SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera)

de 26 de mayo de 2011 *

En el asunto C-306/08,

que tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto, con arreglo al artículo 226 CE, el 9 de julio de 2008,

Comisión Europea, representada por la Sra. A. Alcover San Pedro y los Sres. D. Kukovec y M. Konstantinidis, en calidad de agentes,

parte demandante,

contra

Reino de España, representado por el Sr. M. Muñoz Pérez, en calidad de agente,

parte demandada,

* Lengua de procedimiento: español.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera),

integrado por el Sr. K. Lenaerts, Presidente de Sala, y el Sr. D. Šváby (Ponente), la Sra. R. Silva de Lapuerta y los Sres. E. Juhász y T. von Danwitz, Jueces;

Abogado General: Sr. N. Jääskinen;
Secretaria: Sra. R. Şereş, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 6 de mayo de 2010;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 16 de septiembre de 2010;

dicta la siguiente

Sentencia

1 Mediante su recurso, la Comisión Europea pretende que se declare que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud 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 (DO L 199, p. 54), en su versión modificada por la Directiva 2001/78/CE de la Comisión, de 13 de septiembre de 2001 (DO L 285, p. 1) (en lo sucesivo, «Directiva 93/37»), y de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de

los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO L 134, p. 114), respectivamente, al adjudicar «programas de actuación integrada» (en lo sucesivo, «PAI») con arreglo, sucesivamente, a la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, Reguladora de la Actividad Urbanística de la Comunidad Valenciana (en lo sucesivo, «LRAU») y a la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana (en lo sucesivo, «LUV»).

Marco jurídico

Normativa de la Unión

Directiva 92/50/CEE

2 El decimosexto considerando de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1), establece:

«[…] los contratos públicos de servicios, en particular en el sector de los servicios de gestión de propiedades, pueden incluir obras en determinados casos; […] de la Directiva 71/305/CEE se desprende que un contrato sólo se considerará contrato publico de obras si su objeto consiste en realizar una obra de construcción; […] siempre que

dichas obras sean accesorias y no constituyan el objeto del contrato, no pueden justificar la clasificación del contrato como contrato público de obras […]».

3 El artículo 8 de la Directiva 92/50 dispone:

«Los contratos que tengan por objeto servicios enumerados en el Anexo I A se adjudicarán con arreglo a lo dispuesto en los títulos III a VI.»

4 El anexo I, parte A, de la Directiva 92/50 se refiere concretamente, en su categoría 12, a los «Servicios de arquitectura, servicios de ingeniería y servicios integrados de ingeniería. Servicios de planificación urbana y servicios de arquitectura paisajista. Servicios conexos de consultores en ciencia y tecnología. Servicios de ensayos y análisis técnicos».

Directiva 93/37

5 El artículo 1 de la Directiva 93/37 dispone:

«A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

a) 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;

[…]

c) obra: el resultado de un conjunto de obras de construcción o de ingeniería civil destinada a cumplir por si misma una función económica o técnica;

d) concesión de obras públicas: el contrato que presente los caracteres contemplados en la letra a), con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio;

[…].»

6 El artículo 6, apartado 6, de la Directiva 93/37 impone a las entidades adjudicadoras la observancia del principio de no discriminación.

7 Los artículos 11 y 12 de la Directiva 93/37 recogen las reglas comunes de publicidad en la materia y establecen, en particular, la publicación *in extenso* de los anuncios de licitación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas,* así como los plazos aplicables a la recepción de las ofertas y al envío de los pliegos de condiciones y de los documentos complementarios.

8 En los artículos 24 a 29 de la Directiva 93/37 figuran los criterios de selección cualitativa de los contratistas que resultan de aplicación, entre ellos, los criterios relativos a la evaluación de la capacidad técnica de los contratistas.

Directiva 2004/18

9 A tenor del décimo considerando de la Directiva 2004/18:

«Un contrato debe considerarse un contrato público de obras sólo si su objeto abarca específicamente la ejecución de alguna de las actividades que se detallan en el anexo I, si bien el contrato puede conllevar la prestación de otros servicios necesarios para la realización de dichas actividades. Los contratos públicos de servicios, en particular los relativos al ámbito de los servicios de gestión de propiedades, podrán incluir obras en determinadas circunstancias. No obstante, cuando dichas obras sean accesorias al objeto principal del contrato y sean, por tanto, consecuencia o complemento del mismo, el contrato no podrá considerarse como un contrato público de obras.»

10 El artículo 1 de la Directiva 2004/18 dispone:

«1. A efectos de la presente Directiva, serán de aplicación las definiciones que figuran en los apartados 2 a 15.

2. a) Son "contratos públicos" los contratos onerosos y celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios en el sentido de la presente Directiva.

b) Son "contratos públicos de obras" los contratos públicos cuyo objeto sea bien la ejecución, o bien conjuntamente el proyecto y la ejecución de obras relativas a una de las actividades mencionadas en el anexo I o de una obra, bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador. Una "obra" es el resultado de un

conjunto de obras de construcción o de ingeniería civil destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica.

[…]

d) Son "contratos públicos de servicios" los contratos públicos distintos de los contratos públicos de obras o de suministro cuyo objeto sea la prestación de los servicios a los que se refiere el anexo II.

[…]

3. La "concesión de obras públicas" es un contrato que presente las mismas características que el contrato público de obras, con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio.

4. La "concesión de servicios" es un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio.

[…]»

11 El artículo 2 de la Directiva 2004/18 impone a las entidades adjudicadoras la observancia de los principios de no discriminación, igualdad de trato y transparencia.

12 El artículo 6 de la Directiva 2004/18 recoge la prohibición de que la entidad adjudicadora divulgue la información facilitada por los operadores económicos que éstos hayan designado como confidencial.

13 El artículo 17 de la Directiva 2004/18 dispone que «sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones previstas en el artículo 3, la presente Directiva no será aplicable a las concesiones de servicios definidas en el apartado 4 del artículo 1».

14 El artículo 24 de la Directiva 2004/18 establece las reglas aplicables a la presentación de variantes por los licitadores cuando el criterio de adjudicación del contrato sea el de la oferta económicamente más ventajosa.

15 El artículo 53 de la Directiva 2004/18 recoge los criterios de adjudicación del contrato e impone a la entidad adjudicadora la obligación de precisar, cuando el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa, la ponderación relativa que atribuya a cada uno de los criterios elegidos.

16 El anexo II, parte A, de la Directiva 2004/18 se refiere concretamente, en su categoría 12, a los «Servicios de arquitectura; servicios de ingeniería y servicios integrados de ingeniería; servicios de planificación urbana y servicios de arquitectura paisajista. Servicios conexos de consultores en ciencia y tecnología. Servicios de ensayos y análisis técnicos».

Normativa de la Comunidad Autónoma de Valencia

Los PAI

17 La LRAU y la LUV establecen dos regímenes de ejecución del desarrollo urbanístico, a saber, las actuaciones aisladas, que tienen por objeto una sola parcela y suponen su edificación, y las actuaciones integradas, que tienen por objeto la urbanización conjunta de dos o más parcelas conforme a una única programación, transformando dichas parcelas en solares (artículo 6, apartados 2 y 3, de la LRAU y artículos 14 y 15 de la LUV).

18 El PAI es el instrumento de ordenación urbanística que regula la ejecución de una actuación integrada [artículo 12, letra G), de la LRAU y artículo 39, letra a), de la LUV]. Tiene por objeto identificar el ámbito de una actuación integrada con expresión de las obras que se han de acometer; programar los plazos para su ejecución; establecer las bases técnicas y económicas para gestionar la actuación; regular los compromisos y obligaciones que asume el agente urbanizador (en lo sucesivo, «urbanizador»), definiendo sus relaciones con la Administración y con los propietarios afectados, y fijar las garantías de cumplimiento y las sanciones por incumplimiento de dichas obligaciones (artículo 29, apartado 2, de la LRAU y artículo 117, apartado 1, de la LUV).

19 En particular, los PAI deben establecer disposiciones precisas para alcanzar los objetivos indispensables siguientes: la urbanización de todos los terrenos; la conexión e integración de los terrenos con las redes de infraestructuras, energía, comunicaciones y servicios públicos existentes; la obtención gratuita en favor de la Administración de los suelos dotacionales públicos; la obtención gratuita en favor de la Administración del aprovechamiento que legalmente corresponda con destino al patrimonio público de suelo; la gestión de la transformación jurídica de los terrenos afectados y la realización del reparto equitativo de las cargas y beneficios entre los interesados (artículo 30 de la LRAU y artículo 124 de la LUV).

20 Mientras que la ejecución de las actuaciones aisladas puede ser pública o privada, la de un PAI siempre es pública, correspondiendo a la Administración decidir su gestión directa o indirecta (artículo 7, apartados 1 y 2, de la LRAU y artículo 117, apartado 4, de la LUV). La gestión es directa cuando todas las obras e inversiones son financiadas con fondos públicos y gestionadas por la Administración, sus organismos, entidades o empresas públicas (artículo 7, apartado 2, de la LRAU y artículo 117, apartado 4, de la LUV), sin poder percibir el beneficio empresarial (artículo 128, apartado 4, de la LUV). En cambio, en el supuesto de gestión indirecta, la Administración delega la condición de urbanizador en un particular, sea o no propietario del terreno, seleccionado según un procedimiento público de competencia (artículo 7, apartado 2, de la LRAU y artículo 117, apartado 4, de la LUV).

Gestión indirecta

21 En el marco de la gestión indirecta de los PAI, el urbanizador es el agente público responsable del desarrollo y ejecución de las actuaciones urbanísticas señaladas en el PAI, que comprenden, en todo caso, la redacción de los documentos técnicos establecidos en las bases, la propuesta y la gestión del correspondiente proyecto de reparcelación y la contratación del empresario constructor encargado de la ejecución del proyecto de urbanización, en los supuestos y conforme a las condiciones establecidas en la Ley. El urbanizador debe financiar el coste de las inversiones, obras, instalaciones y compensaciones necesarias para la ejecución del programa, que deberá ser garantizado en forma y proporción suficientes, pudiendo repercutir dicho coste en la propiedad de los solares resultantes, ya sea mediante compensación en terrenos edificables o mediante retribución en metálico por los propietarios de los terrenos edificables resultantes de la actuación integrada [artículo 29, apartado 9, letra A), de la LRAU y artículos 119 y 162 apartado 1, de la LUV]. Dichos costes comprenden, en particular, los costes de las obras de urbanización y el beneficio empresarial del urbanizador, que está limitado, en la LUV, al 10 % de los costes de urbanización (artículo 67, apartado 1, de la LRAU y artículo 168 de la LUV).

22 Los propietarios afectados por una actuación integrada pueden cooperar con ella aportando su terreno sin urbanizar y recibiendo, a cambio, parcelas edificables urbanizadas. En particular, pueden contribuir proporcionadamente a las cargas de la urbanización cediendo una parte de sus terrenos al urbanizador o abonar en metálico –como retribución al urbanizador– su cuota parte de las cargas de la urbanización [artículo 29, apartado 9, letra B), de la LRAU y artículo 162, apartado 2, de la LUV].

23 Los propietarios que expresamente declinen cooperar pueden solicitar la expropiación y pago según el valor inicial de los terrenos afectados [artículo 29, apartado 9, letra C), de la LRAU y artículo 162, apartado 3, de la LUV].

24 La Administración ejercerá, de oficio o a propuesta del urbanizador, sus potestades públicas (como la expropiación o la reparcelación forzosa) cuando resulte necesario para ejecutar el PAI (artículos 29, apartado 10, 66 y 68 de la LRAU y artículos 162, apartado 3, y 169 de la LUV).

Procedimiento de adjudicación y de aprobación

— La LRAU

25 Conforme al artículo 44 de la LRAU, el procedimiento se puede iniciar a instancias de una entidad territorial o de un particular, sea o no propietario de los terrenos que se han de urbanizar.

26 En virtud del artículo 45, apartado 1, de la LRAU, todo particular puede solicitar de la Administración que someta a información pública una propuesta técnica de PAI que debe comprender una copia de la cédula de urbanización emitida por la Administración competente o de su solicitud, con indicación de las condiciones mínimas de conexión e integración de la propuesta de actuación integrada, así como el anteproyecto de urbanización con la descripción de las obras de urbanización por realizar.

27 A tenor del artículo 45, apartado 2, de la LRAU, la Administración puede desestimar dicha solicitud o someterla a información pública, en su caso, junto con sus observaciones o alternativas.

28 El artículo 46 de la LRAU establece que la publicación de la propuesta de PAI elaborada por un particular o, en el supuesto de iniciativa pública, por la Administración competente, se realizará en un diario de información general y en el Diario Oficial de la Comunidad Autónoma de Valencia. Conforme a esta misma disposición, durante la fase de información pública, se admitirán alegaciones y alternativas técnicas. Tras la conclusión de la fase de información pública, los licitadores podrán presentar proposiciones jurídico-económicas. Las alegaciones y las alternativas técnicas se presentarán, en sobre abierto, dentro del plazo de 20 días a partir de la publicación de la propuesta de PAI y las proposiciones jurídico-económicas, en sobre cerrado, dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del plazo anterior, plazo prorrogable por 20 días.

29 El artículo 46, apartado 2, de la LRAU menciona los documentos que forman parte, por un lado, de la alternativa técnica, a saber, concretamente, la descripción de las obras de urbanización, y, por otro, de la proposición jurídico-económica, que comprenderá una regulación detallada de las relaciones entre el urbanizador y los propietarios, los posibles acuerdos ya alcanzados con ellos, una estimación, siquiera sea preliminar y aproximada, de los costes de la obra urbanizadora y la retribución del urbanizador, con indicación de los índices correctores que procedan respecto a la estimación de costes de la obra urbanizadora.

30 Conforme al artículo 47 de la LRAU, la Administración puede rechazar todas las alternativas y, en su caso, decidir gestionar directamente el PAI, o aprobar el PAI definiendo sus contenidos por elección de una alternativa técnica y una proposición jurídico-económica entre las presentadas, con las modificaciones parciales que estime oportunas. Al mismo tiempo, la Administración puede adjudicar el PAI al licitador que haya formulado la proposición jurídico-económica relativa a la alternativa técnica más adecuada. Esta adjudicación se realiza en función de los criterios de adjudicación que en ella se mencionen, entre ellos, las garantías o las posibilidades de colaboración de los propietarios afectados para facilitar o asegurar la ejecución de la actuación integrada.

31 La Administración y el urbanizador suscriben un convenio urbanístico que contiene, conforme al artículo 32, letra C), de la LRAU, sus compromisos respectivos, los plazos, las garantías prestadas por el urbanizador y las penalizaciones previstas en caso de que éste incumpla sus obligaciones.

32 El artículo 48 de la LRAU establece la simplificación del procedimiento a instancia de un particular.

33 En virtud del artículo 67, apartado 3, de la LRAU, con motivo de la aprobación del proyecto de urbanización las cargas inicialmente previstas en el PAI pueden ser recalculadas, por causas objetivas imprevisibles para el urbanizador.

— La LUV

34 Conforme al artículo 130 de la LUV, el procedimiento de aprobación y adjudicación de un PAI puede iniciarse a instancias de una entidad territorial o de un particular, sean o no propietarios de los terrenos.

35 En virtud del artículo 130, apartado 2, de la LUV, los particulares pueden acompañar su petición de un documento de planeamiento donde se especifique la ordenación detallada o estructural que se propone desarrollar y de los documentos mencionados en el artículo 131, apartado 2, letras a) a e), de la LUV.

36 Con arreglo al artículo 130, apartado 3, de la LUV, la Administración puede desestimar la petición del particular, iniciar el procedimiento para la gestión indirecta o decidir recurrir a la gestión directa.

37 A tenor del artículo 130, apartado 5, de la LUV, el silencio administrativo es positivo cuando la solicitud presentada por el primer licitador implique el desarrollo de las directrices de la ordenación estructural vigente y la Administración no responda a la solicitud en un plazo de tres meses.

38 Conforme al artículo 131, apartado 2, de la LUV, en el mismo acuerdo en que se decida iniciar el procedimiento para la gestión indirecta de un PAI se aprobarán las bases particulares reguladoras del procedimiento de adjudicación del PAI. En ellas se debe indicar si se admiten variantes, determinar los elementos en relación con los cuales los licitadores pueden proponer variantes y establecer los requisitos mínimos que éstas deben reunir.

39 A tenor del artículo 132, apartados 2 y 4, de la LUV, el concurso público de adjudicación del PAI debe publicarse, al menos, en el *Diario Oficial de la Unión Europea* y en el Diario Oficial de la Comunidad Autónoma de Valencia, con independencia de la cuantía estimada del PAI.

40 Con arreglo al artículo 133 de la LUV, las proposiciones de los licitadores incluirán los documentos relativos a los requisitos de solvencia exigidos, a la alternativa técnica y a la proposición jurídico-económica.

41 Los criterios de evaluación de la solvencia técnica y profesional de los licitadores se enuncian en el artículo 123 de la LUV.

42 El contenido de la alternativa técnica se puntualiza en el artículo 126 de la LUV.

43 El contenido de la proposición jurídico-económica se puntualiza, por su parte, en el artículo 127 de la LUV, que exige que ésta incluya los términos en que se regulan las relaciones del urbanizador con los propietarios afectados y, en particular, la modalidad de su retribución, así como información suficiente que permita a los propietarios conocer las consecuencias económicas que comporte para ellos la propuesta en cuestión. La proposición jurídico-económica debe establecer, en particular, los costes previstos de urbanización, el beneficio del urbanizador y el coeficiente de canje aplicable en caso de retribución en suelo.

44 El artículo 135, apartado 3, de la LUV recoge los criterios de adjudicación del PAI que deben tomarse en consideración por lo que respecta a la alternativa técnica.

45 El artículo 135, apartado 4, de la LUV recoge los criterios de adjudicación del PAI que deben tomarse en consideración por lo que respecta a la proposición jurídico-económica, en particular, el importe de las cargas de urbanización así como la menor proporción de solares o aprovechamientos que deban ser puestos a disposición del urbanizador por medio de reparcelación forzosa y la mayor proporción de terrenos propios o de asociados que deban quedar afectos al cumplimiento de las obligaciones especiales de edificación derivadas de la aprobación del PAI.

46 El artículo 137 de la LUV contiene las disposiciones aplicables a la adjudicación y aprobación del PAI. En virtud del artículo 137, apartado 5, de la LUV, cuando el PAI modifique la ordenación estructural, la aprobación por la Administración está condicionada a la aprobación definitiva del Gobierno autonómico.

47 El artículo 138 de la LUV exige que el contrato con el urbanizador se formalice en documento administrativo en el plazo de un mes a partir de la fecha de adjudicación del contrato. Dicho artículo enumera los elementos que deben figuran en él.

48 Con arreglo al artículo 143, apartado 4, letra d), de la LUV, en el supuesto de resolución del contrato con el urbanizador, la Administración puede solicitar a los licitadores que formularon proposiciones jurídico-económicas a la alternativa técnica seleccionada que prosigan con la ejecución del programa y, subsidiariamente, convocar una licitación sobre la base de la alternativa técnica seleccionada al término de la primera licitación.

49 En virtud del artículo 155, apartados 6 y 7, de la LUV, la Administración puede introducir modificaciones en el proyecto de urbanización contenido en la propuesta seleccionada cuando se adjudicó el PAI si los cambios así introducidos suponen un incremento que no supera el 20 % del coste de las obras de urbanización.

50 Conforme al artículo 168, apartado 3, de la LUV, el importe máximo de las cargas de urbanización no puede ser aumentado, salvo retasación de cargas, la cual no puede suponer un incremento de la parte que corresponde al beneficio del urbanizador.

51 Por lo que respecta a la ejecución de las obras de urbanización, la LUV exige que se confíe a un empresario constructor seleccionado por el urbanizador por medio de concurso público, conforme a las normas de contratación pública. Ni el urbanizador de que se trate ni las empresas vinculadas a éste pueden participar en dicho concurso público.

52 En virtud de la disposición transitoria primera de la LUV, los PAI iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley, a saber, el 1 de febrero de 2006, se regirán por la LRAU siempre que, antes de esa fecha, hubieran sido objeto de aprobación municipal o haya vencido el plazo máximo para emitir resolución expresa sobre dicha aprobación.

Procedimiento administrativo previo y recurso de la Comisión

53 A raíz de unas denuncias, la Comisión, mediante escrito de requerimiento de 21 de marzo de 2005, comunicó al Reino de España que diversas disposiciones de la LRAU relativas a la adjudicación de los PAI eran contrarias, en su opinión, a la Directiva 93/37 y a la Directiva 92/50. El Reino de España contestó a este escrito de requerimiento mediante escrito de 31 de marzo de 2005, en el que alegaba que la adjudicación de los PAI no constituía un contrato comprendido en el ámbito de aplicación de dichas Directivas. Además, aludía al proyecto de adopción de la LUV, que dio lugar a contactos y a un intercambio de correspondencia entre el Reino de España y la Comisión.

54 Al no quedar satisfecha con las explicaciones proporcionadas por el Reino de España, y por considerar que la adjudicación de los PAI con arreglo a la LRAU constituía un incumplimiento de las citadas Directivas, la Comisión emitió, el 15 de diciembre de 2005, un dictamen motivado al que dicho Estado miembro debía atenerse dentro de un plazo de tres semanas, que expiraba el 6 de enero de 2006.

55 En su respuesta al dictamen motivado, fechada el 26 de enero de 2006, el Reino de España manifestó que se había adoptado la LUV, que derogaba la LRAU y cuya entrada en vigor estaba prevista para el 1 de febrero de 2006. Tras una serie de intercambios con la Comisión, dicho Estado miembro formuló observaciones complementarias mediante escrito de 17 de marzo de 2006.

56 Habida cuenta de que la supuesta infracción persistía y de que había expirado el plazo establecido para la transposición de la Directiva 2004/18, la Comisión dirigió, el 10 de abril de 2006, un escrito de requerimiento complementario al Reino de España, al que éste contestó mediante escrito de 7 de julio de 2006.

57 Al considerar que, por una parte, la LUV, y, por otra, la adjudicación de los PAI con arreglo a la LRAU entre el 21 de marzo de 2005 y el 31 de enero de 2006 constituían una infracción, concretamente, de la Directiva 2004/18, la Comisión emitió un dictamen motivado complementario el 12 de octubre de 2006.

58 Toda vez que el Reino de España mantuvo su postura en su respuesta, fechada el 11 de enero de 2007, al dictamen motivado complementario, la Comisión interpuso el presente recurso, mediante el que solicita al Tribunal de Justicia que declare que el Reino de España:

— ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 1, 6, apartado 6, 11, 12 y 24 a 29 de la Directiva 93/37, al adjudicar los PAI con arreglo a la LRAU;

— ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 2, 6, 24, 30, 31, apartado 4, letra a), y 53 de la Directiva 2004/18, al adjudicar los PAI con arreglo a la LUV.

Sobre la solicitud de reapertura de la fase oral del procedimiento

59 Mediante escrito de 22 de noviembre de 2010, la Comisión solicitó la reapertura de la fase oral del procedimiento alegando, en esencia, que la cuestión de la participación económica de la Administración competente, examinada por el Abogado General en sus conclusiones, constituye un elemento esencial del litigio y requiere aclaraciones adicionales.

60 A este respecto, es preciso recordar que el Tribunal de Justicia puede ordenar de oficio, a propuesta del Abogado General o a instancia de las partes, la reapertura de la fase oral, conforme al artículo 61 de su Reglamento de Procedimiento, si considera que no está suficientemente informado o que el asunto debe dirimirse basándose en una alegación que no ha sido debatida entre las partes (véase, en particular, la sentencia de 8 de septiembre de 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional y Bwin International, C-42/07, Rec. p. I-7633, apartado 31 y jurisprudencia citada).

61 En cambio, ni el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ni su Reglamento de Procedimiento prevén la posibilidad de que las partes formulen observaciones en respuesta a las conclusiones presentadas por el Abogado General (véase la sentencia Liga Portuguesa de Futebol Profissional y Bwin International, antes citada, apartado 32).

62 El Tribunal de Justicia considera, oído el Abogado General, que, en el caso de autos, dispone de todos los elementos necesarios para dirimir el asunto que le ha sido sometido y que no procede examinarlo a la luz de alegaciones que no han sido debatidas ante él. Por consiguiente, no procede acordar la reapertura de la fase oral del procedimiento.

Sobre el recurso

Sobre la admisibilidad

63 El Reino de España invoca la inadmisibilidad parcial del recurso en lo que se refiere a la infracción de la Directiva 93/37 por la LRAU. A este respecto, el Reino de España considera censurable que el primer dictamen motivado exigiese la adaptación de la

LRAU a la Directiva 93/37 en lugar de referirse a la Directiva 2004/18, cuyo plazo de transposición en Derecho interno estaba a punto de vencer.

64 Según el Reino de España, la LRAU dejó de aplicarse desde la entrada en vigor de la LUV y la Comisión no ha demostrado la aprobación de un número importante de PAI con arreglo a la LRAU durante el período de *vacatio legis* de la LUV. Además, el Reino de España considera que, cuando las normativas nacional y comunitaria han sido derogadas, como en el presente caso, más de dos años antes de la interposición del recurso, no existe ya interés en la continuación del procedimiento.

65 Sobre este particular, procede destacar que es preciso pronunciarse sobre la eventual existencia del incumplimiento imputado a la luz de la normativa vigente el 6 de enero de 2006, fecha de expiración del plazo concedido en el primer dictamen motivado de 15 de diciembre de 2005. Pues bien, debe señalarse que, en tal fecha, estaban vigentes tanto la LRAU como la Directiva 93/37.

66 Por lo que respecta al momento elegido por la Comisión para actuar contra el Reino de España, baste recordar que corresponde a la Comisión, en el marco de la tarea que le ha sido encomendada por el artículo 211 CE, velar por la aplicación de las disposiciones del Tratado y verificar si los Estados miembros han actuado conforme a esas disposiciones. Si la Comisión considera que un Estado miembro ha incumplido dichas disposiciones, le corresponde apreciar la oportunidad de actuar contra ese Estado, especificar las disposiciones que éste haya podido infringir y elegir el momento en que inicia en su contra el procedimiento por incumplimiento, sin que puedan afectar a la admisibilidad del recurso las consideraciones que determinen dicha decisión (véanse las sentencias de 18 de junio de 1998, Comisión/Italia, C-35/96, Rec. p. I-3851, apartado 27; de 8 de diciembre de 2005, Comisión/Luxemburgo, C-33/04, Rec. p. I-10629, apartado 66, y de 19 de mayo de 2009, Comisión/Italia, C-531/06, Rec. p. I-4103, apartado 23).

67 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede desestimar la excepción de inadmisibilidad propuesta por el Reino de España.

Sobre el fondo

Alegaciones de las partes

68 La Comisión considera que diversos aspectos del procedimiento de adjudicación y aprobación de los PAI en gestión indirecta establecido en la LRAU y la LUV son contrarios a los artículos 1, 6, apartado 6, 11, 12 y 24 a 29 de la Directiva 93/37 y a los artículos 2, 6, 24, 30, 31, apartado 4, letra a), y 53 de la Directiva 2004/18, respectivamente.

69 La Comisión sostiene que la relación existente entre la Administración y el urbanizador constituye, conforme a las Directivas 93/37 y 2004/18, un contrato público cuyo objeto principal, como resulta de la definición de la actuación integrada, es la ejecución de obras públicas de infraestructura y urbanización.

70 El hecho de que, en el marco de la LUV, la ejecución física de dichas obras deba ser confiada por el urbanizador a un empresario constructor no modifica en absoluto la calificación del contrato como contrato de obras en la medida en que es el urbanizador quien se compromete con la Administración a realizarlas.

71 Por lo que respecta al carácter oneroso de la adjudicación y aprobación de los PAI, la Comisión observa que la LRAU y la LUV aplican un régimen en el que existe un

contrato bilateral entre el urbanizador y el ayuntamiento en virtud del cual la contraprestación para éste está en relación directa con la ejecución de las obras públicas y la prestación de determinados servicios conexos. Por otra parte, el urbanizador recibe de los propietarios de los terrenos una cantidad de dinero o su equivalente en suelo.

72 Según la Comisión, el carácter oneroso del contrato se expresa en la decisión de la Administración de aprobar el PAI y de seleccionar al urbanizador, así como en el ejercicio de sus prerrogativas públicas para garantizar el respeto de las disposiciones del PAI aprobado.

73 La Comisión añade que, cuando la Administración decide gestionar directamente el PAI, debe realizar ella misma los proyectos y desembolsar las cantidades necesarias para las obras. En este caso, incurre en unos gastos que repercute después sobre los propietarios, de forma que cuando opta por la gestión indirecta la Administración no desembolsa nada, pero tampoco percibe nada. Llega a la conclusión de que, cuando opta por la gestión indirecta, la Administración deja de ingresar completamente ciertas cantidades, sin que el hecho de que no corra ya con determinados gastos atenúe en absoluto esta afirmación.

74 Por último, la Comisión señala que, como se desprende en concreto de las sentencias de 12 de julio de 2001, Ordine degli Architetti y otros (C-399/98, Rec. p. I-5409), apartados 77 y 84, y de 18 de enero de 2007, Auroux y otros (C-220/05, Rec. p. I-385), apartados 45 y 57, los pagos efectuados por terceros son reveladores de un carácter oneroso.

75 En su réplica, la Comisión observa que el Tribunal Supremo ha formulado una interpretación diametralmente opuesta a la defendida en el presente caso por el Reino de España y que coincide en lo esencial con el análisis de la Comisión.

76 El Reino de España sostiene, por su parte, que la relación existente entre la Administración y el urbanizador, habida cuenta de la forma de retribución de éste, no constituye un contrato público de obras, sino una concesión de servicio público que no está comprendida en el ámbito de aplicación de las Directivas 93/37 y 2004/18 y que, por consiguiente, la adjudicación de los PAI está sujeta a los principios del Derecho primario de la Unión.

77 Según dicho Estado miembro, la Comisión confunde el PAI y el proyecto de obras de urbanización, siendo así que la ejecución de las obras públicas no constituye el objetivo exclusivo, ni siquiera fundamental, del PAI. La aprobación del PAI, mediante la adjudicación, implica también la financiación y la gestión de la reparcelación, así como la contratación de las obras de urbanización. Por lo tanto, el urbanizador es también responsable financiero de la ejecución de las obras y se encarga de efectuar las gestiones administrativas necesarias para garantizar la gratuidad de las operaciones para la Administración y el reparto justo de los costes y beneficios inmobiliarios correspondientes entre los propietarios.

78 Asimismo, el Reino de España alega que no existe relación onerosa a cargo de la Administración en la medida en que la retribución del urbanizador procede exclusivamente de los propietarios.

79 Señala, en primer lugar, que la obligación del propietario de financiar los costes de la urbanización y, por lo tanto, de retribuir al urbanizador, no se origina en una decisión unilateral de la Administración, sino que se deriva de su decisión, voluntaria, de participar en la reparcelación y de acceder así al disfrute de los nuevos terrenos edificables.

80 En segundo lugar, indica que la LRAU y la LUV no establecen garantía de pago alguna a cargo de fondos públicos de la que se pudiera colegir la existencia de un contrato oneroso entre la Administración y el urbanizador, que es responsable frente a ésta incluso en el supuesto de que el empresario constructor o los propietarios incumplan sus obligaciones respectivas.

81 Por último, considera que la opción por la gestión indirecta en vez de la gestión directa no implica una causa onerosa, al igual que el ejercicio por la Administración de sus potestades públicas a efectos de la reparcelación o de la expropiación.

82 A la luz de estas consideraciones, el Reino de España sostiene que no debe calificarse al urbanizador de «adjudicatario» de un contrato *stricto sensu,* sino de «concesionario», puesto que su retribución depende de la explotación en el mercado de los terrenos edificables y no de un precio fijo garantizado por la Administración. En particular, presenta las características de un concesionario de servicios, siendo la gestión económica de la reparcelación la función más relevante desde el punto de vista económico.

83 Por otra parte, el Reino de España alega que la tesis de la Comisión es contraria al efecto útil de las Directivas 93/37 y 2004/18.

Apreciación del Tribunal de Justicia

84 Con carácter preliminar, es preciso señalar que el presente recurso versa únicamente sobre la adjudicación de contratos de urbanización conforme a las leyes adoptadas sucesivamente por la Comunidad Autónoma de Valencia sobre la base de sus competencias autonómicas en materia de urbanismo, ocupación del suelo y ordenación del territorio.

85 Más concretamente, la Comisión reprocha al Reino de España la adjudicación de los PAI, es decir, las actuaciones integradas, que tienen por objeto la urbanización conjunta de varias parcelas conforme a una programación única que transforma dichas parcelas en solares, con arreglo, por un lado a la LRAU y, por otro, a la LUV, infringiendo las Directivas 93/37 y 2004/18, respectivamente.

86 Los reproches formulados por la Comisión sólo se refieren al procedimiento de aprobación de los PAI en gestión indirecta, que, conforme a las normativas en cuestión, implica la delegación –por la entidad adjudicadora competente a un particular– de la condición de urbanizador, seleccionado conforme a un procedimiento público de competencia, con independencia de que sea o no propietario de los terrenos afectados.

87 A este respecto, la Comisión sostiene que los contratos de urbanización de que se trata deben calificarse de «contratos públicos de obras» y deben cumplir por ello las exigencias establecidas en la Directiva 93/37 y, posteriormente, en la Directiva 2004/18. Así se desprende, por lo que respecta a las imputaciones formuladas en contra de la LRAU, de la base jurídica del recurso, que se limita a la infracción de la Directiva 93/37, y, por lo que respecta a las imputaciones formuladas en contra de la LUV, del dictamen motivado complementario, como señala la Comisión en su escrito de demanda y confirmó en la vista.

88 En cuanto al concepto de «contratos públicos de obras», en el sentido del artículo 1, letra a), de la Directiva 93/37 y del artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18, procede señalar que se refiere a los contratos de carácter oneroso, celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos, por una parte, y una o varias entidades adjudicadoras, 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 de la Directiva 93/37 y en el anexo I de la Directiva 2004/18 o de una obra definida en el artículo 1, letra c), de la Directiva 93/37 y en el artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18, bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad adjudicadora.

89 Por otra parte, de los considerandos decimosexto de la Directiva 92/50 y décimo de la Directiva 2004/18 en relación con el artículo 1, letra a), de la Directiva 93/37 y el artículo 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18, respectivamente, se desprende que un contrato sólo puede considerarse «contrato público de obras» si su objeto responde a la definición dada en el apartado anterior y que las obras accesorias que

no formen parte del objeto del contrato no pueden justificar la clasificación de éste como contrato público de obras.

90 Además, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, cuando un contrato contiene a un tiempo elementos propios de un contrato público de obras y elementos propios de algún otro tipo de contrato, ha de estarse al objeto principal del contrato para determinar qué cuerpo normativo de la Unión referente a la contratación pública debe en principio aplicarse (véase, en este sentido, la sentencia Auroux y otros, antes citada, apartado 37).

91 Esta determinación debe llevarse a cabo a la luz de las obligaciones esenciales que prevalecen y que, como tales, caracterizan dicho contrato, por oposición a aquellas otras que sólo tienen carácter accesorio o complementario y que son impuestas por el propio objeto del contrato (sentencia de 21 de febrero de 2008, Comisión/Italia, C-412/04, Rec. p. I-619, apartado 49).

92 En el caso de autos, debe señalarse que la Comisión se limita a alegar que los contratos de urbanización controvertidos deben calificarse de «contratos públicos de obras» debido a que el objeto principal del PAI es, en el sentido de los artículos 1, letra c), de la Directiva 93/37 y 1, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/18, una «obra» de urbanización de dos o más parcelas que supone la realización de un acceso rodado por vía pavimentada, el suministro de agua potable y energía eléctrica, la evacuación de aguas residuales, el encintado de aceras y el alumbrado público. A este respecto, señala que los servicios prestados por el urbanizador –tales como la redacción de los documentos técnicos, la elaboración y la gestión del proyecto de reparcelación o, con arreglo a la LUV, la selección del empresario constructor encargado de la ejecución de las obras– tienen carácter instrumental y accesorio.

93 Asimismo, es preciso señalar que el Reino de España refuta la apreciación de la Comisión de que el PAI debe calificarse de «obra», en el sentido de las Directivas 93/37 y 2004/18, y afirma que la ejecución de tal obra no constituye su objetivo exclusivo

ni siquiera fundamental. A estos efectos, dicho Estado miembro alega que el urbanizador es también el responsable financiero de la ejecución de las obras y está encargado igualmente de efectuar las gestiones necesarias para garantizar la gratuidad de las operaciones para la Administración, así como el reparto justo de los costes correspondientes y de los beneficios inmobiliarios correlativos entre los propietarios de los solares que los financian. Además, el Reino de España sostiene que los contratos controvertidos deben calificarse de «concesiones de servicios» en el sentido del artículo 1, apartado 4, de la Directiva 2004/18.

94 Pues bien, según reiterada jurisprudencia, en un procedimiento por incumplimiento con arreglo al artículo 226 CE, incumbe a la Comisión probar la existencia de dicho incumplimiento. Debe aportar al Tribunal de Justicia los elementos necesarios para que éste pueda verificar la existencia de tal incumplimiento, sin poder basarse en presunciones (sentencia de 27 de enero de 2011, Comisión/Luxemburgo, C-490/09, Rec. p. I-247, apartado 49, y jurisprudencia citada).

95 Sobre este particular, y por lo que respecta a la naturaleza de las actividades a cargo del urbanizador, es preciso señalar que, pese a los elementos de análisis proporcionados por el Reino de España, la Comisión no intentó apoyar sus propias alegaciones ni refutar las del Estado miembro demandado mediante un examen profundo de dichos elementos.

96 No se ha demostrado en absoluto que las obras de conexión e integración de los terrenos con las redes de infraestructuras, energía, comunicaciones y servicios públicos existentes constituyan el objeto principal del contrato celebrado entre la entidad territorial y el urbanizador en el marco de un PAI en gestión indirecta. La ejecución del PAI por el urbanizador comprende, como resulta concretamente de los apartados 21 y 23 de la presente sentencia, actividades que no pueden calificarse de «obras» en el sentido de las Directivas invocadas por la Comisión en su escrito de demanda, a saber, la elaboración del plan de desarrollo; la propuesta y la gestión del correspondiente proyecto de reparcelación; la obtención gratuita en favor de la Administración de

los suelos dotacionales públicos y con destino al patrimonio público de suelo de la entidad territorial; la gestión de la transformación jurídica de los terrenos afectados y la realización del reparto equitativo de las cargas y beneficios entre los interesados, así como las operaciones de financiación y de garantía del coste de las inversiones, obras, instalaciones y compensaciones necesarias para la ejecución del PAI. Así ocurre también cuando el urbanizador, como se puntualiza en el artículo 119, apartado 1, de la LUV, debe organizar el concurso público destinado a designar al empresario constructor al que se confiere la ejecución de las obras de urbanización.

97 Por otra parte, cabe señalar que algunas de las actividades que comprenden los PAI, tanto con arreglo a la LRAU como a la LUV, según se han mencionado en el apartado anterior, parecen corresponder, por su naturaleza, a las actividades contempladas en la categoría 12 de los anexos I, parte A, de la Directiva 92/50 y II, parte A, de la Directiva 2004/18, relativas a los servicios mencionados en el artículo 1, letra a), de la Directiva 92/50 y en el artículo 1, apartado 2, letra d), de la Directiva 2004/18, respectivamente.

98 De todo ello resulta que la Comisión no ha demostrado que el objeto principal del contrato celebrado entre el ayuntamiento y el urbanizador corresponda a contratos públicos de obras en el sentido de la Directiva 93/37 o de la Directiva 2004/18, lo que constituye una condición previa para la declaración del incumplimiento alegado.

99 De las consideraciones anteriores se desprende que procede desestimar el recurso de la Comisión.

Costas

100 A tenor del artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiere solicitado la otra parte. Por haber solicitado el Reino de España que se condene en costas a la Comisión y haber sido desestimados los motivos formulados por ésta, procede condenarla en costas.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) decide:

1) Desestimar el recurso.

2) Condenar en costas a la Comisión Europea.

Firmas