

EJECUCIÓN DE OBRA URBANIZADORA Y DERECHO COMUNITARIO (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de julio de 2001 del Teatro de la Escala)

Por

MARTA LORA-TAMAYO VALLVÉ
PTEU, UNED, Departamento de Derecho Administrativo

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ANTECEDENTES. EL PROYECTO DE RECONSTRUCCIÓN DEL TEATRO DE LA ESCALA Y SU ENTORNO. LOS ACUERDOS 82/96 Y 6/98 TOMADOS POR EL AYUNTAMIENTO DE MILÁN Y SU IMPUGNACIÓN.—III. CONTENIDO DE LA SENTENCIA. EL URBANISMO COMO ACTIVIDAD CONTRACTUAL DESDE LA PERSPECTIVA COMUNITARIA. ELEMENTOS Y REQUISITOS: 1. *Primera cuestión prejudicial*. 2. *Segunda cuestión prejudicial*.—IV. APLICABILIDAD Y CONSIDERACIONES CONCEPTUALES: 1. *Efectos de las sentencias sobre cuestiones prejudiciales*. 2. *Sobre la diferenciación de dos relaciones jurídicas en lo que podríamos denominar «contrato de urbanización»*. Sumisión de las mismas a la normativa comunitaria sobre contratación independientemente de las particularidades de la legislación nacional.—V. BREVE CONCLUSIÓN FINAL.

I. INTRODUCCIÓN

Aquellos que están en contacto con el ordenamiento jurídico español en materia de urbanismo, vivienda y ordenación del territorio están habituados, y más desde la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997, a mirar hacia dentro, a realizar ejercicios de introspección comparativa y análisis de una realidad calcidoscópica y descompuesta en diecisiete leyes del suelo diferentes, cada una de ellas con sus singularidades y sus precisas adaptaciones a las peculiaridades de cada Comunidad Autónoma. La visión global de la norma urbanística ha desaparecido de nuestro ordenamiento, estamos inmersos en lo que se ha venido a denominar como «edad del Derecho urbanístico comparado».

Sin embargo y a pesar de esta aparente diáspora legislativa, existen todavía dos fuentes del Derecho que pretenden unificar, o al menos no desperdigar en exceso, la legislación urbanística.

La primera está claro que es el Derecho estatal, que aferrándose, como clavo ardiendo, a las prerrogativas que le concede la atribución competencial exclusiva que la Constitución hace, y la STC 61/1997 modula y perfila, del derecho de propiedad, las valoraciones urbanísticas y la expropiación forzosa, articula una legislación del suelo pobre, muy abierta a su manejo por las Comunidades Autónomas y sometida a un control férreo por su parte, del que deriva la ya primera sentencia de inconstitucionalidad con-

tra la misma (STC 164/2001, de 11 de julio, que ha declarado la inconstitucionalidad de los artículos 16.1, 38 y Disposición final única en sus referencias a los artículos precedentes).

Por otra parte, la visión global, necesaria, de la actividad urbanizadora y edificatoria ha sido completada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que en su sentencia de 12 de julio de 2001 ha precisado, como veremos, cuál debe ser el ámbito de actuación normativo de esta actividad, incluyéndola en parte dentro de la actividad sometida al régimen de contratos de las Administraciones Públicas regulados por la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993 (1), sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, y provocando el efecto de obligar a la celebración de concurso público para la adjudicación de las obras de urbanización y edificación.

Este paso dado por la jurisprudencia del TJCE, originado por un caso concreto de aplicación de una norma regional italiana, puede tener mucha importancia en nuestro o nuestros ordenamientos urbanísticos puesto que parece romper con la posibilidad de adjudicar las obras de urbanización a cualquier persona, sea o no propietario de los terrenos donde se enclave, sin llevar a cabo concurso previo de adjudicación de las mismas, siempre que sobrepasen la licitación de 5 millones de euros, y podría suponer, a priori, la ruptura del carácter preferencial que la mayor parte de las normas autonómicas otorgan al propietario de suelo para llevar a cabo su adjudicación, así como la necesidad de sometimiento a concurso de las obras de urbanización aunque exista acuerdo de un porcentaje determinado de la propiedad, rompiendo también la esencia del clásico sistema de ejecución de compensación que aún pervive en gran parte de nuestras legislaciones urbanísticas.

II. ANTECEDENTES. EL PROYECTO DE RECONSTRUCCIÓN DEL TEATRO DE LA ESCALA Y SU ENTORNO. LOS ACUERDOS 82/96 Y 6/98 TOMADOS POR EL AYUNTAMIENTO DE MILÁN Y SU IMPUGNACIÓN

El origen del procedimiento que dio lugar a la sentencia objeto de este comentario fueron los recursos de anulación interpuestos contra los acuerdos núms. 82/96, de 12 de septiembre de 1996, y 6/98, de 16 y 17 de febrero de 1998, del Ayuntamiento de Milán.

El primer acuerdo aprobaba un programa de obras que englobaba diversas operaciones denominado «Proyecto Escala 2001», que incluía la restauración del edificio del Teatro alla Scala, el acondicionamiento de los edificios municipales de un complejo inmobiliario denominado Asnaldo y la construcción en la zona denominada de la Bicocca de un nuevo teatro. El acuerdo 82/96 aprobaba un convenio específico celebrado entre el Ayuntamiento de Milán, la sociedad Pirelli (que actuaba junto con otros operadores en calidad de propietario urbanizador), el ente autónomo Teatro alla

(1) «Diario Oficial» núm. L 199, de 09/08/1993, págs. 0054-0083.

Scala y Milano Centrale Servizi Spa (en adelante, MCS), mandataria de los promotores del complejo inmobiliario Bicocca.

El acuerdo establecía la asunción por parte de Pirelli de los gastos correspondientes a la coordinación del proyecto definitivo, el proyecto de ejecución, la restauración del Teatro alla Scala y el acondicionamiento de los edificios de Asnaldo. MCS, que actuaba como mandataria de los promotores del proyecto de urbanización, construiría, como obra de urbanización secundaria y en los terrenos cedidos expresamente para ello, la parte exterior del Teatro alla Bicocca, así como su zona de aparcamiento, como parte del pago de las contribuciones a las cargas de urbanización adeudadas al Ayuntamiento de Milán conforme a la legislación italiana, nacional y regional.

Posteriormente, en 1998, y ante el cambio de criterios de la nueva Administración municipal, se lleva a cabo un nuevo acuerdo (acuerdo núm. 6/98) mediante el cual se aprueba el anteproyecto de construcción del nuevo teatro en la zona de la Bicocca, con un aforo superior al previsto inicialmente, y se confirma que esta obra sería ejecutada directamente en parte por los encargados de la urbanización en cumplimiento de las obligaciones contractuales relativas al plan de urbanización.

Los demandantes recurren la aprobación de estos acuerdos negando su validez a la luz del Derecho italiano en materia de urbanismo y contratos públicos y del Derecho comunitario, argumentando que la realización de las obras del Teatro alla Bicocca presenta las características de una *obra pública*, por lo que el Ayuntamiento de Milán debería haber recurrido al procedimiento de licitación comunitario. Sin embargo, éste obvió el procedimiento ya que, mediante la aprobación de los acuerdos que se impugnan, adjudicó el contrato directamente a MCS.

El Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia estima que, en principio, el Ayuntamiento de Milán ha aplicado correctamente la legislación italiana, nacional y regional, en materia de urbanismo; sin embargo, se plantea la duda de que esta legislación contradiga el Derecho comunitario puesto que permite la realización de una obra de urbanización cuyo valor excede del umbral fijado por la Directiva (93/37/CEE) sin permitir el concurso previo de posibles interesados para la ejecución de la misma.

El Tribunale amministrativo regionale plantea, por tanto, dos cuestiones prejudiciales:

1. Desea saber si las disposiciones nacionales y regionales que permiten al constructor (entendiendo como tal el titular de una licencia urbanística o un plan de urbanización) la realización directa de las obras de urbanización con imputación total o parcial a cuenta de la contribución adeudada son contrarias a la Directiva 93/37/CEE, regida por los principios de rigurosa competencia en el ordenamiento jurídico comunitario para todos los contratos cuyo importe sea mayor o igual a 5 millones de euros (830 millones de pesetas).

2. Si cabe la posibilidad de realizar acuerdos entre Administración y particulares en materias caracterizadas por la elección por parte de la Ad-

ministración de un interlocutor privado con el que suscribe convenios respecto a determinadas prestaciones cuando éstas sobrepasen el límite permitido por la Directiva comunitaria para la contratación de obras.

III. CONTENIDO DE LA SENTENCIA. EL URBANISMO COMO ACTIVIDAD CONTRACTUAL DESDE LA PERSPECTIVA COMUNITARIA. ELEMENTOS Y REQUISITOS

1. *Primera cuestión prejudicial*

La primera cuestión plantea el dilema de la compatibilidad de la Directiva comunitaria en materia de contratos con las disposiciones nacionales y regionales de que se trata en el litigio principal, y que permiten la realización directa de una obra de urbanización con imputación de la totalidad o parte de la obra a cuenta de la contribución adeudada por la concesión de la licencia.

El principal peligro de este tipo de medidas, como pone de manifiesto el abogado general en sus conclusiones (2), reside en el hecho de que la multiplicación de legislaciones análogas en los Estados miembros provoque la privación de efectos de la norma comunitaria de contratos públicos, pues los Estados miembros pueden verse tentados de insertar en su legislación de urbanismo categorías enteras de obras públicas con el fin de sustraerlas del Derecho comunitario de contratos públicos, considerado menos limitador y costoso en tiempo y dinero.

El TJCE responde a esta pregunta entendiendo que *la Directiva se opone a una legislación nacional en materia de urbanismo* que permite, apartándose de los procedimientos previstos por la misma, la realización directa por el titular de una licencia urbanística o de un plan de urbanización aprobado, con imputación de la totalidad o parte de la obra a cuenta de la contribución adeudada por la concesión de la licencia, cuando el valor de dicha obra sea igual o superior al umbral fijado por la Directiva.

Para responder a esta pregunta es necesario, con carácter previo, saber si la realización directa de una obra de urbanización como la controvertida en el litigio principal constituye un contrato público de obras en el sentido del artículo 1, letra a) (3), de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.

(2) Conclusions de l'avocat général M. Philippe Léger présentées le 7 décembre 2000. Affaire C-399/98.

(3) Artículo 1.a): «A efectos de la presente Directiva se entenderá por contratos públicos de obras los contratos de carácter oneroso celebrados por escrito entre un contratista, por una parte, y un poder adjudicador definido en la letra b), por otra, que tengan por objeto bien la ejecución, bien conjuntamente la ejecución y el proyecto de obras relativas a una de las actividades contempladas en el Anexo II o de una obra definida en la letra c), bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador. Serán poderes adjudicadores el Estado, los entes territoriales, los organismos de derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de derecho público».

La asimilación de los acuerdos llevados a cabo por el Ayuntamiento de Milán y los contratistas (MCS, Pirelli y la Fundación del Teatro alla Scala) a un contrato público de obras de carácter comunitario contemplado en la Directiva 93/37 está condicionada por una serie de requisitos: existencia de un contrato [1] celebrado a título oneroso [2], que sea realizado entre un contratista [3] y una entidad adjudicadora [4] teniendo por objeto [5] la ejecución de cierto tipo de obras.

1) Existencia de un *contrato público de obras*. La Directiva 93/37/CEE establece una serie de requisitos y condicionantes para que un contrato tenga tal carácter, entre los que destaca la necesaria publicidad del mismo en el anuncio que corresponda. Los requisitos formales que delimitan el contenido de un contrato adquieren una relevancia especial en Derecho comunitario en tanto en cuanto son elementos garantizadores que tienen como finalidad última la eliminación de las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios para que el mercado, en este caso de obras públicas, esté abierto a la libre y efectiva competencia de ofertas.

Tanto el Ayuntamiento de Milán como Pirelli, MCS y la FTS (Fundación Teatro alla Scala) consideran que este acuerdo no tiene carácter contractual por estar prevista la realización directa de las obras (a) en la legislación italiana y regional y, además, (b) porque la autoridad local, el Ayuntamiento, no tiene la facultad de elegir el sujeto encargado de la realización de las obras puesto que éstas son realizadas por la persona que ostenta la condición de propietario de los terrenos.

El abogado general en su informe mantiene esta misma tesis, defendiendo que no existe una relación contractual puesto que la facultad de elegir al contratante, que es un elemento esencial del mismo, no existe ya que las obras deben ser realizadas por el propietario del terreno. Argumentando en este mismo sentido que el origen no contractual de la relación también se hace evidente por la naturaleza jurídica de la misma en el Derecho nacional, citando una sentencia (4) de la Corte Suprema de Casación según la cual «la obligación para el propietario de asumir las cargas relativas a las obras de equipamiento primario y una parte de las del equipamiento secundario constituyen una obligación real. De lo que se deriva que estas obras deben ser ejecutadas por los que son propietarios del terreno en el momento de la expedición de la licencia urbanística, que a su vez podrán perfectamente ser personas diferentes a aquellas que estipula el convenio por el hecho de que hayan adquirido una parte de los terrenos sobre los que se crearán diversos grupos o lotes». Al mismo tiempo, este hecho, la imposibilidad de elección del urbanizador o parcelador, atenúa considerablemente, a juicio del abogado general, los riesgos de discriminación que emanan de los poderes adjudicatarios puesto que tienden a favorecer a los operadores económicos nacionales o locales.

(4) Sentencias de 20 de diciembre de 1994 (Cass. I, núm. 10947) y de 17 de junio de 1996 (Cass. III, núm. 5541).

Sin embargo, la sentencia contradice esta opinión en el sentido de que considera:

a) Por una parte, que la circunstancia de que la disposición de Derecho nacional que prevé la realización directa de las obras de urbanización forma parte de un conjunto de reglas en materia de urbanismo que tienen características propias y que persiguen una finalidad específica, distinta en principio de la Directiva (aunque no opuesta, añadimos nosotros), no es suficiente para excluir la realización directa del ámbito de aplicación de la Directiva, cuando se cumplen los requisitos exigidos para incluirla en dicho ámbito (como analizaremos a continuación, los requisitos básicos para la existencia de un contrato sí se cumplen).

En este sentido, el Tribunal administrativo lombardo apunta además cómo las obras de urbanización del artículo 4 de la Ley regional núm. 847/64 pueden ser calificadas de obras públicas, puesto que son aptas para satisfacer las exigencias de urbanización y van más allá de la construcción o edificación de la simple vivienda individual y, lo que es más importante, porque la Administración competente tiene el control de las mismas siempre que ostente un título jurídico que le asegure la disponibilidad para garantizar su disfrute por los usuarios de la zona, lo que imprime un carácter eminentemente público a las mismas y su afectación necesaria a un destino público.

b) Por otra parte, en cuanto a la consideración de la inexistencia de un contrato por el hecho de que la autoridad local carece de la facultad de elegir quién ejecutará las obras puesto que, según la legislación italiana y lombarda, ésta debe ser necesariamente el propietario de los terrenos, tampoco es óbice para excluir del mismo su carácter contractual pues el convenio de urbanización celebrado entre ambos determina las obras de urbanización que el encargado de ejecutarlas debe realizar en cada caso; además, el Ayuntamiento dispone con base a la realización de este convenio de un título jurídico que garantiza la afectación pública de las obras.

La sentencia, por tanto, estima que se cumple el requisito contractual porque además el espíritu de la Directiva es el de la apertura de los contratos públicos de obras a la concurrencia de ofertas que garantice la ausencia de favoritismos por parte de las autoridades públicas, y el hecho de que el Ayuntamiento no pueda elegir al contratista no supone la exclusión del contrato de su efectiva inclusión y aplicación en el ámbito de la Directiva.

2) A título oneroso, sobre la gratuidad del proyecto de ejecución como argumento defendido por la parte demandada para su exclusión del régimen de contratación comunitaria, se ha de estar a la especificidad de la legislación urbanística de la ley regional de Lombardía (5), que permite en el

(5) Artículos 28, apartado 5, segundo guión, de la Ley núm. 1150/42 y 12 b) b) de la Ley regional de Lombardía núm. 60/77, en su versión modificada por el artículo 3 de la Ley regional de Lombardía núm. 31/86, de la que resulta que los propietarios de los terrenos

artículo 11 de la Ley 10/77 la posibilidad de que el titular de la licencia pueda comprometerse a realizar las obras de urbanización con imputación a la totalidad o parte de las obras a cuenta de la contribución adeudada, lo que no presupone, como aducen los demandados, la gratuidad del mismo, sino la aceptación de la realización del pago en especie, como una obligación de hacer, sustitutiva del pago obligatorio de la contribución prevista para la obtención de la licencia de urbanización. No se está, por tanto, efectuando prestación alguna a título gratuito, sino que la ley ofrece una alternativa al cumplimiento de la obligación.

El abogado general, sin embargo, argumenta que las relaciones entre el Ayuntamiento y el parcelador/urbanizador no pueden calificarse como de «relación jurídica a título oneroso» en el sentido de la Directiva puesto que únicamente lo es la relación entre el urbanizador/propietario/parcelador y el contratista. El carácter económico o fiscal de la relación entre el urbanizador y el Ayuntamiento no es, para el abogado general, el mismo que la relación onerosa exigida por la Directiva, que sólo constituye, a su entender, una amenaza a los intereses que se protegen por el texto porque, contrariamente a la situación más corriente en la contratación pública, aquí la colectividad pública no procede a una financiación en caso de realización directa del trabajo en deducción de la contribución. Por otra parte, el propietario/parcelador no percibe ningún pago y asume los gastos. En resumidas cuentas, la obra se lleva a cabo, el patrimonio común se acrecienta con el aumento de valor de la obra sin haber efectuado gasto alguno, mientras que el patrimonio del propietario/parcelador se ve privado de este valor sin otra contrapartida financiera que la deducción del pago de la contribución. Aquí el abogado general no valora que sí existe una verdadera contrapartida a la realización «gratuita» de las obras de urbanización, que es la plusvalía que obtiene, el aumento del valor de los terrenos o los solares resultantes, que es el fin económico de las obras de urbanización.

3) Existencia de una *entidad adjudicadora*, que es en este caso el Ayuntamiento demandado en el litigio principal, que es subsumible dentro de la clasificación que de las entidades adjudicadoras hace la Directiva.

4) *Contratista*. La parte demandada entiende que el elemento de la condición de contratista no se cumple porque el urbanizador no se identifica por ser empresario o por tratarse de una empresa de construcción, sino que lo es por el mero hecho de ser el propietario de los terrenos que se han de urbanizar, sin que sea exigible requisito alguno relativo a la capacidad técnica o patrimonial del mismo, a excepción de la presentación de un aval al Ayuntamiento que garantice el cumplimiento de los compromisos adquiridos.

que se van a urbanizar deben sufragar el coste de las obras de urbanización primaria, así como una parte proporcional del coste de las obras de urbanización secundaria inherentes a la urbanización o de las obras que sean necesarias para conectar la zona de que se trate con los servicios públicos.

El abogado general continúa en la misma línea que la parte demandada al considerar que el hecho de que el parcelador no sea siempre un contratista constituye el segundo motivo por el que se debe descartar la idea de una legislación nacional que impone la realización directa de las obras de equipamiento en deducción del pago de la contribución aducida contraviene la Directiva. En opinión del abogado general, no puede considerarse que existe un contrato público porque, a pesar de que exista en apariencia un contratista y un adjudicador, la relación contractual existente no se da entre el Ayuntamiento y el contratista, que es el propietario del terreno, sino entre el propietario del terreno y los sujetos que vayan a realizar las obras de urbanización si éste prescinde de su realización directa, y la colectividad local no interviene en las relaciones entre el propietario-parcelador y el urbanizador, por lo que su capacidad de influencia se ve singularmente reducida. Por lo que entiende que debe apartarse la idea de la calificación de esta relación como contrato público no sólo por la ausencia de urbanizador como interlocutor directo con el Ayuntamiento, sino también por la falta de intervención del mismo en la operación de construcción confiada por el parcelador propietario al urbanizador (6).

Por el contrario, la sentencia entiende que el hecho de que el titular de la licencia efectúe las obras de urbanización en su propio nombre, antes de cederlas al Ayuntamiento, no puede despojar a este último de su calidad de entidad adjudicadora ni al primero de su calidad de contratista.

5) Conforme a lo establecido por el artículo 1, letra a), de la Directiva, los contratos públicos de obras deben tener como *objeto* la ejecución o ejecución y proyección de las actividades que figuran en el Anexo II o el artículo 1, letra c) (una obra que represente el resultado de un conjunto de obras de construcción o de ingeniería civil destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, o bien la realización de una obra que responda a las necesidades especificadas por una determinada entidad adjudicadora).

Esta descripción tan genérica que de las obras lleva a cabo la Directiva hace perfectamente subsumibles dentro de las mismas a cualquier realización que implique una determinada transformación de un terreno, la adecuación o renovación de un edificio y a las que son enumeradas en el artículo 4 de la Ley regional de Lombardía 847/64, que incluye a las obras de urbanización como obras de construcción o ingeniería civil y, por tanto, se enmarcan dentro del Anexo II de la Directiva, así como el grupo 501 de la NACE, de «construcción de inmuebles (de habitación y otros)». Se cumple, por tanto, el requisito de la inclusión en la Directiva del objeto del contrato.

En función de los elementos analizados y los argumentos expuestos, el Tribunal entiende que la realización directa de una obra de urbanización en las condiciones previstas en la legislación italiana en materia de urba-

(6) En este mismo sentido, vid. Conclusiones del Abogado General Lenz en el caso *Gestión Hotelera Internacional* (sentencia de 19 de abril de 1994, C-331/92, Rec. P. I-1329, puntos 35 y 41).

nismo constituye un «contrato público de obras» en el sentido del artículo 1, letra a), de la Directiva, de lo que se desprende que ésta será de aplicación cuando el valor estimado de una obra sea igual o superior a 5 millones de euros, en cuyo caso la Administración municipal tiene la obligación de respetar los procedimientos previstos por la Directiva cada vez que celebra un contrato público de obras de este tipo.

2. *Segunda cuestión prejudicial*

El Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia plantea como segunda cuestión si, no obstante los principios de concurrencia establecidos en el Derecho comunitario, pueden considerarse compatibles con el ordenamiento jurídico comunitario acuerdos entre la Administración y los particulares (autorizados, con carácter general, por el art. 11 de la Ley italiana núm. 241, de 7 de agosto de 1990) en materias caracterizadas por la elección por parte de la Administración de un interlocutor privado con el que suscriben convenios respecto a determinadas prestaciones, en caso de que estas últimas superen el umbral previsto por las Directivas en esta materia.

La respuesta dada a esta segunda cuestión prejudicial por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas evita entrar en el fondo de la cuestión, al entender que el órgano jurisdiccional de remisión no precisa de las disposiciones de Derecho comunitario cuya interpretación solicita ni los aspectos concretos de la legislación italiana de que se trata cuya aplicación en el litigio principal plantearía problemas en relación con el Derecho comunitario, por lo que al faltar este tipo de indicaciones no es posible delimitar el problema concreto de interpretación de disposiciones de Derecho comunitario que podría plantearse en el litigio principal, por lo que declara la cuestión inadmisibile.

IV. APLICABILIDAD Y CONSIDERACIONES CONCEPTUALES

1. *Efectos de las sentencias sobre cuestiones prejudiciales*

a) En el ordenamiento italiano. La sentencia no puede estimar la ilegalidad de la norma italiana y/o lombarda pero sí la inadecuación de la misma a la norma comunitaria, de forma que proporcione al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación relacionados con el Derecho comunitario que puedan permitirle apreciar dicha compatibilidad para dirimir el asunto de que conozca (7).

Para poder calibrar en su justa medida los efectos que la sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2001 del TJCE tiene sobre los diferentes ordenamientos jurídicos de los Estados miembros hemos de desta-

(7) En este sentido, vid. sentencia de 30 de abril de 1998, *Sodiprem y otros*, asuntos acumulados C-37/96 y C-38/96, Rec. P. I-2039, apartado 22.

car que ésta es una decisión prejudicial a una cuestión sobre la interpretación de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.

Las cuestiones prejudiciales suponen un control indirecto del respeto del Derecho comunitario por los Estados miembros a través de la cuestión prejudicial de interpretación, lo que quiere decir que estamos hablando de supuestos en los que la compatibilidad con el Derecho comunitario de una norma nacional, y por tanto su aplicabilidad en el proceso *a quo* conforme al principio de primacía, depende de cuál sea la interpretación procedente del Derecho comunitario aplicable al litigio (8).

El TJCE carece teóricamente de competencia para entrar a valorar sobre la interpretación del Derecho nacional, aunque en el fondo lo haga, y por ello las sentencias que resuelven cuestiones prejudiciales se han ido asimilando cada vez más desde la óptica del control judicial comunitario sobre el Derecho nacional a los procesos por incumplimiento, siendo usuales sentencias dictadas en el marco del artículo 234, antiguo artículo 177, en las que el Tribunal de Justicia, sin referirse abiertamente a la normativa nacional y utilizando fórmulas como «disposiciones del tipo descrito en el planteamiento de la cuestión prejudicial», realiza indirectamente, sin embargo, un juicio de compatibilidad entre el contenido de la misma y el Derecho comunitario (9).

En el caso planteado, la sentencia lleva a cabo una interpretación del Derecho comunitario en la que no se produce una completa desvinculación del caso concreto, puesto que el pronunciamiento final del Tribunal en abstracto es fruto de un análisis pormenorizado de la situación de hecho y del contenido de la legislación italiana puesto en relación con la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, como por otra parte no puede ser de otra manera. Por esta razón y como veremos a continuación, la aplicabilidad y los efectos de esta sentencia en el ordenamiento jurídico español y en las diferentes normativas autonómicas puede resultar difícil por la precisión del pronunciamiento (10) y la singularidad del caso.

b) En el ordenamiento español (en los ordenamientos españoles), la duda que se nos plantea es el efecto que estas sentencias sobre cuestiones

(8) Cfr. M. BACIGALUPO SAGGESE, «El sistema jurisdiccional de la Unión Europea», en VV.AA., *Principios de Derecho de la Unión Europea*, 1.ª edición, Editorial Colex, Madrid, 2000, pág. 503.

(9) Cfr. R. ALONSO GARCÍA, *Derecho comunitario. Sistema Constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, Ed. Ceura, pág. 467.

(10) En efecto, la sentencia concluye que la Directiva del Consejo de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, se opone a una legislación nacional en materia de urbanismo que permite, apartándose de los procedimientos previstos por esta Directiva, la realización directa por el titular de una licencia urbanística o de un plan de urbanización aprobado de una obra de urbanización, con imputación de la totalidad o parte de la obra a cuenta de la contribución aducada por la concesión de la licencia, cuando el valor de dicha obra sea igual o superior al umbral fijado por la Directiva.

prejudiciales tiene en otros ordenamientos jurídicos ajenos a la misma, o, lo que es lo mismo, si los operadores jurídicos de las distintas Comunidades Autónomas deben interpretarse conforme a la interpretación que del Derecho comunitario se lleva a cabo sobre la adecuación al mismo de la posibilidad que recoge la Ley lombarda de permitir la realización directa de las obras al titular de una licencia sin que se convoque concurso previo al respecto.

2. *Sobre la diferenciación de dos relaciones jurídicas en lo que podríamos denominar «contrato de urbanización». Sumisión de las mismas a la normativa comunitaria sobre contratación independientemente de las particularidades de la legislación nacional*

La sentencia lleva a cabo una definición y demostración simplista pero eficaz, qué duda cabe, de que la relación jurídica existente entre el Ayuntamiento de Milán y Pirelli, MCS y la Fundación del Teatro de la Escala es una relación contractual sometida a las exigencias y requisitos propios de la legislación de contratos de obras desarrollada por la Directiva 93/37/CEE, por lo que impone la necesidad de que las obras que hayan de realizarse no puedan adjudicarse directamente, sino que deban ser sacadas a concurso público.

Es importante, a mi juicio y sobre todo para entender la posible aplicabilidad de la misma en el ordenamiento español, la distinción entre *dos relaciones jurídicas* diferenciables.

- a) *Relación jurídica entre adjudicatario/urbanizador y Administración.*

De una parte, se establece un primer paso, una primera relación entre Administración y particulares, que puede ser de carácter convencional, contractual o de origen legal, y en la que se establecen las condiciones de un determinado plan de urbanización o, en el caso de las obligaciones de origen legal, se establecen condiciones generales a la urbanización. La elección del particular o la Administración que vaya a ejecutar este plan supone una relación jurídica difícilmente encuadrable puesto que se mueve entre dos ámbitos, el contrato de gestión de servicios y el contrato de obras, aunque no pueda subsumirse exactamente en ninguna de las dos, pues el contrato de urbanización, como genéricamente podríamos denominarlo, conlleva obligaciones que sobrepasan la idea primigenia tanto del contrato de obras como del de gestión de servicios.

— En Derecho italiano-lombardo hemos visto cómo los propietarios de suelo acceden a este estatus de urbanizador por el mero hecho de serlo, y en principio parece que la sentencia no pone en duda la legitimidad de esta medida. La sentencia no califica jurídicamente la relación entre el Ayuntamiento y el propietario de suelo; de hecho, esta relación jurídica es

puesta en tela de juicio por la parte demandada en la segunda cuestión prejudicial y el Tribunal no entra en ella, la considera inadmisibile porque no es posible llevar a cabo una delimitación del problema concreto a la luz de las disposiciones de Derecho comunitario que podría plantearse en el litigio principal.

El Tribunal entiende que al no proporcionarse elementos específicos sobre el carácter de esta legislación la segunda cuestión prejudicial decae, de forma que admite, o al menos no rechaza, lo que el Derecho italiano viene a denominar como «administración consensual», es decir, una forma de actuación en la que los poderes públicos abandonan o atenúan los aspectos de autoridad y el carácter unilateral de su intervención para negociar directamente el contenido de los actos administrativos que les afectan.

— En Derecho español, atendiendo a la interpretación que realizamos del fraccionamiento de la actividad de urbanización en dos tipos de relaciones, siendo la primera la que determina quién es el agente urbanizador, la consideración en la mayor parte de las legislaciones del carácter preferente del propietario o propietarios del suelo en la misma no iría en contra del Derecho comunitario, o al menos no contradice los principios establecidos en la sentencia, pues esta adjudicación parece no requerir de un concurso público previo, aunque en la mayor parte de las nuevas legislaciones urbanísticas de las Comunidades Autónomas se prevea.

En este sentido y con referencia al Derecho urbanístico valenciano (11), PAREJO y BLANC (12) precisan que la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, Reguladora de la Actividad Urbanística de la Comunidad Valenciana, no califica la relación jurídica entre la Administración y el agente urbanizador, ni la adscribe a ninguna de las categorías típicas de la relación contractual administrativa. En ningún precepto se refiere al urbanizador como «contratista», ni siquiera lo identifica expresamente como concesionario de la Administración, sino que se limita a describirlo como «agente público» (art. 29.6 LRAU) o «iniciativa empresarial privada» en la que la Administración delega la condición de agente urbanizador. Las leyes urbanísticas se expresan así para resaltar la especificidad y singularidad de la figura y de su cometido, cuya complejidad no permite describirla cabal y enteramente por simple remisión a las relaciones contractuales administrativas típicas.

Habría que añadir, por otra parte, que también el requisito de que esta primera relación debiera estar siempre sometida al requisito concursal sólo puede ser exigido cuando la Administración actúe de forma indirecta, pues si no impediría o dificultaría enormemente la actuación directa o me-

(11) Consideraciones que son de aplicación a aquellas legislaciones autonómicas que reproducen prácticamente este primer modelo.

(12) L. PAREJO y F. BLANC CLAVERO, *Derecho urbanístico valenciano*, 2.ª edición, Tirant lo Blanch Reformas, Valencia, 1999, pág. 389.

diante sociedades de urbanización o empresas municipales de suelo creadas para tal fin.

En este sentido, el Real Decreto 1169/1978, de 2 de mayo, de Constitución de Sociedades Urbanísticas, es revelador pues sólo exige la libre concurrencia en la actuación de las mismas en el caso de ejecución de las obras, prohibiéndose además de forma expresa la ejecución de las mismas (el art. 3.5 del Real Decreto 1169/1978 establece que «la ejecución de obras se adjudicará por la Sociedad en régimen de libre concurrencia, sin que, en ningún caso, pueda dicha Sociedad ejecutarlas directamente»). En efecto, el Real Decreto 1169/1978 establece que el objeto de este tipo de sociedades es la realización de estudios urbanísticos, incluyendo la redacción de planes de ordenación, proyectos de urbanización y la iniciativa para su tramitación y aprobación, la actividad urbanizadora (que puede alcanzar tanto a la promoción de la preparación del suelo y renovación o remodelación urbana como a la dotación de servicios para la ejecución de los planes de ordenación) y la gestión y explotación de obras y servicios resultantes de la urbanización en caso de obtener la concesión correspondiente, conforme a las normas aplicables en cada caso.

La Ley 6/1998, de régimen de suelo y valoraciones, no parece moverse dentro de la lógica jurídica que venimos describiendo, en el sentido de diferenciar estos dos tipos de relaciones de forma clara, puesto que no es una norma propiamente urbanística, no puede serlo, y por ello se apega a la regulación del régimen de suelo desde la perspectiva de la propiedad. Por esta razón no distingue entre estos dos tipos de relaciones, y tampoco se refiere a alguna de ellas; en caso de hacerlo (v.gr., relación entre Administración y propietarios de suelo), no entra en la consideración de su carácter contractual, sino que establece obligaciones de origen legal derivadas de la clasificación del suelo y en las que, con carácter general, se recoge simultáneamente como derecho y deber de ejecutar las obras de urbanización por los propietarios.

En suelo urbano, «los propietarios tienen el derecho a completar la urbanización de los terrenos para que adquieran la condición de solares y a edificar éstos en las condiciones en que en cada caso establezcan la legislación urbanística y el planeamiento» (art. 3), «los propietarios de terrenos en suelo urbano consolidado por la urbanización deberán completar a su costa la urbanización necesaria para que los mismos alcancen —si aún no la tuvieran— la condición de solar (...) y deberán costear, y en su caso ejecutar la urbanización de los mismos».

En suelo urbanizable, los propietarios tienen derecho a promover la transformación del terreno mediante la programación o aprobación del instrumento de planeamiento correspondiente según determine la legislación urbanística de cada Comunidad Autónoma (art. 15), y deberán costear y en su caso ejecutar tanto las infraestructuras de conexión con los sistemas generales que el planeamiento general incluya o adscriba al ámbito correspondiente y costear o ejecutar la urbanización del sector o ámbito correspondiente.

La distinción entre las obligaciones de costear y ejecutar las obras de

urbanización tiene su origen, a juicio de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (13), en la distinción entre el sistema de cooperación, hoy considerado de gestión pública, y la segunda al sistema de compensación, prototipo de la gestión privada, entendiéndose en este sentido que «la distinción entre costear y ejecutar no es del todo indiferente a la vista de la argumentación de la sentencia del Tribunal de Justicia, y en cualquier caso, marca una distancia de nuestro derecho con el italiano, ya que si la ejecución se encomienda directamente por la ley al propietario o propietarios del suelo a transformar no podrá decirse, como la Sentencia dice, que cuando el Ayuntamiento autoriza a los propietarios a ejecutar directamente las obras, está renunciando al cobro de contribución alguna. Además en nuestro caso no media ni en el sistema de cooperación ni en el de compensación, convenio alguno entre el Ayuntamiento y los propietarios, por lo que siempre faltaría uno de los requisitos determinantes de la aplicación de la directiva».

Estas matizaciones hechas a la distinción entre costear y ejecutar serían exactas si la legislación de suelo aplicable para toda España fuera una única ley estatal que regulara los sistemas de compensación y cooperación y si las obligaciones de los propietarios, efectivamente, fueran siempre de origen legal y no convencional (14), pero no es así. La proliferación de nuevos sistemas de ejecución, así como la concreción de la programación y la actividad de ejecución mediante convenios urbanísticos, están a la orden del día en la legislación urbanística de las Comunidades Autónomas.

Nuestra actual realidad urbanística es desesperantemente rica en matices y cada Comunidad Autónoma regula de forma diferente los tradicionales sistemas de ejecución del planeamiento, y en algunos casos ni siquiera los toma en cuenta. Por esta razón se hace necesario adentrarse en el contenido de la normativa de cada una de las Comunidades Autónomas para analizar qué dice al respecto.

La Ley 6/1998, de régimen de suelo y valoraciones, no se acerca a la regulación de lo que hemos venido a denominar como contrato de urbanización, sino que atribuye como derechos y deberes que emanan del régimen de la propiedad urbanística de suelo el costeamiento y/o la ejecución de las obras de urbanización. Los agentes extraños a la propiedad que funcionarían como agentes urbanizadores, promotores y, en su caso, ejecutores de las obras aparecen en los supuestos de actuación pública de la acción urbanística, en los que «la Administración actuante promoverá, en el marco de la legislación urbanística, la participación de la iniciativa privada aunque ésta no ostente la propiedad del suelo» (art. 4); por esta razón analizaremos a continuación de qué forma regulan las legislaciones de las Comu-

(13) T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La Sentencia del TJCE de 12.7.2001 (TJCE 2001, 194) (asunto «Proyecto Escala 2001») y su impacto en el ordenamiento urbanístico español*, «Actualidad Jurídica Aranzadi», 25 de octubre de 2001, año XI, núm. 505, págs. 1 a 6.

(14) Serán de aplicación en todo caso en aquellas Comunidades Autónomas que no gozan de una legislación urbanística completa y diferente de la legislación supletoria estatal, como son, al momento del cierre de este artículo, Andalucía, Extremadura, Murcia, Asturias. Aunque Cataluña goza de una legislación urbanística completa, podemos incluirla en esta valoración por responder su esquema al de la legislación estatal de 1976.

nidades Autónomas la incorporación de terceros ajenos a la propiedad de suelo que costeen y ejecuten las obras de urbanización y si esta regulación es acorde con la legislación comunitaria y el pronunciamiento que sobre la misma hace la sentencia del TJCE que aquí comentamos.

b) Relación jurídica entre el adjudicatario-urbanizador y el ejecutor material de las obras de urbanización. Especial referencia a las legislaciones de las Comunidades Autónomas.

En un segundo plano encontramos la relación jurídica que se da entre el urbanizador o adjudicatario de las obras y el sujeto encargado de ejecutarlas.

— En el Derecho italiano se permite la realización directa de las obras de urbanización por parte del titular de una licencia y de un plan de urbanización aprobado. Pero la interpretación llevada a cabo por el TJCE considera que esta práctica, legal, no es acorde con la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.

El Tribunal entiende que en las situaciones en las que se plantea la ejecución o el proyecto y la ejecución de obras por una entidad adjudicadora, éstas deberán realizarse de manera que no quede menoscabada la eficacia de la Directiva, sobre todo cuando dichas situaciones presenten particularidades debidas a las disposiciones del Derecho nacional que le son aplicables; por eso, la circunstancia de que la disposición de Derecho nacional que prevé la realización directa de las obras de urbanización forme parte de un conjunto de reglas en materia de urbanismo que tiene características propias y que persigue una finalidad específica, distinta de la de la Directiva, no basta para excluir la realización directa del ámbito de aplicación de la Directiva cuando se cumplen los requisitos exigidos para incluirla en dicho ámbito. A este respecto, continúa, puede considerarse que las obras de urbanización a las que hace referencia el artículo 4 de la Ley 847/1964 pueden ser perfectamente calificadas de obras públicas debido a que, por sus características funcionales, son aptas para satisfacer las exigencias de urbanización, que van más allá de la vivienda individual, y, por otra parte, que la Administración competente tiene el control de tales obras mientras disponga de un título jurídico que le asegure su disponibilidad con el fin de garantizar su disfrute por todos los usuarios de la zona. Confirmando estos requisitos la afectación pública que desde un principio se confiere a las obras que deban realizarse.

— La aplicación de esta interpretación del Tribunal de Justicia en el ordenamiento jurídico español es de gran interés puesto que las recientes y más novedosas legislaciones urbanísticas de las Comunidades Autónomas entienden que en la gestión indirecta de la urbanización por parte de un tercero, que puede coincidir o no con el titular de los terrenos, una vez suscrito un convenio que regula el contenido de una determinada actuación y en el régimen de contratación de prestaciones accesorias con carácter ge-

neral, como veremos, el agente urbanizador parece ser libre de contratar por medios civiles y con quien lo prefiera la obra civil u otras prestaciones accesorias en algunos casos, y en otros la legislación no dice nada al respecto. Analizamos a continuación los distintos supuestos que plantean las normas autonómicas y una valoración de si la regulación responde a los criterios de interpretación que de la Directiva 93/37/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de obras públicas, lleva a cabo la sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001.

Castilla-La Mancha. Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística.

La gestión indirecta de la obra urbanizadora es regulada mediante la figura del agente urbanizador, que aparece como gestor por adjudicación de la ejecución de un Programa de Actuación Urbanizadora, siendo el responsable de la ejecución y actúa por cuenta de la Administración actuante según el convenio estipulado y seleccionado en pública competencia (art. 117.1). Existe, por tanto, un primer concurso que cumple con la normativa comunitaria y con el principio de libre concurrencia. Sin embargo, se nos plantea la duda, a la luz de la interpretación de estos preceptos de acuerdo con la sentencia comunitaria que comentamos, de que el artículo 117.3 sea contrario a la misma en el sentido de que permite la posibilidad de que el urbanizador particular pueda contratar prestaciones accesorias de su gestión con tercero sin transmitirle sus responsabilidades ante la Administración actuante, bastando con que simplemente dé cuenta de ello a ésta. No se determina ni se especifica cuál es el régimen o las modalidades en la contratación de prestaciones accesorias entre el agente urbanizador y el contratista, que es la relación jurídica que analizamos en este epígrafe.

Para encontrar una solución a este entuerto, una de las fórmulas posibles, que no sería contraria a la legislación comunitaria y ya prevista en la Ley castellano-manchega, sería la puesta en relación con el 125 en el sentido de que establece que las relaciones derivadas de la adjudicación del Programa de Actuación Urbanizadora se regirán supletoriamente por las reglas del contrato de gestión de servicios públicos de la legislación reguladora de la contratación de las Administraciones Públicas.

Canarias. Ley 9/1999, de 13 de mayo, de Ordenación del Territorio de Canarias.

En los sistemas de ejecución privada canarios (concierto, compensación y ejecución empresarial) caben diferentes interpretaciones. El sistema de concierto en el que el propietario único o todos los propietarios asumen la entera actividad de ejecución conforme a las condiciones libremente pactadas por ellos en un convenio urbanístico aprobado por el Ayuntamiento. El único límite que se impone a la autonomía de la voluntad es el contenido del convenio suscrito, pero no se regula ninguna forma de adjudicación en régimen de libre concurrencia ni para la designación de quién haya de ser el agente urbanizador, pues éste será el propietario o los pro-

pietarios puestos de común acuerdo, ni para la ejecución posterior de las obras, sino que el convenio urbanístico de gestión concertada será el que regule las condiciones de la gestión y ejecución de la urbanización (arts. 107 y 108), por lo que en principio este sistema no parece caber en la interpretación del Tribunal de Justicia, puesto que además cabe la posibilidad de incorporación a la entidad urbanística de gestión, como miembros o socios, a personas o entidades que aporten financiación o asuman la realización de las obras de urbanización y edificación precisas.

Esta posibilidad de incorporación, podríamos decir que directa, sin que medie concurso alguno, es la que no concuerda con lo establecido por la sentencia; tendría por tanto que especificarse que este tipo de sociedades deberán elegirse en virtud de un procedimiento de pública concurrencia.

Lo mismo ocurre en el sistema de compensación regulado por la norma canaria, en el que la Junta de Compensación tiene la posibilidad de incorporar a la misma a las empresas urbanizadoras que se hagan cargo de la ejecución del conjunto, pero no especifica qué regulación o qué procedimiento se ha de seguir para decidir la empresa urbanizadora que ha de incorporarse, al decir simplemente que «podrán incorporarse a la Junta de Compensación la o las empresas urbanizadoras que deban participar en la ejecución» (art. 113.3).

En el nuevo sistema de ejecución empresarial que incorpora la Ley canaria, el beneficiario de la atribución de la ejecución asumirá la entera actividad y deberá realizar ésta conforme al convenio urbanístico de ejecución aprobado y suscrito con el Ayuntamiento y la oferta efectuada a los propietarios de suelo, así como los restantes compromisos asumidos voluntariamente. La parca regulación que de este sistema se hace muestra cómo el legislador canario ha evitado en todo momento una equiparación del sistema de ejecución empresarial al que otras Comunidades Autónomas denominan como sistema de concurso o ejecución por concesionario, puesto que no establece cómo se determina quién ha de ser el empresario que lleve a efecto gestión y ejecución y se remite toda la regulación y las características del mismo a la regulación de un convenio. Es, pues, muy diferente al sistema de la Ley valenciana, en el que el urbanizador aparece siempre y de forma muy clara como un agente público que ejecuta una función pública, la de urbanizar; la ambigüedad de la regulación canaria suscita sospechas en el sentido de que privatiza al máximo la función pública urbanística mediante la regulación de este sistema de ejecución empresarial. El operador jurídico deberá tener en cuenta la necesidad de que impere el principio de libre concurrencia para la regulación pormenorizada del mismo y su adecuación al Derecho comunitario.

Pero es que la legislación canaria, que evita en todo momento y en todos los sistemas de ejecución privados, como acabamos de ver, la sumisión de los mismos a normas y procedimientos concursales, reincide en este, podríamos calificar de vicio privatizador, en los sistemas de ejecución pública al estimar, en el sistema de ejecución forzosa, que la sociedad que asuma la encomienda de la gestión del sistema podrá contratar con empresarios privados la realización de las obras de urbanización y edificación precisas (art. 132.2),

sin especificar en momento alguno que se requiera concurso público para determinar el empresario privado que la deba llevar a cabo.

Aragón. Ley 5/1999, de 29 de marzo, Urbanística.

Los sistemas de actuación indirecta en la Ley aragonesa son el de compensación, ejecución forzosa y concesión de obra urbanizadora.

Es interesante destacar cómo bajo la apariencia de un mismo sistema de ejecución como es el de compensación, la forma que podríamos considerar como tradicional de ejecutar el planeamiento en nuestro ordenamiento jurídico, pueden aparecer figuras con diferencias singulares entre unas Comunidades Autónomas y otras.

Tal es el caso del sistema de compensación regulado en la Comunidad Autónoma de Aragón, que difiere de los recogidos en la legislación canaria que acabamos de comentar, por ejemplo. La regulación del sistema de compensación en este caso no parece ser contraria a la norma comunitaria a la luz de la interpretación de la sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001, porque al establecer que los propietarios aportan los terrenos de cesión obligatoria y realizan a su costa la urbanización en los términos y condiciones que se determinen en el Plan, no está cerrando la posibilidad de que la ejecución de las obras deba adjudicarse a un contratista, conforme a lo dispuesto por la Directiva 93/37/CEE, sino que remite las condiciones pormenorizadas al planeamiento urbanístico, que en este caso debería adaptarse a la interpretación realizada por la STJCE que comentamos. Lo mismo ocurre en el sistema de ejecución forzosa, en el que la Comisión gestora acordará las modalidades a adoptar para la realización de las obras y su financiación y en el que, en todo caso, las enajenaciones y obras se realizarán conforme a las prescripciones de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación.

El sistema de concesión de obra urbanizadora también es perfectamente compatible con la interpretación del TJCE puesto que, determinado el sistema de actuación, el Ayuntamiento procederá a la convocatoria y adjudicación de la concesión conforme a las prescripciones de la legislación de contratos (art. 153.1).

Castilla y León. Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo.

La Ley de Urbanismo de Castilla y León enumera una serie de sistemas mediante los cuales se desarrollarán las actuaciones integradas (concierto, compensación, cooperación, concurrencia y expropiación). En el sistema de concierto no se especifica la forma de adjudicación de las obras de urbanización, sino que simplemente se determina que asumirá el papel de urbanizador el propietario único o el conjunto de propietarios que garanticen la ejecución. Garantizar la ejecución no significa ejecutarla directamente sin mediar concurso, por lo que esta indeterminación da cabida a una interpretación favorable, o al menos no contraria, a la de la sentencia de 12 de julio de 2001 del TJCE.

En el sistema de compensación, sin embargo, los propietarios asumen

el papel de urbanizador (art. 80.2) y, como tal, serán los responsables de ejecutar la actuación asumiendo las obligaciones establecidas en el proyecto de actuación y financiando los gastos de urbanización que procedan, sin perjuicio de las obligaciones de los propietarios de costearlos (art. 72.4). Como comentamos con anterioridad, el sistema de compensación adopta diferentes formas en función de la Comunidad Autónoma que lo regule. El urbanizador en la Ley aragonesa aparece como responsable y financiador de las actuaciones, pero no parece que se le atribuya directamente la obligación de ejecutar la misma, por lo que puede dar cabida a que la ejecución de las obras de urbanización se lleve cabo por un contratista mediante procedimiento de libre concurrencia, no siendo, pues, contrario a la regulación comunitaria.

En el sistema de concurrencia se especifica que se deberá convocar un concurso público para la selección del urbanizador, al que corresponde la ejecución de la actuación (art. 88.3). El urbanizador es, en definitiva, el adjudicatario de un concurso cuyos derechos se rigen conforme a la Ley de contratos públicos.

La Rioja. Ley 10/1998, de 2 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo.

Al igual que en la Ley aragonesa el sistema de compensación, los propietarios aportan los terrenos de cesión obligatoria y realizan a su costa la urbanización en los términos establecidos en el plan; esta remisión al plan de urbanismo parece poder permitir, haciendo una interpretación amplia, casi de manga ancha, de los términos de la Ley, su adecuación al Derecho comunitario.

El sistema de concesión de obra urbanizadora es quizá uno de los más coherentes con la STJCE, puesto que su articulación como contrato sometido a la legislación de contratos públicos, además de expresa (art. 145.4, en todo lo demás la concesión de obra urbanizadora se regirá por lo dispuesto en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas), también lo es en su formulación, en la que la condición de urbanizador se adquiere mediando concurso en el que se especificarán las obligaciones del adjudicatario-urbanizador, que como mínimo serán la formulación del proyecto de urbanización y de reparcelación y la realización de las obras de urbanización.

Navarra. Ley Foral 10/1994, de 4 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo.

La regulación de los sistemas de compensación y reparcelación voluntaria (equivalente al sistema de concierto existente en algunas Comunidades Autónomas) es prácticamente idéntica a la de las Comunidades Autónomas citadas con anterioridad, excepto Canarias, por lo que haciendo una interpretación amplia de aquellos términos que indican, o mejor dicho no indican, que la ejecución directa de las obras de urbanización vaya a ser realizada por los propietarios se puede dar cabida a esta regulación en

el no muy amplio abanico de posibilidades que la STJCE reduce la ejecución de las obras de urbanización, pues obliga —recordemos— a someterla a las determinaciones de la Directiva 93/37/CEE y al principio de libre concurrencia. Los propietarios en los sistemas de compensación y reparcelación voluntaria deben realizar a su costa la urbanización; ese «a su costa» no tiene por qué implicar ejecución directa sino que permite, a mi modo de ver, la posibilidad de subcontratación, eso sí, por los medios previstos en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas.

Madrid. Ley 9/2001, de 17 de julio, de Suelo.

La nueva Ley de Suelo de la Comunidad de Madrid establece dos modalidades dentro del tradicional sistema de compensación. Una primera modalidad de ejecución directa por los propietarios, en la que, al contrario que en los sistemas anteriores descritos, en los que se ha llevado a cabo una interpretación amplia de la norma para salvarla de los efectos devastadores de la STJCE de 12 de julio de 2001, considerando que «realizarán a su costa» no significa la ejecución directa de los mismos sin mediar concurso público, aquí no cabe interpretación extensa y más o menos ambigua porque los términos de la Ley son bien claros. La primera modalidad de ejecución del sistema de compensación establece que la aprobación definitiva de la aplicación del sistema de compensación, en su modalidad de ejecución directa por los propietarios de suelo, determina la asunción por parte de éstos de la actividad de ejecución en los términos y condiciones en que haya quedado definido el sistema para su desarrollo bajo la supervisión (arts. 106, 107 y 108), intervención y control de la Administración municipal y su gestión se realizará bien en Junta de Compensación, mediante sociedad mercantil constituida al efecto o directamente por el propietario único de los terrenos.

Es la segunda modalidad del sistema de compensación, la ejecución por adjudicatario de concurso, la que parece tener perfecto encaje en el ámbito marcado por la sentencia puesto que no existe adjudicación directa alguna y media siempre el concurso, en el que se presentan diferentes alternativas, resultando una de ellas beneficiaria de la ejecución (art. 110).

Comunidad Valenciana. Ley 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la actividad urbanística.

La Ley valenciana ha sido la pionera en el establecimiento de una nueva formulación y concepción de la ejecución del planeamiento urbanístico en la que desaparecen los sistemas tradicionales de actuación. La gestión y ejecución del planeamiento se enmarcan bajo los principios de libre concurrencia en la programación total de la actividad urbanizadora mediante el instrumento del programa y su ejecución mediante las actuaciones integradas por parte del agente urbanizador.

Las legislaciones comentadas con anterioridad asumen plena o parcialmente las novedades introducidas por esta normativa, y de su asunción total o parcial ha dependido en gran medida su conformidad a la sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001.

En la Ley valenciana la gestión indirecta de la obra urbanizadora, es decir, cuando ésta es promovida por un empresario particular, conlleva en todo caso, por una parte, el compromiso efectivo y voluntario asumido por el promotor de desarrollarlo en los plazos y condiciones determinados y, lo que es más importante, habrá de garantizar el compromiso en términos similares a los de todo contratista de la Administración, lo que implica, como bien explica la Exposición de Motivos de la Ley, que las iniciativas particulares de programación deben someterse a un procedimiento selectivo de pública competencia porque el promotor, es decir, el urbanizador, se convierte en agente público.

En coherencia con lo anteriormente expuesto, el artículo 29 de la Ley valenciana, que regula el objeto y las determinaciones de los Programas para el desarrollo de Actuaciones Integradas, establece que el agente urbanizador será seleccionado en pública competencia al aprobar un Programa cuando el responsable de ejecutar la Actuación se asume mediante gestión indirecta y, además, considera que las relaciones derivadas de la adjudicación del Programa se regirán por las normas rectoras de la contratación administrativa en lo que éstas no contradigan lo dispuesto por la Ley ni resulten incompatibles con los principios de la misma.

Cantabria. Ley 2/2001, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria.

La nueva Ley cántabra de Suelo recoge dos tipos de sistemas de actuación, como ya viene siendo habitual en todas las nuevas legislaciones urbanísticas que aquí se denominan de base privada y de base pública. Los sistemas de base privada son el tradicional de compensación y el sistema de concesión de obra urbanizadora.

En el sistema de compensación los propietarios agrupados en una entidad con personalidad jurídica, la Junta de Compensación, asumen el papel de urbanizadores y como tales llevan a cabo las operaciones de reparcelación y las obras de urbanización.

La Ley prevé la posibilidad de que puedan incorporarse a la Junta de Compensación las empresas urbanizadoras que hayan de participar con los propietarios en la gestión de la unidad de actuación (art. 152), pero no especifica el procedimiento mediante el cual éstas se incorporan, la forma de elección de las mismas, que conforme a la STJCE deberá ser mediante concurso público.

Por otra parte, el segundo sistema de base privada que introduce la Ley cántabra es el de concesión de obra urbanizadora. En él se cumplen todos los nuevos requisitos que de la STJCE de 12 de julio de 2001 parecen derivarse para la formalización de un contrato de urbanización y la ejecución de las obras por parte de una empresa urbanizadora. En efecto, la nueva Ley cántabra es quizá la que más se adecua al ordenamiento comunitario ya que, además de partir de la elección del urbanizador, concebido como concesionario de las obras, mediante el sistema de concurso (art. 170), establece como legislación supletoria en lo no previsto por la Ley la del contrato de concesión de obra pública en la legislación del Estado (art. 169.4).

Esta remisión es de gran interés puesto que es la primera normativa urbanística que identifica o asimila el contrato o la concesión de obra urbanizadora con la concesión de obra pública; el resto de las legislaciones hemos visto cómo hacen intencionadamente una remisión genérica a la contratación administrativa, o algunas al contrato de gestión de servicios públicos.

V. BREVE CONCLUSIÓN FINAL

Estas diferentes apreciaciones son muestra de que, en el fondo, no existe todavía una concepción unívoca de la naturaleza jurídica del contrato de obra urbanizadora en las legislaciones autonómicas. Pero éstas en adelante deberán estar atentas a las interpretaciones que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas haga en torno a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, en los que cada vez más se ve abocada la actividad urbanística.

No parece, pues, lógico ni acorde con el principio de libre concurrencia el hecho de que cada Comunidad Autónoma prevea en su normativa una concepción diferente, con efectos y requisitos jurídicos dispares, del contrato de obra urbanizadora, de la ejecución del planeamiento urbanístico mediante Juntas de Compensación o concesiones de la urbanización.

La sentencia, y en esto nos sumamos a la certera crítica que de ella hace FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (15), es reduccionista en exceso, no entra en la verdadera problemática del urbanismo, en su naturaleza compleja, pero lo que sí es cierto es que puede suponer un toque de atención a los imaginativos legisladores autonómicos para que conduzcan los contratos o la ejecución del planeamiento urbanístico a categorías jurídicas conocidas que no escapen del control y de los procedimientos previstos para los contratos de las Administraciones Públicas.

(15) *Op. cit.*, pág. 3. En este sentido afirma que «hay que defenderse contra los dogmatismos que se vuelven intolerantes y amenazan con tiranizarnos. La gestión urbanística es muy compleja y se resiste a este tipo de simplificaciones. Pone en juego intereses públicos muy importantes cuya satisfacción plantea dificultades muy grandes que no es posible solventar con ellas».