

Mi Ref.: 23-473 / Ref. Cliente URBANISMO

Cliente... : AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA
Contrario : TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PUBLICOS DE ARAGON y FERNANDO RIVARES ESCO
Asunto... : PROCEDIMIENTO ORDINARIO 315/2023
Juzgado.. : TRIBUNAL SUP. DE JUSTICIA-CONT-ADVO 1 ZARAGOZA

Resumen

Resolución

08.10.2024 SENTENCIA 324/2024 DE 26-9-2024 ESTIMATORIA, SIN COSTAS, CABE RECURSO DE CASACION EN 30 DIAS

ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA**SECCION Nº 1 DE LA SALA DE LO
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL
SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON**

Calle Coso, 1, Zaragoza

Zaragoza

Teléfono:

Email.: tribunalsuperiorcontenciosos1zaragoza@justicia.aragon.es

Modelo: PO185

Sección: A3

Proc.: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**Nº: **0000315/2023**

NIG: 5029733320230000518

Puede relacionarse telemáticamente con esta Admón.
a través de la sede electrónica (personas jurídicas)
<https://sedejudicial.aragon.es/>

Firmado por:
JAVIER ALBAR GARCIA,
JUAN JOSÉ CARBONERO REDONDO,
JUAN CARLOS ZAPATA HIJAR

SENTENCIA Nº 000324/2024

Ilmos. Sres.

Presidente:

Sr. Zapata Híjar

Magistrados:

Sr. Albar García, Ponente de esta sentencia

Sr. Carbonero Redondo

En la Ciudad de Zaragoza a 26 de septiembre de 2024

Vistos por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, los presentes autos de Recurso ordinario contencioso-administrativo nº 315/2023 seguidos a instancia del Ayuntamiento de Zaragoza.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO- Con fecha 13 de julio de 2023 se presentó ante esta Sala escrito interponiendo recurso contra el Acuerdo 62/2023 de 29 de junio del TACPA por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por don FERNANDO RIVARÉS ESCÓ, en su condición de concejal del Ayuntamiento de Zaragoza, frente al procedimiento de licitación denominado «otorgamiento de un derecho de superficie mediante licitación pública, por plazo de 75 años, con adjudicación a la oferta económica más ventajosa con varios criterios de adjudicación, sobre la parcela municipal SG-ED (PV) 28.22, destinada a equipamiento deportivo privado, usos

COMUNIDAD AUTÓNOMA
DE ARAGÓN



ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Firmado por:
JAVIER ALBAR GARCÍA,
JUAN JOSÉ CARBONERO REDONDO,
JUAN CARLOS ZAPATA HUIAR

Fecha: 03/10/2024 12:06

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación:
<https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>
CSV: 5029733001-ecd08a4c078b2b133b4e7b90512569e0Ck10AQ==



COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN

coadyuvantes al mismo y usos terciarios, con la finalidad de que el adjudicatario redacte el proyecto para la construcción del nuevo estadio municipal de futbol, lleve a cabo su ejecución y la gestión y explotación del mismo», promovido por el Ayuntamiento de Zaragoza .

Se tramitó el procedimiento cumpliendo con las prescripciones procesales y quedó pendiente de señalamiento.

SEGUNDO- La cuantía del procedimiento es **indeterminada**, siendo ponente D. Javier Albar García, quien expresa el parecer de la Sala.

Mediante Acuerdo de la Presidencia de la Sala se señalaba para votación y fallo el 25 de septiembre de 2024 .

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO- Se recurre el Acuerdo 62/2023 de 29 de junio del TACPA por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por don FERNANDO RIVARÉS ESCÓ, en su condición de concejal del Ayuntamiento de Zaragoza, frente al procedimiento de licitación denominado *«otorgamiento de un derecho de superficie mediante licitación pública, por plazo de 75 años, con adjudicación a la oferta económica más ventajosa con varios criterios de adjudicación, sobre la parcela municipal SG-ED (PV) 28.22, destinada a equipamiento deportivo privado, usos coadyuvantes al mismo y usos terciarios, con la finalidad de que el adjudicatario redacte el proyecto para la construcción del nuevo estadio municipal de futbol, lleve a cabo su ejecución y la gestión y explotación del mismo»*, promovido por el Ayuntamiento de Zaragoza.

Se acordó *“Estimar el recurso especial interpuesto por don FERNANDO RIVARÉS ESCÓ, en su condición de concejal del Ayuntamiento de Zaragoza, frente al procedimiento de licitación de «otorgamiento de un derecho de superficie mediante licitación pública, por plazo de 75 años, con adjudicación a la oferta económica más ventajosa con varios criterios de adjudicación, sobre la parcela municipal SG-ED (PV) 28.22, destinada a equipamiento deportivo privado, usos coadyuvantes al mismo y usos terciarios, con la finalidad de que el adjudicatario redacte el proyecto para la construcción del nuevo estadio municipal de futbol, lleve a cabo su ejecución y la gestión y explotación del mismo»*, promovido por el Ayuntamiento de Zaragoza”.

Se alega incompetencia del TACPA, inexistencia de contrato de obras o de concesión de obras e incongruencia procesal.

SEGUNDO- Incompetencia manifiesta.

Se alega, algo que ya se tuvo en cuenta en el auto de medida cautelar, que el TACPA se pronunció sobre un acto respecto del cual no tenía datos para determinar si el mismo en realidad era un contrato cuya



Firmado por:
JAVIER ALBAR GARCIA,
JUAN JOSÉ CARONERO REDONDO,
JUAN CARLOS ZAPATA HUIAR

Fecha: 03/10/2024 12:06

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación:
<https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>

CSV: 5029733001-ecd084c078b2b133b4e7b90512569e0Ck0AQ==

convocatoria pueda ser recurrida ante el TACPA, según el art. 44 de la ley 9/2017 de 8 de noviembre LCSP. El mismo dice :

“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros.

b) Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.

c) Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.

Serán igualmente recurribles los contratos administrativos especiales, cuando, por sus características no sea posible fijar su precio de licitación o, en otro caso, cuando su valor estimado sea superior a lo establecido para los contratos de servicios.

Asimismo serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23, y los encargos cuando, por sus características no sea posible fijar su importe o, en otro caso, cuando este, atendida su duración total más las prórrogas, sea igual o superior a lo establecido para los contratos de servicios.”

Por tanto, su competencia queda reducida únicamente a esos contratos.

Debe recordarse que el 9.1 ley 9/2017 LCSP dice **“1. Se encuentran excluidas de la presente Ley las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público y los contratos de explotación de bienes patrimoniales distintos a los definidos en el artículo 14, que se regularán por su legislación específica salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la presente Ley”**.

En el caso presente nos encontramos con la licitación pública por otorgamiento de un derecho de superficie de carácter oneroso por plazo de setenta y cinco años sobre la parcela municipal SG-ED (PV) 28.22 destinada a equipamiento deportivo privado, usos coadyuvantes al mismo y usos terciarios, promovido por el Ayuntamiento de Zaragoza, por lo que, prima facie, el TACPA carece de competencia para conocer del recurso.

Por otro lado, se trata de un campo, el existente, que ya ni siquiera es equipamiento deportivo público, sino privado, y cuyo pase a tal condición no fue recurrido y ya es firme.





ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Firmado por:
JAVIER ALBAR GARCIA,
JUAN JOSÉ CARBONERO REDONDO,
JUAN CARLOS ZAPATA HUIAR

Fecha: 03/10/2024 12:06

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación:
<https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>
CSV: 5029733001-ecd08a4c078a2b133b4e7b90512569e0Ck10AQ==



COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN

No obstante, a partir de lo que prevé el art. 9.2 de la ley 9/2017 LCSP, el TACPA se planteó su propia competencia. Así, el 9.2 citado dice

“2. Quedan, asimismo, excluidos de la presente Ley los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial. En estos contratos solo podrán incluirse prestaciones que sean propias de los contratos típicos regulados en la Sección 1.ª del Capítulo II del Título Preliminar, si el valor estimado de las mismas no es superior al 50 por 100 del importe total del negocio y, a su vez, mantienen con la prestación característica del contrato patrimonial relaciones de vinculación y complementariedad en los términos previstos en el artículo 34.2” entendió que si el valor de las prestaciones complementarias superaba al 50 por ciento del importe total del negocio -en este caso se alegaba por el recurrente que el campo valía más de 135.000.000 de euros frente a los algo más de 30.000.000 del canon del derecho de superficie- era competente para examinar la cuestión.

En su recurso ante el TACPA, la parte recurrente considera que el Ayuntamiento ha calificado indebidamente el contrato como patrimonial, porque atendiendo a su verdadera naturaleza, se trata de un contrato de concesión de obra, incluido por tanto dentro del ámbito de aplicación de la LCSP y susceptible de recurso especial.

Y el TACPA entiende, con apoyo en un Acuerdo anterior, 125/2019 de 30 de septiembre, que la calificación por la Administración no le vincula. A continuación, considera, de acuerdo con el concejal recurrente, que la prestación contiene prestaciones propias del contrato de concesión de obra, dado que el objeto del contrato, según el anuncio de licitación, es que *«el adjudicatario redacte el proyecto para la construcción de nuevo estadio municipal de fútbol de acuerdo con las especificaciones contenidas en el Pliego de Cláusulas Técnicas elaborado por los servicios técnicos municipales y el Anteproyecto que debe formular para acudir a la licitación»*, lo que conlleva promover las demoliciones y la construcción del campo y de la edificación terciaria adscrita a la parcela creada por la MA 206 PGOU.

El recurrente consideraba que la prevalencia de los elementos propios del contrato era clara, 139.250.000€, con base en un estudio de la consultora IDOM encargado por el Real Zaragoza, dado que el derecho de superficie se cifra en 30.857.912 €, el cual no estaba incluido en el expediente, que no registraba cifra alguna al respecto. Y frente a ello el Ayuntamiento argumentaba que la causa del contrato no era promover la construcción de una infraestructura municipal sino que el fin primario *“es promover la gestión del estadio por el futuro adjudicatario del contrato, que bien podría ser el club deportivo Real Zaragoza SAO habida cuenta del interés manifestado, asumiendo el futuro adjudicatario el compromiso de ejecutar a su costa las obras necesarias para su óptima explotación”*.



Firmado por:
JAVIER ALBAR GARCIA,
JUAN JOSÉ CARONERO REDONDO,
JUAN CARLOS ZAPATA HUIAR

Fecha: 03/10/2024 12:06

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación:
<https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>

CSV: 5029733001-ecd08a4c078b2b133b4e7b90512569e0Ck10AQ==



COMUNIDAD AUTÓNOMA
DE ARAGÓN

El TACPA, partiendo de que no se le podía oponer la simple calificación del contrato, y con base en la definición que da la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero y sobre contratos de concesión y de obras, en las que se debe atender *“a las especificaciones suministradas por el poder adjudicador o entidad adjudicadora, que de este modo influye de forma decisiva en el tipo o concepción de la obra”*, consideró que en este caso se producía esa influencia, *“De manera que los pliegos impugnados no se limitan a incluir las prestaciones propias del derecho de superficie, sino que detallan de forma pormenorizada la obra que se ha de proyectar (capacidad del estadio, configuración de los servicios que se han de prestar, funcionalidades,...), el calendario de demolición del estadio actual así como lleva a cabo un condicionamiento en cuanto al uso de la misma (a disposición del club de fútbol y su calendario oficial de partidos), lo que pone de manifiesto que hay una auténtica intención de regular el tipo o concepción de la obra y sus características y su uso, más allá del ejercicio de potestades administrativas. A lo anterior se suma que también se aprecia la existencia del otro requisito propio de la concesión de obras puesto que concurre «el riesgo operacional»”*.

Por ello, entendió, con base en el OARC del País Vasco, resolución 2/2015 de 16 de enero, que el contrato estaba incluido en el ámbito del recurso especial.

Ahora bien, y aquí es donde encontramos un error insoslayable, omitió la consideración de que, en materia de recursos contractuales especiales, y en los casos que resulten dudosos, la competencia va unida inexorablemente al fondo. Si no hay competencia, no puede pronunciarse sobre el fondo, y si el fondo no determina que claramente hay contrato administrativo susceptible de recurso ante el TACPA, ello impide reconocer su propia competencia y, como en este caso, anular.

Es decir, **para considerarse competente es preciso que considere de modo inequívoco que se está ante un contrato de estas características, es decir, contractual de los del 44.1 ley 9/2017**, tal y como consideró el recurrente.

Sin embargo, el TACPA consideró que no había elementos para determinar eso. Dijo que *“ es preciso verificar si el valor estimado de estas últimas, no es superior al 50 por 100 del importe total del negocio, requisito o condición que exige el artículo 9.2 de la LCSP para que el contrato pueda tener esa naturaleza jurídica”*, pero que no se había evaluado, a diferencia del valor del derecho de superficie propiamente dicho, el valor de la contraprestación, y rechazó que pudiera tenerse en cuenta lo que constaba en un informe que citaba la parte recurrente de la consultora IDOM y al que antes nos hemos referido, y reconoció *“Y es que sin dicha valoración, este Tribunal administrativo no puede identificar la prestación principal del contrato y por ende, no puede determinarse la verdadera naturaleza del contrato, por lo que no puede verificarse el control jurídico del acto dictado”*, considerando que sólo el órgano de contratación puede hacer la valoración.



Firmado por:
JAVIER ALBAR GARCIA,
JUAN JOSÉ CARBONERO REDONDO,
JUAN CARLOS ZAPATA HUIAR

Fecha: 03/10/2024 12:06

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación:
<https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>

CSV: 5029733001-ecd08a4c078b2b133b4e7b90512569e0Ck10AQ==



COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN

Pues bien, ante esa situación, el TACPA -y con ello no es que demos por buenos sus razonamientos sobre que siempre debe hacerse tal valoración y sobre que no puede haber un contrato patrimonial cuando como derivación del mismo hay otra actividad que pueda superar su valor y hacer que deba calificarse como contrato administrativo- debería haberse declarado incompetente por no poder determinar la concurrencia del presupuesto esencial de su propia competencia, la condición de contrato administrativo.

Si no podía determinar el valor de las contraprestaciones, no podía calificar a priori un contrato como administrativo, cuando la calificación municipal del contrato había sido la de un contrato patrimonial y además era esta la finalidad principal, con independencia de que la misma conllevara otras actividades, y por ello, no podía valorar la legalidad o ilegalidad. No había simplemente una calificación evidente o prístinamente errónea, sino que no se sabía cuál era el valor de dichas prestaciones, porque no se había considerado necesario fijarlas, y el TACPA tampoco lo sabía. Es decir, consideraba que tal vez podría ser un contrato, lo cual, por otro lado, y con independencia de la cuestión de las cuantías, tampoco es así, como luego se verá.

Si acaso, podría haber requerido al Ayuntamiento para que llevase a cabo tal valoración, a fin de verificar si era competente.

Sin embargo, lo que hace es considerar que el órgano de contratación es el único que debe hacer una valoración y, sin saber entonces, por carecer de tal valoración, si es competente, se declara implícitamente competente y resuelve anulando la resolución, sin que, por otro lado, se diga en qué se basa tal anulación.

Es decir, viene a considerar, y lo decimos figuradamente, *“no puedo calificarlo como contrato administrativo porque no tengo el dato de la valoración de la contraprestación, pero, sin saber por ello si estamos ante un supuesto del 44.2 de la ley 9/2017, que me atribuiría la competencia, me declaro competente para anularlo y lo anulo”*, para a continuación decir, y esto sí es literal, *“se declara la nulidad del procedimiento licitatorio impugnado, debiendo el órgano de contratación para el caso de proceder a tramitar uno nuevo, llevar a cabo el correspondiente cálculo del valor estimado de las actuaciones relativas a la construcción del nuevo estadio objeto del contrato, a fin de garantizar el respeto a la prohibición establecida en el artículo 9.2 de la LCSP y en definitiva, para permitir que pueda someterse a la función revisora, la naturaleza y calificación del contrato”*, imponiendo unas obligaciones eventuales en una suerte de retroacción cautelar. Sorprendente e incongruentemente, tal ausencia de cálculo del valor de las construcciones no le ha impedido hacer esa función revisora y anular el acto impugnado, anulación que no sabemos en qué basa.

Por tanto, ha ejercido una suerte de competencia preventiva, infringiendo la taxativa norma del art. 44.2 ley 9/2017. O es un contrato administrativo de los allí incluidos, o, si no lo es o no lo puede saber, como



Firmado por: JAVIER ALBAR GARCIA, JUAN JOSÉ CARBONERO REDONDO, JUAN CARLOS ZAPATA HUIAR	
Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación: https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html	Fecha: 03/10/2024 12:06
CSV: 5029733001-ecd08a4c078b2b133b4e7b90512569e0Ck10AQ==	



ha sido el caso, no puede considerarse competente y anular una resolución sobre una materia que no le corresponde.

Es más, dado que la competencia judicial es una cuestión de orden público, ha producido una alteración de la misma en un caso que no lo permite. La competencia respecto de los contratos municipales corresponde, art. 8.1 LJCA, en todo caso a los Juzgados, si bien la misma, por efecto de la intervención legítima, en los supuestos del art. 44 de la LCSP, de los Tribunales de Contrato, se deriva a los TSJ, art. 10.1.k LJCA. Sin embargo, en este supuesto se ha producido tal alteración a partir de la anulación de un acto respecto del cual desconocía, y así lo reconocía expresamente, si tenía o no competencia, pues decir que no había elementos para valorar si había prestaciones contractuales superiores al 50%, como indica el art. 9.2 y , no obstante, anular, es una actuación para la que no se tiene competencia y por ello no puede alterar la competencia primaria de los Juzgados.

Con toda esta cuestión ya basta para declarar nula la resolución del TACPA, por contraria al art. 47.1.b LJCA.

TERCERO- Inexistencia del contrato de obras o concesión de obras.

Aun cuando ya resultaría innecesario entrar en ello, conviene hacer una referencia a esta cuestión por la relevancia de la misma. Recordemos lo que dice el art. 9.2: *“2. Quedan, asimismo, excluidos de la presente Ley los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial. En estos contratos solo podrán incluirse prestaciones que sean propias de los contratos típicos regulados en la Sección 1.ª del Capítulo II del Título Preliminar, si el valor estimado de las mismas no es superior al 50 por 100 del importe total del negocio y, a su vez, mantienen con la prestación característica del contrato patrimonial relaciones de vinculación y complementariedad en los términos previstos en el artículo 34.2”.*

Al respecto, la sentencia TJUE C-412/04, sentencia de 21-2-2008, que cita el Ayuntamiento, aunque está referida a los incumplimientos cometidos por la normativa italiana, ley 109/1994, desarrollada por el DPR nº 554/1999, que al parecer determinaba la condición en función de la cuantía, nos da una pista clara sobre la cuestión. Así, el art. 2.1 de dicha ley italiana especifica que los contratos mixtos de obras, de suministro y de servicios, así como los contratos de suministro o de servicios que comprendan obras accesorias están sujetos a las disposiciones de la Ley nº 109/1994 si esas obras representan más del 50 % del precio total del contrato de que se trate.



Frente a ello, la sentencia dice:

“45 En cuanto al concepto de «contratos públicos de obras», en el sentido del artículo 1, letra a), de la Directiva 93/37, procede señalar que dicho concepto se refiere a contratos de carácter oneroso, celebrados por escrito entre un contratista, por una parte, y un poder adjudicador definido en la letra b) de este artículo, por otra, que tengan por objeto bien la ejecución, bien conjuntamente la ejecución y el proyecto de las obras relativas a una de las actividades contempladas en el anexo II de esta Directiva o de una obra definida en la letra c) del antedicho artículo 1, o bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador.

46 Por otro lado, del considerando decimosexto de la Directiva 92/50, en relación con el artículo 1, letra a), de la Directiva 93/37, resulta que un contrato sólo se considerará contrato público de obras si su objeto responde a la definición dada en el apartado precedente y que las obras que son accesorias y no forman parte del objeto del contrato no pueden justificar la clasificación de éste como contrato público de obras.

47 Asimismo, 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 directiva comunitaria sobre contratación pública debe en principio aplicarse** (véase la sentencia de 18 de abril de 2007, Auroux y otros, C-220/05, Rec. p. I-385, apartado 37).

48 En particular, de este modo, **el ámbito de aplicación de la Directiva 93/37 está vinculado al objeto principal del contrato**, el cual debe determinarse en el marco de un examen objetivo del conjunto de dicho contrato.

49 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, **pues la cuantía respectiva de las diferentes prestaciones que forman parte del contrato tan sólo constituye uno de los distintos criterios que deben tenerse en cuenta a la hora de proceder a dicha determinación.**

50 De cuanto antecede se deduce que, tal y como indicó el Abogado General en los puntos 38 y 74 de sus conclusiones, la cuantía de las obras no puede erigirse siempre, salvo que se ignoren las exigencias de la Directiva 93/37, como el criterio exclusivo que permita la aplicación de la Ley no 109/1994 a un contrato mixto, cuando dichas obras sean tan sólo accesorias”.

Por tanto, **lo esencial es el objeto principal.**

Recordando que la Sección 1ª del Cap. II del Título preliminar se refiere a los diversos tipos de contratos administrativos, la interpretación

Firmado por:
JAVIER ALBAR GARCIA,
JUAN JOSÉ CARONERO REDONDO,
JUAN CARLOS ZAPATA HUIAR

Fecha: 03/10/2024 12:06

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación:
<https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>

CSV: 5029733001-ecd08a4c078b2b133b4e7b90512569e0Ck10AQ==





Firmado por:
JAVIER ALBAR GARCIA,
JUAN JOSÉ CARBONERO REDONDO,
JUAN CARLOS ZAPATA HUIJAR

Fecha: 03/10/2024 12:06

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación:
<https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>

CSV: 5029733001-ecd08a4c078b2b133b4e7b90512569e0Ck10AQ==

del precepto lo que viene a decir es que los contratos que quedan excluidos de la presente ley, es decir, los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorporeales, pueden incluir prestaciones propias de contratos de dicha Sección si el valor estimado de las mismas no es superior al 50 por ciento del negocio y tengan relación de complementariedad.

Ahora bien, en el caso presente no hay prestaciones propias de los contratos administrativos, ya que el objeto de la cesión del derecho de superficie por 75 años es que la parcela sea destinada a equipamiento deportivo privado, usos coadyuvantes al mismo y usos terciarios, con la finalidad de que el adjudicatario redacte el proyecto para la construcción del nuevo estadio municipal de fútbol, lleve a cabo su ejecución y la gestión y explotación del mismo, imponiéndose sólo la construcción de un estadio que cumpla las especificaciones para ser sede del Mundial de Fútbol de España, que es realmente el primer objetivo que se persigue, lo que incluye una serie de instalaciones, pero quedando al total riesgo y ventura del contratista tanto la construcción como la explotación, percibiéndose sólo un canon por la superficie, no relacionado en absoluto con la forma de la prestación, su calidad, criterios de explotación por parte de la empresa, etc. Es decir, el Ayuntamiento se desliga de todo lo relativo a la construcción y gestión del campo, incluida la elección de quien haya de realizar materialmente la obra, y sólo pretende que la ciudad cuente con un campo para poder acoger el Mundial y que sirva de soporte a las entidades deportivas que lo precisen, aunque la principal sea el real Zaragoza, como es algo notorio. El campo es para el adjudicatario, y sólo tras setenta y cinco años recaerá en el Ayuntamiento (son más de los años que los que tiene la ya amortizada Romareda).

Por otro lado, estamos ante una parcela de carácter patrimonial, ED (PV) 28.22, según Acuerdo de 29 de marzo de 2023 que aprobó definitivamente la MA Nº 206 del PGOU de menor entidad, que calificó la parcela como equipamiento deportivo privado de titularidad patrimonial de la administración, sin que conste que se haya recurrido la misma, siendo un acto firme.

Por tanto, hay un objeto principal, la cesión patrimonial de una parcela privada de equipamiento deportivo privado, en la que se impone la obligación de construir un campo y derribar el actual con una categoría determinada, pero quien debe asumir la construcción y su concreta plasmación, más allá del cumplimiento de ese requisito general de ser apto para el Mundial y contener algunas características concretas, es la empresa que resulte adjudicataria, la cual, a su vez contratará con la empresa que haya de llevar a cabo la construcción, todo ello bajo la normativa jurídico-privada.

Por tanto, en rigor no puede hablarse de una prestación complementaria siquiera, pues la misma es el objeto de la cesión. Ya mencionamos, según alegó el Ayuntamiento, art. 113 del DL 1/2014 de 8 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón. El mismo, en relación con la vivienda





Firmado por:
JAVIER ALBAR GARCIA,
JUAN JOSÉ CARBONERO REDONDO,
JUAN CARLOS ZAPATA HUIAR

Fecha: 03/10/2024 12:06

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación:
<https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>

CSV: 5029733001-ecd08a4c078b2b133b4e7b90512569e0Ck10AQ==

protegida, dice “1. La Administración de la Comunidad Autónoma, los municipios y cualesquiera otros entes públicos o sus entidades instrumentales podrán constituir derechos de superficie en terrenos de los patrimonios públicos de suelo respectivos, con destino a la construcción de viviendas protegidas preferentemente de alquiler o a otros usos de interés social”. Es evidente que en todos esos supuestos, el fruto final de la cesión, que es la construcción de viviendas protegidas, valdrá más que el derecho de superficie, pero ello no convierte la construcción de las mismas, concertada entre el promotor adjudicatario y un constructor, en un contrato administrativo ni de obras ni de concesión de obras, y también en ese caso la cesión del derecho de superficie conllevará la construcción con unas determinadas características que se ajusten a la normativa de VPO, y un número determinado de viviendas, e incluso unos precios máximos.

Pues bien, este supuesto es muy similar, se cede para conseguir un objetivo, más ciudadano que propiamente de la administración municipal, que es construir un campo de fútbol. Dicho campo de fútbol no es en absoluto uno de los servicios públicos previstos en la LBRL, artículos 25 y 26 y , de hecho, la mayoría de las grandes ciudades en España no tienen campos de fútbol municipales o al menos no lo son los utilizados por los clubes emblemáticos. Es obvio que, sea quien sea el adjudicatario, se destinará esencialmente al Real Zaragoza, como principal club de fútbol y hasta ahora principal usuario de la Romareda, pero no impide que se use por otros clubes, aparte de que se pretende que haya un espacio constructivo que dé cobijo a otras actividades, lo cual se hará por cuenta y riesgo de la entidad adjudicataria, de la que dependerá la obtención de beneficios. El Ayuntamiento se limitará a percibir el canon correspondiente.

Por todo ello, tampoco se puede considerar, y haciendo abstracción de que no se han llevado a cabo valoraciones concretas más allá de comparar el coste del campo con el total del derecho de superficie, que hay prestaciones complementarias que superan el valor de la principal, pues lo que se considera tal es el objetivo último de la cesión y queda plenamente relegado al campo privado, siendo la adjudicataria del derecho de superficie la que se quedará con el campo durante 75 años y lo explotará como considere.

Sería otro motivo de anulación, debiendo considerarse, además, como ahora se dirá, que no se fundamentó en un precepto concreto la anulación del acto municipal recurrido.

CUARTO- Desviación procesal.

se denuncia también por el Ayuntamiento una desviación procesal.

Viene a alegar que para poder haber acudido al TACPA y que éste se pronunciase sobre una nulidad contractual, debería haberse producido en primer lugar una contundente justificación de que la licitación no era de cesión patrimonial de una parcela sino de un contrato de obras o de concesión de obras.




ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Firmado por:
JAVIER ALBAR GARCIA,
JUAN JOSÉ CARBONERO REDONDO,
JUAN CARLOS ZAPATA HUIAR

Fecha: 03/10/2024 12:06

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación:
<https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>
CSV: 5029733001-ecd08a4c078b2b133b4e7b90512569e0Ck10AQ==


COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN

En segundo lugar, el TACPA debería haber apreciado eso, y además de una manera evidente.

Por el contrario, no habiendo quedado convencido con la argumentación del recurrente, que tampoco aportó prueba, realizó una anulación procedimental, que realmente ni se le había pedido ni la argumentó.

Realmente, no deja de ser un nuevo enfoque de lo que ya hemos dicho, el TACPA dio una solución que supuso asumir una competencia que no pudo declarar que ostentaba y vino a anular un procedimiento, que no un pliego, por faltar algo, la valoración, que no tenía por qué tener un contrato patrimonial y que por ello el Ayuntamiento no la incluyó, en coherencia con lo que había licitado. El TACPA, como ya hemos dicho, debió o haber desestimado por falta de competencia o haber entrado en el fondo considerando que había un valor superior al 50% del total en lo que consideraba una prestación complementaria, en lugar de anular el procedimiento por lo que consideraba una ausencia, tal y como dijo en el penúltimo párrafo de los fundamentos *“En consecuencia, se declara la nulidad del procedimiento licitatorio impugnado, debiendo el órgano de contratación para el caso de proceder a tramitar uno nuevo, llevar a cabo el correspondiente cálculo del valor estimado de las actuaciones relativas a la construcción del nuevo estadio objeto del contrato, a fin de garantizar el respeto a la prohibición establecida en el artículo 9.2 de la LCSP y en definitiva, para permitir que pueda someterse a la función revisora, la naturaleza y calificación del contrato”*. Es decir, esta incongruencia denunciada en realidad va ligada a lo que es una falta de competencia.

En definitiva, y por todo lo indicado, concurre nulidad por incompetencia manifiesta, a la que, subsidiariamente, se uniría otro motivo de anulabilidad, como es que no se trata de un contrato administrativo.

QUINTO- Costas.

No cabe hacer imposición de las costas del proceso, al no haberse personado ningún demandado en el proceso.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación

FALLAMOS

Que estimando en su totalidad el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Zaragoza contra el Acuerdo 62/2023 de 29 de junio del TACPA por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por don FERNANDO RIVARÉS ESCÓ, en su condición de concejal del Ayuntamiento de Zaragoza, frente al procedimiento de licitación denominado *«otorgamiento de un derecho de superficie mediante licitación pública, por plazo de 75 años, con adjudicación a la oferta económica más ventajosa con varios criterios de adjudicación, sobre la parcela municipal SG-ED (PV) 28.22, destinada a equipamiento deportivo privado, usos coadyuvantes al mismo*



ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Firmado por:
JAVIER ALBAR GARCIA,
JUAN JOSÉ CARONERO REDONDO,
JUAN CARLOS ZAPATA HUIAR

Doc. garantizado con firma electrónica. URL verificación:
<https://psp.justicia.aragon.es/SCDD/index.html>

CSV: 5029733001-ecd08a4c078b2b133b4e7b90512569e0Ck10AQ==

Fecha: 03/10/2024 12:06



COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN

y usos terciarios, con la finalidad de que el adjudicatario redacte el proyecto para la construcción del nuevo estadio municipal de futbol, lleve a cabo su ejecución y la gestión y explotación del mismo», debemos declarar y declaramos nulo el mismo, sin hacer imposición de las costas del proceso.

Así por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La presente documentación va dirigida al destinatario de la misma y contiene datos e información de carácter personal, amparada por la legislación de protección de datos. Si usted no es el destinatario deberá proceder a su destrucción por los medios adecuados que garantice la confidencialidad de los datos o devolverla a este Tribunal a la mayor brevedad posible. En cualquier caso no debe divulgar estos datos a terceras personas. Se le apercibe en este acto que podría incurrir en responsabilidad penal, civil o administrativa.