

ambas instituciones en los últimos meses, habrá quienes consideren que el autor se ha quedado corto. Sin embargo, a mi juicio, la obra del profesor NIETO sería igual de aguda y cumpliría la misma función de denuncia, tan necesaria en los tiempos que corren, si se mantuviera siempre en el terreno del respeto a las personas que realmente lo merecen, lo cual, en mi opinión, tendría que llevar a evitar las generalizaciones y reservar la crítica para quienes, verdaderamente, hayan hecho méritos para ello.

La lectura de este nuevo libro de A. NIETO, como la de otros que en esta reseña se han citado, podría dejar la sensación de que el autor se queda en la denuncia sin hacer un esfuerzo por aportar soluciones. En otras palabras, habrá quien piense, y quizás no serán pocos los lectores que así lo hagan, que el NIETO de los ensayos denuncia, pero no soluciona ni construye, es decir, abre el cuerpo enfermo en su mesa de operaciones pero no tiene medicina ni cirugía que aplicarle para sanarlo. Sin embargo, en mi opinión, con *El desgobierno de lo público* A. NIETO lleva a cabo una tarea importantísima, la cual, además, es más propia de un libro de crítica política como es el suyo: contar las cosas de una manera distinta a cómo se hace desde el discurso político oficial o desde la teoría que enseñamos en nuestras universidades, poniendo negro sobre blanco que las cosas, en la realidad, no funcionan como los gobernantes dicen, ni son como deberían ser, según las leyes. En una palabra, el libro de NIETO cumple sencillamente con la imprescindible tarea de decirle al enfermo que está muy enfermo, visto que el enfermo o no se ha enterado o no quiere enterarse. No en vano, una de las denuncias y críticas más duras que el profesor hace en su libro va dirigida a la manipulación ideológica que sufre el ciudadano como individuo; formando parte de una multitud; formando parte de una masa y, finalmente, como consumidor. El autor llega a afirmar que «hoy el ciudadano se ha convertido en un consumidor de una democracia manipulada», así como que «a los individuos se les convence, a las masas se les sugiere. La política, en definitiva, es la forma racional de explotar el fondo irracional de las masas y de las multitudes». Si hay una enseñanza que el profesor NIETO se esfuerza siempre en transmitir es, por un lado, la necesidad de aprender a pensar por uno mismo y, por otro, lo importante que es

no ignorar ni menospreciar la fuerza que lo fáctico y lo real tienen en el mundo del Derecho. En este libro, A. NIETO nos cuenta la parte de verdad o realidad de las instituciones que, normalmente, permanece oculta o ensombrecida tras los discursos teóricos, y, en mi opinión, lo hace con talento y, sobre todo, desde la experiencia de toda una vida profesional dedicada al Derecho.

4. Como decía al inicio de esta reseña, A. NIETO cierra con *El desgobierno de lo público* una etapa de su vida de jurista, para dedicarse, de lleno, a la historia y, en concreto, a lo que él gusta llamar «SU» siglo XIX. Afortunadamente, el profesor NIETO sigue manteniendo su seminario de profesores de Derecho Administrativo, dando conferencias dentro y fuera de nuestro país y, con bastante frecuencia, formando parte de tribunales de oposiciones a cátedra en países de Latinoamérica. Nadie debería desaprovechar la ocasión de seguir disfrutando de sus enseñanzas a través de la lectura de sus numerosos libros, asistiendo a sus conferencias o compartiendo con él tertulias y charlas interminables, ya sea en las salas de seminarios de la Universidad o entorno a una buena mesa.

Carmen CHINCHILLA MARÍN
Universidad de Alcalá

TARDÍO PATO, José Antonio: *La gestión urbanística en el derecho de la Unión Europea, del Estado Español y de la Comunidad Valenciana*, Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur menor (Navarra) 2007, 568 págs.

Al margen de la existencia de precedentes en la doctrina científica acerca de la incidencia de la normativa contractual pública comunitaria en el Derecho urbanístico de los Estados Miembros de la Unión Europea, destaca TARDÍO PATO en esta obra, con toda razón, la importante llamada de atención sobre la cuestión que supuso la Sentencia del TJCE Scala de Milán de 2001. Múltiples han sido los comentarios y meras reseñas que esta decisión ha merecido, los cuales aparecen en buena medida citados en la propia base de datos jurisprudencial de la Unión Europea, si uno busca en ella tal Sentencia.

Dicha resolución, como bien se sabe, no ha sido la única al respecto, ya que posteriormente hay dos más que vienen a confirmar, por una parte, y a completar, por otra, la doctrina jurisprudencial generada por aquella. Me refiero, claro está, a las Sentencias Comisión-Francia de 2005 y caso Auroux y otros de 2007.

Es evidente, sobre esa base jurisprudencial, que existe material relevante para efectuar estudios sobre la repercusión del Derecho de la Unión Europea en la gestión urbanística de los Países Miembros. Esto es lo que hace el autor del libro que ahora comentamos, pero complementándolo, como no podía ser de otro modo, con el análisis de aquellos preceptos del Tratado Constitutivo y de la Directiva 2004/18/CE y con el de los principales apartados de la jurisprudencia del TJCE sobre la contratación pública que afectan especialmente al ámbito de la gestión urbanística (contratos internos —*in house providing*—, etc.).

Después de recordar, acertadamente, que es jurisprudencia del TJCE que la calificación jurídica de los contratos que vinculan a la Administración actuante y a los encargados de las operaciones de la gestión urbanística depende de lo que se derive del Derecho Comunitario, tal como lo interpreta el TJCE y no de lo que se desprenda del Derecho Nacional, en la obra se expone de modo sintético cuáles son las principales implicaciones del Derecho Contractual Público Europeo para la regulación de la gestión urbanística por el Derecho de los Estados Miembros. Creo que esta parte constituye una de las aportaciones más notables de la misma, en tanto no existía antes un tratamiento análogo en nuestra literatura jurídica.

El examen que se efectúa a continuación de la incidencia comunitaria en los modos de gestión urbanística en España, desde la atalaya del Derecho Estatal Supletorio Español, modelo y fondo común del Derecho de la gestión urbanística de las diversas Comunidades Autónomas, tiene asimismo indudable interés, en particular dadas las referencias a algunos de estos Derechos y que completan lo expuesto.

La tercera parte del libro se centra en una profunda y detallada radiografía de la gestión urbanística en el Derecho Urbanístico de la Comunidad Valenciana vigente, regido por la ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana (LUV) y el Decreto

67/2006, de 12 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Gestión Territorial y Urbanística de la Comunidad Valenciana.

Con un encomiable dominio técnico, el autor diferencia entre actuaciones aisladas (también conocidas como actuaciones asistemáticas) y actuaciones integradas (o actuaciones sistemáticas), cuestión especialmente compleja en el Derecho Valenciano actual, debido a la serie de excepciones a las excepciones que los citados textos normativos disponen. A nuestro parecer, logra desentrañar razonablemente dicho galimatías, y las conclusiones que aporta al final de este apartado, se nos presentan bastante claras y de gran utilidad.

A partir de aquí nos encontramos con la exposición de los aspectos esenciales relativos a la regulación de la gestión urbanística en el Derecho autonómico valenciano. Esto es, una cabal elaboración sistemática y ordenada, con citas jurisprudenciales y doctrinales, en su caso, de los aspectos sustantivos y procedimentales de la tramitación, aprobación y adjudicación de los denominados «Programas para el Desarrollo de las Actuaciones Integradas» (PAIS), en virtud de los cuales se adquiere la condición de agente urbanizador; el procedimiento para la adjudicación de la condición de «empresario constructor»; y el procedimiento para la adjudicación de los «Programas para el Desarrollo de las Actuaciones Aisladas» (PAAS).

El capítulo V del libro, por su parte, trata el espinoso tema de la naturaleza jurídica de la relación entre Administración actuante y agente urbanizado, exponiendo las distintas manifestaciones al respecto, tanto en la jurisprudencia menor de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de la Comunidad Valenciana, como en nuestra doctrina científica. Tarea de por sí valiosa.

Especial relieve merece el siguiente capítulo, hasta el punto de poder calificarlo como una de las piezas fundamentales de la monografía: el contenido del expediente de infracción abierto a España a instancias de la Comisión Europea, por incumplimiento de la legislación urbanística de la Comunidad Valenciana del Derecho Comunitario de la contratación pública. Hasta ese momento, seguramente sólo eran conocidos —para la mayoría de los lectores— datos de tal expediente en virtud de la información facilitada a través de los medios de difusión, o quizás

alguna documentación más. Pues bien, TARDIO PATO ofrece un relato completo, expuesto analíticamente, es decir, aunque separa la referencia al contenido de la primera Carta de emplazamiento y su Dictamen Motivado posterior del contenido de la Carta de emplazamiento complementario y su Dictamen Motivado complementario, el estudio de cada Carta con su Dictamen respectivo se hace de forma conjunta y con su sistemática particular, para evitar reiteraciones y tratar de forma unitaria los aspectos relacionados que en tales documentos se consignan en partes diferentes. Además, en el último epígrafe de este Capítulo VI, encontramos el contenido resumido de la Resolución del Parlamento Europeo de 5 de diciembre de 2005, adoptada sobre la base del informe Fourtou, que alude no sólo al incumplimiento de la normativa contractual pública, sino también de la reguladora de la evaluación de impacto ambiental y en materia de aguas, e invoca la lesión del derecho de propiedad.

Precisamente a la no menos problemática cuestión de la incidencia del sistema de agente urbanizador valenciano en el derecho de propiedad está dedicado el siguiente capítulo del libro. En éste se explicitan, en primer término, las justificaciones aducidas en las Exposiciones de Motivos de la LRAU y de la LUV, así como en la doctrina científica que inspiró éstas, en favor de la sustitución en la gestión urbanística de los propietarios por los empresarios no necesariamente propietarios. En segundo lugar, se refiere al planteamiento por las instituciones europeas de la incidencia del sistema valenciano en el derecho de propiedad, principalmente por la Resolución citada del Parlamento Europeo, y en tercer lugar, también con respecto a la citada sustitución de los propietarios, la obra nos reseña las exposiciones críticas formuladas por instancias españolas, tales como el anteriormente llamado Tribunal de Defensa de la Competencia, el sector minoritario de la Comisión de expertos sobre Urbanismo nombrada en 1995 y una parte relevante de nuestra doctrina.

Como resulta obvio, esa incidencia se analiza también teniendo en cuenta las previsiones al respecto de las Leyes estatales: Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y de valoraciones, ya derogada, y de la vigente Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, que sustituye a la anterior; y, por supuesto, de la actual Ley Urbanística Valenciana (LUV).

Subrayo y enfatizo el juicio crítico al que somete el profesor TARDIO PATO los principales argumentos esgrimidos en favor de la sustitución de los propietarios por los agentes urbanizadores y fundamenta por qué considera que existe lesión del derecho fundamental de propiedad, del apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de nuestro Tribunal Constitucional.

Sin duda, éste es uno de los capítulos más atractivos del libro, dadas las razones y argumentos que expone para fundamentar por qué considera que ni la calificación de la gestión urbanística como función pública ni la denominada función social de la propiedad justifican la reiterada sustitución forzosa con carácter automático del propietario a favor del urbanizador no necesariamente propietario, de modo que no es incompatible con que se otorgue prioridad o preferencia a este último en la gestión urbanística. Como, igualmente, los argumentos de por qué no parece convincente contraponer libertad de empresa y derecho de propiedad, para justificar la referida sustitución forzosa.

De igual modo y, como culminación de la anterior, en tanto explica por qué, a su juicio, ese sistema de gestión urbanística de la LUV que desplaza forzosamente al propietario, sin darle prioridad alguna, a favor del agente urbanizador, infringe el principio de proporcionalidad y el contenido esencial del derecho de propiedad.

A su entender, destaca que no es preciso entrar en si tal sistema cumple con el «juicio de idoneidad» del principio de proporcionalidad (que la medida sea adecuada para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido), pues parece claro que con el que no cumple es con el denominado «juicio de necesidad», que exige que no exista otra medida menos lesiva para la consecución de tal fin con igual eficacia. Expresado en términos de la jurisprudencia del TEDH, con el modo de proceder del sistema de gestión urbanística de la LUV, cabe afirmar que «no se ha mantenido un justo equilibrio entre las exigencias del interés general de la comunidad y los imperativos de la garantía del derecho de propiedad» y que no existe una «relación razonable entre los medios empleados y el fin que se persigue alcanzar».

Lo que, en función de esto mismo, pero enlazado con la garantía del contenido esencial del derecho de propiedad, posibilita re-

saltar que se produce una lesión de tal derecho fundamental, porque el mismo «queda sometido a limitaciones que lo dificultan más allá de lo razonable», parámetro que utiliza la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional para evaluar la posible lesión de dicho contenido esencial.

El último capítulo está dedicado a las conclusiones finales. Entre ellas están las que sustentan la defensa del carácter contractual de la relación entre la Administración actuante y el agente urbanizador, de su carácter oneroso y en contra de su consideración como mero convenio del artículo 88 de la Ley 30/1992 o del art. 3.1, letra d, de la LCAP (art. 4.1, letra d, de la ley 30/2007, de Contratos del Sector Público). No obstante asumir que lege ferenda es posible defender que estamos ante un contrato administrativo especial, por no coincidir exactamente con los contratos públicos típicos o nominados existentes, y que, por ello, exigiría su Directiva específica y su particular texto normativo estatal de transposición.

Añade, en ese sentido, que lege lata nos encontramos ante un «contrato público de obras», cuando el Ordenamiento jurídico interno incluye, dentro del objeto del contrato, la ejecución de la obra, junto con las otras tareas que conforman la ejecución del planeamiento, sin perjuicio de que la ejecución material pueda, después, subcontratarse por dicho contratista, como se deriva de la doctrina recogida en las sentencias del TJCE caso *Scala* y caso *Auroux* antecitadas. Por ello, esta es la calificación apropiada desde la perspectiva del Derecho Comunitario para la regulación del agente urbanizador establecida en la LRAU, dado que en el contrato se englobaban conjuntamente la ejecución de la obra urbanizadora y las demás tareas propias de la ejecución del planeamiento.

Por el contrario, estaremos ante un «contrato público de servicios», si se separa la ejecución de la obra urbanizadora de las demás tareas de gestión propias de la ejecución del tratamiento, como se deriva de la Sentencia del TJCE, caso *Comisión-Francia*. Lo que ocurre —según el autor— en la regulación aportada por la LUV, permitiéndole de paso criticar a la Comisión Europea por eludir esta última calificación con respecto a la LUV en el expediente infractor abierto a España, cuando, a su juicio, ello se desprende claramente de la referida STJCE.

Sostiene en otro momento *TARDÍO PATO*

que, al separarse en la LUV la gestión en sentido estricto de la ejecución de la obra urbanizadora, podría perfectamente dicha Ley haber eludido la licitación para la selección del agente urbanizador, estableciendo la reserva a los propietarios de la primera, para que, después, éstos seleccionen por licitación al empresario constructor, conforme a la normativa del contrato público de obras, tal y como permite la mencionada jurisprudencia comunitaria. Igualmente, defiende la supresión de la dualidad agente urbanizador-empresario constructor; al entender que la misma sólo tiene sentido cuando la gestión se encomienda a un ente público instrumental, que después tiene que contratar la ejecución de obra con una empresa especializada en dicha tarea, que es el ejemplo que nos aporta la Sentencia *Comisión-Francia*. En otros casos, añade, la dualidad de figuras lo que hace es alargar sobremanera el proceso (con dos procedimientos selectivos sucesivos: uno para el agente urbanizador y otro para el empresario constructor) e incrementar los costes del mismo (por ejemplo, los costes de avales para garantías), al margen de ser susceptible de conducir a la generación de acuerdos encubiertos entre empresas del sector.

Aunque cabe pensar que estos argumentos revelan la oposición o la posición contraria del autor a la figura del agente urbanizador, no es ésta posiblemente, una opinión certera, si se destaca el importante papel que puede cumplir cuando los propietarios no asumen la gestión urbanística indirecta en los plazos marcados, en cada caso, por el Ordenamiento jurídico o incumplen sus obligaciones al respecto. Y, sobre todo, si lo que no considera admisible es la sustitución forzosa de los propietarios por el agente urbanizador, sin haber dado siquiera oportunidad a aquéllos para acometer la referida gestión.

Tal sistema —insiste el Profesor de la Universidad Miguel Hernández— es contrario al principio de proporcionalidad y lesiona el contenido esencial del derecho de propiedad, por las razones ya expuestas. Por el contrario, sí que le resultan compatibles con el principio de proporcionalidad y el contenido esencial de tal derecho los sistemas que dan primacía a los propietarios para asumir la gestión urbanística y ceden el paso al agente urbanizador, sólo en aquellos supuestos (lo que sucede, por ejemplo, en la

legislación de la Comunidad de Madrid o de la Comunidad de Extremadura). Con independencia de considerar más coherente con el Derecho Comunitario que se establezca la prioridad antes de iniciarse licitación alguna, como reserva a los mismos, introduciendo mecanismos de preferencia en el marco de un proceso licitatorio, en el sentido establecido en su momento por la LRAU.

En suma, estamos ante un libro que nos aporta, por vez primera, un estudio sumamente interesante y cabría decir que completo, de las exigencias del Derecho Comunitario en el ámbito de la gestión urbanística, desde el punto de vista contractual, a la luz de la jurisprudencia de aquél origen. Por tanto, nos suministra el sustrato imprescindible para valorar no sólo el expediente de incumplimiento del Derecho Comunitario abierto a España por la Comisión Europea, sino, asimismo, para enjuiciar la compatibilidad de la legislación de otras Comunidades Autónomas con el referido Derecho Europeo y en consecuencia las posibles reformas a acometer por la legislación de la Comunidad Autónoma Valenciana y el resto de las Comunidades Autónomas.

Estamos, pues, ante una obra, en la que el autor nos proporciona un valiente análisis de las tensiones entre los sistemas de agente urbanizador y la garantía del derecho de propiedad, utilizando argumentos de impecable técnica jurídica y no de mera opinión apasionada, que sin duda merecerá la atención que se merece y valoraciones no necesariamente coincidentes.

Juan José DIEZ SÁNCHEZ
Universidad de Alicante

SOSA WAGNER, FRANCISCO: *Carl Schmitt y Ernst Forsthoff: coincidencias y confidencias*, Marcial Pons, Madrid, 2008, 133 Págs.

“Un epistolario y muchas historias”.

Francisco SOSA, compañero, amigo y ejemplo, acaba de publicar un nuevo libro, titulado CARL SCHMITT y ERNST FORSTHOFF: COINCIDENCIAS y CONFIDENCIAS (Madrid, Marcial Pons, 2008). Seguimos en aquella Alemania de universitarios y juristas y de convulsiones sociales y políticas que tan bien nos retrata-

ra el mismo autor en su obra *Maestros alemanes del Derecho público* (Marcial Pons, segunda edición, 2005). Esta vez se analiza y se glosa el intercambio epistolar que a lo largo de cuarenta y ocho años mantuvieron CARL SCHMITT y ERNST FORSTHOFF, dos brillantes exponentes de la ciencia jurídica alemana del siglo XX y tocados ambos por la sinrazón del nazismo.

Las cartas fueron publicadas en Alemania en un libro del pasado año (ERNST FORSTHOFF-CARL SCHMITT *Briefwechsel 1926-1974*, Akademie-Verlag, 2007). El reto, difícil, que FRANCISCO SOSA enfrenta es el de narrarnos lo que los dos se cuentan, sin caer en el mero resumen, en la simple antología de frases o en la fácil apostilla. Reto superado como sólo puede quien no solamente se maneja con soltura en la historia alemana y la teoría del Derecho, sino, y ante todo, quien posee una habilidad literaria labrada en el cultivo de los más diversos géneros, desde la historia hasta la novela, desde el ensayo hasta la prosa particular de los textos jurídicos.

¿Cómo abordar la empresa complicada de dar interés y empaque a la exposición de lo que dos profesores alemanes se confiesan en sus cartas? FRANCISCO SOSA pergeña una estructura teatral en la que primeramente se nos presenta a los dos personajes de la obra, con sus biografías cargadas de entusiasmos y desfallecimientos, afectados por las contradicciones del tiempo que les cae en suerte, atrapados entre la brillantez de sus intelectos y las debilidades de su moral cuando el nazismo los tienta con poderes y vanagloria. Vemos al CARL SCHMITT que impresiona a sus colegas con sus primeros libros, en tiempos de la República de Weimar; que cultiva doctrina con un fuerte componente elitista y crecientemente autoritario y que con el ascenso de Hitler se deslumbra y trata de lograr poder e influencia poniendo su exquisita pluma al servicio descartado del tirano, con textos que serán su tacha perpetua. Luego, su orgullosa negativa a asumir arrepentimientos y excusas, la vana pretensión de haberse sentido siempre por encima de los tiempos y en el fondo ajeno a los dictados del partido nazi. Atrapado en medio de la rivalidad entre GÖRING, su valedor; y HIMMLER, cae en desgracia ya en 1936 y pierde puestos y honores. Se le echa en cara el haberse relacionado con judíos antes de 1933, su espíritu acomodaticio, su afán por congradarse con cualquier gobierno. Se le priva