ESTUDIOS
QDL

SEMINARIO PERMANENTE DE DERECHO LOCAL

1. Las obras de urbanización y los contratos públicos de obras. A propósito de la Sentencia Scala 2001

Joaquín Huelin Martínez de Velasco
Magistrado.
Letrado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

1. Introducción.
2. El proyecto Scala 2001 y su inserción en el ordenamiento jurídico italiano.
3. El Derecho comunitario y la contratación pública.
4. La noción de contrato de obras. El análisis de la Sentencia Scala 2001.
5. El Derecho comunitario y el urbanismo.

1. Introducción

La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de julio de 2001, Ordine degli Architetti y otros,[1] conocida por la doctrina como Sentencia Scala 2001, es un buen ejemplo de las dificultades que, en ocasiones, encuentran los jueces de Luxemburgo para que sus pronunciamientos sean asimilados por los sistemas jurídicos de los estados miembros; unas veces, por deméritos propios, y otras, porque, con más frecuencia de la deseable, se olvida que el Derecho comunitario opera con categorías autónomas que no tienen necesariamente que coincidir con las que, con el mismo nombre, actúan en los ordenamientos nacionales.

En dicha sentencia, resolviendo un procedimiento prejudicial promovido por el Tribunal Administrativo regional de Lombardía, el de Justicia de las Comunidades Europeas ha afirmado que la Directiva 93/37/CEE[2] se opone a una normativa nacional que, apartándose de sus previsiones armonizadoras, encomienda al titular de una licencia o de un proyecto de obras la ejecución de los trabajos públicos de urbanización, como contribución a las cargas del proceso urbanístico.

Este pronunciamiento ha provocado reacciones diversas en la doctrina española, pero ninguna indiferente. Desde la temprana y extremosa de Tomás Ramón Fernández Rodríguez,[3] para quien la sentencia sacrifica en el "altar de la competencia" los intereses públicos que la tarea de "hacer ciudad" pone en juego,[4] hasta la más distante de Luciano Parejo Alfonso, que opina que no es aplicable al ordenamiento español,[5] pasando por la posición matizada de Rafael Gómez-Ferrer Morant,[6] quien toma en consideración el sistema mediante el que se ejecuta el planeamiento, a fin de determinar la influencia de la sentencia en nuestro sistema jurídico. A las anteriores opiniones pueden añadirse otras, como las de Agustín de Asís Roig,[7] Julio C. Tejedor Bielsa[8] o Marcos Vaquer Caballería.[9] Para el segundo, la Administración tiene la obligación de respetar los principios de la directiva cada vez que celebra un contrato público de obras de urbanización, independientemente del *nomen iuris* asignado por la legislación nacional.[10] En la misma línea, el primero considera que la ejecución de esta clase de trabajos por un sujeto determinado, distinto de la Administración actuante, tiene el carácter de contrato de Derecho público, que debe quedar sometido a su legislación específica.[11] Sin embargo, el último de los tres autores citados entiende que se trata de una figura convencional, pero no de un contrato en el sentido de la directiva.[12]

Estos pareceres doctrinales, y otros,[13] han sido emitidos con un conocimiento profundo y tras un análisis detallado del Derecho urbanístico español, en particular, de los distintos modos de ejecución del planeamiento; desde los sistemas de mayor arraigo, como el de compensación y la junta que lo gestiona, hasta las figuras más novedosas, entre las que destaca el agente urbanizador, introducido en nuestro Derecho por el legislador valenciano,[14] que ha sido emulado por los de otras comunidades autónomas.

Sin embargo, algunas de las mencionadas aportaciones no hacen lo propio con el Derecho comunitario y, especialmente, con las disposiciones de su acervo jurídico que tienen por meta el acercamiento de las legislaciones nacionales en materia de contratación pública. Este segundo bloque normativo ha de ser tomado en consideración para entender en sus justos términos la Sentencia Scala 2001 y sus consecuencias para el Derecho urbanístico español, pues de otro modo existe el riesgo de que el juicio sea emitido sin todos los elementos precisos y, por lo tanto, nazca desequilibrado. La mencionada sentencia es producto del diálogo entablado entre los jueces nacionales, que son la vanguardia en

1. Asunto C-399/98, Rec. págs. I-5409.

2. Directiva del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 199, pág. 4).

3. "La Sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001 (asunto 'proyecto Scala 2001') y su impacto en el ordenamiento urbanístico español", en *Actualidad Jurídica Aranzadi,* núm. 505, de 25 de octubre de 2001, págs. 1 a 6. Este artículo fue publicado después en la *Revista de Urbanismo y Edificación,* de la misma editorial, núm. 4, 2001, págs. 119 a 128, y en *Documentación Administrativa,* núm. 261-262, septiembre 2001-abril 2002, págs. 11 a 26 (las referencias corresponden a esta última publicación). El comentario de Tomás Ramón FERNÁNDEZ también ha aparecido en *Revista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario,* año XI, núm. 6/2001, págs. 1194 a 1208.

4. *Op. cit.*, pág. 19.

5. "La cuestión de inconstitucionalidad de la figura urbanística del 'urbanizador' en su concreta versión original, la de la legislación valenciana", en la edición de *Documentación Administrativa* ya citada, págs. 69 a 108, en particular, pág. 80 y ss.

6. "Gestión del planeamiento y contratos administrativos", en el repetido número de *Documentación Administrativa,* págs. 27 a 67.

7. "Características de la función de urbanización", en *Documentación Administrativa,* núm. 261-262, págs. 165 a 230.

8. "Contratación de la obra pública urbanizadora y sistema de compensación. La STJ de 12 de julio de 2001", en *Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo,* num. 112, octubre-diciembre 2001, págs. 597 a 611.

9. "La fuente convencional, pero no contractual, de la relación jurídica entre el agente urbanizador y la Administración urbanística", en *Documentación Administrativa,* núms. 261-262, págs. 231 a 255.

10. *Op. cit.,* pág. 610.

11. *Op. cit.,* págs. 227 y 228.

12. *Op. cit.,* pág. 247 y ss.

13. En *Documentación Administrativa,* núm. 261-262, Francisco BLANC CLAVERO también expone su opinión sobre el alcance de la Sentencia Scala 2001: "La posición jurídica del urbanizador: Urbanismo concertado y contratación administrativa", págs. 143 a 164. Silvia BALLESTEROS ARRIBAS realizó un comentario de urgencia en *Diario la Ley,* núm. 5428, págs. 14 a 16, con el título "Aplicación de la normativa contractual administrativa a las obras de urbanización: Nueva doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea".

14. Ley valenciana 6/1994, de 15 de noviembre, reguladora de la actividad urbanística (DOGV núm. 2394, de 24 de noviembre de 1994).

la aplicación del Derecho comunitario, y el Tribunal de Justicia, que ostenta el monopolio de su última interpretación, y, como en toda conversación, para aprehender su verdadero alcance, deben ser atendidos ambos contertulios, no sólo su discurso, sino también la posición desde la que se pronuncian.

Me propongo, pues, completar la contribución hecha por los autores que he citado, mediante el análisis del Derecho comunitario de la contratación y de sus específicos objetivos (3), para, a la luz de estos últimos, intentar determinar la influencia de la Sentencia Scala 2001 en los ordenamientos urbanísticos de nuestro sistema jurídico (4). Ahora bien, no está de más que, antes, rememore los hechos y el marco normativo que sustentan las cuestiones prejudiciales del Tribunal administrativo italiano (2).

Terminaré mi intervención, a modo de digresión final, exponiendo las razones por las que, en mi opinión, el proceso de construcción de una Europa unida y de una comunidad de derecho en este viejo, pero no caduco, continente, de un modo u otro, y en una dimensión tanto formal como material, está incidiendo, cada día más, en las manifestaciones jurídicas del fenómeno urbano (5).

2. El proyecto Scala 2001 y su inserción en el ordenamiento jurídico italiano

A) El Derecho de la República Italiana distingue las obras de urbanización primaria y las correspondientes a la secundaria. Esta última categoría la forman determinadas instalaciones dotacionales públicas,[15] mientras que las primarias se corresponden con las operaciones que nuestro sistema conoce como obras de urbanización.[16]

De igual forma que en nuestro ordenamiento, en el Derecho italiano la actividad edificatoria está sometida a la obtención de previa autorización, pero, además, el titular debe contribuir, de forma proporcional, a los gastos de urbanización, participación que ha de hacer efectiva en el momento de la concesión de la licencia, salvo que opte por ejecutar directamente las obras.[17]

Más en particular, en el caso de la realización coordinada de un conjunto de labores mediante un plan o proyecto, la autorización municipal queda supeditada a la celebración de un convenio por el que el propietario se comprometa a (1) soportar las cargas inherentes a las obras de urbanización primaria, así como a una parte de las correspondientes a la secundaria o de las necesarias para la conexión de la zona con los servicios públicos, y a (2) ceder gratuitamente los terrenos necesarios para la urbanización secundaria. El importe de esta cuota es proporcional a la magnitud y a las características de las instalaciones proyectadas.[18]

Las anteriores previsiones son matizadas para la región de Lombardía, cuya legislación prevé que, cuando solicite el otorgamiento de una licencia, el interesado puede pedir que se le autorice a realizar directamente una o varias de las obras de urbanización primaria o secundaria, a cuenta de la contribución a las cargas de urbanización.[19]

Ahora bien, cuando se trata de las obras previstas en un plan o en un proyecto más amplio, la concesión de las licencias queda supeditada a la suscripción de un convenio en el que los propietarios se obliguen a la realización de la urbanización primaria y de una parte de la secundaria o de los trabajos que sean necesarios para conectar el sector con los servicios públicos. Si la ejecución de estas labores supone una carga inferior a la contribución debida, deberá pagarse la diferencia. En cualquier caso, el Ayuntamiento puede exigir el abono de una suma correspondiente a su coste efectivo.[20]

B) El Ayuntamiento de Milán aprobó en 1996[21] un programa de obras denominado "Proyecto Scala 2001", que contemplaba (a) la restauración y el acondicionamiento del Teatro alla Scala, (b) la adaptación de los edificios municipales del complejo inmobiliario Ansaldo y (c) la construcción, en la zona llamada "Bicocca", de un nuevo

15. Son obras de urbanización secundaria los centros de enseñanza, cualquiera que sea su nivel, incluidos las guarderías y parvularios; los mercados, las instalaciones deportivas y los espacios verdes de barrio; las antenas de servicios municipales; las iglesias y demás edificios religiosos; los centros sociales; y las instalaciones culturales y sanitarias (artículo 4, apartado 2, de la Ley 847/1964, de 29 de septiembre de 1964, por la que se autoriza a los municipios a contraer préstamos para la adquisición de terrenos conforme a la Ley 167/1962, de 18 de abril de 1962, en su versión modificada por el artículo 44 de la Ley 865/1971, de 22 de enero de 1971, y por el artículo 17 de la Ley 67/1988, de 11 de marzo de 1988). La Ley regional de Lombardía núm. 51/1975, de 15 de abril de 1975, incluye las instalaciones culturales entre las obras de urbanización secundaria.

16. Son obras de urbanización primarias las vías residenciales, las zonas de reposo y de estacionamiento, el saneamiento, las redes de abastecimiento de aguas, energía eléctrica y gas, el alumbrado público, así como los espacios verdes acondicionados (artículo 4, apartado 1, de la Ley 847/1964).

17. Véanse los artículos 1, 3 y 11, apartado 1, de la Ley 10/1977, de 28 de enero, por la que se adoptan disposiciones relativas a los suelos edificables (*Gaceta Ufficiale della Repubblica Italiana*, en adelante GURI, núm. 27, de 29 de enero de 1977). En relación con las obras de urbanización primaria, la Ley 11540/1942, de 17 de agosto de 1942, conocida como Ley de urbanismo (GURI 244, de 17 de agosto de 1942), en la versión resultante de la Ley marco 765/1967, de 6 de agosto de 1967, dispuso, en el artículo 31, apartado 4, que la concesión de la licencia urbanística se supedita a la existencia de las obras de urbanización primaria o a la previsión, por el Ayuntamiento, de su realización dentro de los tres años siguientes o al compromiso de los particulares de llevar a cabo la ejecución de esas obras al mismo tiempo que las construcciones que son objeto de la licencia.

18. Artículo 28, apartado 5, de la Ley 1150/1942.

19 Artículo 8 de la Ley regional de Lombardía núm. 60/77, de 5 de diciembre de 1977 (*Bolletino Ufficiale della Regione Lombardia,* 2.º, suplemento al núm. 49, de 12 de diciembre de 1977).

20 Artículo 12 de la Ley regional de Lombardía núm. 60/77, en su versión modificada por la Ley regional núm. 31/86, de 30 de julio de 1986 (*Bolletino Ufficiale della Regione Lombardia,* 2.º, suplemento al núm. 31, de 4 de agosto de 1986).

21. Acuerdo 82/96, de 12 de septiembre de 1996.

teatro. Esta área es un antiguo polígono industrial que, desde 1990, se encontraba sometido a una operación de profunda reconversión urbanística impulsada por la compañía Pirelli, que actuaba como promotor, junto con otros operadores privados. Las obras de urbanización primaria habían sido ya ejecutadas

Al mismo tiempo, la corporación municipal suscribió un convenio con Pirelli, el ente autónomo Teatro alla Scala y Milano Centrale Servizi, compañía mandataria de los promotores del "Proyecto Bicocca". En su virtud, la primera sociedad asumía todos los gastos de planificación, de restauración del Teatro alla Scala y de acondicionamiento de los edificios del complejo inmobiliario Ansaldo, así como los correspondientes a la construcción, sobre los terrenos que los promotores se habían comprometido a ceder gratuitamente, del Teatro alla Bicocca. Además, la sociedad mandataria estaba obligada a construir la estructura exterior de este nuevo edificio y la zona de aparcamiento aneja, como obras de urbanización secundaria imputables a la contribución a las cargas de urbanización.

Los días 16 y 17 de febrero de 1998, el Ayuntamiento[22] aprobó el anteproyecto de construcción del Teatro alla Bicocca, confirmó las obligaciones asumidas por los promotores dos años antes y modificó los plazos de ejecución.

Las dos decisiones municipales fueron impugnadas por el Consejo Nacional de Arquitectos y por algunos de sus colegiados a título individual, quienes cuestionaron su conformidad con el Derecho comunitario en materia de contratos públicos.

El Tribunal administrativo regional de Lombardía planteó las cuestiones prejudiciales, que fueron resueltas en la sentencia de 12 de julio de 2001, en el sentido que ya he expresado y que, más adelante, analizaré con mayor detenimiento.

3. El Derecho comunitario y la contratación pública

A) El Derecho comunitario es un ordenamiento jurídico[23] sectorial, pero en sí mismo completo y autónomo.[24] Es la emanación de un pacto entre estados independientes que, renunciando a parcelas de soberanía, se encuentran inmersos en un proceso de integración, cuya meta parece cada día más cercana, una vez aprobado el proyecto de tratado por el que se instituye una Constitución para Europa.[25]

La idea del Derecho comunitario como un ordenamiento jurídico ha sido objeto de un extraordinario desarrollo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, gracias a la que este sistema transnacional ha pasado de ser un escenario político ocupado por los estados miembros a una "comunidad de derecho"[26] en la que los ciudadanos asumen el protagonismo.[27]

Los jueces de Luxemburgo han practicado un activismo judicial prudente e imaginativo, que ha encauzado ese conjunto inicial de normas fragmentarias y poco trabadas que eran los tratados originarios hacia un sistema jurídico unitario y bien ensamblado, donde los vacíos y las lagunas van siendo llenados por los principios que el Tribunal de Justicia decanta, y en el que las fuerzas centrífugas son compensadas por la tensión atractiva que producen reglas estructurales, también de creación pretoriana, como el efecto directo[28] y la supremacía[29] del Derecho comunitario, con la consecuente obligación de los jueces nacionales de inaplicar cualquier norma interna que lo contradiga.[30]

Sin embargo, el propio ordenamiento de la Unión dispone de los resortes precisos a fin de que esa fuerza expansiva no vaya más allá del límite estrictamente necesario para alcanzar los objetivos marcados en los tratados: son los principios de proporcionalidad y de subsidiariedad que recoge el artículo 5 de la CE (antiguo artículo 3 B),[31] incorporado en Maastrich.[32]

B) El Derecho originario no contiene ninguna disposición particular sobre los contratos administrativos. Sin embargo, alguno de sus principios son pertinentes para la contratación pública y los objetivos que señala aconsejaban una intervención armonizadora sobre este sector normativo. Piénsese en:

–la creación de un espacio sin fronteras interiores, el fortalecimiento de la cohesión económica y social, así como el establecimiento de una unión económica y monetaria;[33]

22. Acuerdo 6/98.

23. El Tribunal de Justicia expuso la idea del Derecho comunitario como un ordenamiento jurídico en fecha temprana, en la Sentencia *Van Gend & Loos,* de 5 de febrero de 1963, 26/62, Rec. pág. 1.

24. En la Sentencia *Costa c. E.N.E.L.,* de 15 de julio de 1964, 6/64, Rec. pág. 114, el Tribunal de Justicia afirmó que "a diferencia de los tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE ha instaurado un ordenamiento jurídico propio, integrado en los sistemas jurídicos de los estados miembros".

25. Presentado el 20 de junio de 2003 en el Consejo Europeo de Tesalónica (CON 797/1/03 REV 1). El fracaso de la Cumbre de Bruselas representa, en mi opinión, una interrupción momentánea en un proceso ineluctable.

26. Expresión empleada por el Tribunal de Justicia en la Sentencia *Les Verts/Parlamento,* de 23 de abril de 1986, 294/83, Rec. pág. 1339.

27. He analizado este proceso en "La ciudadanía europea: ¿Un sueño al alcance de la mano?", trabajo publicado en *Autonomies. Revista Catalana de Derecho Público,* núm. 29, monográfico sobre "La perspectiva de la Constitución europea: Especial consideración del sistema institucional", noviembre de 2003, págs. 53 a 77.

28. Proclamado en la Sentencia *Van Gend and Loos,* ya citada.

29. Consagrada en la Sentencia *Costa c. E.N.E.L.,* citada.

30. Sentencia *Simmenthal,* de 9 de marzo de 1978, 106/77, Rec. pág. 629.

31. La numeración de los artículos del Tratado UE y del Tratado CE se corresponde con las versiones consolidadas publicadas en el DO C 325, de 24 de diciembre de 2002, págs. 1 y 33, respectivamente.

32. El Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, en el artículo 9, califica ambos principios de fundamentales.

33. Artículo 2, primer guión, de la UE y artículos 2 y 3 de la CE.

–el principio que prohíbe la discriminación por razón de la nacionalidad;[34]

–las libertades fundamentales de circulación de personas, mercancías, servicios y capitales, con la consiguiente prohibición de restricciones.[35]

C) Uno de los caminos para alcanzar las metas marcadas por el "constituyente" comunitario y, en particular, para conseguir un buen funcionamiento del mercado único, es la aproximación de las legislaciones nacionales,[36] y, a este fin, la herramienta más adecuada es la directiva, singular fuente de derecho en la que se señala a los estados miembros un resultado a conseguir y el plazo en el que deben hacerlo, dejándoles libertad en cuanto a la forma y a los medios.[37]

En materia de contratación administrativa, la aproximación se puso en marcha con la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras,[38] que, tras diversas modificaciones, fue objeto de una codificación en la Directiva 93/37, que es la interpretada en la Sentencia Scala 2001.

La coordinación procedimental en los contratos de suministros fue ordenada, en un primer momento, en la Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976,[39] después reformada por la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993.[40]

Los contratos de servicios y la coordinación de sus procedimientos de adjudicación son contemplados en la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992.[41]

Las normas anteriores (que fueron innovadas por la Directiva 97/52/CE)[42] son codificadas y fusionadas en un único texto que se encuentra actualmente en elaboración: la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, de servicios y de obras.[43]

Junto a la tres mencionadas directivas, llamadas "clásicas", se encuentra otra que persigue los mismos objetivos en relación con específicos contratos administrativos, singularizados por los sectores del mercado en los que se producen (agua, energía, transporte y telecomunicaciones): Directiva 93/38/CEE, de 14 de junio de 1993,[44] modificada por la Directiva 98/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998.[45]

D) Como sus propios títulos indican, las anteriores normas tienen un objetivo inmediato limitado: la coordinación de los procedimientos de adjudicación en los distintos estados miembros. Pero este propósito es sólo una herramienta al servicio de un designio de mayor alcance: el desarrollo de una competencia objetiva en la contratación pública,[46] mediante la realización de las libertades esenciales para la integración europea.[47]

Más en particular, la coordinación comunitaria de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos tiene por objeto suprimir las trabas a la libre circulación de servicios y de mercancías. En definitiva, se trata de proteger los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro que deseen ofrecer bienes o servicios a las entidades adjudicadoras establecidas en otros estados miembros.[48]

De las anteriores ideas se obtiene que, por vía negativa, el propósito de las directivas es doble:

–eliminar el riesgo de que se otorgue preferencia a los licitadores y candidatos nacionales en cualquier adjudicación de contratos administrativos y, por consiguiente,

–excluir que el órgano competente se guíe por consideraciones distintas de las de carácter económico;[49] por esta circunstancia, el criterio básico de adjudicación es siempre el de la oferta más baja o la económicamente más ventajosa.[50]

Teniendo presentes esos designios, las directivas (también la propuesta) delimitan sus respectivos ámbitos objetivo y subjetivo. En este segundo aspecto, definen las figuras del licitador y del prestador de servicios,[51] así como, en el polo opuesto de la relación

34. Artículo 12, apartado 1, de la CE.

35. Véanse los artículos 14, apartados 2, 23, 25, 28, 39, 43, 49 y 56 de la CE.

36. Véase el artículo 3, apartado 1, letra h), de la CE.

37. Artículo 249, párrafo 3.º, de la CE.

38. DO L 185, p. 5; EE 17/01, pág. 9.

39. DO 1977, L 13, p. 1; EE 17/01, p. 29.

40. DO L 199, p. 1.

41. DO L 209, p. 1.

42. DO L 328, p. 1.

43. DO 2001, C 29 E, p. 11. La última propuesta modificada ha sido publicada en DO 2002, C 203 E, p. 210.

44. DO L 199, p. 84.

45. DO L 101, p. 1.

46. Véase la Sentencia *Fratelli Costanzo,* de 22 de junio de 1989, 103/88, Rec. pág. 1839, apartado 18 *in fine*.

47. Para el contrato de obras, véanse el primer considerando de la Directiva 71/205 y el segundo de la Directiva 93/37. Para el de suministro, el primero de la Directiva 77/62 y el quinto de la Directiva 93/36. En la Directiva 92/50 (considerando segundo) se contiene igual previsión para los contratos de servicios. Los tres primeros considerandos de la Directiva 93/38 aluden al mismo objetivo en relación con los contratos de sectores especiales. Véase también el segundo considerando de la propuesta de Directiva de 2000.

48. Véanse las sentencias *BFI Holding,* de 10 de noviembre de 1998, C-360/96, Rec. pág. I-6821, apartado 41; *University of Cambridge,* de 3 de octubre de 2000, C-380/98, Rec. págs. I-8035, apartado 16; y *Comisión/Francia,* de 1 de febrero de 2001, C-237/99, Rec. págs. I-939, apartado 41.

49. Véanse las sentencias *Mannesmann Anlagenbau Austria y otros,* de 15 de enero de 1998, C-44/96, Rec. págs. I-73, apartado 33; *BFI Holding,* apartado 42; *University of Cambridge,* apartado 17; y *Comisión/Francia,* apartado 42.

50. Véanse el artículo 30, apartado 1, de la Directiva contrato de obras; el artículo 26, apartado 1, de la Directiva contratos de suministros; el artículo 36, apartado 1, de la Directiva contrato de servicios; también el artículo 34, apartado 1, de la Directiva sectores especiales. La misma línea sigue la propuesta de Directiva (artículo 53, apartado 1).

51. Artículo 1, letra h), de la Directiva contrato de obras; artículo 1, letra c), de la Directiva contrato de suministros; artículo 1, apartado 6, de la Directiva sectores especiales; y artículo 1, letra c), de la Directiva contrato de servicios. Puede verse también el artículo 1, apartado 4, de la propuesta de Directiva.

jurídica, la de poder adjudicador u órgano de contratación.[52]

En la perspectiva objetiva, el Derecho comunitario contiene la descripción de los contratos públicos de servicios y de suministros,[53] y proporciona el concepto de obra, de contrato de obras y de concesión de obras públicas.[54] Las anteriores son "nociones de Derecho comunitario" necesitadas de una interpretación autónoma; es decir, son significantes cuyo contenido y alcance deben ser precisados desde el ordenamiento jurídico de la Unión, en función de sus necesidades estructurales, en la medida en que requieren una interpretación uniforme en todos los estados miembros. No han de ser explicadas sólo con las categorías propias de los derechos nacionales, sino, esencialmente, en atención a la razón de ser de la armonización procedimental que persiguen las directivas comunitarias.[55]

Así pues, todos los contratos incluidos en el ámbito de aplicación de las directivas, ofertados por un "órgano de contratación", deben ser adjudicados, cualquiera que sea el Estado miembro, conforme a los principios y a las reglas de procedimiento establecidos en estas normas de Derecho comunitario. A nadie se le puede escapar, pues, la trascendencia que tiene la delimitación conceptual del "contrato de obras".

4. La noción de contrato de obras. El análisis de la Sentencia Scala 2001

A) El asunto Scala 2001 es el primero en el que el Tribunal de Justicia ha tenido la ocasión de enfrentarse directamente con esta noción,[56] que es una idea compleja integrada por varios conceptos. Conforme al artículo 1, letra a), de la Directiva 93/37, se entiende por tal todo (1) contrato, (2) celebrado a título oneroso, (3) por escrito, entre (4) un contratista y (5) una entidad adjudicadora, cuyo (6) objeto sea la ejecución de determinadas obras.

Algunos de estos seis requisitos presentan perfiles bien definidos y no suscitan, en principio, problemas para su delimitación. El carácter escrito[57] del contrato o la "naturaleza de obra" de su objeto[58] carecen de complejidad y en el asunto Scala 2001 no provocaron debate alguno.[59] También fue pacífica la calificación de "entidad adjudicadora" del Ayuntamiento de Milán, en su condición de Administración pública territorial. El concepto de "poder público" a efectos de las directivas sobre armonización de los procedimientos de contratación es uno de los más tratados en la jurisprudencia comunitaria, que, a través de un amplio catálogo de sentencias,[60] ha construido una "noción de Derecho comunitario" al servicio de los objetivos marcados por el legislador de la Unión.

Pues bien, en la Sentencia Scala 2001, el Tribunal de Justicia tenía la ocasión de hacer lo propio con algunos de los otros elementos que integran el significante "contrato público de obras", pero la ha desaprovechado. Es el caso de la idea de "contrato", que los jueces comunitarios han contemplado con el campo de visión limitado por las singularidades de la normativa urbanística italiana, circunstancia que les ha impedido fijar la mirada más allá de sus peculiaridades y ofrecer una

52. Artículo 1, letra b), de las tres directivas "clásicas". Véase también el artículo 1, apartado, 1, de la Directiva sectores especiales.

53. Véanse el artículo 1, letra a), de las directivas contrato de servicios y contrato de suministro, respectivamente.

54. Artículo 1, letras a), c) y d), de la Directiva contrato de obras.

55. El Tribunal de Justicia, en numerosas ocasiones y en distintos sectores materiales, ha acudido a la idea de "concepto de Derecho comunitario" para indicar que una determinada noción contenida en una norma emanada de las instituciones de la Unión no ha de ser interpretada desde las singularidades de un sistema nacional, sino desde las exigencias propias del ordenamiento jurídico de la Comunidad. Véanse las sentencias *Rockfon,* de 7 de diciembre de 1995, C-449/93, Rec. págs. I-4291, apartado 25; *Buratti,* de 16 de enero de 1997, C-273/95, Rec. págs. I-213, apartado 24; *Ertanir,* de 30 de septiembre de 1997, C-98/96, Rec. págs. I-5179, apartado 59; *CSC Financial Services,* de 13 de diciembre de 2001, C-235/00, Rec. págs. I-10237, apartado 35; *Ansul,* de 11 de marzo de 2003, C-40/01, Rec. págs. I-2439, apartado 46; *Karen Mau,* de 15 de mayo de 2003, C-160/01, Rec. págs. I-4791, apartados 30 y 39; y *Desingn Concept,* de 5 de junio de 2003, C-438/01, Rec. págs. I-5617, apartado 15. Con la finalidad de superar las incoherencias en que ha incurrido el Tribunal de Justicia al fijar la noción de "órgano jurisdiccional" a los efectos del artículo 234 de la CE, el abogado general Ruiz-Jarabo ha propuesto un nuevo concepto desde el derecho comunitario, en las conclusiones que presentó el 28 de julio de 2001 (puntos 80 y siguientes) en el asunto en el que fue pronunciada la Sentencia *De Coster,* de 29 de noviembre de 2001, C-17/00, Rec. págs. I-9445.

56. Esta circunstancia aconsejaba que el asunto fuera atribuido al Pleno y no, como lo fue, a una sala de cinco miembros: la sexta.

57. El proyecto de Directiva dice (artículo 1, apartado 12) que "Los términos 'escrito' o 'por escrito' designarán todo conjunto de palabras o de cifras que pueda leerse, reproducirse y después comunicarse. Este conjunto podrá incluir informaciones transmitidas y almacenadas por medios electrónicos".

58. El artículo 1, letra c), de la Directiva 93/37 define una obra como "el resultado de un conjunto de obras de construcción o de ingeniería civil destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica". También son tales las que responden a las necesidades especificadas por el poder adjudicador y las incluidas en el anexo II, que enumera las profesiones correspondientes a la nomenclatura general de actividades económicas en las Comunidades Europeas. El Tribunal de Justicia ha declarado que un contrato mixto, cuyo objeto es a la vez la ejecución de obras y una cesión de bienes, queda fuera del ámbito de aplicación de la directiva si aquella ejecución sólo tiene carácter accesorio respecto de esta cesión (Sentencia *Gestión Hotelera Internacional,* de 19 de abril de 1994, C-331/92, Rec. págs. I-1329).

59. Véanse los apartados 58 a 62 y 87 de la sentencia.

60. Pueden consultarse las sentencias *Beentjes/Países Bajos,* de 20 de septiembre de 1988, 31/87, Rec. pág. 4635; *Mannesmann Anlangebau Austria y otros; Comisión/Bélgica,* de 17 de septiembre de 1998, C-323/96, Rec. págs. I-5063; *BFI Holding; Comisión/Irlanda,* de 17 de diciembre de 1998, C-353/96, Rec. págs. I-8565; *Connemara Machina Turf,* de 17 de diciembre de 1998, C-306/97, Rec. págs. I-8761; *Comisión/Austria,* de 28 de octubre de 1999, C-328/96, Rec. págs. I-7479; *Unieron Scandinavia y 3-S,* de 18 de noviembre de 1999, C-275/98, Rec. págs. I-8291; *University of Cambridge; Comisión/Francia; Agorà y Excelsior,* de 10 de mayo de 2001, asuntos acumulados C-223/99 y C-260/99, Rec. págs. I-3605; *Universale-Bau y otros,* de 12 de diciembre de 2002, C-470/99, Rec. págs. I-11617; *Adolf Truley,* de 27 de febrero de 2003, C-373/00, Rec. págs. I-1931; *Comisión/España,* de 15 de mayo de 2003, C-214/00, Rec. págs. I-4667; *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen y otros,* de 22 de mayo de 2003, C-18/01, Rec. págs. I-5321; y *Comisión/España,* de 16 de octubre de 2003, C-283/00, aún no publicada en la Recopilación.

interpretación del Derecho comunitario, que es lo que, al fin y al cabo, les pedía el Tribunal Administrativo Regional de Lombardía.

Creo que han errado el tiro, introduciendo confusión allí donde se pedía claridad, como lo demuestra la diversidad de opiniones sobre el alcance y las consecuencias de la posición que se adopta en la sentencia.[61]

B) El criterio hermenéutico teleológico, al servicio de la finalidad perseguida por la directiva, está presente en la motivación del pronunciamiento y conduce al Tribunal a hacer una afirmación que, en mi opinión, resulta indiscutible: para apreciar la existencia de un "contrato público de obras", los elementos que integran el concepto deben ser interpretados de manera que quede garantizada la eficacia de la norma comunitaria. Pero, de soslayo, se incorpora en la argumentación un elemento que introduce no poca obscuridad y que, al fin y al cabo, dificulta la interpretación de la decisión del Tribunal de Justicia: se trata de las particularidades propias del Derecho nacional aplicable.[62] Estas singularidades no pueden incidir en la interpretación de instituciones propias del Derecho comunitario, como la de "contrato público de obras", que ha de hacerse, de forma autónoma, desde el orden jurídico de la Unión Europea; únicamente, deben de ser tomadas en cuenta por el juez nacional para determinar si la normativa interna se ajusta a las reglas de aquel orden, tal y como hayan sido entendidas por el Tribunal de Justicia en el pronunciamiento prejudicial.

Este error en el enfoque fue provocado, sin quererlo, por el Tribunal administrativo de la región de Lombardía, que preguntó sobre la conformidad con la directiva de la legislación italiana aplicable en el litigio. El Tribunal de Justicia fue consciente del inadecuado planteamiento, pues no es juez del Derecho de los estados miembros, y rectificó el interrogante, pero sólo lo hizo en apariencia, porque se cuestionó si la directiva se opone a la referida normativa italiana.[63] Cambió la redacción de la incógnita, pero no la sustancia, por lo que las singularidades de la ejecución urbanística en el sistema italiano estuvieron presentes en el discurso, como unas anteojeras que impedían mirar en otra dirección. En mi opinión, el planteamiento adecuado era más abstracto, de modo que los jueces comunitarios debieron preguntarse, sin más, si la ejecución de la obra urbanizadora directamente por quien determina la ley, a cambio de quedar exonerado, en todo o en parte, de la contribución que la misma ley le impone, es un contrato público de obras en el sentido de la directiva; esta última era, en realidad, la cuestión debatida.[64]

C) Si el Tribunal de Justicia se hubiera conducido del indicado modo y hubiera establecido distancias con el litigio principal, nunca habría afirmado que un intercambio de prestaciones entre sujetos que determina la ley, sin posibilidad de elección, es un contrato.

Su planteamiento ignora dos ideas que estimo centrales para determinar el concepto de "contrato" a efectos de la directiva. En primer lugar, que, en todos los sistema jurídicos de los estados miembros, cuyo substrato común es fuente del Derecho comunitario,[65] los contratos suscritos por los poderes públicos son una especie de un género mucho más amplio, alumbrado en el Derecho privado y presidido por el principio de la autonomía de la voluntad; cuando la ley impone la obligación a una determinada persona, no hay relación contractual, es otra institución la que entra en juego.[66] La segunda consideración, íntimamente ligada con la anterior, es la de que la sujeción de los contratos que celebran las organizaciones públicas, cualquiera que sea su naturaleza, a los principio de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación, así como el sometimiento de su preparación y su atribución a procedimientos públicos y tasados, en los que la satisfacción de los mencionados principios quede garantizada, sólo tiene sentido si el poder adjudicador conserva la capacidad de elección. Cuando la Administración contratante se limita, ya por vía con-

61. En la doctrina italiana han analizado la sentencia Luca G. RADICATI DI BROZOLO, "La Corte di giustizia va alla Scala: normativa comunitaria sugli appalti ed effetti delle sentenze interpretative", en *Il corriere giuridico,* año XIX, 2002, núm. 2, págs. 247 a 245; Mario Alberto QUAGLIA, "Le opere di urbanizzazione tra convenzionei urbanistiche e procedure di evidenza pubblica"; y Giannangelo MARCHEGIANI, "La normativa italiana in materia di urbanistica alla luce di una recente sentenza del giudice comunitario"; estos dos últimos trabajos han sido publicados en *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario,* año XI, núm. 5, págs. 842 a 852 y 852 a 866, respectivamente. Pueden verse también los comentarios de Ivana NASTI, "Opere di urbanizzazione sopra soglia comunitaria e rispetto delle procedure di evidenza pubblica: Il casso Bicocca davanti alla Corte de Giustizia", en *Il corriere giuridico,* año XIX, 2002, núm. 2, págs. 185 a 191, y de Simona GIRIMONTE, "La Corte de Giustizia si pronuncia in materia di appalti e opere di urbanizzazione: nuove riflessione anche alla luce delle recenti modifiche alla legge Merloni", en *Giurisprudenza italiana,* 2002, núm. 11, págs. 2025 a 2028. Martin DISCHENDORFER ha realizado un comentario de urgencia sobre la sentencia en "The Concept of a Public Contract Within the Meaning of the EC Procurement Directives", *Public Procurement Law Review,* 2001, núm. 6, págs. NA127 a NA134. En la doctrina alemana han hecho lo propio Wolfgang WÜRFEL y Mark BUTT, "Ausschreibungspflicht für städtebauliche Verträge - oder: Schaut man einem geschenkten Gaul doch ins Maul?", en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht,* 2003, núm. 2, págs. 153 a 158.

62. Véase el apartado 53, *in fine.*

63. Apartado 49.

64. Sin embargo, el apartado 36 de la sentencia enmarca el debate de forma distinta: "El análisis de si la realización directa de una obra de urbanización, como la estructura exterior de un teatro, en las condiciones previstas por la legislación italiana en materia de urbanismo, constituye un 'contrato público de obras' [...]."

65. Desde la Sentencia Algera, de 12 de julio de 1957, 7/56 y 3/57 a 7/57, Rec. pág. 81, el Tribunal de Justicia ha afirmado que, cuando el derecho comunitario no ofrece una solución, está obligado a acudir, so pena de incurrir en denegación de justicia, a las reglas reconocidas por las legislaciones, la doctrina y la jurisprudencia de los estados miembros (FJ A.III, párrafo 5.º).

66. El Código civil español distingue las obligaciones que nacen del contrato de las que tienen su origen en la ley, cuyos regímenes jurídicos son distintos (véanse los artículos 1089, 1090 y 1254 y ss.).

vencional, ya mediante imposición unilateral, a ordenar la ejecución de unas obras a quien la ley determina, no hay contrato, no existe riesgo de que discrimine por razón de la nacionalidad ni de que obstaculice la competencia en el mercado interior, por lo que no es necesaria la aplicación de las disposiciones de la directiva. El abogado general Léger se expresó en este sentido en las conclusiones que presentó en el asunto Scala 2001.[67]

No se trata, pues, de un contrato, sino de un convenio de colaboración, cuyo objeto es, como indica Eduardo García de Enterría, determinar la medida de una obligación preexistente,[68] en este caso, de origen legal. El problema se traslada a un nivel diferente, al de la norma, y este distinto enfoque conduce a una solución diversa. La obligación de urbanizar, como la de ceder terrenos o porcentajes de aprovechamiento urbanístico, es una carga que forma parte del contenido del derecho de propiedad y, en cuanto tal, admisible, en principio, para el orden jurídico comunitario.[69] Recuérdese que el Tratado CE no prejuzga el régimen de propiedad de los estados miembros.[70]

Con este planteamiento, pierden toda su fuerza los argumentos expresados por el Tribunal de Justicia para justificar la condición de "contrato" de la carga urbanizadora que pecha sobre el titular de la licencia. La disposición de un título jurídico por la Administración para exigir la entrega de la obra y garantizar su destino al uso público, así como la potestad de determinar los trabajos que deben ser ejecutados por el obligado,[71] no son notas que permitan calificar como contractual la relación que ambos entablan, pues una y otra son también características de la potestad administrativa para concretar en un supuesto específico el contenido y el alcance de la obligación previamente establecida en la ley. Tampoco lo es la circunstancia de que la Administración municipal conserve la posibilidad de exigir, en lugar de la ejecución de la obra, el pago de una cantidad proporcional a su coste efectivo,[72] que, más bien, aboga por la naturaleza de prestación de origen legal.

D) Una vez afirmado el talante no contractual de la obligación urbanizadora que pesa sobre el titular de la licencia, hubiera sobrado cualquier otra consideración acerca del carácter oneroso de la prestación o de la condición de contratista de quien ejecuta la obra. Ahora bien, la relevancia de la Sentencia Scala 2001 está más en lo que insinúa que en el texto escrito de su motivación. El único error ha sido considerar como un contrato el pacto o el convenio entre el titular de la autorización y la Administración para determinar el alcance de la carga legal que compete a este último, yerro provocado por no saber distanciarse de los hechos del pleito principal.

Pero, hecha abstracción de la anterior circunstancia, la doctrina que contiene es de largo alcance y sus consecuencias para el Derecho urbanístico, relevantes, como han señalado los autores que he citado al inicio de este estudio. Todo trabajo de urbanización es una obra pública[73] que puede ser ejecutada directamente por la Administración[74] o a través de persona interpuesta. En esta segunda hipótesis, si la actuación es realizada por el propietario de los terrenos o por quien promueve la operación urbanística, porque así se lo impone la ley, no hay figura contractual y la directiva no encuentra aplicación.[75] Pero en los demás casos estamos ante verdaderos contratos de obras de carácter oneroso que, en principio, deben quedar sometidos a la disciplina comunitaria.

En este último grupo cabe incluir las situaciones en las que el propietario o el promotor obligado entrega a otro la ejecución de la obra, y no sólo, como entiende el abogado general Léger,[76] aquellas en las que la elección del tercero es realizada, directa o indirectamente, por la Administración. Cuando la obra urbanizadora que compete al propietario o al promotor es llevada a cabo por la persona que designa puede ser reclamada, como con acierto señala el Tribunal de Justicia,[77] la satisfacción de las exigencias que impone la directiva, por aplicación analógica del artículo 3, apartado 4. La persona obligada a urbanizar actúa como un agente de la Adminis-

67. Véanse los puntos 68 y siguientes. Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ se manifiesta en este sentido (véase *op. cit.,* pág. 17).

68. "Ámbito de aplicación de la ley", en *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas,* obra colectiva dirigida por Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT, editorial Civitas, 1996, pág. 116.

69. Ahora bien, el legislador y sus productos también han de respetar el ámbito propio del Derecho comunitario, de modo que una ley que menoscabe sus objetivos debe ser inaplicada (véase la Sentencia *Simmenthal,* ya citada). Nada impide, pues, dudar de la eficacia de un sistema urbanístico que impone al propietario, por vía legal, la obligación de urbanizar, en la medida en que obstaculice dichas metas. Estas consideraciones son producto de las reflexiones de Diego Córdoba Castroverde, amigo y compañero, por este orden, siempre dispuesto a compartir sus ideas.

70. Artículo 295 de la CE.

71. Apartados 67 y 71.

72. Apartado 70.

73. Me refiero a las obras de urbanización en sentido estricto, esto es, a las necesarias para que un suelo adquiera la condición de solar y pueda ser edificado. Son las de viabilidad, de saneamiento, de suministro de agua y de energía eléctrica. María PARDO ÁLVAREZ sostiene, en "El derecho a urbanizar: ¿Sumisión a la Ley de contratos?", *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente,* núm. 198, diciembre 2002, págs. 11 a 36, que no todo trabajo de urbanización es siempre una obra pública. Comparto su opinión en cuanto se refiere a las urbanizaciones privadas, pero, en los demás casos, el destino de los trabajos realizados por los particulares es su cesión a la Administración para que los destine al uso común, por lo que son labores a las que, atendida su afección final, les conviene el calificativo de públicas.

74. En nuestro Derecho, sistemas de expropiación y de cooperación. El primero, como es sabido, puede ser objeto de concesión.

75. Es indiferente que se trate de un propietario único o de varios reunidos en junta de compensación.

76. Véase el punto 78 de sus conclusiones.

77. Apartado 100 de la sentencia.

tración, es su *alter ego*,[78] y en sus relaciones *ad extra* queda sujeta a las mismas exigencias de publicidad y de concurrencia. En estas circunstancias se hacen presentes las razones que justifican la armonización comunitaria de los procedimientos de contratación pública. Si el objetivo es excluir el riesgo de que los contratos que celebran los poderes públicos sean adjudicados en virtud de criterios distintos de los estrictamente económicos, primando razones ajenas a la calidad o al precio de la prestación en detrimento de las libertades de establecimiento y de prestación de servicios, nada hay que aconseje dejar fuera del ámbito de aplicación de la directiva la ejecución de las obras de urbanización que la persona obligada a suministrarlas encomienda a un tercero. Los trabajos conciernen a una obra pública que será puesta a disposición del común por quien determina la ley. El objetivo final es que la urbanización sea realizada y esta obligación es una carga que compete al poder público. La forma de cumplimiento puede ser diversa. En ocasiones corresponde a la propia Administración, porque actúa sobre suelo público, en origen o después de una expropiación, o porque así se le ha encomendado en el sistema de compensación, siendo factible que realice las obras directamente o que las contrate con un tercero. A veces, esa obligación, de cuyo efectivo cumplimiento dicha Administración responde,[79] pecha sobre un particular, ya sea el propietario del suelo ya sea el promotor, quien puede realizar la obra por sí mismo, caso en que la institución contractual está ausente, aunque cabe que la encomiende a otra persona, supuesto en el que, en mi opinión, existe un contrato público de obras en el sentido de la directiva.

En este punto se hace presente la exigencia de que el contrato sea oneroso, a la que el Tribunal de Justicia y el abogado general Léger han dedicado partes sustanciales de la sentencia y de las conclusiones.[80] Esta nota debe ser referida a la contraprestación que corresponde a la Administración pública interesada en la realización de los trabajos, tal y como ha señalado el Tribunal de Justicia en la Sentencia Scala 2001,[81] pero la afirmación ha de ser entendida en un sentido amplio, comprensivo del conjunto de las relaciones jurídicas que se entablan con ocasión de la obra urbanizadora. Si, cerrando el objetivo, se enfoca únicamente el vínculo existente entre el particular obligado a suministrar la urbanización y el contratista que la ejecuta, nada hay que imponga la aplicación de la directiva, porque los intereses públicos que la justifican quedan fuera del campo de visión. Pero si, por el contrario, con una perspectiva más amplia, es contemplada también la obligación de la Administración de poner a disposición de la colectividad la urbanización y, en su caso, la carga del promotor de un proyecto de suministrar la correspondiente a la actuación que impulsa, aparecen en el panorama los objetivos de la norma comunitaria. De este modo, la prestación que "corresponde a la Administración pública interesada por la realización de la obra" y que elimina el carácter gratuito de la prestación no es estrictamente el pago de los trabajos de urbanización realizados por un tercero, sino su entrega al uso común. En definitiva, ya se sufraguen las labores con fondos públicos, porque la Administración esté comprometida a la ejecución de la obra urbanizadora, ya lo sean con caudales privados, porque el obligado sea el particular propietario del suelo o el promotor de la operación, la ejecución material de los trabajos de urbanización por un tercero es un contrato de obras en el sentido de la directiva porque está en juego el interés general que demanda el establecimiento de una efectiva concurrencia de ofertas y la eliminación de obstáculos a las libertades de establecimiento y de prestación de servicios.

La situación es menos dudosa, si cabe, cuando los propietarios del suelo se unen formando una agrupación determinada por la ley, como la junta de compensación. En estos casos, la presencia de un "poder adjudicador" en el sentido de las directivas sobre contratación parece indiscutible. Se trata de un organismo de Derecho público, creado para satisfacer necesidades de interés general que no tienen carácter industria o mercantil, que está dotado de personalidad jurídica y cuya gestión se encuentra sometida a un control por parte de la Administración.[82]

También se comprenden, con toda claridad, los supuestos en los que la Administración urbanística contrata la tarea con un tercero. En esta hipótesis caben múltiples situaciones, incluida la del agente urbanizador no propietario de algunos de nuestros sistemas autonómicos.[83] Sobre esta figura deben hacerse, sin embargo, dos precisiones. Su incorporación al proceso urbanizador es voluntaria y, por consiguiente, de base convencional,[84] y, cuando entre sus obligaciones se encuentra la ejecución de la urbanización que, en principio, compete a los propietarios, se convierte en un

78. Véase FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *op. cit.,* pág. 23.

79. Si el particular obligado a urbanizar no cumple con la carga, la Administración debe poner en marcha las potestades que le atribuye el ordenamiento jurídico para forzarle al cumplimiento, incluida la ejecución subsidiaria (artículo 98 de la Ley 30/1992). En este caso, si encomienda las labores a un contratista, parece indiscutible que su selección y la adjudicación de los trabajos quedan sometidos a la normativa sobre contratos públicos, aun cuando el coste sea repercutido en el patrimonio de quien incumplió.

80. Apartados 76 a 86 de la sentencia y puntos 91 a 103 de las conclusiones.

81. Apartado 76 de la sentencia.

82. Véase DE ASÍS ROIG, Agustín, *op. cit.,* pág. 227.

83. Véase GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, *op. cit.,* pág. 64 y ss.

84. La relación entre Administración y agente urbanizador no propietario puede ser calificada de contrato de "concesión" y, por este cauce, quedar sometida a la legislación sobre contratos de las administraciones públicas (véase DE ASÍS ROIG, Agustín, *op. cit.,* págs. 205 a 212). La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, en Auto de 15 de octubre de 2001, planteó cuestión de inconstitucionalidad de varios de los preceptos de la Ley valenciana 6/1994, en cuanto no exige res-

contratista de obras públicas. La segunda matización consiste en que, si no realiza los trabajos pertinentes y los encarga a un tercero, el agente queda sujeto a las condiciones de publicidad y de concurrencia impuestas en la directiva; su posición es, en mi opinión, la misma que la del propietario que entrega a otra persona la realización de las obras. Por las razones que acabo de exponer, en ambos casos está presente el carácter oneroso del contrato, exigido por la norma comunitaria.[85]

E) En el razonamiento del Tribunal de Justicia subyace la preocupación porque los trabajos de urbanización que realiza el titular de la licencia por imperativo legal no constituyan una vía de escape en manos de los estados miembros para eludir la aplicación de la directiva, singularmente en un sector económico tan relevante como el de las obras públicas. Esta misma inquietud fue expresada por el abogado general Léger, para minimizarla.[86]

Como este último, creo que el riesgo es escaso. Conforme a las consideraciones que he realizado, únicamente quedan fuera del ámbito de las previsiones armonizadoras las obras de urbanización que el propietario o el titular de la licencia realiza por sí mismo en virtud de una determinación legal. Los demás supuestos, incluida la hipótesis en que el interesado encargue a un tercero la ejecución de los trabajos, quedan sometidos a las exigencias de publicidad y concurrencia, siempre, claro está, que, como recuerda el propio Tribunal de Justicia,[87] el precio del contrato sea igual o superior al umbral señalado en el artículo 6 de la directiva. Ahora bien, aun en los casos en que no se alcance este límite, el Derecho comunitario no deja de ser aplicable y sus principios básicos deben ser respetados.[88]

5. El Derecho comunitario y el urbanismo

La Sentencia Scala 2001 tiene la virtud de que, al margen de su acierto o de la mayor o menor fortuna de su motivación, constituye una llamada de atención para los poderes públicos nacionales. La dimensión jurídica del hecho urbanístico, por muchas que sean sus peculiaridades,[89] no puede escapar a las exigencias que impone el proceso de integración europea. Cualquiera que sea la lógica predominante, la de la obra pública o la de la propiedad,[90] no cabe situar la ordenación urbanística al margen del Derecho comunitario cuando están presentes los elementos que exigen su aplicación,[91] precisamente en un momento en el que, en nuestro sistema compuesto, las comunidades autónomas, que ostentan la competencia exclusiva en la materia,[92] están introduciendo un enfoque empresarial.

Tampoco puede olvidarse que, hoy, aquel proceso no es sólo ni principalmente un fenómeno económico. Desde el pistoletazo de salida, hace más de cincuenta años, hasta nuestros días, ha sido recorrido un largo camino en el que, gracias, entre otras aportaciones, a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los derechos de los ciudadanos europeos se han situado en el primer plano de las escena comunitaria, adquiriendo sustancia propia y dejando de ser pálidos reflejos de las exigencias impuestas por la integración de los mercados.[93] Esta dimensión del proceso de construcción europea es capaz de condicionar la regulación jurídica que los estados miembros den al hecho urbanístico, imponiendo la armonización y el acercamiento por razones, no ya sólo formales, sino también sustantivas.

La protección del medio ambiente es un buen ejemplo, cuya incorporación a todas las políticas sectoriales resulta, según algún autor,[94] condición indispensable para la integración europea. El hecho de que, en determinadas situaciones, los estados miembros no puedan hacer frente en solitario a sus responsabilidades medioambientales, porque desbordan sus fronteras, justifica plenamente la intervención de la Unión en aplicación del principio de subsidiariedad y explica el importante

pecto del urbanizador los requisitos de capacidad, de clasificación, ni las prohibiciones para contratar que resultaban del texto entonces vigente de la Ley de contratos de las administraciones públicas. El Tribunal Constitucional, en Auto 133/2002, de 16 de julio, no la admitió a trámite por notoriamente infundada y por carecer de otros presupuestos de procedibilidad. La misma sala territorial, en Sentencia de 1 de octubre de 2002 (recurso núm. 378/99), sostiene que el urbanizador es un concesionario de servicio público, en cuanto gestiona indirectamente una función pública, y, cuando además ejecuta las obras, es un contratista de obra pública, por lo que su selección debe seguir los cauces señalados en la legislación básica estatal sobre contratación pública. Un comentario sobre esta última sentencia puede verse en Marcos SÁNCHEZ ADSUAR, "La aplicación del RDLeg. 2/2000, 16 de junio, a los programas de actuación integrada de la legislación urbanística valenciana", *Actualidad Administrativa,* núm. 29 (2003), págs. 721 a 728.

85. Sobre la figura del agente urbanizador en relación con la Sentencia Scala 2001, véanse Marcos VAQUER CABALLERÍA, *op. cit.,* pág. 247 y ss., y Agustín de ASÍS ROIG, op. *cit.,* pág. 222 y ss.

86. Véase el punto 106 de sus conclusiones.

87. Parte dispositiva de la Sentencia Scala 2001.

88. Sentencias *Unitros Scandinavia y 3-S,* ya citada, apartado 31, y *Vesteergaard,* de 3 de diciembre de 2001, C-59/00, Rec. págs. I-9505, apartado 21. Pueden consultarse también las sentencias *Telaustria y Telefonadress,* de 7 de diciembre de 2000, C-324/98, Rec. págs. I-10745, apartados 60 a 62, y *HI,* de 18 de junio de 2002, C-92/00, Rec. pág. I-5553, apartado 47.

89. En la Sentencia Scala 2001 el Tribunal de Justicia ha indicado que, cuando concurren los requisitos exigidos, esas singularidades no excluyen la aplicación de la Directiva contrato de obras (apartado 66).

90. Véase FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *op. cit.,* pág. 19.

91. El Tribunal de Justicia ha reiterado que la disposición contenida en el artículo 295 de la CE no sustrae al régimen de la propiedad de las normas fundamentales del Tratado (sentencias *Fearon,* de 6 de noviembre de 1984, 192/83, Rec. pág. 3677, apartado 7; *Konle,* de 1 de junio de 1999, C-302/97, Rec. págs. I-3099, apartado 38; y *Comisión/Portugal,* de 4 de junio de 2002, C-367/98, Rec. págs. I-4731, apartado 48).

92. Véanse el artículo 148.1.3.ª de la Constitución y las sentencias del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, y 164/2001, de 11 de julio.

93. Piénsese en los derechos de propiedad, de libertad de empresa, a la protección de la salud y a disfrutar de un medio ambiente adecuado, proclamados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DO C 364, p. 1).

94. LE CORNEC, Erwan, "Droit communautaire, règles d'urbanisme et subsidiarité", en *Revue européenne de doit de l'environement,* núm. 2 (1998), pág. 133.

acervo comunitario en este sector del ordenamiento. Si a la anterior idea se añade la intensa interconexión que existe entre el fenómeno urbano y la defensa del entorno natural, y, por consiguiente, entre sus respectivas manifestaciones jurídicas, se comprende fácilmente la potencial incidencia del Derecho comunitario sobre los ordenamientos nacionales en materia de urbanismo.[95]

Buena prueba de lo que digo es la importancia que el medio ambiente tiene en el Tratado CE, en el que, desde el Acta Única Europea, se le dedica un título con la finalidad de proveer a su protección y mejora, de tutelar la salud de las personas y de promover un uso prudente y racional de los recursos naturales;[96] y en el que, a partir de Maastricht, se atribuye al Consejo la facultad de decretar medidas que afecten a la ordenación territorial y a la utilización del suelo,[97] sin perjuicio de la adopción por los estados miembros de disposiciones de mayor protección compatibles con el Tratado.[98]

El Derecho originario ofrece, pues, una base jurídica para que el acervo comunitario derivado contenga disposiciones que, encaminadas a proteger el medio ambiente, incidan sobre las potestades nacionales para ordenar el territorio. Por ejemplo, en materia de conservación de aves silvestres, la Directiva 79/409/CEE[99] impone la obligación de delimitar zonas de protección en las que debe evitarse todo efecto contaminante o de deterioro de los hábitats, así como las perturbaciones que perjudiquen a las aves.[100] Parece claro que dispone límites a las autoridades nacionales para planificar el desarrollo urbano. Dichos espacios, según ha manifestado el Tribunal de Justicia, han de ser definidos exclusivamente en atención a los fines ecológicos contemplados en la norma comunitaria. En la Sentencia Marismas de Santoña,[101] frente al argumento del Gobierno español consistente en que las exigencias ecológicas han de ser subordinadas a los intereses de índole social y económica o, al menos, ponderadas conforme a los mismos, el Tribunal afirmó que los estados miembros no están facultados para invocar a su albedrío excepciones basadas en la consideración de otros valores, [102] que, para ser admisibles, tienen que obedecer a un interés general superior al que responde la directiva, caso que no es el de los requerimientos económicos.[103] El mismo planteamiento ha realizado en relación con la Directiva sobre la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y de la flora silvestres.[104]

Otra muestra es la directiva que atañe al control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervienen sustancias peligrosas,[105] que manifiesta la preocupación del legislador comunitario por la autorización de nuevas instalaciones industriales y por el desarrollo urbanístico en torno a las ya existentes.[106] Esta norma contiene disposiciones encaminadas a que los estados miembros tengan en cuenta en sus políticas de desarrollo los objetivos de protección frente a los accidentes graves y de limitación de sus consecuencias.[107]

Los anteriores ejemplos evidencian que el Derecho urbanístico no puede dar la espalda al proceso de construcción europea. Aún más, la ordenación del territorio y la tarea de "producir ciudad"[108] manifiestan las complejas interacciones existentes entre los distintos ordenamientos jurídicos que disciplinan nuestra vida colectiva. El urbanismo y la ordenación del territorio son sectores materiales cuya regulación normativa corresponde en exclusiva a las comunidades autónomas, pero en los que inciden, con mayor o menor intensidad, títulos competenciales del Estado,[109] que los legisladores territoriales han de respetar. Sobre este diseño estructural cabe que insistan las instituciones comunitarias, que, acatando el principio de subsidiariedad y con el fin de alcanzar los objetivos marcados en el Tratado, pueden producir normas de cuya eficacia y efectividad los poderes nacionales son garantes. La ejecución de este complejo entramado corresponde a instancias públicas muy diversas (locales, autonómicas, estatales y, en ocasiones, europeas), sin olvidar la presencia insoslayable de los particulares.

La doctrina y la jurisprudencia españolas han estado a la altura de las circunstancias cuando se ha tratado de dar respuesta a los retos que para el Derecho urbanístico ha planteado el Estado de las autonomías. Estoy convencido de que dentro de unos años podremos decir los mismo respecto de los desafíos a los que, cada día con mayor frecuencia, deben enfrentarse "por culpa" del proceso de construcción de una Europa unida. ■

95. Véase AUBY, Jean-Bernard, "Droit de l'urbanisme et droit européen", en *L'actualité juridique: droit administratif,* núm. 10 (1995), págs. 667 a 673.

96. Artículo 174, apartado 1.

97. Artículo 175, apartado 2.

98. Artículo 176.

99. Directiva del Consejo, de 2 de abril de 1979, DO L 103, pág. 1 (EE 15/02, p. 125).

100. Artículo 4.

101. Sentencia *Comisión/España,* de 2 de agosto de 1993, C-355/90, Rec. págs. I-4221.

102. Apartado 18.

103. Sentencia *Royal Society for the Protection of Birds,* de 11 de julio de 1996, C-44/95, Rec. págs. I-3805, apartado 29.

104. Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992 (DO L 206, p. 7), en particular, véase el artículo 6. Puede consultarse también la sentencia *First Corporate Shipping,* de 7 de noviembre de 2000, C-371/98, Rec. págs. I-9235.

105. Directiva 96/92/CE del Consejo, de 9 d e diciembre de 1996 (DO L 10, pág. 13). Esta directiva derogó la Directiva 82/501/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1982, relativa a los riesgos de accidentes graves en determinadas actividades industriales, conocida como Directiva *Seveso* (DO L 230, p. 1).

106. Véase el 4.º considerando de la Directiva.

107. Artículo 12.

108. Expresión utilizada por ROGER FERNÁNDEZ, Gerardo, "La producción de ciudad en el sistema urbanístico español y valenciano", en *Documentación Administrativa,* núm. 261-262, págs. 257 a 287.

109. Véanse los artículos 148.1 (3.ª) y 149.1 (1.ª, 8,ª 18.ª y 23.ª), de la Constitución y las sentencias del Tribunal Constitucional 61/1997 y 164/2001.