



EB 2016/119

Resolución 116/2016, de 2 de noviembre de 2016, del sustituto del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularraren ordezkoa, en relación con el recurso especial interpuesto por Dña. AMAIA MARTÍN GARÍN frente al “Convenio para la remodelación del Estadio de Anoeta” firmado por el Alcalde de Donostia-San Sebastián y la Real Sociedad de Fútbol, S.A.D. el día 1 de septiembre de 2016.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 30 de septiembre de 2016, doña AMAIA MARTÍN GARÍN interpuso un recurso especial en materia de contratación frente al “Convenio para la remodelación del Estadio de Anoeta” firmado por el Alcalde de Donostia-San Sebastián y la Real Sociedad de Fútbol, S.A.D. el día 1 de septiembre de 2016”.

SEGUNDO: Con fecha 4 de octubre de 2016 se solicitaron al poder adjudicador el expediente y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCS), los cuales se recibieron en este Órgano Administrativo de Recursos Contractuales (OARC / KEAO) el día 11 de octubre.

TERCERO: Mediante la Resolución de 18 de octubre de 2016, en la que quedan recogidos los motivos del recurso, el titular del OARC / KEAO adoptó la decisión de abstenerse de participar en el presente procedimiento.



CUARTO: Figura como interesada en el procedimiento la Real Sociedad de Fútbol, S.A.D, (RS) en su condición de contraparte en el contrato impugnado.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO: La recurrente considera que el objeto del convenio impugnado es un contrato de gestión de servicios, que su modificación se rige por los artículos 105 a 108 del TRLCSP y que el incumplimiento de estas normas es alegable mediante el recurso especial. Por el contrario, el poder adjudicador entiende que el recurso debe inadmitirse porque se trata de un convenio de contenido patrimonial que queda fuera del ámbito del recurso especial; y en todo caso, el artículo 40.2 TRLCSP excluye del ámbito del recurso especial las modificaciones contractuales no previstas en el pliego.

Es doctrina reiterada (ver, por todas, la Resolución 75/2016) que el OARC / KEAO, a la hora de comprobar si un contrato está incluido en el ámbito del recurso especial (es decir, a la hora de verificar su propia competencia) no está vinculado por la denominación que le hayan dado las partes, sino que debe atender a la naturaleza del contrato y contrastarla con el TRLCSP y, en su caso, con las directivas europeas de contratación pública, cuyas definiciones de cada tipo contractual tienen efecto directo, según se expresa, por ejemplo, en el documento “Los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público”, elaborado por los tribunales administrativos de recursos contractuales y disponible en la web de este OARC / KEAO. Por ello, el análisis de la cuestión debe partir del contenido del convenio impugnado que, en síntesis, es el siguiente:

a) El objeto es establecer las condiciones de colaboración de la RS con Anoeta Kiroldegia, S.A. (AK) para la remodelación del estadio de Anoeta y del miniestadio anexo; asimismo, se determinan los términos en los que se



modificará el vigente convenio de colaboración para el uso y explotación del estadio, que ambas entidades suscribieron el 5 de agosto de 1993.

b) RS se compromete a aportar a AK el 50% del coste de las remodelaciones. RS aportará también el resto del coste total definitivo de las obras, descontando las aportaciones del Gobierno Vasco y la Diputación Foral de Gipuzkoa una vez excluidas de las mismas las cantidades destinadas a Kirol Etxea, Kultur Etxea y Federación Guipuzcoana de Fútbol; esta aportación se realiza en concepto de canon por un nuevo plazo de duración a partir de la vigencia del presente convenio, que las partes fijan en el día 5 de agosto de 2033, hasta el 5 de septiembre de 2067.

c) AK se compromete a salvaguardar en lo posible el uso y explotación de las instalaciones y servicios del estadio, garantizando la actividad futbolística durante los trabajos de remodelación.

d) Se modifican varios apartados del convenio suscrito el 5 de agosto de 1993, en concreto las estipulaciones relativas a la duración del convenio, derechos de explotación económica, derechos de uso, responsabilidad de RS, preferencia de uso y exclusividad, obras, mantenimiento, cobertura de responsabilidad civil, autorización para otros usos y explotaciones, incumplimiento del convenio, control e inspección, naturaleza privada del convenio, cuestiones litigiosas y Comisión de seguimiento.

Por su parte, el convenio de 5 de agosto de 1993, novado por el convenio impugnado, reconoce a RS el derecho de usar de forma preferente y exclusiva en todo lo relativo a la modalidad deportiva futbolística como contrapartida a su contribución económica a su construcción; en particular, son derechos de RS la íntegra explotación de cuantos espectáculos futbolísticos organicen en el estadio la propia RS o los organismos deportivos nacionales e internacionales.

Se trata, como afirma el poder adjudicador, de un derecho de uso parcial en cuanto al espacio del estadio del que se excluyen las oficinas de Anoeta



Kiroldegia, la Casa de Cultura Kirol Etxea, el local de la Federación Guipuzkoana de Fútbol, 1300 m² para uso de federaciones deportivas vascas con sede en Donostia- San Sebastián, 1200 m² para uso dotacionales municipales y 20 plazas de parking.

Se trata además, como sigue apuntando el poder adjudicador, de un derecho de uso temporal limitado, en principio, a los días de celebración de espectáculos futbolísticos por parte de RS, pues el resto de los días del año, para cualquier otro tipo de actividades y para la totalidad de los espacios existentes en la instalación, el uso y la explotación corresponde de forma exclusiva a AK, en virtud del pliego de condiciones económico administrativas de la concesión demanial otorgada por el Ayuntamiento de Donosti- San Sebastián a favor de AK para preferentemente la práctica y espectáculo deportivo profesional, así como otras actividades deportivas y culturales.

Pues bien, como ya señaló este OARC / KEAO en la Resolución 91/2016, la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, define en su artículo 5 este tipo contractual como un contrato oneroso celebrado por escrito por el cual uno o más poderes adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios a uno o más operadores económicos, siendo la contrapartida bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con el pago de un precio. No obstante, el artículo 10.8 a) de esta Directiva excluye de su ámbito las concesiones de servicios destinadas a la adquisición o el arrendamiento de derechos sobre bienes inmuebles, en términos muy similares a cómo el artículo 4.1 o) TRLCSP excluye del ámbito de esta norma las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público y los contratos de explotación de bienes patrimoniales distintos a los definidos en el artículo 7 como concesiones de obra.



Llegados a este punto, la cuestión central es determinar si, como estima la recurrente, el objeto del contrato tiene las notas propias de los contratos de concesión de servicios sujetos a la Directiva 2014/23, o si concurren en él las características propias de los contratos patrimoniales, excluidos de ella y del TRLCSP. En una concesión de servicios se trata de confiar la prestación y la gestión de un servicio, siendo la contraprestación el derecho a explotar dicho servicio, acompañado, en su caso, de un precio (artículo 5.1 b) de la Directiva 2014/23). Pues bien, en el contrato impugnado el poder adjudicador no pretende encomendar o confiar servicio alguno sino, como se ha recogido, autorizar un uso temporal, y en este supuesto parcial, del inmueble para el espectáculo futbolístico. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 14 de julio de 2016, asuntos acumulados C-458/14 y C-67/15, ECLI:EU:C:2016:558, descarta que pueda considerarse una concesión de servicios un negocio jurídico cuyo objeto sea «el derecho de un operador económico a explotar determinados parajes o recursos de carácter público, con arreglo al Derecho privado o público, como es el caso de terrenos en los que el Estado, el poder adjudicador o la entidad adjudicadora establecen únicamente sus condiciones generales de utilización, sin contratar obras o servicios específicos» (apartados 44 a 48 de la sentencia, que se remiten también a las sentencias del TJ de 11 de junio de 2009, C-300/07, ECLI: EU: C: 2009:358, apartado 71, y de 14 de noviembre de 2013, C-221/12, ECLI: EU: C: 2013:736; ver también el Considerando 15 de la Directiva 2014/23). En la misma línea, las Conclusiones del Abogado General correspondientes a la citada sentencia, de fecha 25 de febrero de 2016, ECLI:EU:C:2016:122, especifican en sus apartados 64 y 65 que en las concesiones sujetas a la Directiva 2014/23 hay «una actividad de servicios específicamente confiada por una autoridad pública que estuviera sujeta a requisitos específicos definidos por tal autoridad» y que no pueden incluirse en dicha Directiva los contratos patrimoniales en los que «el operador económico queda libre de renunciar a la prestación de las obras o los servicios». A la vista de lo anterior, debe concluirse que el objeto del negocio impugnado no es confiar a un tercero un servicio propio del ámbito competencial, sino la cesión parcial y temporal de un bien inmueble para que lo explote un particular; es decir que no se instrumenta con ello un servicio propio del ámbito competencial



del poder adjudicador que éste desee prestar de modo indirecto por medio del adjudicatario.

Lo anterior no se ve empañado por el hecho de que el negocio patrimonial se acompañe de cláusulas que obligan a RS a sufragar una parte de la obra de remodelación que en su día vaya a realizar AK, porque tales estipulaciones no desmienten la naturaleza patrimonial del objeto del negocio, y porque, en todo caso, un acuerdo para cofinanciar una obra no es un contrato de obras, el cual se define por ser un negocio por el que un poder adjudicador encomienda una obra a un tercero a cambio de un precio.

Por todo lo expuesto, y de acuerdo con lo establecido en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el sustituto del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularraren Ordezkoa,

III.- RESUELVE

PRIMERO: Inadmitir el recurso especial interpuesto por Dña. AMAIA MARTÍN GARÍN frente al “Convenio para la remodelación del Estadio de Anoeta” firmado por el Alcalde de Donostia-San Sebastián y la Real Sociedad de Fútbol, S.A.D. el día 1 de septiembre de 2016.

SEGUNDO: Comunicar la presente Resolución a los interesados.



TERCERO: Contra la presente resolución cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.