constitución de la junta, trata de un control de estricta legalidad, no teniendo en ningún caso carácter discrecional. El criterio que la Administración debe aplicar en aras a aprobar o denegar el proyecto de estatutos, tiene que sustentarse en el cumplimiento por este último de los requisitos legales preceptivos y exigidos para los estatutos de las juntas de compensación (27).

Por ello, este control previo no puede relacionarse con una influencia dominante de la Administración sobre la gestión de las juntas de compensación, ya que el control que realiza la Administración para la aprobación o

(24) CAÑAS LABAIRU, J.I. (2006: 149).

(25) STJUE de 15 de enero de 1998 (asunto C-44/96), apartado 20.

(26) Vid. Arts. 161 y ss. del Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto; art. 58.1 Decreto Foral 85/1995, de 3 de abril.

(27) Véase el contenido mínimo que deben recoger los Estatutos de las juntas de compensación: Art. 166 Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto; art. 300 Decreto 143/2016, de 22 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia; art. 62 Decreto Foral 85/1995, de 3 de abril.

denegación de sus estatutos es un control reglado, no discrecional (comprobar que los estatutos recogen el contenido obligatorio por ley y verificar su adecuación a la legalidad).

No obstante, el TSJ del País Vasco, en sentencia de 22 de octubre de 2015, nº recurso: 205/2015 (28) (FD Cuarto), se pronuncia a favor de dicha influencia dominante, aunque sin justificar el porqué de ello, dando a entender que la aprobación por parte de la Administración de los estatutos de las juntas de concertación (o compensación) es una muestra de dependencia. Establece que:

«Si el agente urbanizador [no confundamos su régimen jurídico con el de las juntas de concertación] ejerce sus actividades bajo la dirección, inspección y control de la Administración actuante, con sujeción, en todo caso, a las condiciones establecidas en el convenio de colaboración [art. 149-3 de la Ley 2/2006 del País Vasco] *la junta de concertación realiza sus actividades en régimen de dependencia de la antedicha Administración a la que, además, corresponde la aprobación de sus constitución, de sus estatutos o la modificación de estos*».

El segundo escenario a dar respuesta es si el hecho de poder interponer recurso de alzada ante la Administración competente en impugnación de acuerdos adoptados por las juntas de compensación, supone de por sí un control por parte de las Administraciones públicas lo suficientemente intenso como para poder deducir una supervisión del poder público sobre la gestión de las actuaciones de la junta (29).

De nuevo, cabe hacer mención a la STSJ PV, de 22 de octubre de 2015, nº recurso: 205/2015, en cuyo FD Cuarto, dice:

«*Y a los mismos efectos hay que reiterar la dependencia que tienen las juntas de concertación de la Administración local, según los precitados textos legales y no ya la doctrina más autorizada, y de la que es buen exponente el control de sus actuaciones a través del recurso de alzada [...]. Nótese que los actos, sujetos al Derecho Administrativo, de otras corporaciones de base privada como los Colegios Profesionales no son recurribles en alzada ante la Administración, sino directamente*

(28) Sentencia cuyos razonamientos y conclusiones jurídicas fueron confirmados posteriormente mediante STSJ PV, de 5 de abril 2016, nº recurso: 136/2016.

(29) La STSJ de Madrid, de 6 de junio de 2006, nº recurso: 1067/2000, en su FD Segundo, dice: «Nadie discute que las juntas de compensación tienen carácter administrativo y *dependen de la Administración urbanística actuante: la calificación administrativa se contiene en el art. 127.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo del 76 este mismo artículo, en su número 4, integra en el órgano rector de la junta un representante de dicha Administración, y, conforme al número 5 de idéntico precepto legal, los acuerdos de la Junta son recurribles en alzada ante ésta*». Parece que el Tribunal utiliza la posibilidad de recurrir ante la Administración como argumento para defender la dependencia de la junta con respecto a la Administración. No obstante, no fundamenta más allá explicando el porqué de tal relación de dependencia.

ante la Jurisdicción contencioso— administrativa, una vez agotados los recursos corporativos (art. 8-1 de la Ley 2/1974 de 13 de febrero, modificada por la Ley 74/1978 de 26 de diciembre) lo cual denota una importante diferencia entre el régimen jurídico de las juntas de concertación y el de otras entidades constituidas por la voluntad o iniciativa de sus miembros».

Esta postura no puede compartirse. Debe tenerse en cuenta que cuando la Directiva exige la existencia de una supervisión sobre la gestión de la entidad, está en realidad requiriendo un control basado en una cierta periodicidad, aunque no concrete cuál. Es decir, para que esa supervisión se materialice, el poder público debe controlar cada cierto periodo de tiempo la gestión de la entidad correspondiente, o al menos emprender la actividad de supervisión cada vez que el ente decida formalizar un acuerdo, por ejemplo. Si se decidiese defender que el conocimiento de los recursos de alzada por parte del poder público supone de por sí una supervisión de la gestión de la entidad, se estaría dando por cumplido el requisito en base a un control que puede que nunca se materialice, ya que debe recordarse que la decisión de interponer un recurso de alzada no reside en la Administración, sino que depende de la voluntad de las personas físicas o jurídicas que posean la cualidad jurídica de interesado con respecto a ese concreto acto administrativo susceptible de recurso. Por tanto, esa periodicidad en la supervisión de la gestión de la entidad se vería condicionada al número de recursos de alzada que se decidiera interponer por los interesados, el cual, puede llegar a ser ninguno.

Además, dicha materialización de la tutela administrativa efectiva (entiéndase ahora como paralela a la tutela judicial efectiva) no puede servir como argumento para defender que la gestión de las juntas de compensación está sometida a supervisión de la Administración. Conocer de los recursos interpuestos por los interesados significa en la práctica un control *a posteriori* o *ex post* de las actuaciones de las juntas de compensación, mientras que la supervisión a la que se refiere la Directiva 2014/24/UE, debe entenderse como un control *ex ante* de la propia gestión de las entidades capaz de reflejar una influencia dominante del poder público sobre la entidad urbanística.

A más a más, el considerar que tal control *ex post* (basado en la resolución de los recursos interpuestos contra la actividad de las juntas de compensación) supone que la gestión de las juntas de compensación está sujeta a la supervisión de un poder público, equivaldría a defender que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa o el Tribunal Administrativo de Navarra (este último con respecto a las entidades locales navarras) supervisan la gestión de los poderes públicos por el mero hecho de ser los competentes para conocer del recurso contencioso-administrativo o del recurso ante el T.A.N respectivamente. Y afirmar tal cosa, desde luego, resultaría incomprensible ya que la competencia de resolución de recursos de los tribunales no es más que una manifestación del

control de legalidad sobre las actuaciones de los poderes públicos (no de la supervisión de su gestión). Es decir, lo mismo que ocurre con los ayuntamientos y las juntas de compensación en relación con el recurso de alzada.

Relevante resulta en este sentido, la STJUE de 1 de febrero de 2001 (asunto C-237/99), en cuyo apartado 48, comienza afirmando que:

«En cuanto al tercer requisito que caracteriza a un organismo de Derecho público, es preciso examinar si los diferentes controles a los que se somete a las SA VAM crean una dependencia de éstas con respecto a los poderes públicos que permite a éstos influir en sus decisiones en materia de contratos públicos».

Es decir, el criterio de dependencia es el que debe regir en orden a establecer el cumplimiento o no de alguna de las tres alternativas previstas en la letra c) del artículo 2.1, 4 Directiva 2014/24/UE.

En esta idea vuelve a incidir el TJUE en el apartado 49, cuando aborda el concreto supuesto de la supervisión de la gestión de las entidades por parte de los poderes públicos:

«Tal como señala el Abogado General en el punto 48 de sus conclusiones, puesto que el control de gestión en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, tercer guión, de la Directiva es uno de los tres criterios que se recogen en dicha disposición, debe crear una dependencia de los poderes públicos equivalente a la que existe cuando se cumple uno de los otros dos criterios alternativos, a saber, que la financiación proceda mayoritariamente de los poderes públicos o que éstos nombren a más de la mitad de los miembros que integran los órganos directivos de la SA VAM».

A lo largo de los apartados de la Sentencia, el TJUE expone los diferentes indicios conducentes a justificar la dependencia de la entidad con respecto al poder público, siendo uno de los más relevantes el presentado en el apartado 57:

«Además, de los artículos L. 423-1 y L. 423-2 del Código se desprende que el ministro competente en materia de construcción y vivienda puede imponer a las SAVAM un perfil de gestión determinado bien obligándolas a un mínimo de dinamismo, bien limitando su actividad cuando se considere excesiva».

Ello no ocurre en las relaciones entre Administración (en este caso, ayuntamientos) y junta de compensación, no existiendo tal intervención sobre la gestión de estas últimas, las cuales como se ha expuesto anteriormente, poseen plena capacidad para perseguir y cumplir los fines de interés público para los que fueron constituidas por los propios propietarios de los terrenos de la unidad de ejecución.

Sí es cierto, no obstante, la potestad que poseen los ayuntamientos de sustituir el sistema de compensación por otro diferente en caso de incumpli-

miento de los plazos previstos en el planeamiento por parte de la junta de compensación (30). De hecho, tal prerrogativa administrativa es interpretada por R. Mazán Baeza (31) como: «una importante faceta del control de la Administración, en cuanto a intervención sobre el sistema de Compensación». Sin embargo, a mi juicio debería calificarse a tal potestad como de un control externo, ajeno a la esfera de gestión de las actividades de las entidades urbanísticas, no pudiendo suponer ello un ejemplo de dependencia lo suficientemente intenso, sino más bien una labor de policía, calificable incluso de carácter disciplinario.

El tercer y último escenario, que podría servir de base para defender un control de la gestión de las juntas por parte de la Administración, es precisamente la tercera de las opciones contenidas en la letra c) del artículo 2.1,4 analizado, es decir, el supuesto consistente en que más de la mitad de los miembros del órgano de decisión de la entidad (en este caso la junta de compensación) hayan sido nombrados por un poder público. Se analiza a continuación.

c) Más de la mitad de los miembros del órgano de decisión, nombrados por un poder público

En relación con este tercer extremo, no es necesaria interpretación alguna ya que trata de una cuestión meramente matemática (más del 50% de los miembros). Así lo ha reconocido el TJUE, que por si alguna duda pudiera generar la literalidad del precepto, en su Sentencia de 3 de octubre de 2000 (asunto 380/98), apartado 32, dice:

«Además, la interpretación según la cual debe entenderse que el término mayoritariamente significa más de la mitad resulta asimismo conforme con lo previsto en uno de los otros supuestos contemplados en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, tercer guión, de cada una de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37. *En efecto, a tenor de dichas disposiciones, también debe calificarse de organismo de Derecho público todo organismo cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público.*

Debe entenderse sin lugar a duda, que «más de la mitad», significa precisamente «más de la mitad», es decir, más de un 50%. Como he comentado previamente, un aspecto que no necesita de mayor interpretación que la literal.

En tal contexto, resulta especialmente interesante el artículo 29 del Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento

(30) A título de ejemplo véase art. 158 TRLFOTU.

(31) MAZÁN BAEZA, R. (2012: 21).

de Gestión Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. Dice así:

«Los acuerdos de las Entidades urbanísticas colaboradoras se adoptarán por mayoría simple de cuotas de participación, salvo que en los Estatutos o en otras normas se establezca un quórum especial para determinados supuestos. Dichos acuerdos podrán impugnarse en alzada ante la Administración urbanística actuante».

Es decir, los derechos de voto en los órganos de decisión de las juntas de compensación (se trata de un tipo de entidad urbanística colaboradora), vienen determinados por las cuotas de participación de los propietarios.

Por tanto, para que se pudiera dar la posibilidad de que la Administración correspondiente nombrase a más de la mitad de los miembros del órgano de decisión de una junta de compensación, tendría que concurrir la situación contemplada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su reciente Informe 1/2020, de 24 de febrero, en cuya consideración jurídica IV y conclusiones I y II, establece:

«Las juntas de compensación, en su condición de entidades colaboradoras de la Administración pública, *no tienen como regla general la consideración de poder adjudicador* [...] No obstante, *cuando corresponda a los poderes públicos una mayoría de los votos en la asamblea de la junta de compensación, deberá entenderse que concurren los requisitos que caracterizan a los poderes adjudicadores* [...]».

Supuesto que podrá darse, siempre y cuando:

«[...] la Administración sea el propietario de más de la mitad de la superficie de una unidad de actuación o le vaya a corresponder más de la mitad del aprovechamiento urbanístico resultante».

Este informe viene a plantear una posibilidad de laboratorio jurídico, cuya concurrencia permitiría concluir la condición de poder adjudicador de las juntas de compensación. Es decir, en caso de que la Administración fuese propietaria de más del 50% de los terrenos de una unidad de ejecución cuya urbanización quisiera llevarse a cabo, y además se optara por el sistema de compensación como sistema de ejecución del planeamiento, podría emerger la situación en la cual más de la mitad de los miembros del órgano de decisión de la junta de compensación fueran Administración pública. Como consecuencia de ello, correspondería al poder público la mayoría de los votos en la asamblea de la junta y por ende, dicha junta de compensación sería considerada poder adjudicador a todos los efectos.

Pero como he dicho, este supuesto es más un producto asociado al sinfín de posibilidades que nos brinda la teoría jurídica, que una realidad práctica

del derecho urbanístico, pues en el caso de que la Administración pública fuese propietaria de más del 50% de los terrenos de una unidad de ejecución, las probabilidades de que eligiese el sistema de compensación como forma de ejecución del planeamiento no serían sino escasas (32).

A efectos de incidir en esta última idea, es necesario realizar un breve resumen de todo lo antedicho. Las juntas de compensación son entidades urbanísticas colaboradoras de la Administración pública, de naturaleza híbrida (pública y privada) y con personalidad jurídica propia, así como poseedoras de plena capacidad para el cumplimiento de sus fines. La finalidad de su constitución es la ejecución del planeamiento, siendo por tanto su objetivo principal, la ejecución de una función pública y por ende, su fin último se basa en la satisfacción de un interés público general. Por todo ello, puede afirmarse que todas las juntas de compensación, con independencia de su composición, cumplen con las letras a) y b) del artículo 2.1, 4 de la Directiva 2014/24/UE, pudiendo ocurrir como supuesto extremadamente excepcional, que algunas de ellas, en atención a su composición, cumplan también con una de las alternativas de la letra c) de ese mismo precepto (más de la mitad de los miembros del órgano de decisión de la junta de compensación nombrados por un poder público). Supuesto este último, que supondría para esa concreta junta de compensación el escalafón de poder adjudicador.

Consecuentemente, las juntas de compensación no poseen la condición de poderes adjudicadores como regla general, ya que si bien es cierto cumplen con los dos primeros requisitos (letras a y b), muy pocas, por no decir ninguna, cumplirán en la práctica con el tercero de los requisitos (letra c). Y en este contexto debe recordarse, que los tres requisitos para elevar a una entidad a la condición de poder adjudicador son acumulativos (33), significando la no concurrencia de uno de ellos la imposibilidad de categorizar las juntas de compensación como poderes adjudicadores.

(32) El sistema de ejecución del planeamiento es elegido por la Administración, ya bien en los planes urbanísticos derivados del Plan General Municipal (planeamiento en cascada), o en el mismo momento en que se delimita la unidad de ejecución (véase art. 158.1 TRLFOTU).

(33) Art. 2.1, 4 Directiva 2014/24/UE:

«Organismo de Derecho público (y por tanto, poder adjudicador): cualquier organismo que reúna *todas* las características siguientes:

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

2. Las juntas de compensación como poder adjudicador según la legislación urbanística, doctrina y jurisprudencia

A) La ley aragonesa y navarra

Analizando lo regulado por el conjunto del ordenamiento urbanístico, se averigua que tan sólo dos son las Comunidades Autónomas que se pronuncian expresamente sobre la calificación como poderes adjudicadores de las juntas de compensación.

Así, en el primer inciso del artículo 156.2 del Decreto Legislativo 1/2014, de 8 de julio, del gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón, se establece que:

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

Por el contrario, el artículo 165.6 del Decreto Foral Legislativo 1/2017, de 26 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo (en adelante, TRLFOTU), afirma lo siguiente:

«Las Juntas de Compensación y Reparcelación, en su condición de entidades colaboradoras de la Administración pública, *tienen la consideración de poder adjudicador* a los efectos de la normativa sobre contratación pública, *en tanto en cuanto ejecuten obra pública de urbanización*».

Ambos preceptos serán objeto de análisis posterior junto a otros artículos directamente relacionados. Es suficiente por el momento conocer que la división doctrinal y jurisprudencial que a continuación se presenta, ya consta de reflejo positivo en las legislaciones autonómicas.

B) Jurisprudencia y doctrina

La postura en contra de considerar a las juntas de compensación como poderes adjudicadores es defendida a título de ejemplo, por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (en adelante, JCCPE) en su Informe 44/2009, de 26 de febrero de 2010, mediante el cual, después de aclarar su imposibilidad de ser Administración pública, continúa analizando las características de estas entidades urbanísticas, concluyendo que ya no sólo no tratan de poderes adjudicadores, sino que además no pueden ubicarse en la estructura orgánica de las entidades integrantes del sector público español:

«De esta caracterización plantea alguna duda la expresión “naturaleza administrativa”, pues podría interpretarse en el sentido de que es propósito de la norma mencionada integrarlas en el concepto de Administración pública. Sin embargo, este carácter debe considerarse contradicho por el hecho de que el artículo 117 de la misma las considera entidades colaboradoras de la Administración, lo cual supone, sin lugar a dudas, su exclusión del concepto de Administración pública [...] es claro que las Juntas de Compensación, tal como aparecen reguladas en la legislación urbanística catalana no tienen la consideración de entidades del sector público lo que evidentemente lleva consigo que no les sea de aplicación en la contratación de sus obras, suministros o servicios la legislación de Contratos del Sector Público».

También adopta la misma postura la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón mediante Informe 21/2011, de 12 de septiembre, que tras motivar las funciones de la junta como intereses privados, termina concluyendo: «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 este mismo sentido razona J.I. CAÑAS LABAIRU (34), estableciendo que: «Todo lo expuesto hasta este momento nos lleva a la conclusión de que no se cumple la condición a la que nos venimos refiriendo, en el sentido de que sobre la contratación y ejecución de la obra de urbanización que lleva a cabo una junta de compensación, no existe control o tutela administrativa alguna», así como M. PARDO ÁLVAREZ (35) justificando tal exclusión en la inexistencia de financiación pública de las juntas de compensación, el no ejercicio de la función pública que supone (a su juicio) los contratos celebrados por éstas, así como al hecho de que cuando se urbaniza, la obra no es pública sino que recae sobre bienes de titularidad privada.

Por último, J.M. GIMENO FELIÚ (36), hace depender la exclusión de las juntas de compensación del concepto de poder adjudicador, del tipo de contrato que estas celebren:

«[...] 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

(34) J.I. CAÑAS LABAIRU (2006: 155).

(35) M. PARDO ÁLVAREZ (2002: 11 a 36).

(36) J.M. GIMENO FELIÚ (2007: 173).

funciones públicas estará sujeta al derecho privado. De ello deriva, pues, que, en principio, al contratar —consultoría, préstamos, ventas de terrenos, etc.— no haya de someterse a las formalidades propias del derecho administrativo, pues todo ello tiene un carácter instrumental respecto de la finalidad última de la ejecución del planeamiento, sin implicar el ejercicio directo de funciones públicas. Es decir, tiene una doble naturaleza. En definitiva, *las Juntas de Compensación de base privada no tienen la consideración de poder adjudicador cuando gestionan intereses privados*».

No obstante, la postura a favor de considerar las juntas de compensación como poderes adjudicadores, es defendida, por ejemplo, por el TSJ del País Vasco, en cuyas sentencias de 22 de octubre de 2015 y de 5 de abril de 2016 (nº recurso: 205/2015 y 136/2016), anteriormente referidas, argumenta de la siguiente manera:

«En efecto, la entidad (junta de compensación) antes subsumible en el concepto de Administración pública o asimilada es ahora subsumible en el concepto de Administración pública o asimilada [...] Atendida, así, la naturaleza administrativa de las juntas de concertación (37), su personalidad jurídica y relación de dependencia con la Administración local actuante y sus funciones, dicha entidad merece la consideración de Administración pública y, por ende, de poder adjudicador a efectos de la aplicación de la legislación de contratos del sector público, de conformidad con el artículo 3.2 e) y 3 del TRLCSP, aprobado por RDL 3/2011».

En este mismo sentido concluye Á. MENÉNDEZ REXACH (38) que defiende la condición de poder adjudicador de las juntas de compensación: «[...] si la Junta de Compensación va a adjudicar las obras a un tercero, tendrá que someterse a la legislación de contratos públicos, no sólo porque las obras de urbanización sean obras públicas, sino porque *se puede sostener que tiene la condición de poder adjudicador*, de acuerdo con la normativa comunitaria y la LCSP [artículo 3.3.b)], ya que satisface necesidades de interés general que no tienen carácter industrial ni mercantil y su gestión está controlada por un poder adjudicador, que es la Administración actuante».

Expuestas algunas de las diferentes opiniones de la jurisprudencia y doctrina (existen muchas otras de relevante interés, que por razones exclusivamente sistemáticas no pueden presentarse) puede observarse el prolongado debate terminológico y conceptual persistente sobre esta cuestión, mostrando tal situación la inexistencia de una respuesta clara en la inclusión o exclusión de las juntas de compensación como poderes adjudicadores.

A mi juicio, tal y como he refutado a lo largo de los puntos anteriores, sigo manteniendo la imposibilidad de considerar como poderes adjudicadores

(37) En la legislación vasca se denominan a las juntas de compensación como «juntas de concertación».

(38) Á. MENÉNDEZ REXACH (2009: 535 a 584).

a las juntas de compensación como criterio general (y prácticamente único). Y ello con independencia del tipo de contrato celebrado por estas, al ser determinante la no concurrencia de los tres requisitos acumulativos previstos y regulados en el artículo 2.1.4) Directiva 2014/24/UE. Concuero de esta manera con la conclusión adoptada, en este punto, por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su reciente Informe 1/2020, de 24 de febrero, antes expuesto.

IV. DE LA RELACIÓN ENTRE LAS JUNTAS DE COMPENSACIÓN Y LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Como se ha comentado a lo largo de este trabajo, las juntas de compensación son constituidas con el fin de ejecutar el planeamiento, recayendo sobre ellas la obligación legal de acometer las obras públicas de urbanización. Es decir, la razón de ser de estas entidades urbanísticas colaboradoras se sustenta principalmente en la ejecución de una función pública.

Sentando lo anterior, J.M. GIMENO FELIÚ (39) comienza afirmando que la relación junta de compensación-Administración se basa en «un encargo o traslado de funciones públicas», para posteriormente concluir la no condición de contratista por parte de las juntas de compensación: «la relación Administración junta de compensación no se articula ni se debe articular mediante contrato».

En este mismo sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante su Informe 21/2011, de 12 de septiembre, argumenta bajo la misma premisa, estableciendo en su Conclusión II lo siguiente: «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».

En este contexto, el TJUE ya advirtió en su sentencia de 25 de marzo de 2010 (asunto Müller) que: «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».

Interesante resulta, para finalizar, la fundamentación expuesta por F. García Gómez de Mercado (40) para razonar la inexistencia de relación contractual entre las juntas de compensación y las Administraciones públicas en

(39) J.M. GIMENO FELIÚ (2007: 173 y 174).

(40) F. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO (2018).

cuanto a ejecución del planeamiento se refiere: «Con todo, para la aplicación de las Directivas comunitarias en materia de contratación pública es esencial la existencia de contrato. Conforme al *artículo 1261 del Código Civil*, “no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1°. Consentimiento de los contratantes...”. Y a tenor del *artículo 1262* del mismo cuerpo legal “el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato”. De este modo, a nuestro juicio, en el supuesto del propietario que ejecuta obras de urbanización como deber urbanístico, cuyo cumplimiento es previo a la adquisición del derecho a edificar, sin ninguna clase de acuerdo o convenio con la Administración, ni ofrece, ni acepta, ni, por tanto, consiente el establecimiento de una determinada relación jurídica, sino que ésta (la entrega de la obra de urbanización) *surge del cumplimiento de una obligación legal*».

En efecto, la ejecución de las obras públicas de urbanización no es una opción para los propietarios, sino que se erige como una verdadera obligación legal, una *conditio sine qua non* para la posterior materialización de su derecho a edificar.

V. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO *CONDITIO SINE QUA NON* DE LA EXTERNALIZACIÓN DE LAS OBRAS PÚBLICAS DE URBANIZACIÓN POR LAS JUNTAS DE COMPENSACIÓN

La LCSP es de aplicación a tres grandes grupos de entidades del sector público: poderes adjudicadores que a su vez son Administraciones públicas (Libro II Ley 9/2017), poderes adjudicadores que no son Administraciones Públicas, también conocidos como «PANAP» (Título I, Libro III LCSP) y por último, entidades que a tenor del artículo 3 de la legislación de contratos, adquieren la condición de entidades del sector público, pero que no reúnen los requisitos suficientes para ser ni Administración pública, ni poderes adjudicadores (41).

Teniendo en cuenta que las juntas de compensación no se encuentran dentro de este último grupo (42) y que por supuesto no son Administraciones públicas (43), la única opción de que les sean de aplicación las normas de contratación pública es que posean la condición de poder adjudicador.

(41) A este último grupo de entidades, únicamente se les exige el respeto de los principios de contratación pública, que vienen a erigirse como «instrucciones» de obligado cumplimiento por estas entidades (véase art. 321 LCSP).

(42) Las juntas de compensación no son fondos sin personalidad jurídica, ni entidades públicas empresariales, ni por supuesto sociedades mercantiles [art. 3.1 g), h), i) LCSP].

(43) No obedecen a ninguna de las entidades mencionadas en las letras a) y b) del artículo 3.2 Ley 9/2017. Además, las juntas de compensación son entidades urbanísticas colaboradoras de las AAPP, no significando ello que sean un subtipo de AAPP.

Por ello la importancia del debate que se ha abordado en este trabajo sobre la naturaleza de poder adjudicador de las juntas de compensación.

Si se parte de la conclusión de que son poderes adjudicadores, todo aquel contrato oneroso que reúna las características necesarias para ser calificado de obra, servicios, suministros, concesión de obra o concesión de servicios (44), deberá adjudicarse previa licitación y previo cumplimiento de los diferentes requisitos de garantía procedimental previstos en la LCSP.

Sin embargo, si se adopta la postura consistente en la exclusión de las juntas de compensación del concepto de poder adjudicador (postura que defendiendo personalmente), los contratos celebrados por éstas con el resto de operadores jurídicos no deberían sujetarse a las normas de contratación pública. No obstante, como se estudiará en este punto, existe doctrina, jurisprudencia e incluso legislación de carácter autonómico, que aun defendiendo la imposibilidad de considerar a las juntas de compensación como poderes adjudicadores, afirman la sujeción de los contratos de obras de urbanización externalizados por estas entidades urbanísticas a la legislación de contratos del sector público.

1. Sujeción a la legislación de contratos del sector público en caso de ser poderes adjudicadores

Es evidente que no todo contrato celebrado por las juntas de compensación consideradas como poder adjudicador debería someterse a las normas de contratación pública, sino únicamente aquellos que poseyeran la nota de onerosidad. Así, el artículo 2.1 LCSP en sintonía con el artículo 2.1, 5 de la Directiva 2014/24/UE:

«Son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a la presente Ley en la forma y términos previstos en la misma, *los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica*, que celebren las entidades enumeradas en el artículo 3» (45).

El mismo precepto se preocupa de matizar el concepto de onerosidad por si pudiera quedar alguna duda al respecto:

(44) Vid. art. 2 LCSP en relación con artículos 12 a 18 del mismo cuerpo normativo.

(45) Eso no excluye, sin embargo, la posibilidad de que las entidades del sector público puedan realizar transmisiones a título gratuito. En palabras de P. CORVINOS BASECA «[...] quedarían excluidos del ámbito de aplicación de esta legislación los contratos de carácter gratuito. Ello no quiere decir que los entes que integran el sector público no puedan celebrar contratos de carácter gratuito; pueden hacerlo, y de hecho lo hacen continuamente, si bien se les aplica a estos contratos el derecho privado y, en algún caso, la legislación administrativa especial, como sucede con la adquisición gratuita de bienes y derechos, a la que se aplica la legislación sobre patrimonio de las Administraciones públicas».

«Se entenderá que un contrato tiene carácter oneroso en los casos en que *el contratista* obtenga algún tipo de beneficio económico, *ya sea de forma directa o indirecta*».

Definición, acorde con lo establecido al respecto por el TJUE en su sentencia de 18 de enero de 2007 (asunto C-220/05) cuyo apartado 45, dispone que:

«El carácter oneroso de un contrato se refiere a la contraprestación que se ofrece al contratista por la realización de las obras previstas por la entidad adjudicadora (véase, en este sentido, la sentencia Ordine degli Architetti y otros, antes citada, apartado 77)».

No obstante, en vista del artículo 2.1 LCSP, pudiera parecer que para concurrir onerosidad, únicamente debiera existir prestación a favor del contratista, cuando de manera reiterada el TJUE ha establecido, como resulta evidente, que el poder adjudicador también deberá recibir una prestación por parte del contratista. Así, a modo de ejemplo, la STJUE de 25 de marzo de 2010 (asunto C-451/08), en cuyos apartados 48 a 51 establece:

«El carácter oneroso del contrato implica que el poder adjudicador que haya celebrado un contrato público de obras reciba mediante el mismo una prestación a cambio de una contraprestación. *Esta prestación consiste en la realización de las obras que la entidad adjudicadora prevé obtener* (véanse las sentencias de 12 de julio de 2001, Ordine degli Architetti y otros, C-399/98, Rec. p. I-5409, apartado 77, y de 18 de enero de 2007, Auroux y otros, C-220/05, Rec. p. I-385, apartado 45). Tanto por su naturaleza como por la estructura y los objetivos de la Directiva 2004/18, dicha prestación debe conllevar un beneficio económico directo para el poder adjudicador. *Este beneficio económico está claramente acreditado cuando se dispone que el poder adjudicador asumirá la propiedad de las obras objeto del contrato*. Puede constatarse también dicho beneficio económico *si se establece que el poder adjudicador dispondrá de un título jurídico que le asegurará la disponibilidad de las obras objeto del contrato*, a los efectos de su afectación pública (véase, en este sentido, la sentencia Ordine degli Architetti y otros, antes citada, apartados 67, 71 y 77)».

Esto llevado a las obras de urbanización (46), debe tenerse en cuenta que cuando éstas son externalizadas por las juntas de compensación, el contrato que emerge cumple con la nota de onerosidad aunque dichas obras de

(46) Hay que recordar que las obras de urbanización se erigen como obligación legal de aquellos propietarios que deseando edificar, son dueños de suelos urbanizables, es decir, suelos cuya urbanización deviene preceptiva, necesitando de esas obras para así transformar el suelo y poder posteriormente materializar su derecho a edificar. Por tanto, con el fin de ejecutar el planeamiento y de acometer las obras de urbanización, los propietarios se constituyen en una junta de compensación (siempre y cuando el sistema de compensación sea el sistema de ejecución previsto en el planeamiento o elegido en el momento de delimitar la unidad de ejecución).

urbanización no vayan a ser finalmente de titularidad de la entidad urbanística colaboradora (47), ya que como bien expresa R. MAZÁN BAEZA (48): «En cuanto al carácter de oneroso del contrato de obra de urbanización, parece indiscutible que, siendo las partes contratantes, por un lado, una junta de compensación y, por otro, una empresa constructora, exista dicha onerosidad en la relación contractual. *En efecto, se trata de una relación sinalagmática o bilateral por la cual la Junta de Compensación se obliga al pago de un precio como contraprestación por la ejecución de las obras de urbanización, encomendadas a la empresa constructora*».

Sentado lo anterior, se hace necesario ahondar acerca de la naturaleza jurídica de las obras de urbanización, es decir, su eventual consideración como auténticas obras a los efectos del artículo 13 LCSP, resultando, en su caso, el contrato de obras el idóneo instrumento jurídico para regular su contenido. En este sentido, la STJUE de 12 de julio de 2001 (asunto C-399/98) en sus apartados 59 y 67 afirma que:

«Procede subrayar que *las obras de urbanización constituyen obras de construcción o de ingeniería civil* y, por tanto, están incluidas en las actividades contempladas en el anexo II de la Directiva, y que constituyen obras destinadas a cumplir por sí mismas una función económica o técnica [...] A este respecto, como indica el órgano jurisdiccional remitente, las obras de urbanización *pueden ser perfectamente calificadas de obras públicas* debido, por una parte, a sus características funcionales aptas para satisfacer las exigencias de urbanización que van más allá de la simple vivienda individual y, por otra parte, a que la Administración competente tiene el control de tales obras mientras disponga de un título jurídico que le asegure su sostenibilidad con el fin de garantizar su disfrute por todos los usuarios de la zona».

Por todo ello, en caso de considerar a las juntas de compensación como poderes adjudicadores, las obras públicas de urbanización que se externalicen deberían ser objeto de licitación sometándose a las reglas de contratación previstas en la LCSP conforme a lo dispuesto en su Título I, Libro III (49) específicamente previsto para los contratos de los PANAP.

(47) A pesar de que las obras de urbanización no acaben siendo titularidad de la junta de compensación (pasan a formar parte del dominio público de la Administración), la prestación del contratista hacia la junta se sustenta en el mero hecho de la ejecución de las obras, ya que tal acto permite transformar el suelo urbanizable en solar y consecuentemente, el derecho a edificar puede materializarse posteriormente.

(48) R. MAZÁN BAEZA (2012: 17).

(49) En este Título I, Libro III LCSP, se realiza una subdivisión en función de si el contrato está sometido a regulación armonizada o no. En lo que aquí interesa acerca de las obras públicas de urbanización, cabe decir que en caso de constituir su valor estimado una cifra igual o superior a 5.350.000 euros, el contrato deberá sujetarse a regulación armonizada (vid. art. 20.1 LCSP).

2. Sujeción a la legislación de contratos del sector público en caso de no ser poderes adjudicadores. La doctrina del criterio funcional de obra pública

El criterio negativo de aplicación de la LCSP se apoya en la imposibilidad de aplicar la legislación de contratos públicos a aquellas entidades que no se encuentren entre las consideradas como integrantes del sector público, pues del articulado de la LCSP subyace la conclusión consistente en que es criterio incondicional para su aplicación, tener encaje en alguna de las entidades del sector público enumeradas en su artículo 3.

Por tanto, en caso de considerar a las juntas de compensación como entidades al margen de dicha categoría jurídica (postura que he defendido en partes anteriores del presente estudio), devendría incompatible la sujeción de su actividad contractual a la legislación de contratos del sector público. Debe aclararse, que esto es aplicable tanto a los contratos que potencialmente podrían haber sido SARA, como a los que no. En este sentido, es cierto que la trasposición de la Directiva 2014/24/UE mediante la LCSP tuvo como finalidad esencial la de sujetar los contratos adjudicados por poderes adjudicadores con valor estimado superior a los umbrales reglados, a los procedimientos de contratación pública. Pero a su vez, el legislador español en uso de la libertad de configuración legal sobre aquellos aspectos en los que no regía la norma europea, decidió que a los contratos con valor estimado por debajo de esos umbrales (contratos no SARA) les fuese también de aplicación la legislación de contratos del sector público (50).

A) A favor de la aplicación de la legislación de contratos del sector público

Dicho lo anterior, no falta doctrina y jurisprudencia que con sustento en el llamado «criterio funcional de obra pública», persiste en la aplicación de la normativa de contratación pública a las juntas de compensación, con independencia de si estas últimas tratan de poderes adjudicadores o no, y con independencia de si forman parte o no del sector público esquematizado en el artículo 3 LCSP.

Personalmente, considero que dicho criterio funcional resulta incorrecto al colisionar con la filosofía más básica de la contratación pública, que no es otra que su ámbito de aplicación. No obstante, como consecuencia de su

(50) Así, en su reciente Informe 33/2020 la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (Consideración Jurídica tercera) explica el acierto de haber sometido los contratos no SARA a los principios de libre concurrencia, transparencia, publicidad, igualdad y no discriminación exigidos por el TFUE.

peculiar esfuerzo argumental, merece la pena analizar los pronunciamientos más destacados acerca de esta teoría doctrinal basada fundamentalmente en la STJUE de 12 de julio de 2001 (asunto C-399/98).

En primer lugar, destacar que esta postura doctrinal ya ha encontrado cobertura en la legislación de carácter autonómico. Así, el artículo 156.2 del Decreto-Legislativo 1/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón, establece:

«Las juntas de compensación, en su condición de entidades colaboradoras de la Administración pública, *no tienen la consideración de poder adjudicador* a los efectos de la normativa sobre contratación pública *sin perjuicio de que, en tanto ejecuten obra pública de urbanización, sí que deberá aplicarse la legislación de contratos públicos, en tanto resulta de aplicación el criterio funcional de obra pública*».

La positivización de esta hipótesis en la legislación aragonesa trajo causa de lo previamente establecido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su Informe 21/2011, de 12 de septiembre, Consideración Jurídica III y que ha venido a ser confirmado en su reciente Informe 1/2020, de 24 de febrero, estableciendo que:

«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) [...] 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*».

Como puede observarse, según esta teoría, es el carácter público de las obras de urbanización lo determinante para decidir sobre la aplicación de la legislación pública contractual a las juntas de compensación, siendo irrelevante su condición de poder adjudicador.

Es importante prestar atención a la mención final que realiza el Informe en relación con la STJUE de 12 de julio de 2001 (asunto C-399/98), expresando que el criterio funcional encuentra su origen jurídico en dicha resolución europea. En verdad, es la transposición de un *obiter dicta* (apartado 100) de dicha STJUE:

«[...] Esto no significa que, para que se respete la Directiva en caso de realización de una obra de urbanización, la propia administración municipal deba necesariamente aplicar los procedimientos de contratación previstos por dicha Directiva. 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».

Tal pronunciamiento ha sido interpretado por diferentes autores en el mismo sentido que el acogido por la Junta Consultiva aragonesa. Así, por ejemplo, J.M. GIMENO FELIÚ (51) defiende la no consideración de las juntas de compensación como poderes adjudicadores, afirmando, sin embargo, su necesaria sujeción a las imperativas derivadas de la normativa de contratación pública. Argumenta que es decisiva la ejecución de una función pública por parte de las juntas de compensación, atrayendo tal circunstancia el régimen de contratación pública a la actividad contractual de las juntas, eso sí, únicamente respecto de las obras de urbanización que decidan acometer, no siendo extrapolable el criterio funcional a otro tipo de responsabilidades de carácter privado de las que son también competentes las juntas de compensación.

Siguiendo la misma línea argumental, F. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO (52) después de analizar minuciosamente la STJUE de 17 de julio de 2001, termina por adoptar la misma interpretación extensiva, estableciendo que en caso de no existir necesidad de seleccionar un contratista por parte de la Administración (supuesto del agente urbanizador) debido a la constitución de una junta de compensación, ésta última entidad urbanística deberá sujetarse a la legislación de contratos del sector público, cuando externalice las obras públicas de urbanización.

Debe puntualizarse que la STJUE de 17 de julio de 2001 no ha sido la única resolución instrumentalizada jurídicamente para construir la teoría del criterio funcional de obra pública. La STJUE de 26 de mayo de 2011 (asunto C-306/08) a su vez ha tenido protagonismo en este sentido, no resultando

(51) J.M. GIMENO FELIÚ (2007: 173 y 174).

(52) F. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO (2018).

ocioso matizar que estas sentencias abordan el conflicto consistente en la sumisión o no a las normas de contratación pública del contrato celebrado entre la Administración y el agente urbanizador. Es decir, unas partes contratantes completamente diferentes a las que constituyen una junta de compensación y una empresa constructora, siendo esta última pareja contractual la que aquí interesa. Sin embargo, existen autores que razonan la intrascendencia de la no coincidencia de las partes, haciendo uso de lo establecido en las resoluciones europeas para las relaciones contractuales de las juntas de compensación. Sobre ello ahondaré posteriormente, pero adelanto que, a mi juicio, no resulta del todo convincente.

La STJUE de 26 de mayo de 2011 aludida, ha sido interpretada por tres sentencias de nuestro Tribunal Supremo, tal y como anunció la STS de 12 de noviembre de 2014 (nº recurso: 1684/2012) en su FD Tercero: «La incidencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de 26 de mayo de 2011, en nuestra Jurisprudencia ha sido examinada en tres sentencias de este Tribunal Supremo de 4 de abril de 2012 (recursos de casación 6531/2008, 6460/2008 y 6378/2008)».

Por tanto, se hace necesario acudir a estas sentencias del Alto Tribunal en aras a conocer cómo debe interpretarse la resolución europea y si acaso posee algún tipo de relación con el criterio funcional de obra pública reiteradamente referenciado en este punto.

La primera de ellas, STS de 4 de abril de 2012 (nº recurso: 6531/2008), en su FD Séptimo establece: «Basta indicar que la sentencia del TJUE de 26 de mayo de 2011 se ha limitado a desestimar la pretensión de la Comisión Europea frente al Reino de España *porque aquélla no demostró que el objeto principal del contrato celebrado entre el Ayuntamiento y el urbanizador correspondiese a un contrato público de obras en el sentido de la Directiva 93/37 o de la Directiva 2004/18, de lo que no cabe deducir que en la adjudicación del Programa de Actuación Urbanística no haya de respetarse los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación, publicidad y transparencia*».

La segunda de ellas STS de 4 de abril de 2012 (nº recurso: 6460/2008) en su FD Séptimo precisa que: «Esta Sala no ha definido la naturaleza jurídica de la selección del urbanizador en el ordenamiento urbanístico valenciano, es decir que nunca se pronunció sobre el significado jurídico de la adjudicación de los Programas de Actuación Urbanística al agente urbanizador, sino que declaró que, *dada su finalidad*, tal adjudicación debía respetar los principios recogidos en la legislación estatal de contratos de las Administraciones públicas, *que había incorporado los principios que las tan repetidas Directivas comunitarias exigen en el procedimiento de adjudicación de los contratos públicos de obras o de servicio [...] Así las cosas, obligado resulta mantener el criterio jurisprudencial descrito, lo que determina la estimación del primer*

motivo de casación interpuesto por los recurrentes, en cuanto a la exigencia, en lo que ahora interesa, de las bases reguladoras del procedimiento de adjudicación del PAI litigioso, dada la infracción de los preceptos correspondientes del Real Decreto 2/2000, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, así como de la normativa europea plasmada en las Directrices Europeas 93/37 y 2004/18 y de la Jurisprudencia que cita».

Como he dicho anteriormente, existen experimentados profesionales del derecho urbanístico que defienden la relevancia de estas resoluciones del Tribunal Supremo y de la STJUE de 26 de mayo de 2011, para concluir favorablemente sobre la aplicación de la legislación de contratos del sector público a las juntas de compensación cuando éstas externalicen las obras públicas de urbanización.

Ejemplo de ello es G. BALAGUER PALLÁS, que tras analizar las sentencias y afirmar como consecuencia la necesidad de someter el contrato entre Administración y agente urbanizador a la normativa de contratación pública, establece finalmente lo siguiente: «[...] Y de ello cabe deducir, y en esto radica la clave de la respuesta, que *tal consideración es extrapolable al contrato de obras que formalice la Junta de Compensación con el constructor, pues obsérvese que el motivo de someter dicho contrato al cumplimiento de tales principios radica en la finalidad de las obras y no en condición de Administración pública del órgano contratante o de su adscripción al sector público*» (53), incidiendo posteriormente en la idea de que para el TJUE lo determinante, en aras a la sujeción a las exigencias de contratación pública, es el tipo de obra que se pretenda ejecutar, no quien la contrate.

Con todo, así queda expuesto el criterio funcional de obra pública como elemento de arrastre hacia la contratación pública de los contratos de esa naturaleza, entre los que se encuentran por supuesto los de obras de urbanización. No obstante, a mi juicio es una postura que puede ser rebatida, siendo por ello de máximo interés el apartado que se presenta a continuación.

B) En contra de la aplicación de la legislación de contratos del sector público. Rechazo al criterio funcional de obra pública

Como bien nos recuerda A. J. Alonso Timón, (54) hasta no hace mucho la inmensa mayoría de obras de urbanización de nuestro país se ejecutaban mediante el sistema de compensación, es decir, a través de las juntas de compensación, las cuales, en aras a acometer dichas obras y de transformar

(53) G. BALAGUER PALLÁS (2017).

(54) A.J. ALONSO TIMÓN (2017: 3).

el suelo, celebraban todo tipo de contratos (de ejecución de obras, de arrendamiento de servicios, suministro, etc.). Pues bien, hasta hace relativamente poco tiempo, todos esos contratos, incluidos los propiamente relacionados con la ejecución de las obras de urbanización, se encontraban inequívocamente sujetos al Derecho privado.

Ocurre en tal contexto, que como no podía ser de otra forma, sigue existiendo doctrina y jurisprudencia que al no considerar las juntas de compensación como poderes adjudicadores, insisten en la tradicional conclusión de sostener la imposibilidad de aplicar las normas de contratación pública a estas entidades urbanísticas, anulando por tanto la aplicación del criterio funcional de obra pública.

Uno de los máximos exponentes en este sentido, es la STSJ de Madrid de 6 de junio de 2006 (nº recurso: 1067/2000), la cual a lo largo de su FD Segundo justifica la imposibilidad de extrapolar los pronunciamientos de la STJUE de 12 de julio de 2001 (asunto C-399/98) al sistema de compensación, fundamentando posteriormente la imposibilidad de aplicar la legislación de contratos del sector público a las juntas de compensación.

Así, en referencia a la STJUE de 12 de julio de 2001, comienza afirmando:

«Ahora bien, a pesar de la importancia de la sentencia citada, singularmente por posibilidad de aplicación de las reglas de publicidad de la Directiva por personas distintas de la entidad adjudicadora, prevista en el artículo 3, apartado 4 de la directiva, esta Sala, tras el minucioso estudio del pronunciamiento, no comparte que la doctrina contenida en la misma sea aplicable al caso que nos ocupa y, si no estamos en un error, la legislación italiana poco tienen que ver con la regulación del sistema de compensación en nuestro ordenamiento jurídico [...] En el caso examinado, existe otro elemento completamente diferente al que fue objeto de enjuiciamiento en el caso Scala 2001, y es que allí la condición del poder adjudicador se localizaba en el municipio, mientras que en el nuestro el poder adjudicador correspondería a la Junta de Compensación, debiendo dilucidarse si, a los efectos que nos ocupan, tiene la condición de organismo de derecho público».

Continúa en su argumentación aclarando que:

«El problema ha de situarse, no obstante, en la tarea que realiza la junta. La finalidad esencial de las juntas son la elaboración del proyecto de compensación y la ejecución de la obra de urbanización y su razón de ser es integrar solidariamente a los propietarios, debiendo notarse que en este sistema los propietarios realizan a su costa la urbanización, a través de la Junta».

Finalmente, impone su razonamiento en contra del criterio funcional de obra pública, ya que aun estando de acuerdo el Tribunal con que las obras de urbanización son verdaderas obras públicas, establece que *per se* no puede utilizarse como fundamento para defender la aplicación de la Ley de contratos:

«*Resulta evidente que la transformación de suelo a través de la urbanización se configura como una obra pública, pero no por ello, ni tampoco por el tratamiento de las Juntas como personas jurídico-administrativas que en régimen de autoadministración realizan la obra urbanizadora, implican la aplicación de las normas sobre contratación de las Administraciones públicas en orden al cumplimiento de los principios de publicidad y concurrencia.*».

Y ello debido a que:

«[...] caben dos modelos completamente diferentes de ejecución, unos públicos y otros privados, según se infiere sin dificultad del artículo 4 de la Ley 6/98, sobre régimen del suelo y valoraciones, siendo el caso más paradigmático de estos últimos el de gestión por compensación. *En el sistema de compensación se advierte sin dificultad una manifestación de la actividad empresarial de transformación del suelo, con compromiso de los derechos de propiedad y de la libre empresa (arts. 33 y 38 de la Constitución), a diferencia de los casos de actuación urbanística pública en los que se puede sacrificar la iniciativa económica privada.* Es más, en el estatuto del derecho de la propiedad configurado en la Ley 8/98 la urbanización se configuraba como un derecho o facultad de los propietarios del suelo, actuando independientemente o conjuntamente en el marco de las unidades de ejecución [...]».

Concluyendo por fin, lo siguiente:

«El control y dirección de la actuación urbanística, pues, no afecta a la iniciativa privada en orden a la ejecución propiamente dicha, que corresponde a la Junta como tal. *La tesis contraria, es decir, la de que la ejecución es pública y por ello sujeta a la legislación de contratos de las Administraciones públicas no afectaría solo a la selección del urbanizador, sino que derrumbaría la propia gestión por compensación, ya que la Administración al optar por ese sistema, impediría concurrir a otros empresarios, lo que no parece posible por la íntima conexión que existe entre el derecho de propiedad y el derecho a promover la transformación y a urbanizar, inherentes a nuestro sistema urbanístico.* La Sala concluye, pues, que *el sistema de gestión privada por compensación, implica el desarrollo de una actividad empresarial y, por tanto, no es aplicable la legislación sobre contratación pública, lo que conduce a la desestimación del recurso.*».

Debe subrayarse el esfuerzo argumental realizado por el TSJ madrileño para refutar una postura cuanto menos peculiar y que enriquece aún más si cabe el debate propuesto en este trabajo.

Lo que realmente está queriendo decir la Sala, es que las obras de urbanización cumplen una función pública una vez construidas y acabadas (aspecto sobre el que no existe discusión) (55), pero el proceso de construcción de

(55) El acceso rodado, las carreteras de acceso a los terrenos, los sistemas de abastecimiento de agua y de evacuación de aguas (ejemplos de obras públicas de urbanización) son infraestructuras de dominio público. Ningún particular es propietario de estos elementos, ni acaso la Administración, sino que son infraestructuras afectadas a cumplir funciones públicas.

los diferentes elementos constituyentes de la urbanización, posee en realidad naturaleza privada, ya que tales obras son una materialización de un derecho de propiedad previo de los propietarios sobre los terrenos cuya urbanización se lleva a cabo, siendo por tanto no más que una actividad empresarial la ejecución de tales obras de urbanización.

Con la misma filosofía encara el conflicto L. PAREJO ALFONSO, (56) argumentando que la ejecución en sí misma de la obra de urbanización es privada, siendo a partir de la cesión de la misma a la Administración, cuando pasará a ser pública con motivo de constituir un servicio público para el conjunto de la ciudadanía. Todo ello en atención al deber legal de entrega de la obra que impone el ordenamiento urbanístico. Esta postura también es compartida en similares términos por M. PARDO ÁLVAREZ (57).

Personalmente, no comparto esta teoría tendente a afirmar la naturaleza ambivalente entre el Derecho privado y el Derecho público de las obras de urbanización dependiendo de un momento u otro. Conuerdo con la conclusión final (no aplicación de la legislación de contratación pública a los contratos celebrados por las juntas de compensación), pero difiero de la razón utilizada para llegar a tal deducción. Es indiferente la naturaleza privada o pública de las obras de urbanización para aplicar o no aplicar la legislación de contratos del sector público. No puede servir como argumento defender el carácter privado de las obras de urbanización para su exclusión de la licitación, ya que su naturaleza es intrascendente para decidir su subsunción en el ámbito de aplicación de la normativa de contratación pública. Así se deduce de lo expuesto en el artículo 2.1 LCSP, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1.2 Directiva 2014/24/UE.

Art. 2.1 Ley 9/2017:

«Son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a la presente Ley en la forma y términos previstos en la misma, los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren las entidades enumeradas en el artículo 3».

Art. 1.2 Directiva 2014/24/UE:

«Afectos de la presente Directiva, se entenderá por contratación la adquisición mediante un contrato público, de obras, suministros o servicios por uno o varios poderes adjudicadores a los operadores económicos elegidos por dichos poderes adjudicadores, con independencia de que las obras, los suministros o los servicios estén o no destinados a un fin público».

Es por esto mismo establecido en los dos preceptos traídos a colación por lo que tampoco conuerdo con el criterio funcional de obra pública, mediante el

(56) L.J. PAREJO ALFONSO (2002: 69 a 108).

(57) M. PARDO ÁLVAREZ (2002: 11 a 36).

cual se concluye que por el mero hecho de la naturaleza pública de las obras de urbanización, el contrato mediante el cual se externalice las mismas, debe someterse a las preceptivas reglas procedimentales de la contratación pública.

Siguiendo con el criterio funcional de obra pública, ocurre además que la interpretación realizada de las SSTJUE de 12 de julio de 2001 y 26 de mayo de 2011 para configurar esta teoría, supone, a mi juicio, una interpretación excesivamente extensiva de la literalidad de sus pronunciamientos. Ello es así, debido entre otras razones a que los supuestos de hecho abordados en ambas resoluciones están referidos a las relaciones entre la Administración y los agentes urbanizadores, no pudiendo ser extrapolable tal conflicto al de las juntas de compensación y las empresas constructoras que vayan a encargarse de la ejecución de las obras de urbanización, ya que tratan de dos relaciones que nada tienen que ver entre sí, más allá de consistir ambas en sistemas de ejecución del planeamiento. Por tanto, en este punto en concreto concuerdo con lo dicho por la STSJ de Madrid antes analizada.

Consecuentemente, ignorando la posibilidad de aplicar el criterio funcional de obra pública, y sobre la base de la imposibilidad de considerar a las juntas de compensación como un poder adjudicador, concuerdo en su totalidad con lo dispuesto en el Informe 44/2009, de 26 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (58). Así, establece que:

«Aquí es donde las juntas de compensación se separan claramente del conjunto de requisitos exigidos por el artículo 3.1 h) de la Ley de Contratos del Sector Público. En efecto, la financiación de las juntas corre a cargo exclusivamente de los propietarios adheridos a las mismas y su control o gobierno es asumido por los órganos de representación de los propietarios, en los cuales a lo sumo habrá un representante del ayuntamiento. No se cumple, en consecuencia, el requisito de que la financiación recaiga sobre entidades del sector público ni el de que el control de los órganos de administración dirección o vigilancia corresponda a una de estas entidades. Dicho esto, es claro que las juntas de compensación, tal como aparecen reguladas en la legislación urbanística catalana *no tienen la consideración de entidades del sector público lo que evidentemente lleva consigo* que no les sea de aplicación en la contratación de sus obras, suministros o servicios la legislación de Contratos del Sector Público».

(58) La cuestión planteada en este Informe se reduce a determinar cuál es la naturaleza jurídica de las juntas de compensación previstas en la legislación urbanística de Cataluña, y, en base a ello, si les es de aplicación o no la legislación de contratos del sector público. Sin embargo, lo dispuesto en este informe también repercute a las juntas de compensación reguladas en las restantes legislaciones urbanísticas de carácter autonómico, ya que la naturaleza jurídica de estas entidades es unánime en todo el territorio nacional: entidades que no son administraciones públicas, pero que poseen personalidad jurídica propia y capacidad para llevar a cabo sus propios fines, así como compuestas por los propietarios de los terrenos cuya urbanización deviene obligatoria.

Así, insiste de nuevo:

«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 Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público ni sus disposiciones complementarias o de desarrollo».

Como puede observarse el argumento detonante para la no aplicación de la legislación de contratos a la actividad contractual de las juntas de compensación debe basarse en un criterio clasificatorio (59). Es decir, al no poder subsumir estas entidades urbanísticas en ninguno de los entes constituyentes del sector público español (art. 3 LCSP) y tampoco en el concepto de poder adjudicador, deviene imposible la aplicación de la normativa de contratación pública, ya que de lo contrario supondría erosionar los principios subjetivos de la legislación de contratos, entrando en interpretaciones netamente incompatibles con el espíritu y literalidad del articulado de la LCSP.

Por ende, al considerar a las juntas de compensación como entidades urbanísticas excluidas tanto del escalafón de poder adjudicador como del ámbito de aplicación de la LCSP, ello supondrá por sí mismo, la imposibilidad de someter la externalización de las obras de urbanización a las exigencias de la contratación pública. El contrato de obras públicas de urbanización celebrado por las juntas de compensación se deberá regir por el Derecho privado. Es decir, los propietarios de los terrenos podrán contratar a la empresa constructora de su elección sin necesidad de iniciar un procedimiento de contratación pública para ello.

VI. ESPECIALIDAD DE LA NORMATIVA FORAL NAVARRA (60)

Así como la normativa estatal de contratación pública (LCSP) omite cualquier mención expresa acerca de la inclusión de las obras públicas de urba-

(59) Con la misma filosofía fundamenta FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, defendiendo la no aplicación de la ley de contratos públicos al contrato de obras de urbanización debido a la propia naturaleza de las juntas de compensación. Afirma pues, que al suponer estas un claro ejemplo de «autoadministración» donde la Administración delega plenamente la función pública de gestión y ejecución del planeamiento, pueden llegar incluso a denominarse como «corporaciones de derecho público con base privada», siendo ello definitivo para decidir sobre su exclusión del ámbito de aplicación de la legislación de contratos públicos. T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2011: 15 a 20).

(60) La Comunidad Foral de Navarra, en uso de sus derechos históricos, aprobó el 14 de noviembre de 1986 su primera Ley de Contratos, teniendo en aquel entonces una finalidad de mera acomodación de la legislación foral a la legislación estatal de contratos. Es con la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, cuando se ejerce por primera vez de forma uniforme y plena la competencia legislativa exclusiva de la Comunidad Foral de Navarra en materia de contratación pública, reconocida así por el artículo 49.1.d) de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral.

nización en su ámbito de aplicación, la normativa foral navarra dedica un precepto exclusivo (art. 5) a ampliar los efectos de la norma de contratación sobre específicos objetos contractuales, con independencia de si la entidad contratante trata de una de las entidades del sector público o no. Entre esos objetos contractuales se encuentran las obras públicas de urbanización a ejecutar por las juntas de compensación.

De tal manera, la norma foral erradica de raíz el conflicto sobre el que se ha sustentado este trabajo en relación con la normativa estatal de contratación pública, que al no hacer mención alguna sobre su aplicación a las obras públicas de urbanización externalizadas por las juntas de compensación, esteriliza la opción de someter a contratación pública la contratación de la empresa constructora para la construcción de esas obras públicas de urbanización.

Sin embargo, no todo pueden ser halagos para el Ordenamiento navarro, y ello debido a que el Derecho foral patina considerablemente en cuanto a la clasificación de las juntas de compensación como poderes adjudicadores. No tanto por considerarlas o no como tales, sino más bien por la incongruencia normativa en la que recae el Derecho navarro. Ello es lo que ahora justifica el estudio de los puntos presentados a continuación.

1. Las juntas de compensación como poderes adjudicadores

El artículo 165.6 del Decreto Foral Legislativo 1/2017, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo (TRLFOTU), establece por imperativa legal la condición de poder adjudicador de toda junta de compensación que emprenda la ejecución de obras de urbanización, siendo por tanto contrario en este sentido al artículo 156.2 del Decreto-Legislativo 1/2014, de 8 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón.

Art. 165.6 TRLFOTU: «Las *Juntas de Compensación* y Reparcelación, en su condición de entidades colaboradoras de la Administración pública, tienen la consideración de poder adjudicador a los efectos de la normativa sobre contratación pública, en tanto en cuanto ejecuten obra pública de urbanización».

Sin embargo, esta inclusión de las juntas en el concepto de poder adjudicador, contrasta con la literalidad de los artículos 5 d) y 9.1 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (en adelante, LFCP), los cuales excluyen expresamente a las juntas de compensación del ámbito subjetivo de la norma y como consecuencia exceptúan a estas entidades de la condición de poderes adjudicadores. Así, los preceptos:

Art. 9.1 LFCP: «Se denominarán poderes adjudicadores a las entidades incluidas dentro del ámbito de aplicación subjetivo de esta ley foral».

Art. 5 d) LFCP: «Se encuentran igualmente sometidos a esta ley foral por su objeto los siguientes contratos *de entidades no incluidas dentro del ámbito subjetivo de esta ley foral*: [...] d) Los contratos de *juntas de compensación* y entidades análogas cuando ejecuten sistemas generales u obras públicas de urbanización».

Esta aparente contradicción entre ambos cuerpos normativos forales, podría llegar a salvarse en caso de interpretarse el artículo 9.1 como un precepto abierto, orientado a un espíritu *numerus apertus* en vez de *numerus clausus*, ya que no utiliza adverbios como «exclusivamente» o «únicamente», sino que simplemente se limita a decir que: «Se denominarán poderes adjudicadores a las entidades incluidas dentro del ámbito de aplicación subjetivo de esta ley foral», de lo cual podría deducirse que no excluye (al menos expresamente) la posibilidad de que otras normas forales también otorguen la condición de poder adjudicador a otras entidades. No obstante, el gran esfuerzo interpretativo que habría que hacer para ello, no hace más que erigirse como un indicio clarividente de que la finalidad del legislador con este artículo 9.1 no fue otra que la de limitar la condición de poder adjudicador a las entidades incluidas en el ámbito subjetivo de la LFCP (61), confirmándose pues, la contradicción entre ambos cuerpos legales.

Por tanto, la pregunta ahora es, ¿tiene trascendencia tal contrariedad, o simplemente es un error anecdótico? En la LCSP desde luego que tendría, ya que la regulación a aplicar resulta diferente dependiendo de si la entidad se trata de un PANAP o de una entidad del sector público sin la condición de poder adjudicador (62). Respecto a la LFCP, en efecto, también tiene relevancia ser o no ser poder adjudicador. Ejemplo de ello, es el Capítulo I del Título I diseñado en exclusiva para los poderes adjudicadores, así como diversos preceptos que a lo largo del articulado matizan su aplicación únicamente respecto a poderes adjudicadores (63).

Es cierto no obstante, que artículos como el 34.4 de la Ley Foral podrían hacer dudar sobre la trascendencia real de ser poder adjudicador o no. Así, establece que:

(61) Además, hay que recordar que el concepto de poder adjudicador es propiedad de la UE, no siendo disponible por los legisladores estatales o autonómicos de los Estados Miembros. Así como las entidades del artículo 4 LFCP (ámbito subjetivo de aplicación) cumplen holgadamente los requisitos para ser poder adjudicador según la Directiva 2014/24/UE, no ocurre lo mismo con las juntas de compensación, cuya naturaleza como poder adjudicador, tal y como se ha estudiado durante este trabajo, es al menos cuestionable y debatible.

(62) La LCSP, regula dentro del Libro III dos Títulos diferentes, discerniendo de esta manera entre la regulación aplicable a los PANAP y la aplicable a otros entes del sector público sin el carácter de poder adjudicador.

(63) Vid. arts. 8.5; 10.1; 10.2; 11.1; 17.2. a) y b); 22.1.m); 23.4; 34.2; 35.1.b) y c); 36.1; 38.1; 42.10; 82.1; 118.2; 120.1; 120.2 LFCP.

«Los contratos que celebren el resto de entidades públicas que no tengan la consideración de poder adjudicador, deberán respetar en su adjudicación los principios de igualdad, no discriminación, transparencia, publicidad y libre concurrencia».

Precepto dirigido claramente a las entidades enumeradas en el artículo 5 de la Ley Foral, entre las que se encuentran las juntas de compensación. Sin embargo, artículos como el 35.4, vuelven a confirmar la importancia en la distinción entre poderes adjudicadores y no poderes adjudicadores:

«El orden jurisdiccional civil, de acuerdo con su normativa reguladora, será el competente para resolver las controversias que surjan en relación con los contratos celebrados por entidades públicas que no tengan la consideración de poder adjudicador».

Todo ello ratifica la trascendencia real de la contradicción entre las normas forales de contratación pública y urbanismo acerca de la categorización como poder adjudicador de las juntas de compensación, cuya aclaración por parte de la jurisprudencia navarra o incluso del legislador navarro, podría llegar a ser recomendable. Por lo demás, el hecho en sí mismo de considerar o no considerar a las juntas de compensación como poder adjudicador, no merece ser criticado a la vista de la división doctrinal y jurisprudencial existente respecto a ello.

2. Cobertura del artículo 5 d) LFCP

El precepto además de reconocer la aplicación de la ley de contratos a las juntas de compensación, también delimita su ámbito objetivo concretando los supuestos contractuales en los que los principios de la contratación pública devienen de preceptiva aplicación, estableciendo en este sentido, que se encuentran igualmente sometidos a la ley foral: «los contratos de juntas de compensación y entidades análogas cuando ejecuten sistemas generales u obras públicas de urbanización».

Son diversas las preguntas que subyacen del precepto, ¿Qué debe entenderse por entidades análogas? ¿y por sistemas generales? ¿se diferencian estos últimos de las obras públicas de urbanización?

Comenzando por la referencia de «entidades análogas» a las juntas de compensación, debe decirse que ante la falta de aclaración jurisprudencial al respecto, parece lógico pensar que serán entidades análogas a las juntas de compensación, aquellas otras entidades también consideradas como entidades urbanísticas colaboradoras según la normativa foral.

En este sentido, el artículo 55.2 del Decreto Foral 85/1995, de 3 de abril (64), establece:

(64) Este reglamento urbanístico fue el encargado de desarrollar la Ley Foral 10/1994, de 4 de julio, de ordenación del territorio y urbanismo. Norma esta última, a día de hoy,

«2. Son Entidades urbanísticas colaboradoras:

- a) *Las Juntas de Compensación.*
- b) *Las Asociaciones administrativas de propietarios en el sistema de cooperación.*
- c) *Las Comisiones gestoras en el sistema de ejecución forzosa.*
- d) *Las Entidades de conservación».*

Consecuentemente, las asociaciones administrativas de propietarios del sistema de cooperación y las comisiones gestoras del sistema de ejecución forzosa deberán entenderse como entidades análogas a las juntas de compensación, no así las entidades de conservación ya que éstas últimas no tienen como finalidad ejecutar obras de urbanización, sino que tienen «el deber de conservación de las obras de urbanización» una vez estas acabadas (65).

En segundo lugar, en cuanto al significado de «sistemas generales» y su diferenciación que realiza el precepto con respecto a las «obras públicas de urbanización», hay que aclarar ciertas cuestiones.

Tal diferenciación a mi forma de ver no tiene mucho sentido, debido a que en la práctica urbanística se urbanizan, mediante la ejecución de las requeridas obras de urbanización, sistemas generales o dotaciones locales, diferenciándose los unos de los otros.

Por ello, posiblemente, una formulación más idónea del precepto, *lege ferenda*, podría ser la siguiente: «Los contratos de juntas de compensación y entidades análogas cuando ejecuten obras públicas de urbanización en desarrollo de sistemas generales o dotaciones locales».

Más si cabe cuando el artículo 165.6 de la norma urbanística navarra, únicamente menciona a las obras de urbanización, no haciendo referencia alguna a los sistemas generales: «Las Juntas de Compensación y Reparación, en su condición de entidades colaboradoras de la Administración pública, tienen la consideración de poder adjudicador a los efectos de la normativa sobre contratación pública, en tanto en cuanto ejecuten obra pública de urbanización».

derogada, al igual que su sucesora (Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre). Sin embargo, el citado reglamento sigue en vigor ya que desde entonces no se ha aprobado ninguna otra norma reglamentaria, no teniendo tampoco normativa de desarrollo el vigente Decreto Foral Legislativo 1/2017, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo.

(65) Así lo determinan los puntos segundo y tercero del artículo 56 del Decreto Foral 85/1995. Debe matizarse que la funcionalidad de estas entidades sólo cobra sentido cuando se haya motivado en el planeamiento la exceptuación de la Administración del deber legal de conservación de las obras de urbanización. Supuesto que ha originado y origina múltiples conflictos en la práctica y de cuyo conocimiento podría estructurarse, sin duda alguna, un trabajo único e independiente a este.

Acerca del concepto de «sistemas generales», resulta procedente traer a colación la STSJ de Navarra, de 26 de noviembre de 2015 (nº recurso: 15/2014) (66), en cuyo FD quinto establece: «Esta Sala ha venido reiterando la distinción entre sistemas generales y locales. Ya nuestra STSJ Navarra de fecha 30-12-2008 —Ap 228/2008— (y otras anteriores: STSJ Navarra de fecha 19-11-1999 —Rc211/1996; 16-1-2003 Rc 302/1999—...) señalaba que: “Lo que diferencia a los sistemas generales de las dotaciones locales es que los primeros constituyen infraestructuras o equipamientos al servicio de las necesidades de la ciudad en su conjunto, mientras que las segundas están exclusivamente al servicio de una o de varias unidades de actuación”».

Doctrina que debe ponerse en relación con el artículo 10 Decreto Foral 85/1995, donde se enumeran en forma de *numerus clausus* los diferentes elementos que obedecen a esas infraestructuras o equipamientos al servicio de las necesidades de la ciudad en su conjunto.

A mayor abundamiento en cuanto qué debe entenderse por sistemas generales, así como la importancia de su diferenciación de las dotaciones locales (o también llamados sistemas locales), resultan muy interesantes por su detallada explicación, las SSTS de 3 de diciembre de 2015 y 18 de enero de 2016 (nº recurso: 2030/2014 y 1096/2014, respectivamente), en cuyos FD Octavo y Décimo, en *obiter dicta* rezan en este sentido:

«Tales razonamientos resultarían suficientes para desestimar el motivo, si bien conviene aclarar que, *las dotaciones públicas de carácter general o sistemas generales se definen porque dan servicio y cumplen unas funciones que abarcan más de un ámbito de planeamiento. En este sentido ordenan estructuralmente la ciudad, estableciendo zonas de espacios libres, equipamientos colectivos públicos y privados, infraestructuras como suministro y saneamiento de aguas, electricidad, alumbrado, telecomunicaciones y otros servicios que puedan establecerse.*

Por el contrario, las dotaciones locales se entienden como el conjunto de espacios libres, infraestructuras, equipamientos colectivos públicos y privados, definidos por la ordenación pormenorizada, cuya funcionalidad o ámbito al que prestan servicio es el correspondiente a las personas residentes en un área o sector concreto».

Y aprovechan para recordar la trascendencia de su distinción:

«La diferenciación entre una dotación pública de carácter general o sistema general y una dotación pública local o sistema local es *importante por las diferentes responsabilidades que se derivan para los propietarios en un caso o en otro. Los sistemas generales, al dar respuesta a todo el ámbito municipal o a una gran parte*

(66) En mismo sentido, la STSJ de Navarra, de 5 de junio de 2020 (nº recurso: 437/2016).

de él, exigen que el coste de su obtención se distribuya entre toda la ciudadanía. Si por el contrario se está ante una dotación local, las responsabilidades de los propietarios de los terrenos son diferentes ya que los beneficiados por la construcción de esas infraestructuras son los residentes de ese ámbito concreto determinado y no el municipio en general».

Con todo, estas son las consideraciones más relevantes reguladas en la normativa foral sobre las juntas de compensación, de donde cabe extraer una conclusión muy clara: existe confusión acerca de la clasificación como poderes adjudicadores de las juntas de compensación, pero desde luego, no existe duda alguna sobre la aplicabilidad de la normativa foral de contratos públicos a estas entidades urbanísticas en cuanto ejecuten obras públicas de urbanización. Y todo ello, gracias a la mención expresa de tal inclusión por parte del artículo 5 d) LFCE. Bien podría aprender de ello la norma estatal de contratación pública.

V. CONCLUSIONES

1) La no concurrencia en las juntas de compensación de los requisitos de carácter cumulativo previstos en el artículo 2.1.4) de la Directiva 2014/24/UE para adquirir la condición de organismos de Derecho público, supone la imposibilidad de categorización de tales entidades urbanísticas como poderes adjudicadores a los efectos de la normativa estatal de contratación pública.

No obstante, la legislación foral en materia urbanística eleva las juntas de compensación constituidas en territorio navarro, a la categoría de poder adjudicador cuando estas ejecuten obras públicas de urbanización, a pesar de contradecir en este punto a lo dispuesto en la propia legislación foral de contratos públicos, la cual excluye expresamente dicha posibilidad.

2) La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público no es aplicable a ni a los contratos de obras públicas de urbanización ni a ninguna otra manifestación negocial de las juntas de compensación, y ello debido al criterio subjetivo de aplicación y exclusión de dicha norma, mediante el cual únicamente aquellas entidades integrantes del sector público institucional se someterán a su articulado. Por tanto, al no ser las juntas de compensación subsumibles en las categorías de Administración pública, poder adjudicador u otras entidades enumeradas en el artículo 3 de la ley, deben quedar excluidas del ámbito de aplicación de la normativa de contratación pública.

3) Como consecuencia de la conclusión anterior, deviene insostenible la teoría doctrinal defendida por determinados autores y positivizada en la legislación aragonesa basada en el «criterio funcional de obra pública» por medio del cual, la normativa de contratación pública debería aplicarse a los

contratos de obras públicas de urbanización por la única razón del carácter público de dichas obras. La naturaleza jurídica de las obras es indiferente para determinar la sumisión a la LCSP, siendo, por el contrario, determinante la naturaleza de la entidad que celebre el contrato.

4) La no sujeción de las juntas de compensación a la normativa estatal de contratación pública no es extrapolable a las juntas de compensación constituidas en territorio navarro, ya que la norma foral de contratos públicos prevé expresamente la sumisión de los contratos de las juntas de compensación que ejecuten obras públicas de urbanización a los procedimientos y exigencias preceptivas contenidas en la legislación navarra de contratación pública.

VI. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ALONSO TIMÓN, Antonio Jesús (2017): «Urbanismo y Contratación, una larga relación. ¿En qué medida afecta la nueva Ley de Contratos del Sector Público al urbanismo?», en *Revista de Urbanismo El Derecho*, 57, pp. 3.
- BALAGUER PALLÁS, Guillermo (2017): «Procedimiento para la formalización del contrato de obras de una junta de compensación urbanística», en *Balaguer & Asociados*, de 7 de junio de 2017. Recuperado de: (balaguerysociados.com).
- BAÑO LEÓN, José María (2004): «El mercado público de las obras de urbanización. Notas sobre las consecuencias de la Sentencia Scala 2001», en *Cuadernos de derecho local*, 4, 31 a 34.
- BARNES VÁZQUEZ, Javier (2007): «El reparto de competencias en materia de urbanismo. El vicio de incompetencia», en *Fundación Democracia y Gobierno Local*, 5, pp. 28.
- BUSTILLO BOLADO, Roberto Orlando (2002): «Derecho urbanístico y concurrencia en la adjudicación de contratos públicos de obras: la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de julio de 2001», en *Revista de urbanismo y edificación*, 5, pp. 117 a 134.
- (2006): «Obras de urbanización en el sistema de compensación y principios de publicidad y concurrencia en la contratación pública: comentario a la STSJ de Madrid de 6 de junio de 2006», en *Revista de urbanismo y edificación*, 14, pp. 85-96.
- CAÑAS LABAIRU, Julián Ignacio (2006): «Las Juntas de Compensación y la Ley Foral 6/2006, de Contratos de las Administraciones Públicas», en *Revista Jurídica de Navarra*, 42, pp. 149 a 156.
- CERVANTES MARTÍN, Ángel José (2019): «Contratación Pública y Urbanismo», en *Revista Gabilex*, Extraordinario, pp. 32.
- CRIADO SÁNCHEZ, Alejandro Javier (2020): «La aplicación o no de la ley de contratos del sector público a la Junta de Compensación y al agente urba-

- nizador», en José Manuel MERELO ABELA y Alejandro Javier CRIADO SÁNCHEZ (coords.), *Cuestiones jurídicas de actualidad sobre planeamiento y gestión urbanística*, Wolters Kluwer, pp. 269 a 281.
- DÍEZ SASTRE, Silvia (2017): «La contratación de los entes del sector público que no son Administración Pública», en *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, 9, 305-347.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón (1995): *Manual de derecho urbanístico*, Madrid, Ed. Abella El consultor.
- (2002): «La Sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001 (asunto “proyecto Scala 2001” y su impacto en el ordenamiento urbanístico español)», en *Documentación administrativa*, 261-262, pp. 11 a 26.
 - (2011): «La gestión urbanística y las directivas de contratos: ¿el final de un erredo?», en *Actualidad jurídica Aranzadi*, 813, pp. 15 a 20.
- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco (2018): «Urbanismo y Contratación tras el TRLS de 2015 y la LCSP de 2017», en *Abogados y Urbanismo*, de 31 de enero de 2018. Recuperado de: (abogados-urbanismo.blogspot.com).
- GIMENO FELIÚ, José María (2007): «Actividad urbanística y Contratos Públicos: la lógica de la publicidad y concurrencia en las infraestructuras públicas», en esta REVISTA, Monografía nº 9, pp. 173.
- (2007): «El urbanismo como actividad económica y mercado público: la aplicación de las normas en contratación pública», en *Revista de Administración Pública*, 173, pp. 63 a 100.
 - (2018): «Ser o no ser poder adjudicador. ¡Esa no es la cuestión!», en *Observatorio Contratación Pública*, Boletín del Observatorio de Contratación Pública, mayo 2018, pp. 7.
- GÓMEZ MANRESA, María Fuensanta (2010): *Urbanismo y contratación pública*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi.
- MAZÁN BAEZA, Rafael (2012): *Jurisdicción aplicable a las juntas de compensación en el contrato de obras de urbanización*, Andalucía, Unia.
- MENÉNDEZ REXACH, Ángel (2009): «Contratación y urbanismo. Contratación y sistema de obra urbanizadora. Otras modalidades de ejecución de las obras de urbanización», en Jesús COLÁS TENAS y Manuel MEDINA GUERRERO (coord.), *Estudios sobre la Ley de contratos del sector público*, Barcelona, Fundación Democracia y Gobierno Local, pp. 535 a 584.
- MÍNGUEZ JIMÉNEZ, Francisco (2002): «Las juntas de compensación. Análisis tributario», en *Notarios y Registradores*, 3 de diciembre de 2002. Recuperado de: notariosyregistradores.com.
- PARDO ÁLVAREZ, María (2002): «El derecho a urbanizar: ¿sumisión a la Ley de Contratos?», en *Revista Derecho del Urbanismo y del Medio Ambiente*, 198, pp. 11 a 36.

- PAREJO ALFONSO, Luciano José (2002): «La cuestión de inconstitucionalidad de la figura urbanística del urbanizador en su concreta versión original, la de la legislación valenciana», en *Revista Documentación Administrativa*, 261-262, pp. 69 a 108.
- RAMÍREZ SÁNCHEZ, Jesús María (2006): «La Ley Foral 6/2006, de contratos públicos de Navarra y su aplicación por las Juntas de Compensación y demás entidades urbanísticas», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 228, pp. 101 a 128.
- SERNA BARDAVÍO, Daniel (2018): «Contratación pública y urbanismo. Novedades a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público», en *Contratación administrativa práctica*, 158.
- (2020): «Juntas de compensación y contratación pública: análisis de la cuestión desde la figura del poder adjudicador», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 54, pp. 53 a 113.
- SUAY RINCÓN, José (2016): «Urbanismo y contratación pública, jurisprudencia nacional y europea», en Francisco Lorenzo HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (coord.), *El impacto de la crisis en la contratación pública: España, Italia, Francia, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi*, pp. 307-336.
- TEJEDOR BIELSA, Julio César (2003) «Los sistemas de actuación entre la tradición y la modernidad. Su configuración como esquemas típicos de relación en la ejecución de la obra pública urbanizadora», en *Revista de urbanismo y edificación*, 6, pp. 61 a 91.
- (2013) «La contratación de la obra de urbanización en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 280, pp. 103-132.