AUTO de 17 de abril de 2006 del JUZGADO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE ZARAGOZA nº 2 (D. JAVIER ALBAR GARCIA), en la PIEZA SEPARADA DE SUSPENSION nº 134/2006 de Manuel Lorenzo Blasco Nogúes y Elena Allué Baro contra el Ayuntamiento de Zaragoza..

PRIMERO.- Que, interpuesto recurso contencioso-administrativo por Manuel Lorenzo Blasco Nogués y Elena Allué Baro contra las resoluciones de la Junta de Gobierno Local de 23-12-2005 que había aprobado el Proyecto de Nuevo Campo Municipal de Fútbol en La Romareda y el inicio de expediente de contratación de las obras y la de 3-2-2006 que había adjudicado dichas obras por Concurso , procedimiento abierto a la UTE formada por Acciona Infraestructuras SA y Sacyr SA. Por dicha parte recurrente se solicitó la suspensión de los actos recurridos en el presente procedimiento, por medio de otrosí en su escrito de interposición. Formada al efecto la correspondiente pieza separada, se confirió traslado al Ayuntamiento de Zaragoza, quien lo ha evacuado mediante el escrito que consta unido, oponiéndose a la suspensión y pidiendo en su caso la fijación de fianza; a la DGA, quien manifestó que se había interpuesto el recurso contencioso-administrativo nº 125/2006 ante el Juzgado nº 1 pero que, al no estar prevista la ratificación por el Gobierno de Aragón no se iban a sostener el recurso; al Real Zaragoza SAD, que se limitó a poner de manifiesto los aspectos que deberían tenerse en cuenta para resolver y a las dos sociedades que componen la UTE, las cuales no han presentado escrito alguno, pese a que el 10 de abril se les notificó la caducidad del plazo para presentar escrito, habiéndose esperado el plazo legal por si presentaban finalmente escrito conforme al art. 128 LJCA y 135 LEC.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Por los recurrentes se pide la suspensión de las resoluciones recurridas, con base en el “periculum in mora”, en los intereses concurrentes y en la apariencia de buen derecho. Por el Real Zaragoza no hay una oposición explícita, si bien se pide que se tenga en cuenta los intereses del club, la dificultad de coordinar las obras con las competiciones futbolísticas y la incidencia que tiene cualquier actuación en el complejo procedimiento de coordinación de obras y actividad futbolística, pidiendo que se arbitren las medidas para realizar las obras inmediatas de reparación y mantenimiento que, siendo necesarias y exigidas por la FEF y por la UEFA, se venían demorando por estar pendiente la realización de un nuevo campo. Así mismo, indica necesidad de distinguir entre la suspensión de las resoluciones y la paralización de las obras, que sería uno, el principal, de los efectos de dicha suspensión. Se opone el Ayuntamiento. Por parte de la UTE adjudicataria no se ha presentado escrito alguno, de hecho por ninguna de las dos empresas que la forman, Sacyr SA y Acciona Infraestructuras SA, pese a haber sido emplazadas individualmente el 21-3-2006 y pese a haber sido notificada la caducidad del plazo para contestar el 10-4-2006, habiéndose esperado dos días prudenciales para la recepción del posible escrito, todo ello de conformidad con los art. 128 LJCA y 135 LEC.

Como primera cuestión cabe hacer una aclaración al Ayuntamiento, y es que la llamada a la DGA no fue como codemandada, sino como simple interesada *en la medida cautelar*, al igual que se llamó al Real Zaragoza, del que nada se dijo. El segundo podía estar interesado en mantener la ejecutividad de las resoluciones recurridas o, por el contrario, estar de acuerdo con la suspensión. En cuanto a la DGA, constaba la presentación, el 13-2-2006, de un requerimiento previo a la interposición de un recurso, con lo cual podía ocurrir que, dictándose la medida cautelar sin tener conocimiento de la misma, en caso de interponer recurso y de pedir medida cautelar, se habría resuelto ya la de este procedimiento sin haber tenido oportunidad de intervenir en ella, con lo cual su medida cautelar habría estado abocada a ser repetición de lo que se hubiese dicho en la presente. En ningún caso, evidentemente, se habría permitido pedir medida cutelar, sino sólo opinar sobre la solicitada. En todo

caso, la cuestión es irrelevante, ya que el letrado de la DGA informó que se había interpuesto recurso, el PO 125/2006 del Juzgado nº 1, y que el mismo no será ratificado por el Gobierno de Aragón.

SEGUNDO.- Las medidas cautelares se configuran como un elemento accesorio del proceso judicial, cuya finalidad primordial, según el art. 129 LJCA, es asegurar la finalidad de la sentencia, eludiendo el llamado "periculum in mora". Su justificación es, esencialmente, impedir que devenga inútil el pleito, y por ello el artículo 129 citado establece la posibilidad de pedir "cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia". Entronca, por tanto, con el art. 24 de la CE, que establece el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que se considera que la misma no se cumple si, por las dilaciones lógicas de todo procedimiento judicial, que exige un determinado transcurso de tiempo, la sentencia deviene inútil. Dicha finalidad de aseguramiento de la efectividad de la sentencia se refuerza, al par que se delimita, en el art. 130, que cuando dice "*podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso*" por un lado nos está dando dicha nota de evitar un peligro en la demora, como requisito "sine qua non", y por otro añade la exigencia de que sea finalidad "legítima", lo que excluiría considerar aquellos casos en los que el recurso tiene una finalidad espúrea, y que, como se verá, conectará con otro de los fundamentos como es la apariencia de buen derecho o "fumus boni iuris".

Al mismo tiempo, y este es el segundo factor que se debe de considerar, hay que valorar la conjunción de intereses "en conflicto", incluyéndose en ellos tanto los intereses generales, como los del recurrente, como los de tercero. En cuanto a los intereses de la administración, no tendrían una naturaleza propia o diferenciada de los generales, sino que los de aquella parten de la presunción de que representa los intereses generales. En el art. 130.2 se establece como causa de denegación la "*perturbación grave*" de los intereses generales o de tercero. Por otro lado, los intereses generales pueden ser representados también por el recurrente, como ocurre por ejemplo cuando se ejerce la acción pública o cuando interviene alguna entidad social o personalidad jurídica que representa a ciudadanos: sindicato, partido político, organización de consumidores, asociación de vecinos, etc.

A todo ello tendría que unirse, tal y como se ha adelantado, la apariencia de buen derecho, fruto de una asendereada jurisprudencia. Aun cuando se ha discutido su contenido, en general se ha venido a considerar que la misma implica que, sin entrar a prejuzgar el fondo, haya una probabilidad más que razonable de estimación del mismo, razón por la cual el TS ha restringido extremadamente el contenido de la misma, a fin de no prejuzgar el fondo del asunto centrándola en supuestos en los que, por su naturaleza, hay un pronóstico favorable, casi cierto, sobre la estimación del recurso. Es decir, si la medida cautelar se basa única y exclusivamente en el "fumus boni iuris", o "humo de buen derecho", debe de hacerse, y en eso tiene razón el letrado consistorial, sobre la base de una gran probabilidad de estimación del recurso.

No se ha establecido una jerarquía de preferencias entre los tres factores que se deben de tener en cuenta, es decir el aseguramiento de la finalidad del recurso, la valoración de los intereses y la apariencia de buen derecho, pudiendo intervenir los tres en diferente grado o proporción, si bien se puede afirmar que debe concurrir siempre el riesgo para la finalidad del recurso, o "periculum in mora", ya que sin existir el mismo no tendría sentido adelantar unos posibles efectos de la sentencia, así como que, si hay riesgo de perturbación grave de los intereses públicos o de tercero, ello podría dejar sin efecto incluso el "periculum in mora", ya que puede darse el caso de que la protección del recurrente pasase por encima de tal modo de los intereses generales o de un tercero que fuese peor el remedio que la enfermedad. Por tanto, en la cuestión de los intereses es precisa una valoración ponderada y conjunta, propia y específica de cada caso concreto, pudiendo ser relevante incluso el

momento en el que se solicite la cautelar, al iniciar el pleito o mediado el mismo, por lo que ninguna regla concreta puede haber respecto de dicha ponderación. No obstante, aun cuando concurran los dos factores anteriores, esto es la necesidad de garantizar la finalidad del pleito y la prevalencia de los intereses del recurrente, o representados por el recurrente, a menudo habrá que tener en cuenta otro elemento, ya mencionado, el "fumus boni iuris", el cual se puede entender bien como la probabilidad y casi seguridad de estimación del recurso, bien como la solidez de la argumentación en que el mismo se sostiene, es decir la "seriedad" del mismo.

De la concurrencia de tales ingredientes debe de salir la solución, y cuanto más clara y contundente sea la concurrencia de los dos primeros factores, menos intervención, hasta ser incluso innecesaria, tendrá el "fumus", en cuyo caso bastará con que se trate de un recurso razonable, considerándose en ese caso que concurre la nota de legitimidad en el interés.

Debe precisarse que tal "legitimidad" sería objetiva, es decir no vendría dada tanto por la finalidad subjetiva del recurrente como por el hecho objetivo de que con el recurso se está, al menos en apariencia razonable, defendiendo la legalidad.

Por el contrario, la ausencia de interés importante del recurrente o de intereses generales, hará que el fumus deba de aproximarse, como consideran las STS 5-12-2000 o 28-6-2000 a un pronóstico casi cierto de estimación del recurso.

Se impone, por tanto, el examen de los tres factores mencionados.

TERCERO.- En relación con la pérdida de la finalidad del recurso, se está recurriendo una resolución en la que se acuerda aprobar el Proyecto de nuevo campo de fútbol municipal, en el cual se configura el citado campo manteniéndolo en el mismo lugar, con un desplazamiento del mismo hacia el Este unos metros, que se ha de llevar a cabo sin que deje de prestar, mientras se realizan las obras, el uso al que está destinado, en el cual se va a llevar a cabo un zócalo comercial o de usos terciarios, todavía sin definir, sin que se prevea la construcción de plazas de garaje que podrían ser necesarias en función de su calificación comercial (al margen de otro aparcamiento independiente que se va a realizar en todo caso), todo ello por un precio de unos 71 millones de euros, y con un plazo de realización inicialmente previsto de 27 meses como máximo, que al final, en la adjudicación, folio 212, han quedado en 24 meses. También se recurre, en la segunda resolución, la de 3-2-2006, la adjudicación a una concreta empresa, en este caso una UTE, aunque esto sería el corolario del recurso contra la primera resolución, no habiéndose adelantado al menos ningún argumento específico contra dicha adjudicación. Lo que no puede ser objeto de recurso es la ubicación del campo nuevo en el lugar del viejo, pues ello viene aprobado por la Modificación Aislada nº 7, que no fue recurrida, lo cual, para cambiarse, precisaría de una nueva Modificación Aislada.

Ello supone, evidentemente, que en caso de que no se suspenda la ejecución, el campo, si todo va según lo previsto, estará acabado para cuando haya sentencia definitiva, haciendo inútil el recurso. Esto es así en primer lugar porque si el procedimiento ordinario puede durar normalmente entre 8 y 14 meses, según los casos, en un caso como el presente se irá más bien a los 14 meses, si no más, ya que en él se han interpuesto dos recursos que obligan a los trámites correspondientes de acumulación, habrá por tanto varias partes, pues estarán los diversos recurrentes, los codemandados -el Ayuntamiento, la UTE adjudicataria, el Real Zaragoza SAD- y es posible que haya una compleja fase de prueba. Si a ello sumamos de uno a tres años en apelación, es claro que la sentencia será posterior a la obra. En tales circunstancias la ejecución, que podría implicar hasta la demolición de lo realizado, o bien la necesidad de pagar en dinero, y no por permuta, la obra,

puede resultar onerosísima para el Ayuntamiento, y en definitiva para los ciudadanos, con lo cual la defensa que puede mover a los recurrentes para interponer el recurso podría llevarles a desistir del recurso o a no instar la ejecución correspondiente. Se habría consolidado, por tanto, una obra hipotéticamente nula, con lo que ello conlleva, ya que, por ejemplo, si es un campo de cuatro estrellas según la clasificación UEFA, ello ya no podría ser alterado para el futuro inmediato, y el recuso habría perdido su finalidad.

Ahora bien, como manifiesta el letrado consistorial, la pérdida de finalidad no puede ser el único motivo de estimación de la medida cautelar, ya que por un lado casi siempre se daría tal circunstancia y por otro puede haber muchos supuestos en los que dicha pérdida de finalidad sea "soportable" en relación con los perjuicios que el aseguramiento de la sentencia puede generar. Piénsese, por ejemplo, en una construcción que invade parcialmente una carretera, en la que el derribo de la misma puede hacer perder la finalidad al pleito, pero en el que los demás intereses en juego, como pueden ser la restricción al tráfico, los peligros para la circulación, son tan relevantes que es preferible sacrificar el hipotético derecho a hacer efectiva "in natura" una sentencia favorable del recurrente, al que se podría en su caso compensar económicamente, si tuviese razón, que aquellos otros intereses generales.

Ello hace preciso que entremos a valorar, en primer lugar, el conjunto de los intereses en juego, y luego, por las razones que se dirán, del "fumus" o apariencia de buen derecho, insistiendo en que la exigencia del mismo puede llegar a ser muy tenue, bastando con la mera razonabilidad del recurso, si además del ya visto "periculum in mora" el balance de los intereses es muy favorable a los recurrentes, ya que no sería la base de la suspensión, sino un complemento de la misma.

CUARTO.- En cuanto a los intereses en juego, y empezando por el de los recurrentes, viene dado por la dimensión que le atribuyó a la representación de los concejales la STC 173/2004 de 18-10, impetrada por la parte, que dice "No se trata de una legitimación basada en un interés abstracto en la legalidad, sino de una legitimación directamente derivada de la condición de representante popular que ostentan, en cuanto ahora importa, los concejales de un Ayuntamiento *y que se traduce en un interés concreto -inclusive puede hablarse de una obligación- de controlar su correcto funcionamiento, como único medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal que, como primera competencia, asigna a los Municipios* el art. 25.1 de la mencionada Ley reguladora de las bases del régimen local.

Esta otra fuente o modalidad de título legitimador, independiente del derivado del régimen general -y por tanto no sujeto a la existencia de un interés caracterizado como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión de la que resulta para aquél una ventaja o utilidad jurídica en sentido amplio, conforme antes se destacó en el fundamento 3, apartado a)-, encaja claramente en un interpretación conjunta de los arts. 20 a) LJCA y 63.1 b) LBRL", lo que supone que los intereses no son sólo los personales que se derivan de miembros de una Corporación, sino que subyacen también los intereses de los ciudadanos a los que representan, singularmente a los votantes que depositaron su confianza en ellos, cosa especialmente relevante si, como es sabido, y se refleja en el expediente, ya hubo un anterior proyecto en el que se trasladaba la Romareda de ubicación y se proyectaba otro campo, con lo cual estaba en el debate político tal cuestión, por lo que hay una mayor concreción de sus intereses, en la medida en que la valoración de sus votantes a la hora de emitir el voto pudo tener en cuenta también el posicionamiento ante tal cuestión, no siendo una cuestión nueva posterior a las elecciones. En el caso presente el Ayuntamiento cuestiona la legitimidad en relación con la adjudicación de un contrato, en el que no

existe acción pública y no son parte, pero hay que tener en cuenta que lo que se impugna es la convocatoria del concurso, y ello evidentemente atañe a todo miembro de la Corporación, con suficiente base para recurrir en el art. 63.1.b de la LBRL, siendo la impugnación de la adjudicación algo consecuente con lo anterior, aunque no haya un interés directo por no ser partícipes en el concurso. En todo caso, respecto de esto último, siempre tendrían el interés en controlar el correcto funcionamiento de la corporación.

Por tanto, el interés que defienden no es sólo el de mantener la legalidad en un sentido abstracto, sino el más concreto de que La Romareda no se realice en la forma en que se ha acordado por el acto recurrido. Ello a su vez supone una pléyade de intereses específicos. En primer lugar, el de que no se haga un campo de fútbol que no cumpla con la normativa, que sería el interés puro de defensa de la legalidad. En segundo lugar el interés de que la obra no contenga disfunciones, como lo podría ser la ausencia de plazas de aparcamiento por razón de la zona comercial, de acuerdo con el art. 17.6 del D 172/2005, que las prevé por razones de mero funcionamiento y de evitación de perjuicios al tráfico y a la asistencia. En tercer lugar, el interés de que no se haga un campo con precio perjudicial para la ciudad, cosa que podría ocurrir, según se desprende de la página 11 del informe de 19-12-2005 de la Vicegerente de Urbanismo, con lo cual podría ocurrir que el bien dado en permuta al final valiese mucho más que el campo, según la evolución del mercado inmobiliario, según luego se verá con más detenimiento. En cuarto lugar, el interés de que al final no se llegue a una situación en la que deban de asumir la frustración de ganar el pleito y tener que asumir el campo en las condiciones ilegales en que haya podido llevarse a cabo, o bien con la alternativa de exigir la ejecución de la eventual sentencia estimatoria que, según su contenido, podría dar lugar al derribo del campo o a obras importantes ya realizadas del mismo, o bien a una anulación de la permuta que obligase a pagar la obra a la UTE de la forma ordinaria, con el consiguiente inesperado endeudamiento de la ciudad.

Otro interés muy relevante es el de que la obra se realice con las mejores condiciones posibles para la ciudad, siendo posible que se considere más acertada la realización por procedimiento distinto de la permuta que no constriña el valor del campo en función del valor que tenga el solar con el que se va a pagar a la adjudicataria, ni tampoco que determine la edificación y los usos del edificio en función del coste del campo. La propia memoria de la Modificación Aislada, página 20, pone en relación el aprovechamiento del solar con el coste del campo. Cabe mencionar también en este aspecto que el valor del solar para el edifico terciario, que ha de ser permutado por la obra, se valoró en 56.135.500 euros, frente a los actuales 62.088.075 de que se hacía eco el informe de 21-11-2005 del Gerente al mencionar otro de la Intervención, que con el IVA serían 72.022.167 (cláusula administrativa 3ª folio 25 del expediente 1020485/05), habiendo en ese sentido llamado la atención una de las alegaciones de IU. Ello se debe a que se hizo un cálculo sobre un supuesto de reparto de los 42.500 m2 resultantes, que sería de 7.500 m2 para usos hoteleros, 10.000m2 para uso comercial y 25.000m2 de uso de oficinas, que no se sabe si será definitivo, pues todo queda al estudio de detalle que se haga finalmente, así como sobre el supuesto de que la revalorización del suelo comercial es de un 0,625% mensual, como luego se verá con más detención. En todo caso, se llama la atención sobre un detalle muy relevante. El precio previsto es el actual sobre una base meramente hipotética de reparto, reconociéndose que el precio de los inmuebles asciende de media, con los precios actuales de dicha base hipotética, un 7,5%, sin que se diga nada sobre el aumento de los costes de obra. Si los mismos suben conforme al IPC, es previsible un desfase, a los 24 meses, de modo tal que el precio del solar sea un 15% más, es decir unos diez millones de euros más, todo ello siguiendo las propias previsiones municipales, sin que sea previsible que el coste de la obra, si está bien calculado, haya subido en tal cantidad, cosa que se reconoció en el informe de la Vicegerente

de Urbanismo de 19-12-2005, pg. 11, folio 145 del exp. 1020485/2005. Es más, cabe suponer, pues no se ha recibido aún el proyecto del campo, que el presupuesto de la obra ya habrá calculado e incluido en el coste total el aumento del precio de mano de obra y materiales dentro de los 24 meses de desenvolvimiento del contrato.

Así mismo, está el interés que podría tener para la ciudad hacer un campo de fútbol mejor y más grande, en concreto un cinco estrellas según la clasificación UEFA. Éste interés es muy relevante, en la medida en que cuando menos el sistema elegido, la permuta, condiciona el tamaño del campo en función del valor del solar que se ha de dar en pago. A ello se suma que pueda haber otros elementos condicionantes del tamaño como pueda serlo la zona comercial aneja, la dificultad de hacer más plazas de aparcamiento, etc. Puede ocurrir también lo contrario, que el solar contiguo se determine finalmente, en cuanto a los usos y al reparto de la proporción de los mismos, en función no de lo que sea conveniente para la ciudad, sino de lo que cueste el campo de fútbol. Un interés que no se puede olvidar es el de los socios y abonados del Real Zaragoza, en la medida en que el sistema previsto supondrá la pérdida temporal de parte de las localidades, que podrán bajar a 30.000, según reconoce el arquitecto Lamela, folio 91 del expediente 102048/2005, así como los mayores riesgos para la seguridad, derivados de la necesidad de que funcione el campo mientras se desarrollan las obras, aunque en realidad tal problema no viene directamente de la forma de contratación elegida, cambio de obra por solar, sino del hecho de que deba de quedarse en su actual ubicación, lo cual no se ha decidido en las resoluciones ahora recurridas, sino cuando se aprobó la Modificación Aislada nº 7, que no fue recurrida. En todo caso, el real Zaragoza no se opone frontalmente a la suspensión, si bien tampoco la apoya, limitándose a poner de manifiesto los puntos relevantes, a su juicio, para la decisión. Respecto de su llamada de atención sobre la dificultad de coordinar obras y competiciones, es evidente, aunque tal y como se plantea lo que viene a decir es que la suspensión determinaría la imposibilidad de empezar las obras hasta el final de la temporada siguiente. En cuanto a la solicitud de que se arbitre la realización de las obras imprescindibles en caso de suspensión, eso es algo que corresponde resolver al Ayuntamiento, y en su caso, de denegarse, podría recurrirse la denegación, no habiendo en relación con el presente pleito ninguna razón jurídica para que el Ayuntamiento se oponga a tal cuestión.

Algo que no ha mencionado ninguna de las partes, aunque pueda resultar relevante, es que el sistema de permuta va a alargar las obras en la zona durante un periodo que difícilmente bajará de cuatro años, con el consiguiente perjuicio vecinos y usuarios de la zona, de intensa actividad sanitaria, si a los dos años teóricos del campo se suman otros dos que puedan durar las obras del solar con el que se pagará la constructora, algo que sería evitable, por ejemplo, si en lugar de la permuta se hubiese permutado o vendido ya dicho solar, simultáneamente a la adjudicación de las obras, previa realización de determinaciones, a la adjudicataria o a otra empresa y se hubiese acordado la realización simultánea de unas y otras obras. Todo ello, por supuesto, con independencia de las obras del aparcamiento en Eduardo Ibarra y de la urbanización de Isabel la Católica.

Frente a todo ello, y como motivos contrarios a la suspensión, tenemos en primer lugar el interés general de la ciudad, representado por el Ayuntamiento, en que se ejecuten sus resoluciones, y en concreto en que se lleve a cabo el campo de fútbol. Dicho interés viene esencialmente representado por el Ayuntamiento, si bien en este caso está obviamente minorado por el interés que representa el PAR (a lo que habría que sumar también el PP, que ha interpuesto un recurso independiente, en trámite de acumulación), puesto que ellos representan también un interés general y de los ciudadanos incompatible con el que en estos momentos representa el Ayuntamiento.

Éste, a su vez, representa también el interés de la ciudad en tener solucionado rápidamente el asunto del campo de fútbol, dotando a la ciudad de un nuevo campo, moderno y adaptado a nuevas necesidades, que se espera, si se cumplen los plazos, que se acabe poco antes de la EXPO 2008. Alega específicamente el Ayuntamiento que el sistema escogido, que exige obrar mientras se desarrollan las competiciones futbolísticas, requiere un máximo cumplimiento de los plazos, ya que este primer verano "futbolístico", por ser el del Mundial 2006, será más largo, llevándose a cabo una buena parte de las obras, con lo cual una suspensión abocaría a no poder cumplir los plazos.

Sin embargo, tal interés carece totalmente de urgencia, fuera de la del propio cumplimiento del contrato discutido, pues si se lleva 50 años con La Romareda, modernizada diversas veces, según se lee en la Memoria de la Modificación Aislada nº 7, y en profundidad para el Mundial de 1982, puede esperar cuatro o cinco años más, aunque sean seis o siete, a que se resuelva el pleito, si con ello se garantiza el pleno ajuste a la legalidad de una obra tan relevante para la ciudad, que por lo menos irá pensada para otros cuarenta o sesenta años. Cabe recordar que el 26-7-2002 se había aprobado inicialmente la modificación del PGOU de 2001 destinada a sacar el campo del barrio de La Romareda, y que habría de ser ubicado en Valdespartera, con lo cual se ha demorado casi cuatro años la cuestión y no ha pasado nada.

Otro interés que representa el municipio es el de evitar problemas de incumplimientos contractuales o de reclamaciones de responsabilidad patrimonial por parte de la UTE, en la medida en que pueda verse perjudicada por la suspensión. Sin embargo, tal interés se compensa con el interés contrario, es decir lo que supondría hacer frente a los eventuales perjuicios económicos derivados de una estimación del recurso.

Si se estimase el recurso y no se acabase el campo, por ejemplo, habría de pagarse a la UTE adjudicataria, al no poderse entregar el solar, el coste de las obras, del lucro cesante y de otros perjuicios que pudiera sufrir. Si estuviese ya acabado el campo, habría de hacerse frente al pago del mismo por otras vías, y podría plantearse además por los recurrentes la demolición. Por otro lado, y según se verá, el precio del solar anejo al campo, objeto de la permuta, aumenta a un ritmo reconocido por el ayuntamiento que es el doble, o más, del IPC previsto en estos últimos años, en concreto un 7,5% anual, por lo que al final resultaría dicha UTE beneficiada por tal retraso, pues el solar aumentará de valor más rápidamente que el coste de la obra, con lo cual difícilmente le podría reclamar responsabilidad patrimonial la UTE al Ayuntamiento ENCASO de que, desestimándose finalmente el recurso, se continúe la obra.

Invoca también los posibles perjuicios respecto del proyecto del aparcamiento en la calle Eduardo Ibarra, pero al margen de que no se han traído a esta pieza datos al respecto, la realidad es que se prevé en la Memoria una determinada ocupación diaria, en concreto un tercio para los días laborables, tres cuartos los sábados y la totalidad los días de partido, pero si se suspende, va a seguir allí La Romareda vieja, con lo cual igualmente van a tener dicha clientela los días de partido, siendo la única diferencia la de los sábados por la tarde, la cual, en cualquier caso, depende de que "la dotación comercial del edificio terciario fuera significativa", no estando de momento concretada.

Alega por su parte el Real Zaragoza que hay unos servicios que se podrán prestar en la zona del zócalo de usos terciarios, como pueda ser dar una sede a la agrupación de Veteranos del Zaragoza o a la Federación de Peñas, pero es algo inexistente hasta ahora, y sin lo cual se ha podido subsistir, no siendo necesidades esenciales, por lo que no puede ser un dato determinante en este caso. En cuanto a las obras que habrían de hacerse en caso de suspensión, es una cuestión que debe de plantearse por el Real Zaragoza al Ayuntamiento, sobre la que el Juzgado no tiene nada que decir ni que oponer.

Con relación al interés de la UTE, es el más claro, o debería de serlo, pues tiene un negocio por delante y cuanto antes acabe el contrato antes podrá hacer efectiva su contraprestación, el solar para usos terciarios. Los perjuicios que podría sufrir serían en primer lugar los derivados de los gastos llevados a cabo y que no sean trasladables o recuperables si al final continúa la ejecución del contrato, como podrían serlo los costes de financiación de los gastos de construcción o estudios previos para depósito de materiales, facilitación de paso de circulación, material o piezas encargadas, aunque prácticamente todos éstos serían recuperables en caso de continuarse con la ejecución del contrato.

Siguiendo con dicho interés, hay que tener en cuenta que el perjuicio siempre sería relativo, en caso de suspensión, e incluso podría resultar beneficioso, según s eha dicho, ya que, como apunta el informe de 21-11-2005 del Gerente de Urbanismo, el precio de los inmuebles siempre sube más que el coste de la obra, por lo menos el 7,5% con el reparto de usos empleado como hipótesis, con lo cual un retraso no perjudicaría, antes bien, mejoraría, sus expectativas económicas, en cuanto el solar de la permuta podría aumentar de valor más que las obras.

Por último, no puede serle de interés el que siga adelante la obra y luego, como consecuencia de la sentencia, se pueda encontrar con inconvenientes o trabas para hacer efectiva su contraprestación, la cual podría verse afectada bien en el momento de la entrega del solar, bien en el momento de realización del estudio de detalle, que podría ser recurrido, bien en el momento de las licencias necesarias, que podrían ser posteriores a la sentencia, o incluso, como se acaba de decir, a mitad de la obra, si se dicta sentencia estimatoria y se pide ejecución provisional por los recurrentes.

Resulta enormemente significativo de lo anterior que ninguna de las dos empresas haya presentado escrito de impugnación de la solicitud de suspensión, de lo cual cabe concluir bien que tienen un fundado temor de que pueda estimarse el recurso, en cuyo caso se encontrarían con una licitación anulada, con unas obras a medio hacer (al menos al dictarse la sentencia de primera instancia), viéndose abocadas a posteriores pleitos con la Corporación, por lo que no les afectaría especialmente la suspensión; bien que el retraso no les perjudica, sino que les favorece, por el ya mencionado desfase en el aumento de precios, sobre el que luego se hablará.

Otra alegación municipal es que no se conoce que se haya realizado suspensión de obras de esta envergadura, salvo las del aeropuerto de Francfort. Ello es, evidentemente, porque la magnitud de la cuestión y de las cifras que se manejan pueden suponer un freno lógico a las decisiones judiciales, pero ello no debe de excluir tal posibilidad, pues si seguimos tal razonamiento hasta el extremo, una administración podría realizar cualquier tipo de ilegalidad en asuntos de envergadura con la seguridad de que nadie se atrevería a detener una obra de gran magnitud. Precisamente si la magnitud de la obra debe de conllevar una llamada a la prudencia, no suspendiendo en cualquier caso, la relevancia de los intereses y de las consecuencias, a menudo inamovibles, puede hacer más necesaria la suspensión, no pudiendo el juzgador rehuir su responsabilidad con base en el fácil recurso de la invocación de la “magnitud de la obra”.

En suma, la valoración del conjunto de intereses lleva a concluir que será menos perjudicial la suspensión que la ejecución de los actos, siendo además interesante tener en cuenta en tal sentido que la sentencia de este Juzgado, que podría estar en 14 o 18 meses como mucho (antes si las partes se ajustan a los plazos y no complican la prueba), podría eventualmente dar lugar, si se estimase la demanda, a la ejecución provisional, confirmando la suspensión ahora acordada, mientras que, por el contrario, si se desestimase, podría dar lugar, según una consolidada jurisprudencia, aunque ciertamente discutible, a superponer la ejecución provisional sobre las medidas cautelares (15-6-2004, 11-5-2004, 16-2-2004 (EDJ 6233) y 2-12-2003, por citar las más

recientes, con lo cual la desestimación del recurso, aunque se acuerde la suspensión, permitiría continuar con la obra en 14 o 18 meses como mucho. Ciertamente que en este caso la obra no habría acabado para el momento anterior a la EXPO, pero debe de tenerse en cuenta que no es una obra ligada a la misma, que es difícil que acabe en el plazo previsto, que ya es muy justo, pues no sólo los antecedentes de los últimos años en Zaragoza nos dicen que no suelen cumplirse los plazos, cosa habitual en la mayoría de la sobras públicas, sino que la complejidad del sistema elegido hace previsible que puedan surgir inconvenientes, tanto técnicos como incluso derivados del propio calendario de competiciones (eventuales eliminatorias de UEFA, aunque tras la desgraciada debacle del día 12 de abril esto ya sería respecto de la temporada 2006-2007). Por otro lado, los plazos de la misma, 24 meses desde el 8 de mayo de 2006 en que se prevé el inicio de las obras, impiden que pueda servir de asiento a un evento competitivo relevante, además de no ser un campo de cinco estrellas, como podría ser una final europea de cara a la apertura de la EXPO y con el fin de servir de trampolín publicitario, tal y como sugería el informe del Colegio de Arquitectos de 12-9-2004 a la Modificación Aislada, reiterado el 18-11-2005, folio 72 del expediente 102048/2005.

QUINTO.- Visto que la garantía de la efectividad de la sentencia conduce a la estimación de la suspensión así como que la valoración de los intereses conduce a la misma conclusión, se hace preciso examinar otro aspecto, el “fumus” o apariencia de buen derecho, que nos asegure un mínimo de seriedad del recurso. Podría ocurrir que aunque la garantía de la efectividad de una eventual sentencia estimatoria y los intereses en juego condujesen a la estimación de la medida cautelar de suspensión, en cambio ello respondiese a un recurso carente de seriedad o de prosperabilidad, pues desde un punto de vista intelectual son separables los dos primeros aspectos del último. En ese caso, aunque los dos primeros factores aconsejasen la suspensión, en cambio el último podría estar tan ausente que anulase aquellos. Imaginemos que el recurso se interpone porque alguien considera que en dicho lugar debía instalarse un hospital nuevo. En ese caso, tanto la finalidad del recurso, como la contraposición de intereses, pues un hospital puede ser algo muy beneficioso para toda la ciudadanía, podrían llevar a acordar la suspensión, pero es obvio que la absoluta falta de solvencia del recurso, basada en un simple deseo y no en una infracción normativa, pues la Modificación Aislada nº 7 es la que ubica allí el campo, no podía quedar preterida por aquellos, especialmente en un asunto en el que, en un sentido u otro, los intereses en juego, y no hay más que ver el valor del contrato, son muy grandes.

Aun cuando no estemos en un caso como ese ejemplo, reducido al absurdo, y dado el importante valor del contrato, está claro que la relevancia de los intereses en juego exige, siquiera de forma somera, un examen del “fumus”, no tanto en función de la alta probabilidad de estimación del recurso -que no tiene parangón en casos similares ya resueltos en un determinado sentido y que no es precisa al no ser el único fundamento de la suspensión, sino un complemento de los otros factores- como con el fin de modular la valoración acerca de la eficacia de la sentencia y del balance del conjunto de intereses en juego, modulación que se hace por medio del análisis de la seriedad de los argumentos aportados, y de la existencia de un mínimo de posibilidad de prosperar.

Por ello, a despecho de las reiteradas llamadas del letrado consistorial a dejar para sentencia la valoración del fondo del asunto, se hace preciso un examen siquiera somero sobre la razonabilidad del mismo, precisamente para modular, y eventualmente enervar, los motivos que, según se ha visto, llevan claramente a la suspensión, e insistiendo en que las exigencias de casi cierta estimación del recurso son aplicables cuando la apariencia de buen derecho se convierte en el único argumento de la suspensión, siendo tanto menores cuanto más relevantes son las conclusiones sobre la garantía de la finalidad del recurso y sobre el balance de los intereses en juego. En el caso

presente, se ha concluido que tanto el aseguramiento de la finalidad del recurso como el balance de intereses en juego llevan a la suspensión de los actos recurridos, por lo que se hace preciso examinar si van acompañados de una razonable solvencia del recurso.

SEXTO.- Para el análisis de la solvencia del recurso, que debe dar el soporte que falta para acordar la suspensión, se examinarán los argumentos desgranados por la recurrente, y que posiblemente no sufran un gran cambio en la demanda, al ser exhaustivos y detallados, para lo cual se analizarán los diversos aspectos.

1) Infracción de la legalidad en la permuta

Se argumenta que el contrato de permuta es un contrato privado que tiene por objeto el cambio de un bien de la administración por otro de un tercero, y en el cual la finalidad del contrato sería sustituir un bien del patrimonio municipal por otro, mientras que en este caso hay un contrato de obra y el objeto del mismo sería la construcción de un campo de fútbol, siendo la permuta un elemento accesorio, el medio de pago, de dicho contrato de obra, cosa por otro lado que resulta de la propia cláusula tercera del pliego de condiciones administrativas, referido a "Financiación de las obras". Es decir, entiende que predomina la naturaleza del contrato de obra. Por tanto, es un contrato de obra pública camuflado de permuta.

Partiendo de tal premisa, se producen, o al menos hay razones de peso para considerar que así sea, una serie de incumplimientos. A continuación se analizarán los que menciona la parte, y la consideración que merecen.

a) La exigencia de precio cierto del RDL 2/2000 "*1. Los contratos tendrán siempre un precio cierto, que se expresará en moneda nacional, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición transitoria octava, y se abonará al contratista en función de la prestación realmente efectuada y de acuerdo con lo convenido*". En el caso presente se plantea hoy como problemas. pago una parcela urbanística. Ello plantea dos a.1)El primero es lo arbitrario del valor, prácticamente el mismo que el de la obra, debiendo de tenerse en cuenta que en el expediente de la modificación aislada nº 7 se le asignaba un valor de 56.137.500 unos meses antes, basado en un informe de la Consultoría TINSA, asumido en la Memoria, pg. 28, (ver también pg. 18 contestación a alegaciones de IU), frente a los 62.088.075 (72.022.167 con IVA) euros de que se hacía eco el informe de 21-11-2005 al mencionar otro de la Intervención. Pero es más, en dicho informe de 21-11-2005 del Gerente de Urbanismo que obra en el folio 4 de la adjudicación se viene a reconocer que se produce como media una revalorización de un 0,625% mensual, es decir 7,5% anual, lo que justificaba que hubiese pasado de 56.137.500 euros a 62.088.075 (72.022.167 con IVA), con lo cual al cabo de los veinticuatro meses resultaría la cantidad final que se considera que valdrá el solar, un 15% superior a la inicialmente prevista. Ello hace que el mero transcurso del tiempo, como se ha indicado antes, eleve considerablemente el valor del mismo, sin duda de modo superior al del precio de la construcción, cosa que se apunta en el informe de la Vicegerente de Urbanismo de 19-12-2005 para justificar que no se revisen los precios, todo lo cual, obviamente, vendría en perjuicio de la ciudad, aunque se cumplan los plazos previstos, y mucho más si se retrasan, ya que además de ver retrasarse la obra cada vez se pagaría más al adjudicatario, al elevarse el valor del solar.

Por otro lado, la valoración realizada se hace sobre un supuesto de reparto de los 42.500 m2 resultantes de 7.500 m2 para usos hoteleros, equivalentes a un hotel de unas cien habitaciones, 10.000m2 para uso comercial y 25.000m2 de uso de oficinas, lo cual es una mera especulación, pues dependerá del estudio de detalle que concretará la proporción de usos, que podrían ser al final muy distintos. De todo ello, aun cuando sean correctas las valoraciones actuales y aun cuando se

lleve a cabo un estudio de detalle que confirme la hipótesis de reparto sobre la que se hizo la valoración, es previsible que al perfeccionarse la permuta por la entrega del bien, el valor de éste sea superior al de la obra. Cabe imaginar, por otro lado, que ya se habrá previsto por las adjudicatarias, tal y como se ha dicho antes, la elevación de precios, al menos a lo largo del periodo teórico de duración de la obra, con lo cual ya el mero transcurso de los 24 meses de la obra beneficiaría a las adjudicatarias.

a.2) El segundo es que no está determinado el reparto de los usos permitidos, pendientes de un estudio de detalle (FOLIO 24, cláusula 3ª del contrato), lo cual hace el reparto de los usos puramente arbitrario, al no ser lo mismo si predomina el residencial colectivo que el comercial o que el recreativo. En concreto, en el informe de 21-11-2005 del Gerente de Urbanismo, haciéndose eco del informe mencionado, unido al final del tomo II del expediente, se valora el uso comercial en 1800 euros/m2, el de oficinas en 1380 euros/m2 y el hotelero en 485 euros/m2.

En resumen, el precio del contrato es totalmente incierto, al desconocerse realmente el valor del bien permutado, además de que va a quedar en manos del Ayuntamiento su concreción, según el momento en el que se haga la entrega, que será al final del contrato, que dependerá del valor que tenga en ese momento cada tipo de uso y el reparto de usos que se quiera hacer. (Además, cuando de usos terciarios se trata, es mucho más volátil el valor, pues depende más de la coyuntura económica. En este sentido, dentro de dos años puede haber sufrido una importante alza, con ocasión de la Expo 2008 y el teórico y esperable relanzamiento de la ciudad, o bien una baja por reducción inmediata de la actividad económica, una vez concluidas las obras de construcción, cerradas oficinas de empresas y expositores y reducido el flujo de turistas. Del mismo modo , puede influir la competencia, debiendo tenerse en cuenta la cercanía del Centro Aragonia, en plena construcción y a unos 300 ó 400 metros de La Romareda, si bien en un caso así puede tanto depreciar el valor, por exceso de oferta, o aumentarlo, en cuanto creación de un espacio masivo de comercio en dos zonas muy cercanas).

Por otro lado, se prevé la posibilidad, folio 24 del expediente del contrato, cláusula 3ª, de que se modifique la ordenación contenida en la ficha del PG para el Área de Intervención G-28-2 mediante Plan Especial, lo que introduce mucha mayor incertidumbre en el precio.

Los anteriores son serios motivos de impugnación, con datos poco discutibles, pues son del propio ayuntamiento.

b) Se alega también que se incumple la prohibición de pago aplazado que establece el art. 14.2 del RDL 2/2000. Este argumento no parece relevante, pues en realidad se entregará en el momento en que se entregue la obra.

c) Se alega también que no se cumple la exigencia del 14.3 de la misma norma sobre ajuste de la financiación de los pagos al ritmo de los trabajos, y sería cierto si tal norma se establece en beneficio del tercero, no de la buena organización de la administración. Siendo ésta la finalidad de la norma, no parece que tenga razón la argumentación, ya que ningún perjuicio tendría la Administración al tener previsto con qué pagar, la parcela, no quedando para presupuestos futuros.

d) Lo mismo puede decirse de las certificaciones del art. 145, cuya finalidad de control sí parece que se cumple pues se prevé que haya certificaciones, aunque no sean contra pago de precio.

e) Con relación a la revisión de precios del 103 y 104, en cambio, puede tener razón la recurrente, ya que se ha eliminado un sistema que no es renunciable, sino que es de orden público, al ser un derecho del particular que contrata con la administración. Se dice que se puede excluir la

misma conforme al art. 103 de la LCAP, que dice *"3. El pliego de cláusulas administrativas particulares deberá detallar la fórmula o sistema de revisión aplicable y, en resolución motivada, podrá establecerse la improcedencia de la misma que igualmente deberá hacerse constar en dicho pliego*". En la página 11 del informe de 19-12-2005 de la Vicegerente de Urbanismo se dice que en este caso el precio del suelo aumenta más que el de los materiales y el coste de la mano de obra, con lo cual lo uno vendría a compensar a lo otro, matizándose esa compensación en que la financiación corre de cuenta de la constructora. Pero ello, con una motivación sucinta en la cláusula 4 del Pliego, folio 25 del expediente de contratación 21020485/2005, tal y como exige el art. 103.3, lo único que hace es confirmar la falta de precio cierto y el que se trata de una permuta indeterminada, no de dos cosas ciertas y determinadas o determinables, sino que se va a pagar con un bien de valor no determinado ni determinable apriorísticamente (pues dependerá del estudio de detalle y del momento de realización) un contrato de obra. Cabe decir lo mismo que respecto del punto a.

f) Debe rechazarse la alegación de que no se han cumplido las normas de publicidad pues consta que sí se ha publicado en el DO Comunidades Europeas, folio187, cumpliéndose el 135 de la LCAP, que exige publicar cuando supere el contrato los 6.242.028 euros .

g) Permuta de cosa futura, posibilidad legal y condiciones para ello según D 347/2002

El art. 116 del D 347/2002 de 19 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón dice "*Artículo 116. Permuta de cosa futura 1. Podrá acordarse la permuta de un bien presente por otros de futuro o cuya existencia no sea actual pero pueda presumirse*

racionalmente, siempre que el bien futuro sea determinable o susceptible de determinación. En especial podrá convenirse la cesión de una finca o de una determinada edificabilidad a cambio de la adjudicación de una construcción futura.2. En el expediente deberán constar todos los términos de la operación proyectada incluyendo las determinaciones de las viviendas, locales u otras edificaciones e instalaciones que deban corresponder a la Entidad local. En todo caso, deberán establecerse los requisitos y garantías adicionales que aseguren el buen fin de la operación convenida, entre ellos el término para la consumación del contrato, el cual se entenderá no perfeccionado si no llega a ser realidad el bien objeto del mismo, sin perjuicio de otras cláusulas resolutorias o penales que puedan pactarse. 3. Además de los requisitos exigidos en los arts. 108 y 115 de este Reglamento, deberá someterse a información pública por plazo no inferior a quince días."

En este caso, parece que el bien que debe de ceder el Ayuntamiento debería de estar ya determinado, ya sea una finca ya una determinada edificabilidad, cuando en nuestro caso se trata de una finca cuya edificabilidad, al no estar concretado el reparto entre los diversos usos, no está especificada, con lo cual se está cambiando una finca cuyas características y valor real ciertamente no se conoce. La exigencia de que deban "*constar todos los términos de la operación proyectada incluyendo las determinaciones de las viviendas, locales u otras edificaciones e instalaciones que deban corresponder a la Entidad local"* afectaría también al bien cedido por el Ayuntamiento, lo que no ocurre en nuestro caso. Ello es así porque, en primer lugar, debe de incluirse "todos los términos de la operación", y en ello debe incluirse lógicamente las determinaciones de usos, esenciales para especificar el valor del bien. En segundo lugar, porque no puede hablarse de "determinada edificabilidad", al estar indeterminada ni, en sentido urbanístico, se puede hablar de una finca, en cuanto una finca en suelo urbano debe entenderse con su contenido plenamente determinado. El hablar de finca implica conocer su dimensión, ubicación, etc, y cuando se trata de una finca urbana, ello debe de completarse con las determinaciones urbanísticas que configuran el contenido de los

derechos que la misma lleva ínsitos, cosa que no puede decirse cuando se habla de una finca de edificabilidad indefinida. Es más, se plantea como alternativa la cesión de una finca o una determinada edificabilidad, por lo que parece claro que el concepto de finca debe conllevar esa edificabilidad determinada, pues de lo contrario se llegaría al absurdo de no poder lo menos, ceder una edificabilidad indeterminada, y poder lo más, que es ceder una finca sin determinar ni los volúmenes, ni las alineaciones ni, lo que es más relevante, los usos.

Además de ello, cabe insistir en que si se exige una concreta determinación de las viviendas, locales o instalaciones que deban de corresponder al Ayuntamiento, es porque se quiere proteger a éste y evitar posibles abusos del permutante, con lo cual la misma finalidad, en garantía de los derechos públicos, pero también en ese caso de los privados, debe de llevar a exigir una concreta determinación de los usos y del porcentaje de cada uno, cabiendo preguntarse por qué no se hizo tal concreción desde el inicio. Cabe decir lo mismo que en los puntos a y e.

h) Falta de justificación de la permuta

Se alega que la forma general de enajenación es la venta (80 TRRL de 18-4-1986, 112. RB y 188 Ley de Administración Local de Aragón 7/1999 de 9 de abril, LALA).

El 189.2 LALA permite la permuta, incluso la de cosa futura. Idem el 116 D 347/2002, según se ha visto, pero debe de justificarse, según los preceptos primeramente indicados y guardar una proporción entre los bienes no superior al 50%, lo cual sí parece cumplirse, con las dudas que la indeterminación efectiva del valor de la finca pueda generar.

En cuanto a la justificación, parece que no se ha dado, pues debe de entenderse que la necesidad o conveniencia alude a razones metajurídicas de interés económico, social, ciudadano, etc, no a meras justificaciones legales, que son las dadas en los informes obrantes, y que vienen a decir que eso se puede hacer pero no dicen por qué se debe de hacer y por qué no ha de procederse al contrato de obra por un lado, respecto del campo, y a la venta de la parcela aneja por otro.

Por tanto, no ha quedado acreditada la necesidad de dicha permuta y el por qué es mejor actuar así que contratando y pagando la obra y vendiendo de otro modo la parcela aneja. Una cosa es que se pueda legalmente hacer, y otra que haya razones para hacerlo, STS 31-1-2000 en relación al 112 RB, la cual exige además una "materialidad" de dichas razones, es decir, la unión de los informes y consideraciones, técnicas, jurídicas y económicas. En el mismo sentido, 15-6-2002. ED 2002/25245, 10-12-2004, ED 2004/219346, STSJA de 1-4-2003, ED 2003/162447) En definitiva, vuelve a insistirse, una cosa es que se pueda hacer, lo cual requiere un dictamen jurídico, y otra, que es donde radica la necesidad de justificación, que se deba hacer, lo que requerirá un dictamen social, económico, técnico, etc. Es significativa la de 15-6-2002 cuando dice "*también hayan quedado precisadas y acreditadas en él las concretas razones que hagan aparecer a aquélla (la permuta) no ya como una conveniencia sino como una necesidad. Y esto último lo que exigirá, a su vez, será dejar constancia: de los intereses o necesidades públicas de cuya atención se trata; de*

las razones por la que para dicha atención son mas convenientes que otros los bienes que se pretenden adquirir por permuta; y de la causa por la que tales bienes han de ser adquiridos por permuta y no por otros medios".

Es éste otro motivo fundado de impugnación, a sumar a los a, e y g.

i) Permuta y venta de bienes del Patrimonio Municipal del Suelo. Ley 24/2003 de 26-12

El art. 3 de la ley dice "*Los terrenos integrantes de los patrimonios públicos de suelo deberán destinarse preferentemente a la construcción de viviendas protegidas o, en su defecto, a otros fines de interés social. La enajenación de terrenos del patrimonio público del suelo destinados por el planeamiento urbanístico a usos residenciales, sin concretar que lo sean de viviendas protegidas, sólo podrá realizarse mediante permuta por otros terrenos u otros bienes inmuebles aptos para los fines de los patrimonios públicos de suelo o la ejecución de obras de cualquier índole precisas para la prestación efectiva de servicios y actividades públicos*". Se ha interpretado por la parte, e incluso por algún informe municipal como que podría enajenarse uso residencial, si se entiende en sentido amplio, pues el uso del solar discutido es de residencia colectiva, pero no podría justificar respecto de otros usos. Frente a ello, es posible que tal precepto deba de interpretarse como limitativo de la regla general de que se puede enajenar, con lo cual lo único que viene a hacer es establecer un límite en la enajenación de suelo residencial, el cual sólo se puede hacer por permuta y por bienes aptos para los fines del patrimonio público del suelo u obras de cualquier índole para la prestación efectiva de servicios y actividades públicas. Es decir, tal precepto lo que haría es establecer limitaciones en dicha enajenación para los casos de uso residencial. Por tanto, parece que se permite la enajenación de cualquier tipo de uso, y sólo en el residencial se imponen unas restricciones.

En todo caso, esto sería un precepto que permitiría la permuta, pero no dejaría de ser necesario cumplir los otros requisitos para la permuta previstos en las otras normas, algunos de los cuales ya se han examinado. Ahora bien, en donde se podría tropezar con un importante problema es en el art. 276 RDL 1/1992, no anulado por la STC 61/1997 de 20 de marzo, y que tendría carácter básico en materia de régimen local, el cual dice que los bienes del Patrimonio Municipal del Suelo constituyen un patrimonio separado de los restantes bienes municipales y los ingresos obtenidos mediante enajenación de terrenos o sustitución del aprovechamiento correspondiente a la administración por su equivalente metálico *"se destinarán a la conservación y ampliación del mismo*". Éste precepto es determinante de la interpretación que deba darse al 3 de la ley 24/2003, ya que cuando se dice que la enajenación "*sólo podrá realizarse mediante permuta por otros terrenos u otros bienes inmuebles aptos para los fines de los patrimonios públicos de suelo o la ejecución de obras de cualquier índole precisas para la prestación efectiva de servicios y actividades públicos*", habrá que entender que tales servicios y actividades públicos de las obras por las que se permuten bienes del patrimonio público municipal deberán de ser los ligados a usos residenciales, y no aquellos, como un campo de fútbol, que no tengan tal ligazón con el uso residencial. Con mucho menos motivo podrá incluirse entre tales usos la zona comercial, que ni tiene relación con el uso residencial ni puede decirse, siquiera lejanamente, que tenga alguna conexión con el mismo, pues estará destinado a la obtención de un lucro por medio de actividades comerciales ejercidas por particulares. En tal sentido se manifiestan las sentencias TSJ Andalucía (Granada) de 19-5-2003 o la de Canarias (Las Palmas) de 5-6-1998, confirmada, según se ha visto, por la del TS de 15-6-2002, ya vista.

Cabe decir lo mismo que en los a, e, g y h.

2. Aplicación de normativa relativa a grandes superficies comerciales.

Se dice, con apoyo en el criterio de la DGA, que llegó a formular un requerimiento el 13-2-2006 de anulación con base en la consideración de que el zócalo de usos terciarios es una gran superficie, con 12.033,82 m2 y que ello requiere informe preceptivo del 19.2 del D 172/2005 de 6-9 así como la existencia de 12 plazas de aparcamiento por cada 600 m2, art.

17.6.

El Ayuntamiento considera que no es aplicable al no tener zonas comunes y tener todos los locales salida independiente, mientras que la DGA entiende que se considera superficie comercial aunque estén separados por calle.

2.1) En relación con la exigencia de informe, el art. 19.2 citado dice "2*. Solicitarán informe comercial: a) Los Ayuntamientos y Entidades Locales o Administración de la Comunidad Autónoma: previo a la aprobación inicial de las diferentes figuras de planeamiento urbanístico, o sus posibles revisiones, o modificaciones y, en su caso, al informe previo de aprobación de actuaciones urbanísticas en suelo no urbanizable por el interés social, o en los proyectos supramunicipales, cuando expresamente prevean establecimientos comerciales en gran superficie o recintos comerciales asimilables a los mismos*."

El art. 11.2 dice "*2.- Se entiende por recinto comercial, un espacio físico, abierto o cerrado, en el que pueda convivir más de un establecimiento, utilizando para ello espacios en común, tales como centros comerciales, mercados municipales, galerías, mercados al aire libre, mercadillos, agrupaciones de comercio en zona urbana, centros comerciales abiertos y similares*", con lo cual establece como nota del recinto comercial la de que , ya sea espacio físico abierto o cerrado, conviva más de un establecimiento y utilice "espacios en común" , presumiéndose iuris et de iure que tal nota se da en los ejemplos que se menciona.

En concreto, en cuanto al centro comercial abierto, el 16.3.d, dice "*Centros urbanos comerciales, o centros comerciales abiertos: Se consideran como tales aquellas áreas de una población, o agrupaciones de comercio en zona urbana, principalmente ubicadas en zonas tradicionales, en las que existiendo una importante actividad comercial, las vías públicas son utilizadas en parte como pasillos comerciales (espacio común de distribución a cielo abierto), existe gestión conjunta, en cualquiera de sus formas jurídicas, en la que intervienen los comerciantes, que velan por el desarrollo, sinergia comercial, conservación del área, y atracción de compradores, preferentemente a través de algún profesional que asume específicamente este cometido. Cuentan con un plan local o estratégico elaborado y aprobado en desarrollo del Plan General para el Equipamiento Comercial de Aragón.*"

Al respecto, el art. 20 del D 172/2005 dice "*Artículo 20. Recintos comerciales o equipamientos colectivos asimilables a grandes superficies Se consideran recintos comerciales o equipamientos colectivos asimilables a grandes superficies los descritos en el art. 16.2 del presente Plan que estén comprendidos en alguno de los siguientes supuestos: b) En el supuesto de recintos con varios establecimientos comerciales: cuando la suma de la superficie de exposición y venta del conjunto supere los 5.000 metros cuadrados*", por lo que habrá gran superficie si se cumplen los requisitos, en cuanto son 12.033,82 m2. Ahora bien, debe de tenerse en cuenta que se remite al 16.2 para poder hablar de centros asimilados. El de La Romareda podría encuadrarse en el d, f, o g. Así dicho precepto dice " *2.b "2.- Equipamientos colectivos o Recintos comerciales:.d.- Galerías o pasajes comerciales: Conjunto de establecimientos de comercio al por menor, generalmente de reducida superficie, con venta tradicional, que comparten un espacio común de circulación y determinados servicios. Las galerías pueden estar anexas a grandes superficies o por el contrario constituir por sí mismas el recinto comercial.e.- Centros comerciales:Conjunto de establecimientos minoristas integrados en un edificio concebido, localizado y gestionado como unidad, dependiendo su localización, dimensión y tipo de tiendas del área a la que sirve. Suelen tener algún elemento específico de atracción, o locomotora, de tipo comercial, cultural o de ocio.f.- Parques comerciales:Conjunto de establecimientos comerciales organizados o gestionados en conjunto, con edificios independientes contiguos entre sí y que comparten aparcamiento y servicios comunes.g.-*

Zonas de actuación y polaridad comercial: Unidades de ejecución o sectores urbanísticos cuya iniciativa y gestión puede ser privada, pública, o mediante concesión. Su dimensión permite la localización de establecimientos polivalentes y áreas de comercio integrado."

De todo lo anterior, parece claro que estamos ante un recinto comercial asimilable a una gran superficie, ya que se utiliza como espacio común la vía pública, 11.2 y tiene la condición de recinto comercial abierto (16.3.d). En el folio 24 del expediente del contrato de obras-permuta se prevé incluso que se una mediante pasarelas el edificio que resulte del solar permutado, que también tendrá usos comerciales y la zona comercial de La Romareda. Por otro lado, y en cuanto al requerimiento de la DGA, hay que considerar que no se puede negar todavía que no habrá, al margen del uso comercial de la calle, algún tipo de pasillo o zona común interior, pues todavía no se ha concretado.

Tal informe no es vinculante, pero sí que resulta obligatorio, y las consecuencias de su ausencia, cuando se ha advertido la misma y requerido la necesidad de solicitarla podrían derivar en la anulabilidad.

2.2) Si se considera gran superficie, además debe de cumplirse el 17.6, que exige determinado equipamiento en plazas de garaje "*Las grandes superficies deberán contar al menos con 12 plazas de aparcamiento por cada 600 metros cuadrados de superficie de venta. A partir de 600 metros cuadrados se computarán dos plazas por cada 100 metros*

cuadrados". No consta nada previsto al respecto, pues aunque hay un aparcamiento previsto en la misma zona, no es un aparcamiento ligado al recinto comercial, además de que el mismo, según la Memoria de la Modificación Aislada nº 7, se ha minimizado, por diversas razones, a unas 1.200 plazas respecto de las 2365 que se consideraban necesarias por el estudio de los arquitectos Andrés Pérez- Ortego Carretero. En este caso es una obligación que se habría incumplido.

También ésta materia constituye un serio motivo de recurso.

3. Determinaciones del COTA 3

La Dirección General de Urbanismo, el 25-2-2005, impuso una serie de prescripciones para la aprobación de la Modificación Aislada nº7 del PGOU (Romareda), que eran:

1) Incorporar en el documento de Memoria estudio de alternativas reflejado en el "Escrito de respuesta del COTA de 17 de diciembre de 2004 relativo a la Modificación Aislada nº 7 del PGOU de Zaragoza".

2) Incorporar a la documentación del proyecto de Modificación las medidas correctoras enunciadas en el Estudio de Tráfico aportado por el Ayuntamiento y aceptadas en el informe de la Dirección General de Interior, en especial la relativa a la previsión de un aparcamiento del nuevo campo de fútbol

3) Incorporar en la documentación del Proyecto de Modificación las soluciones técnicas indicadas en el informe del Departamento de Salud y Consumo, relativas al soterramiento total de la rampa de acceso a Urgencias del Hospital Miguel Servet, garantizando en su ejecución la correcta evacuación de pluviales y al estudio de alternativa viable a la actual ubicación del hospital de campaña, solucionando los problemas de accesibilidad.

Frente a todo ello, el Ayuntamiento manifiesta en sus informes de contestación a alegaciones que ya se aceptaron en el Pleno de 31-3-2005, trasladado al COTA el 20-4-2005 y publicado el 22-4-2005, con lo cual no sería recurrible el mismo de forma indirecta. Al mismo tiempo, dice que se incorporó a

la Memoria el estudio de alternativas, que se plasmó el aparcamiento, que va en proyecto aparte, y que no está previsto el soterramiento de la rampa junto con el campo, por lo que deberá realizarse en un momento posterior, con la Urbanización de Isabel la Católica.

En este caso no puede decirse que apriorísticamente haya demasiado fundamento en las pretensiones de la parte, ya que fueron asumidas las prescripciones del COTA en la forma recogida en el Pleno de 31-3-2005, BOP de 22-4-2005 (folio 608) y en la misma, además de incorporarse los estudios mencionados sobre alternativas, se acordó el soterramiento de la rampa de acceso a Urgencias del Hospital, si bien ello se haría bien con el proyecto de nuevo campo de fútbol municipal "o, en su caso, en el proyecto de urbanización o de obras ordinarias" para acomodar Isabel la Católica a la Modificación Aislada, por lo que no era obligatoria la realización en el momento en que se haga el campo.

SÉPTIMO.- En resumidas cuentas, el riesgo de pérdida de la finalidad del recurso es evidente, pues la eventual estimación del recurso sería imposible de ejecutar, salvo enormes perjuicios, ya que ni podría retrotraerse la realización de obra, salvo su derribo, ni podría retrotraerse la entrega del solar a la adjudicataria de la obra, ni se podría hacer un campo más grande sobre el nuevo, so pena de unos gastos muy grandes para reformar lo recién realizado, ni podrían ponerse en práctica las prescripciones que pudiera indicar la DGA sobre la zona comercial, ni podría tampoco, pues estaría acabado el aparcamiento de Eduardo Ibarra, ampliarse el mismo a las plazas requeridas por una zona comercial.

Además de ello, es también muy relevante el balance de los intereses en juego a favor de la suspensión, en cuanto la ciudad puede esperar unos pocos años más a que se construya el nuevo campo -la primera propuesta, culminada en el proyecto del arquitecto Bofill, prevista para Valdespartera era del año 2002 y se desechó, según se comprueba en la Memoria- si con ello se asegura tener un campo del tamaño y en las condiciones que puede precisar la ciudad; se evita que haya un centro comercial que pueda no contar con el equipamiento de aparcamientos exigible y sin el necesario estudio de su impacto en la zona, en concreto respecto del barrio y los demás centros o locales comerciales; se evita también la consumación de un contrato que podría ser perjudicial, en cuanto al precio, para la ciudad, que se podría encontrar con que el solar con que se paga la obra sea de valor muy superior, ya sea por el transcurso del periodo de ejecución ya por las determinaciones que al final se hagan en el reparto de usos; se puede evitar realizar un edificio anejo forzosamente determinado por el valor del campo así como, recíprocamente, un campo determinado por el valor que se pueda sacar a dicho solar; y finalmente se puede evitar los perjuicios a los abonados del Real Zaragoza que pierdan sus localidades. Frente a ello decae tanto la invocada necesidad del campo, por las razones apuntadas de que tras cincuenta años se puede esperar un poco más, como la necesidad de reformas en la actual Romareda, invocadas por el Real Zaragoza, ya que no hay ningún inconveniente del Juzgado para que el Ayuntamiento, dueño del campo, realice las reformas de urgencia que considere necesarias.

Junto a los anteriores elementos, que ordinariamente, en asuntos de menor relevancia, y de por sí, justificarían la suspensión de los actos recurridos, o al menos la de las obras, debe de tenerse en cuenta la seriedad de los argumentos del recurso, especialmente los relativos a la necesidad de adopción de la permuta, a la forma de plasmación de la misma y su equilibrio contractual, así como los relativos al posible incumplimiento de normas sobre grandes superficies, que si bien no permitirían basar única y exclusivamente la medida cautelar en el "fumus", al no haber casos similares anteriores, sí que avalan la adopción de las medidas, al resultar a "priori" bastante solventes.

OCTAVO.- En cuanto a la prestación de fianza, la misma no puede afectar a los daños genéricos al interés general, respecto de los que ya hemos dicho que pueden ser superiores los que se deriven de la ejecución del acto que los que se deriven de la suspensión. En cuanto a los daños económicos concretos, no se ha establecido por ninguna de las partes cifra alguna sobre éstos, salvo la que aventura el letrado del ayuntamiento, sin base fáctica alguna, cuando dice que "las preocupaciones transmitidas al Ayuntamiento han cifrado tales daños en varios millones de euros", debiendo de haberse transmitido tales preocupaciones, con la debida justificación, o al menos explicación, al Juzgado. Es más, cabe recordar lo ya dicho sobre el beneficio que le supone toda demora a la adjudicataria, por la mayor revalorización, reconocida por el Ayuntamiento, del valor del solar que del precio de la obra, lo que podría explicar el silencio de las adjudicatarias, que tampoco han concretado la diferencia que podría haber, a estos efectos, entre la suspensión de la ejecución de los actos recurridos y la suspensión únicamente de las obras a que aludía el escrito del Real Zaragoza, no indicando qué efectos, distintos de la obra, podrían no ser suspendidos.

Se alegó por el Ayuntamiento que había algunas piezas o material encargado, pero la suspensión no afecta directamente a la utilidad del mismo, ya que puede ser utilizado en caso de que se desestime el recurso y continúe la ejecución. Por el contrario, en caso de estimarse el recurso, se habrá evitado el gasto de aquél que todavía no haya sido fabricado. Podría decirse, entonces, que los perjuicios pueden estar en el gasto de financiación del material, ya que al demorarse la obra tardaría más en obtenerse la contraprestación, y por tanto en amortizarse los gastos, pero cabe decir lo mismo, que hoy por hoy es superior el aumento del precio del solar que los gastos de financiación.

Por otro lado, al establecer una fianza, no puede dejar de tenerse en cuenta la abrumadora superioridad de los intereses que conducen a la suspensión, así como el carácter no personal de los recurrentes en su actuación, al recurrir en cuanto concejales, por lo que no se puede imponer una fianza imposible de cumplir, y menos cuando se trata de unos perjuicios absolutamente indeterminados.

Por tal motivo, cabe fijar una cifra de doscientos mil euros, destinada especialmente a asegurar la seriedad del recurso, así como a esos posibles perjuicios indeterminados que las codemandadas no han concretado.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, D I S P O N G O estimar la medida cautelar solicitada consistente en la suspensión instada por los recurrentes respecto dos acuerdos de la Junta de Gobierno Local de 23-12-2005 que aprobó el Proyecto de Nuevo Campo de Fútbol y 3-2-2006, que adjudicó las obras a la UTE Acciona Infraestructuras SA-Sacyr SA, por lo que acuerdo la suspensión de ambos, previa prestación de doscientos mil euros de fianza en el plazo de quince días. Contra la presente resolución cabe interponer recurso de apelación, admisible en un solo efecto, en el plazo de quince días a partir de su notificación.