



Recurso nº 792/2014 C.A. Extremadura 030/2014

Resolución nº 862/2014

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 20 de noviembre de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por D. A. V. P., Concejal del Excmo. Ayuntamiento de Mérida, contra el anuncio y el Pliego del contrato relativo a la cesión, por parte de la referida Corporación Local, de los derechos de superficie sobre terreno municipal para la instalación de un área de estacionamiento y servicio de vehículos, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Con fecha 11 de agosto de 2014 se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia de Badajoz el anuncio de la licitación, por parte del Excmo. Ayuntamiento de Mérida, de un procedimiento para la adjudicación del derecho de superficie sobre terreno municipal para la instalación de un área de estacionamiento y servicio de vehículos pesados.

En dicho anuncio se previó como plazo para la presentación de ofertas el de 30 días siguientes a la publicación en el citado Boletín, ampliándose ulteriormente, al haberse detectado un error en la publicación en el perfil del contratante, por otros quince días a contar desde la fecha del anuncio en tal sentido, publicado en el Boletín Oficial Provincial el 15 de septiembre de 2014.

Segundo. La cláusula primera del Pliego rector de la licitación define el objeto del contrato en los términos siguientes:

<<El presente Pliego contiene la regulación básica para la constitución del derecho de superficie sobre terreno de propiedad municipal, para la instalación de un área de estacionamiento y servicios de vehículos pesados, en los términos y condiciones que se recogen en el presente.

IDENTIFICACIÓN DEL TERRENO:

- *Finca registral: 14.261, inscrita al tomo 963, libro 230, folio 83 del Registro de la Propiedad nº 1 de Mérida, al sitio de “Royanejos”.*
- *Superficie: El terreno al que afecta este expediente es de 15 Has, que representa una porción de la registral antes reseñada, cuya identificación y descripción aparece reflejada en el ANEXO IV, que se acompaña al pliego.*

Esta superficie será objeto de la pertinente segregación, previa al otorgamiento de la escritura, en caso de que fuere necesario.

- *Cargas: Libre de cargas, si bien queda afecta a las limitaciones que la normativa sectorial y el Plan General puedan establecer.>>*

Tercero. Bajo la rúbrica “PRESUPUESTO Y PRECIO”, la cláusula quinta del Pliego reza:

<<La valoración de las parcelas asciende a 104.617’50 €, según el informe emitido por el Ingeniero de Montes Municipal.

El canon anual por la cesión del derecho de superficie se fija en la cantidad de 6.277,05 €, equivalente al 6% de su valor, cantidad que podrá ser mejorada al alza por los licitadores.

Dicho canon se actualizará cada año de vigencia del contrato, aplicando a la anualidad anterior la variación porcentual experimentada por el Índice General Nacional del Sistema de Índices de Precios de Consumo en un período de doce meses inmediatamente anteriores a la fecha de cada actualización.>>

Cuarto. La duración del derecho de superficie que se adjudica en el procedimiento queda establecida en la cláusula séptima, en la que se lee:

<<El derecho de superficie objeto de este contrato se otorgará por un plazo máximo de NOVENTA Y NUEVE (99) AÑOS, siendo éste improrrogable. Al finalizar dicho plazo, el derecho de superficie quedará extinguido de pleno derecho.

Este plazo contará a partir de la inscripción en el Registro de la Propiedad de la escritura pública de constitución y cesión del citado derecho.>>

Quinto. Los criterios de adjudicación quedan definidos en la cláusula 10ª, en la que, a los efectos que aquí interesan, se establece:

<<CRITERIOS CUANTIFICABLES AUTOMÁTICAMENTE

A) *Propuesta económica: 60 puntos.*

Se valorará con 60 puntos la mejor oferta al alza sobre el presupuesto base de licitación, puntuando a las demás ofertas con la siguiente fórmula: [...].

B) *Reducción del derecho de superficie: 10 puntos.*

Se valorará con 10 puntos la mayor reducción de tiempo de concesión del derecho de superficie, puntuando a las demás ofertas según la siguiente fórmula: [...].

CRITERIOS QUE DEPENDEN DE UN JUICIO DE VALOR

C) *Propuesta Técnica: 30 puntos.*

1º Calidad de la Memoria Técnica presentada: 20 puntos

Se presentará una Memoria Técnica donde recoja todas las actuaciones propuestas, justificación urbanística de las mismas, características de las instalaciones, estudio de viabilidad de la instalación, proyección de empleo en obra y durante la explotación, servicios afectados, distribución en la parcela objeto del contrato, plazo de ejecución propuesto con diagramas de tiempo, tanto para la tramitación del expediente [sic] administrativo como la ejecución de la obra, una vez conseguidas todas las autorizaciones preceptivas. Cualquier otra información que quiera exponer el licitador.

2º Propuestas de Mejora Medioambientales: 10 puntos

Con el fin de buscar la mejor adecuación estética y minimizar el impacto ambiental del conjunto se valorarán todas las propuestas referidas a la adecuación estética del conjunto y la infraestructura para mejorar o paliar dicho impacto.>>

Sexto. Las obligaciones y derechos del superficiario son definidos en la cláusula decimosexta, a cuyo tenor:

<<1º.- Utilizar a finca rústica conforme al contenido de contrato quedando prohibido cualquier otro aprovechamiento o utilización, y en caso de detectarse, será causa inmediata de resolución del contrato, incautación de la garantía definitiva, e indemnización a la Administración Municipal por daños y perjuicios ocasionados.

2º.- A pagar el importe correspondiente de los anuncios y de cuantos otros gastos se ocasionen con motivo de los trámites preparatorios y de formalización.

3º.- Asumir el coste y financiación de la obras necesarias para la realización de la planta.

4º.- Solicitar las licencias y autorizaciones que sean pertinentes para el desarrollo de la actividad en su caso, sin las que no se podrá ejercer la actividad que se pretende en el caso de que la autorización sea preceptiva.

5º.- Abonar el canon anual. El retraso en el pago llevará consigo la exigencia de los intereses por demora que legalmente procedan, siendo además causa de resolución del contrato.

6º.- Cumplir las obligaciones relativas a Hacienda, Seguridad Social, Contratación Laboral y Prevención de Riesgos Laborales con respecto a los trabajadores que emplee en la explotación de la finca.

7º.- No superar los límites de la explotación.

8º.- Solicitar autorización para la apertura de caminos y pistas de acceso a la explotación, abonando, en su caso, los gastos que se deriven de ellos.

9º.- Queda prohibida toda clase de cesión del contrato a terceros, salvo autorización por escrito del Ayuntamiento.

10º.- Mantenimiento y conservación de la parcela y de las construcciones existentes en cada momento.

10º.- [sic] *El adjudicatario se hará cargo de cualquier tipo de responsabilidad que pudiera derivarse del anormal funcionamiento de la planta.*

11º.- *El adjudicatario se hace directa y exclusivamente responsable de cuantos daños puedan ocasionarse a personas o bienes y sean consecuencia directa o indirecta, de las actividades desarrolladas, eximiendo de toda responsabilidad a este Ayuntamiento.*

12º.- *En todo caso el adjudicatario asume la responsabilidad civil frente a terceros por daños y perjuicios que pueden ocasionarse durante el tiempo que dure el derecho de superficie.*

13º.- *El adjudicatario está obligado a guardar sigilo con respecto de los datos y antecedentes que, no siendo públicos o notorios, estén relacionados con el objeto del contrato, de los que tenga conocimiento por razón del mismo, artículo 112.2 Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP):*

14º.- *Cumplir con las medidas medioambientales en vigor.>>*

Séptimo. La extinción de la relación jurídica derivada del derecho de superficie de cuya adjudicación se trata aparece regulada en las cláusulas 18ª y 19ª del Pliego:

<<CLÁUSULA 18ª. Extinción y Causas de Extinción.

El derecho de superficie se extinguirá, en todo caso, por el transcurso del plazo, automáticamente, sin previo aviso. El Ayuntamiento hará suyo todo lo edificado o construido, sin que deba satisfacer indemnización alguna, extinguiéndose toda clase de derechos reales o personales impuestos.

El contrato se extinguirá por las siguientes causas:

- a) Finalización del plazo de vigencia del derecho.*
- b) Resolución por no solicitar las licencias de obras y de actividad correspondientes, no ejecutar las obras de construcción en los plazos previstos.*
- c) Impago del canon anual establecido por derecho de superficie y resultante de la adjudicación.*

- d) *Incumplimiento del resto de las obligaciones del adjudicatario establecidas en el presente Pliego de Condiciones.*
- e) *Renuncia del adjudicatario, previa aceptación de la misma por el Ayuntamiento.*
- f) *La transmisión del derecho de superficie, el arrendamiento, usufructo o cesión del uso de las instalaciones sin la previa autorización expresa del Ayuntamiento.*
- g) *Mutuo acuerdo entre el Ayuntamiento y el superficiario.*
- h) *Cualquier otra causa incluida en el presente Pliego de Condiciones.*
- i) *Por cualquier otra causa legal.*

La extinción por las causas establecidas en los supuestos b), c), d) y f) y aquéllas otras que sean por causas imputables al adjudicatario, conllevará la pérdida de la fianza definitiva constituida.

Además de ello, en el supuesto de resolución anticipada del contrato por causas imputables al adjudicatario y en concepto de daños y perjuicios, el Ayuntamiento recuperará la posesión de la finca objeto de este contrato.

CLAÚSULA 19ª. Reversión.

Al finalizar el plazo de constitución, revertirá al Ayuntamiento el derecho de superficie recuperando la posesión de la parcela, adquiriendo la propiedad de lo construido y edificado, con la obligación del adjudicatario de efectuar la entrega de forma pacífica y libre de ocupantes, enseres y gravámenes de cualquier naturaleza.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el Ayuntamiento podrá optar por que las obras, bienes e instalaciones sean demolidas por el adjudicatario, a su cuenta y cargo, reponiendo los bienes sobre los que se asientan al estado en que se encontraban antes de su construcción y, en todo caso, dejando la parcela completamente libre, vacua y expedita para la Administración, en perfecto estado de uso y limpieza.

Quedarán igualmente extinguidos en la misma fecha todos los contratos y subcontratos vinculados a la explotación del inmueble.>>

Octavo. El 29 de septiembre de 2014 tuvo entrada en el Registro del Excmo. Ayuntamiento escrito firmado por D. A. V. P. en el que anunciaba la interposición de recurso especial contra el Pliego de Cláusulas Administrativas relativo al contrato al que se ha hecho referencia.

El mismo día 29 de septiembre, y por idéntica vía, se interpuso efectivamente el recurso especial.

Noveno. Después de la interposición del recurso dos compañías mercantiles - “CARBURANTES MCH OIL, S.L.” y “GESTIÓN LOGÍSTICA PROSERPINA, S.L.”- presentaron sus respectivas ofertas, ambas el día 30 de septiembre de 2014, a las 13:42 y 13:44 horas, respectivamente.

Décimo. El expediente, con el informe del órgano de contratación fue recibido en este Tribunal el 1 de octubre de 2014.

Undécimo. La Secretaría del Tribunal, en fecha de 13 de octubre de 2014, dio traslado del recurso interpuesto a los licitadores concurrentes, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, sin que ninguno de ellos haya evacuado el trámite conferido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Extremadura el 16 de julio de 2012 y publicado en el BOE el día 9 de agosto de 2012.

Segundo. La legitimación del recurrente viene dada, con arreglo a los artículos 63.1 b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local y 209.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Entidades Locales (RD 2568/1986, de 28 de noviembre), por su condición de Concejal del Excmo. Ayuntamiento de Mérida, condición acreditada mediante el certificado que acompaña al recurso, y no constar –ni

tampoco haberse esgrimido por el órgano de contratación- haber votado a favor del acto impugnado. Ésta es la postura mantenida por el Tribunal Constitucional en sentencias 173/2004 y 108/2006, y por este Tribunal Administrativo en Resoluciones 57/2013, 203/2013, 268/2013, 84/2014, 120/2014, 299/2014, 366/2014, 379/2014 y 499/2014.

Tercero. A.- El órgano de contratación niega la pertinencia del recurso especial deducido alegando que el procedimiento que se impugna se refiere a la constitución de un derecho de superficie que no se rige por las disposiciones contenidas en el TRLCSP.

Ello obliga, pues, a analizar la naturaleza del derecho que se licita a fin de determinar si, efectivamente, el contrato está comprendido dentro de los que el artículo 40.1 TRLCSP enumera como sometidos al recurso especial en materia de contratación.

Antes de ello, y dada la impronta en este ámbito de la legislación extremeña sobre el suelo, conviene advertir que el hecho de que un acto o negocio jurídico esté sometido a las disposiciones de una norma autonómica no impide la aplicación a su vez de la legislación estatal de contratos públicos si aquél está comprendido en el ámbito material de ésta. Dicho en otros términos, si la relación jurídica nacida de ese negocio es propia de uno de los contratos sometidos a la disciplina del TRLCSP, habrá de aplicarse de manera necesaria éste último, sin perjuicio de que, obviamente, deba guardarse asimismo la normativa autonómica correspondiente. Así lo impone el principio de lealtad constitucional que, entre otras manifestaciones, se traduce en la obligación de que las competencias de las Comunidades Autónomas no pueden ejercitarse para menoscabar las del Estado y viceversa (SSTC 152/1988 y 46/1990). En este sentido, es elocuente la doctrina del Tribunal Supremo acerca de la aplicación de la legislación de contratos públicos a las adjudicaciones de las actuaciones urbanísticas previstas en la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, de la Generalitat Valenciana, reguladora de la actividad urbanística, al tener aquéllas la naturaleza de un contrato de obras (cfr., Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 6 de junio de 2007 –Roj STS 5422/2007-, 27 de diciembre de 2007 –Roj STS 8969/2007-, 5 de febrero de 2008 –Roj STS 1271/2008-, 8 de noviembre de 2012 –Roj STS 7219/2012- y 30 de septiembre de 2013 –Roj STS 4870/2013-).

B.a.- En la Comunidad Autónoma de Extremadura, el derecho de superficie es objeto de regulación por los artículos 95 a 97 de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura (en adelante, LSOTEX), que lo concibe, como se

desprende de su ubicación sistemática, “como un instrumento de intervención en el mercado del suelo con el fin de ampliar el parque de viviendas de protección pública manteniendo la propiedad del suelo por parte de la Administración y de contribuir a contener los precios del suelo”(cfr.: Dictamen del Consejo Consultivo de Extremadura 65/2008, de 6 de marzo de 2008). Desde tal perspectiva, el artículo 95 LSOTEX señala:

“La Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura y los Municipios podrán constituir el derecho de superficie en terrenos de su propiedad o integrantes del patrimonio público del suelo con destino a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o con precio tasado, así como a otros usos de interés social, cuyo derecho corresponderá al superficiario.”

Este derecho de superficie se puede, a su vez, constituir a título oneroso o gratuito, según resulta del artículo 96.1 LSOTEX, a cuyo tenor:

“La concesión del derecho de superficie, así como su carácter oneroso, se regirán por las mismas reglas establecidas para los patrimonios públicos de suelo [...]”

Siendo así que el artículo 93 LSOTEX, dedicados a la enajenación de los derechos de los patrimonios públicos de suelo, contempla precisamente tanto supuestos de disposición a título oneroso como gratuito. En el primer caso, la retribución que debe pagar el superficiario puede verificarse en metálico –mediante el abono de una suma a tanto alzado o de carácter periódico-, en especie –con la adjudicación de viviendas o locales o derechos de arrendamiento sobre unas u otros, o con el compromiso de ejecutar obras públicas por valor equivalente-, o combinando ambas posibilidades (artículo 96.1.b) LSOTEX).

En cualquier caso, el derecho de superficie se legitima sólo el destino del terreno a una finalidad concreta: la construcción de viviendas o cualquier otro uso de interés social que el superficiario ha de llevar a cabo y cuyo incumplimiento da lugar a la extinción del mismo (artículo 96.2 a) LSOTEX).

No queda sino añadir, en esta caracterización esencial del derecho de superficie de la LSOTEX, que ésta no aclara cuáles sean los otros usos de interés social que permiten constituir el derecho de superficie, silencio que tampoco fue remediado por el Reglamento de Planeamiento (Decreto 7/2007, de 23 de enero) pese a la advertencia

que en tal sentido formuló el Consejo Consultivo de Extremadura al dictaminar sobre el proyecto (Dictamen 504/2006, de 21 de diciembre de 2006). Con todo, el mismo Consejo Consultivo se ha venido sirviendo de la definición que el Tribunal Supremo acuñó a propósito de dicho concepto tal y como fue empleado en la legislación estatal del suelo, identificando “Interés social” como *“aquél que tiende a que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos sean reales y efectivas o a remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud o a facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”* (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 31 de octubre de 2001 –Roj STS 8508/2001-, citada por los Dictámenes del Consejo Consultivo de Extremadura 324/2011 y 325/2011, ambos de 19 de mayo de 2011).

B.b.- De conformidad con las líneas expuestas, es posible advertir que la constitución de los derechos de superficie en los términos de la LSOTEX no necesariamente habrá de sujetarse a las normas que contiene el TRLCSP. Ello dependerá de las características del caso concreto y, en particular, de la finalidad para la que se haya otorgado y del titular al que se haya concedido, pues, a fin de cuentas, como fórmula de explotación de bienes patrimoniales (los demaniales no son susceptibles del mismo al ser inalienables: artículo 6 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas –en adelante, LPAP- y Dictamen del Consejo de Estado de 27 de noviembre de 2003 –expediente 2780/2003-), está excluido de la disciplina del TRLCSP, sólo en la medida en que no sea subsumible en el marco de los contratos de concesión de obras públicas del artículo 7 TRLCSP (cfr.: artículo 4.1 o) TRLCSP).

La cuestión no es, sin embargo, pacífica, pues no han faltado ocasiones en que la constitución de estos derechos de superficie análogos a los previstos en la legislación extremeña se han considerado contratos de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado (cfr.: Resolución 24/2012 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, referida a la construcción y explotación de un edificio destinado a una Ciudad de la Justicia), contratos administrativos especiales (cfr.: Dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias 385/2011, de 22 de diciembre, que aborda el caso de un derecho de superficie para la construcción y explotación de una residencia para la tercera edad) o, simplemente, contratos estrictamente privados (cfr., implícitamente, Dictamen del Consejo Consultivo de Madrid

181/2014, de 30 de abril de 2014, referido a la construcción de determinadas infraestructuras deportivas).

Se trata, en cualquier caso, de un extremo que no es necesario –ni procedente- dilucidar en el caso presente, desde el momento en que, como veremos a continuación, la adjudicación del derecho de superficie no halla cobertura en las previsiones de la LSOTEX y, por el contrario, responde al esquema del contrato de concesión de obra pública en el sentido definido por el artículo 7 TRLCSP.

C.a.- En efecto, el adjudicatario del derecho de superficie que se pretende otorgar por el Excmo. Ayuntamiento de Mérida habrá de ejecutar una obra –cuyas características no se detallan- consistente en *“la instalación de un área de estacionamiento y servicios de vehículos pesados”* (cláusula 1ª del Pliego: antecedente de hecho segundo), que será objeto de explotación por aquél durante el lapso de 99 años (cláusula 7ª: antecedente de hecho cuarto) o, en su caso, el inferior que fije en su oferta (cláusula 10ª: antecedente de hecho quinto). Huelga decir que esa explotación lleva consigo el derecho a percibir la contraprestación correspondiente por parte de los usuarios del área de estacionamiento y servicios, aunque de manera llamativa, tal extremo se omite en el Pliego, que, no obstante, la da por sentada cuando ordena incluir en la memoria técnica a presentar por los candidatos interesados un estudio de viabilidad de la instalación. Al finalizar ese período, el inmueble y todo lo construido retornará a la Administración (cláusula 18ª: antecedente de hecho séptimo), que podrá exigir su previa demolición (cláusula 19ª: antecedente de hecho séptimo).

Pues bien, en esta tesitura, es difícil vislumbrar el interés social que fundamenta la constitución del derecho de superficie con arreglo al artículo 92 LSOTEX. De hecho, en el expediente remitido a este Tribunal, lo único que parece justificar tal decisión es el interés de *“rentabilizar el patrimonio municipal”* y lograr así *“contribuir al objetivo de estabilidad económica municipal”*, tal y como señala la propuesta de 12 de mayo de 2014 de la Delegada de Urbanismo de la Corporación (Documento nº 3 del expediente). Este propósito –sin duda elogiabile, pero distinto de los previstos en el artículo 95 LSOTEX- es reiterado por la propia Sra. Delegada de Urbanismo en su oficio de 14 de mayo de 2014 dirigido al Delegado de Contrataciones (documento nº 7 del expediente), al señalar que se trata de una *“opción económica favorable para el Ayuntamiento, superior al arriendo*

para pastos que tiene actualmente la finca” y, en fin, en el acuerdo de inicio del expediente adoptado por el Sr. Alcalde-Presidente el 25 de junio de 2014 (Documento nº 9 del expediente).

Cabe añadir a lo expuesto que la mera concurrencia de un uso de interés social no legitima, sin más, la constitución de derechos de superficie, sino que es preciso, además, y como se infiere del artículo 96.1 LSOTEX, que aquélla se ajuste a las previsiones del artículo 93 LSOTEX, a cuyo tenor:

“Los bienes de los patrimonios públicos de suelo podrán ser:

a) Enajenados mediante concurso por precio que no podrá ser nunca inferior al 90 % del valor máximo legalmente establecido para los usos sujetos a protección pública, ni superior en un 10 % al valor del aprovechamiento que tenga ya atribuido el terreno. El pliego de condiciones fijará plazos máximos para la ejecución de las obras de urbanización y edificación pendientes, así como los precios máximos de venta o arrendamiento de las edificaciones.

b) Cedidos gratuitamente o por precio fijado para el fomento de viviendas u otros usos de interés social sujetos a cualquier régimen de protección pública, directamente o mediante convenio suscrito a tal fin, a cualquiera de las otras Administraciones Públicas territoriales o a entidades o empresas públicas de éstas, para la construcción de viviendas u otros usos de interés social sujetos a algún régimen de protección pública o el establecimiento de usos declarados de interés público, bien por disposición normativa previa o de los planes de ordenación urbanística, bien por decisión de la Junta de Extremadura o del Ayuntamiento Pleno. Cuando se trate de terrenos que no tengan aún la condición de solar, la cesión se hará con la condición de la previa o simultánea urbanización, incluido el cumplimiento de los deberes de cesión y equidistribución que correspondan. La cesión fijará plazos máximos para la ejecución de las obras de urbanización, en su caso, y de edificación.

c) Cedidos gratuitamente o por precio fijado para el fomento de viviendas sujetas a cualquier régimen de protección pública a entidades cooperativas o de carácter benéfico o social sin ánimo de lucro, mediante concurso u otros usos de interés social sometidos, por cualquier título, cuando menos a un régimen de precio tasado de venta o alquiler.

d) Enajenados mediante adjudicación directa dentro del año siguiente a la resolución de los procedimientos a que se refiere la letra a) o de la celebración de los concursos previstos en la letra c), cuando unos y otros hayan quedado desiertos, con sujeción en todo caso a los pliegos o bases por los que éstos se hayan regido.”

Pues bien, la constitución del derecho de superficie que aquí se analiza no es reconducible a ninguno de los cuatro supuestos que resultan admisibles con arreglo a la LSOTEX, dado que:

α.- No tiene por objeto la realización de edificaciones destinadas a venta o alquiler (93 a) LSOTEX), sino la instalación y explotación de un área de estacionamiento y servicios.

β.- No se trata de ninguna cesión a favor de Administraciones Públicas o entidades a favor vinculadas a ellas para el fomento de vivienda u otros usos de interés social (artículo 93 b) LSOTEX)., sino que su adjudicatario va a ser una entidad privada.

γ.- No es tampoco una cesión a favor de entidades cooperativas o de carácter benéfico o social sin ánimo de lucro (artículo 93 c) LSOTEX).

δ.- En fin, tampoco se trata de un supuesto de adjudicación directa cuando los concursos hayan quedado desiertos (artículo 93 d) LSOTEX).

Ello es suficiente para determinar que el derecho de superficie que pretende constituirse sobre terreno municipal no puede sustentarse en la LSOTEX, que, por lo demás, tampoco ha sido invocada a lo largo del expediente (a diferencia, por cierto, de lo que ocurría en el Pliego que fue considerado en nuestra Resolución 443/2013).

C.b.- Obviamente, que el derecho de superficie proyectado no pueda sustentarse en la LSOTEX no impide que el Excmo. Ayuntamiento se sirva de esa forma de explotación de los bienes patrimoniales, opción siempre posible al amparo del principio de libertad de pactos que en esta materia proclama el artículo 106.1 LPAP y de lo dispuesto en el artículo 40.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo estatal (Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio), que permite que el derecho sea constituido por el propietario del suelo “*sea público o privado*”. En todo caso, y como hemos adelantado, la adjudicación del derecho deberá ajustarse a las previsiones del TRLCSP en la medida en que la relación jurídica que se articula sea la propia de un contrato de concesión de obras.

Esto es lo que justamente sucede en el caso que nos ocupa, dado que el superficiario asume la obligación de acometer unas obras –no concretadas- y de poner en marcha un área de estacionamiento y de servicios que habrá de explotar (cláusula 16ª, apartados 1º, 3º, 4º, 7º, 8º, 10º y 11º: antecedente de hecho sexto) que, finalmente, revertirá a la propia Corporación. Esta explotación –de la que el Pliego omite toda alusión a los importes que pueda girar a los usuarios- se hace, además, a riesgo y ventura del adjudicatario, en la medida en que su única retribución se hallará vinculada al uso que terceros hagan de las instalaciones –que tampoco se detallan-. En definitiva, estamos en el marco propio de la ejecución de una obra –pues es tal la instalación de un área de establecimiento de conformidad con el artículo 6 TRLCSP- a riesgo y ventura del contratista, satisfaciéndose así las exigencias de los artículo 7 y 242 TRLCSP.

Alcanzada esta conclusión, es innecesario entrar a dilucidar si la licitación que ahora nos ocupa guarda alguna relación con la que fue objeto de consideración en nuestra Resolución 443/2013, aunque este Tribunal no puede por menos que manifestar que difícilmente es asumible la postura del órgano de contratación cuando afirma que *“el presente expediente nada tiene que ver con el que motivó en su día”* la citada Resolución, visto que ambos se refieren a la misma parcela de terreno propiedad del Excmo. Ayuntamiento de Mérida y tienen el mismo objeto (la constitución de un derecho de superficie para la instalación de un área de estacionamiento y servicios para vehículos pesados).

D.a.- Sentado, pues, que contrato que se licita es un verdadero contrato de concesión de obra pública, con arreglo al principio, reiterado en multitud de ocasiones por este Tribunal, de que los contratos son lo que son su verdadera naturaleza con independencia de la denominación dada por las partes (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala I, de 16 de mayo de 2000 –Roj STS 3952/2000- y 3 de noviembre de 2010 –Roj STS 6115/2010- y de la Sala III, de 10 de julio de 2008 –Roj STS 5266/2008-), ha de advertirse, sin embargo, que ello no basta para la admisibilidad del presente recurso especial, sino que es preciso, además, que se trate de un contrato sujeto a regulación armonizada, tal y como ordena el artículo 40.1.a) TRLCSP. En otros términos, es necesario que el valor estimado del contrato supere el umbral de 5.186.000 € que fija el artículo 14.1 TRLCSP.

Las reglas para la determinación del valor estimado es la prevista en el artículo 88.3 TRLCSP, que reza:

“En los contratos de obras y de concesión de obra pública, el cálculo del valor estimado debe tener en cuenta el importe de las mismas así como el valor total estimado de los suministros necesarios para su ejecución que hayan sido puestos a disposición del contratista por el órgano de contratación.”

Esta expresión es tomada por el legislador español del artículo 9.4 de la Directiva 2004/18/CE, que, a su vez, procede del artículo 6.5 de la ya derogada Directiva 93/37/CEE del Consejo. Sobre el alcance de este último, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en Sentencia de su Sala Primera, dictada el 18 de enero de 2007 (asunto C-220/05), señaló:

“Para determinar el valor de un contrato a efectos del artículo 6 de la Directiva 93/37, en su versión modificada por la Directiva 97/52, debe tomarse en consideración el valor global del contrato de obras desde el punto de vista del potencial licitador, que comprende no sólo la totalidad de los importes que deba abonar la entidad adjudicadora, sino también todos los ingresos que procedan de terceros.”

Los fundamentos de esta doctrina, que, desde luego, debe presidir la interpretación del artículo 88.3 TRLCSP, aparecen desarrollados en los apartados 50 a 56 de la mencionada sentencia, en los que se lee:

“50 Procede señalar que el artículo 6 de la Directiva prevé que las disposiciones de ésta se apliquen a los contratos públicos de obras cuyo valor alcance el umbral previsto en dicho artículo. Sin embargo, no prevé ninguna regla que limite los importes que deben tenerse en cuenta para la determinación del valor de un contrato a los procedentes de la entidad adjudicadora.

51 Por otro lado, deducir esta regla del mencionado artículo 6 supone vulnerar el espíritu y la finalidad de la Directiva.

52 Tal como se desprende de sus considerandos segundo y décimo, la Directiva pretende eliminar las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios en materia de contratos públicos de obras, con el fin de abrir tales mercados

a una competencia efectiva (sentencia *Ordine degli Architetti y otros*, antes citada, apartado 52). El décimo considerando de la Directiva precisa que el desarrollo de esta competencia requiere una publicidad comunitaria de los anuncios de los contratos que incluya la suficiente información para que los contratistas de la Comunidad Europea puedan apreciar si los contratos propuestos les interesan. A este respecto, con el umbral previsto en el artículo 6 de la Directiva se pretende garantizar que los contratos públicos que, por lo elevado de su valor, puedan suscitar participación intracomunitaria sean comunicados a los potenciales licitadores.

53 Puesto que el objetivo de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras previstos por la Directiva es precisamente garantizar a los potenciales licitadores establecidos en la Comunidad Europea el acceso a los contratos públicos que les interesan, su punto de vista es la base de la que hay que partir para determinar si el valor de un contrato alcanza o no el umbral fijado en el artículo 6 de la Directiva.

54 A este respecto, resulta manifiesto que si el valor de un contrato está constituido por ingresos que proceden a un tiempo de la entidad adjudicadora y de terceros, el interés de un licitador potencial en el contrato abarca su valor global.

55 Por el contrario, la tesis de que sólo deben tenerse en cuenta los importes abonados por la entidad adjudicadora para calcular el valor de un contrato a los efectos del artículo 6 de la Directiva supondría vulnerar la finalidad de ésta. De este modo, la entidad adjudicadora podría adjudicar un contrato con un valor global superior al umbral fijado en el mencionado artículo 6, que podría interesar a otros empresarios operativos en el mercado, sin aplicar los procedimientos para la adjudicación de contratos públicos de obras previstos por la Directiva.

56 Por último, debe recordarse que, en virtud del artículo 3 de la Directiva, las concesiones de obras públicas están sometidas a las reglas de publicidad previstas en la Directiva en el caso de que se alcance el umbral que se fija en dicha disposición. Dado que una de las características esenciales de estas concesiones es que la contrapartida de las obras procede en todo o en parte de terceros, contravendría el objetivo y sistema subyacentes a la Directiva el que, en el marco de los contratos públicos de obras, se excluyeran los importes procedentes de terceros del cálculo del valor del contrato a efectos del artículo 6 de la Directiva.”

El valor, por lo tanto, vendrá dado por la totalidad de los ingresos que haya de recibir el contratista, tanto de la Administración (que en el supuesto que hoy analizamos se limita a la aportación del derecho de superficie) como de los potenciales clientes. Ello nos sitúa, pues, en la perspectiva del volumen total de negocios derivado de la construcción y explotación de la obra que cabe racionalmente calcular. Así lo sostienen expresamente las Conclusiones de la Abogada General en el asunto C-220/05 citado, en cuyos números 64 a 66 se afirma [citas internas omitidas]:

“64 En el marco del artículo 6 de la Directiva 93/37 resulta pues determinante partir de la perspectiva de un potencial licitador. Sólo de esta manera es posible averiguar si un contrato público de obras puede ofrecer un interés potencial para contratistas extranjeros y, por lo tanto, si, en aras de la apertura de los mercados y la competencia, debe ser objeto de procedimientos especiales de adjudicación conforme a esta Directiva.

65. En este sentido, desde la perspectiva de potenciales licitadores es determinante sobre todo el volumen total del contrato público de obras, es decir, el volumen de negocio total alcanzable por parte del contratista. En el caso de un contrato público de obras, en el que sólo algunas partes de las obras a realizar están destinadas al propio poder adjudicador, mientras que el resto de la obra debe ser enajenada directamente a terceros, para calcular la cuantía del contrato se tendrán en cuenta también estas últimas partes destinadas a terceros.

66. Por el contrario, es irrelevante en este punto que la totalidad o sólo parte de los ingresos que vaya a obtener el contratista procede de recursos del poder adjudicador o que parte de los mismos se perciba directamente de terceros, ya que sólo con que el poder adjudicador encargue y cofinancie la totalidad de las obras, incluidas las partes que en su caso se destinen a terceros, existe un riesgo, en relación con la totalidad de las obras, de trato menos favorable a los licitadores extranjeros, de modo que se pone en peligro la consecución de los objetivos de apertura del mercado y de competencia.”

Conviene precisar, por último, que esta doctrina no excluye la consideración del importe de las obras, extremo expresamente contemplado en el artículo 88.3 TRLCSP. No hay ninguna contradicción entre éste y aquélla; lo que ocurre es que en un contrato de obras,

el coste de las mismas se hallaría comprendido en el precio que debe satisfacer la Administración (artículo 87.2 TRLCSP), del mismo modo que en uno de concesión de obra pública, el coste se recuperaría por los ingresos derivados de la explotación, fuera abonado por la Administración, fuera por los usuarios o por ambos. En suma, el valor estimado puede determinarse en atención al coste de las obras (porque este importe determina lo que haya de ingresar el adjudicatario, que es lo que ordena tener en cuenta la jurisprudencia comunitario), pero también, si dicho coste no fuera conocido, podría acudir al cálculo de los ingresos que espera obtener el contratista.

D.b.- Con tales antecedentes a la vista, es posible ya analizar si, en el caso que nos ocupa, el valor estimado del contrato supera el umbral del artículo 14.1 TRLCSP.

Esta tarea cuenta con la dificultad de haberse omitido por parte del órgano de contratación de la elaboración de un pliego de prescripciones técnicas. Es cierto que éste no sería en rigor necesario si en verdad se hubiera tratado de un contrato patrimonial, pero no lo es menos que carece de todo sentido y lógica que se omitan los caracteres de la obra que debe ejecutar el superficiario y los de la explotación que debe llevar a cabo máxime cuando su incumplimiento está previsto como causa de resolución (cláusula 18ª, apartados b) y d): antecedente de hecho séptimo). De hecho, la inclusión de esta obligación viene impuesta por la propia legislación patrimonial, desde el momento en que el artículo 107.1 LPAP (norma básica de acuerdo con su DF 2ª) impone que la adjudicación de los contratos de explotación de bienes patrimoniales se haga mediante concurso, lo cual, obviamente, lleva consigo que en las bases o Pliego rector de éste fijen las condiciones de la explotación (artículo 83 del Reglamento de la LPAP, aprobado por RD 1373/2009, de aplicación supletoria a las entidades que integran la Administración Local). Este silencio es si cabe más llamativo si se compara con el prolijo Pliego de Prescripciones Técnicas que se incluyó en el expediente referido al derecho de superficie a constituir sobre el mismo terreno que ahora nos ocupa y que fue objeto de nuestra Resolución 443/2013.

Sea como fuere, no hay detalle alguno de qué obras debería ejecutar el licitador que resultara finalmente seleccionado, las características que tendría el área o los servicios que en ella se prestarían. Esta omisión, sin embargo, no ha de impedir a este Tribunal declarar su propia competencia por dos razones:

α.– Porque, siendo la duración prevista del derecho de superficie la de 99 años, no es en absoluto aventurado estimar que los ingresos procedentes por la explotación de un terreno de 15 hectáreas –en el que se prevé ciertas instalaciones dedicadas al servicio de vehículos pesados- serán superiores a 5.186.000 € (poco más de 51.000 € anuales, 140 € diarios aproximadamente).

β.– Porque constituye un principio general de nuestro Derecho, recogido en el aforismo *“allegans propriam turpitudinem non auditur”*, el que proclama que no puede obtenerse ventaja o provecho del propio incumplimiento (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 27 de noviembre de 1992 –Roj STS 8685/1992-, 6 de abril de 2001 –Roj STS 2897/2001-, 16 de abril de 2012 –Roj STS 2701/2012-, 22 de mayo de 2014 –Roj STS 2012/2014-; Resolución 499/2014 de este Tribunal), y esto sería lo que aquí acaecería si se declinara la competencia por no poder constatar el valor estimado exacto del contrato que, si no ha podido determinarse, ha sido por el incumplimiento por parte del órgano de contratación de una obligación que le era exigible no sólo desde la perspectiva de la legislación patrimonial sino incluso desde el Derecho Privado (recuérdese que el artículo 1289 CC sanciona con nulidad el contrato cuyo objeto principal no pueda determinarse).

Se impone por ello declarar la admisibilidad del recurso desde la perspectiva estudiada.

Cuarto. Asimismo, y pese al tiempo transcurrido entre la publicación del anuncio de licitación y la interposición del recurso especial, éste debe entenderse formalizado dentro del plazo legal. Y ello porque, al omitir cualquier mención de los recursos pertinentes (como exige el artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común –en adelante, LRJPAC- al que remite, a su vez, el artículo 60.2 del mismo texto legal), la publicación del anuncio fue defectuosa, con lo que, como tal, sólo surtió efecto desde que el interesado *“realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o resolución, o interponga cualquier recurso que proceda”* (artículo 58.3 LRJPAC al que igualmente remite el artículo 60.2 LRJPAC). Al no desprenderse del expediente que el recurrente tuviera conocimiento del contenido o alcance de la resolución antes de la interposición del recurso (pues no es tal la petición de 25 de agosto del Pliego de Prescripciones Técnicas ni del informe de valoración, que más bien son indicativos de que el recurrente desconocía los términos de

la licitación), es este último momento en el que puede entenderse que la citada publicación surtió los efectos que le son propios, en particular el de determinar el inicio del plazo para la interposición del recurso que, también desde este punto de vista, debe declararse admisible.

Quinto. El recurso se dirige frente a los Pliegos rectores del contrato al que venimos haciendo referencia (aunque, como ya se ha visto, sólo hay uno, el de cláusulas administrativas), y en él se interesa la anulación de todo el procedimiento de licitación, al que se considera incurso en vicio de desviación de poder por prescindir de la naturaleza del contrato como concesión de obras. De manera concreta, se menciona expresamente el incumplimiento de los plazos de presentación de oferta, del preceptivo envío a la Comisión Europea y de los requisitos de publicidad del perfil del contratante.

El órgano de contratación, por su parte, sostiene la naturaleza estrictamente patrimonial del contrato.

Sexto. Planteada en estos términos la contienda, es evidente que una vez que el Tribunal ha concluido que el objeto de la licitación constituye un contrato de concesión de obras, el camino para resolver controversia ha quedado en buena parte expedito.

En efecto, como hemos señalado con anterioridad (cfr.: Resolución 499/2014), el solo error en la calificación de un contrato no acarrea vicio de legalidad alguno, salvo que a consecuencia de ello se infrinja algún precepto sustantivo o procedimental, y es ello lo que se ha producido en el caso que nos atañe.

A este respecto, cabe destacar, ante todo, la falta del Pliego de Prescripciones Técnicas en el que se detallaran los caracteres de la obra a ejecutar (artículo 116 TRLCSP), cuya inclusión en las bases del concurso, como hemos dicho, era inexcusable incluso desde la perspectiva de la legislación patrimonial, al tratarse de una obligación esencial del adjudicatario.

De igual modo, y por haberse soslayado la aplicación de las normas reguladoras del contrato de concesión, se ha omitido la realización del estudio de viabilidad de la obra ya en todos los aspectos de ésta, ya, cuando menos, en su vertiente económico-financiera (artículo 128 TRLCSP), así como la aprobación del proyecto de obras (artículo 130

TRLCSP), precedido, en su caso, del correspondiente anteproyecto de construcción y explotación de las obras (artículo 129 TRLCSP).

Es igualmente grave la omisión de la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (artículo 142.1 TRLCSP), pues ello podría generar la responsabilidad del Estado Español por incumplimiento del Derecho de la Unión (cfr.: Sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de abril de 2010 –asunto C-423/2007- y de la Sala Sexta de 27 de octubre de 2011 –asunto C-601/10-).

Vistos los vicios apreciados, es ocioso entrar en el resto de consideraciones esgrimidas por el recurrente, toda vez que o son redundantes a los anteriores (como el referente a los plazos de presentación de ofertas, que, obviamente, no se han respetado al faltar el presupuesto de la publicación en el Diario Oficial de la Unión: artículo 159 TRLCSP) o, en todo caso serían de imposible apreciación por parte del Tribunal (como la referida a las normas de valoración de la superficie para el caso de que se hubiera estimado que estamos en presencia de un contrato patrimonial, hipótesis en la que decaería nuestra competencia para conocer del recurso).

De igual modo, y por dar cumplida respuesta a las argumentaciones del recurrente, sí que es necesario reseñar que carece de trascendencia invalidante el hecho de que el perfil del contratante no contenga toda la documentación del expediente, pues, lejos de ser ello una obligación legal (cfr.: artículo 53 TRLCSP), el TRLCSP admite que pliegos y documentos puedan no haberse facilitado por medios electrónicos (artículo 158 TRLCSP).

Séptimo. Como corolario de lo expuesto, constatadas las infracciones legales cometidas a lo largo del expediente, se impone estimar el recurso y anular el acto impugnado y con él todo el procedimiento de licitación que le precede (artículo 115.1 TRLCSP), en la medida en que se halla incurso en el vicio de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1 e) LRJPAC, vicio que concurre no sólo cuando se prescinde de todo trámite procedimental, sino también, como en el caso que aquí nos atañe, cuando se sigue un procedimiento distinto del legalmente establecido (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 12 de febrero de 1986 –Roj STS 13724/1986-).

Por segunda vez este Tribunal anula una licitación del Excmo. Ayuntamiento de Mérida que pretendía constituir un derecho de superficie sobre una parcela de su propiedad. Obviamente, no discutimos ni dudamos del derecho de la Corporación Local a obtener un rendimiento de sus bienes patrimoniales, que, por lo demás, es su natural destino (artículos 8 LPAP, 76 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local -Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril-, 6 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales -RD 1372/1986, de 13 de junio-). Tiene para ello una pluralidad de fórmulas a su disposición, incluida, desde luego, la de constituir un derecho de superficie sobre ellos y percibir el canon correspondiente o, simplemente, ponerlos en arrendamiento.

Lo que no es posible es licitar como contrato de explotación patrimonial uno que tiene por objeto la construcción de una obra -en el caso analizado, la instalación de un área de estacionamiento y servicios para vehículos- que ha de explotar el adjudicatario a su riesgo y ventura, porque ello, sea cual sea el "*nomen iuris*" que se le dé, es un contrato de concesión de obra pública y, en cuanto tal, sujeto a la legislación de contratos del Sector Público (artículo 4.1 o) TRLCSP).

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. A. V. P., Concejal del Excmo. Ayuntamiento de Mérida y anular el Pliego y el procedimiento de licitación del contrato relativo a la cesión, por parte de la referida Corporación Local, de los derechos de superficie sobre terreno municipal para la instalación de un área de estacionamiento y servicio de vehículos.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.