



ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 2 de noviembre de 2006, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Murcia adjudicó a "--, S.A.", "--, S.A." y "--, S.A." (luego "--, S.L.") el contrato de construcción, mediante concesión de obra pública, de un aparcamiento en el subsuelo de la zona ajardinada "Parcela V-I" del Polígono II del Plan Parcial CE nº 4 de Murcia capital, sita en San Benito-Ronda Sur. El 15 de mayo de 2007 se formaliza escritura de concesión administrativa de construcción de la referida obra pública y de posterior gestión del servicio.

SEGUNDO.- El 25 de julio de 2007 la Junta de Gobierno Local acordó acceder a la modificación del contrato instada por la contratista. En síntesis, la aprobación de tal modificación tuvo como objeto condicionar la ejecución de la segunda de las dos fases del aparcamiento al cumplimiento de un determinado nivel de ocupación de las plazas correspondientes a la primera fase, lo que implicaba modificar también algunos extremos del proyecto de las obras, que allí se indicaban.

TERCERO.- Previo informe del Servicio municipal competente, requerida la contratista el 13 de octubre de 2008 para la formalización del acta de comprobación del replanteo y el inicio de las obras, mediante escrito de 21 siguiente, ésta alega que no le es posible comenzar su ejecución, por la imposibilidad que tiene de obtener financiación, por la negativa de las entidades financieras que suscribieron su compromiso en el momento de presentar la oferta, lo que es una circunstancia sobrevenida ajena a la empresa, por lo que solicita la suspensión temporal del contrato en tanto se solucione esta circunstancia.

CUARTO.- En informe de 23 de junio de 2009 el Ingeniero Jefe del Servicio de Tráfico, Transportes y Limpieza Viaria señala que no se advierten cambios en la situación del mercado financiero, ni motivos que justifiquen una prórroga -del plazo para comenzar la ejecución de las obras, se entiende-.

QUINTO.- En informe de 30 de junio de 2009, el Jefe del Servicio de Proyectos y Obras de Urbanización señala que la prevista ejecución del aparcamiento determinó en su día la suspensión de las obras de urbanización de una zona verde afectada, dando ello lugar a la correspondiente indemnización al contratista de dichas obras, por importe de 10.539,23 euros. Asimismo, señala que el tiempo transcurrido desde dicha suspensión ha motivado que las obras de urbanización ejecutadas se encuentren deterioradas, por lo que han de ejecutarse nuevamente, siendo su importe previsto superior al de la garantía prestada por la concesionaria del contrato que nos ocupa, por lo que estima que aquélla debe retenerse hasta la completa terminación de las obras.

SEXTO.- El 1 de julio de 2009 la Junta de Gobierno Local acuerda, entre otras determinaciones, iniciar procedimiento para declarar la resolución del contrato de referencia, con incautación de la garantía, por incumplimiento culpable del contratista, al no haber iniciado la ejecución de las obras en el plazo establecido.

SÉPTIMO.- Otorgado un trámite de audiencia a los interesados, el 4 de agosto de 2009 la contratista presenta escrito en el que formula alegaciones y se opone a la resolución del contrato, por considerar que no ha incurrido en incumplimiento culpable del mismo.

OCTAVO.- Formulada el 25 de septiembre de 2009 la oportuna propuesta para declarar la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, previa solicitud de Dictamen preceptivo al Consejo Jurídico de la Región de Murcia, el 30 siguiente la Junta de Gobierno Local acuerda solicitar dicho Dictamen y suspender el

plazo para resolver el procedimiento.

NOVENO.- Mediante oficio registrado de salida en el Ayuntamiento de Murcia el 6 de octubre de 2009, su Alcalde solicita de este Consejo Jurídico la emisión de su preceptivo Dictamen, acompañando el expediente tramitado y su extracto e índice reglamentarios. Dicha solicitud es registrada en este órgano consultivo el 8 siguiente.

DÉCIMO.- En el Dictamen nº 181/2009, de 19 de octubre, este Consejo Jurídico concluyó que procedía declarar la caducidad del procedimiento de resolución contractual, sin perjuicio de la posibilidad de incoar uno nuevo con el mismo objeto.

UNDÉCIMO.- El 11 de noviembre de 2009 la Junta de Gobierno Local acuerda declarar la caducidad del procedimiento e incoar uno nuevo con el mismo objeto y pretensiones que el caducado.

DUODÉCIMO.- Otorgado a los interesados un trámite de audiencia, el 10 de diciembre de 2009 la contratista presenta escrito en el que se opone a la resolución del contrato.

En síntesis, alega que en el Plan económico-financiero incluído en la oferta aceptada, y que forma parte del contenido obligatorio del contrato, se especificaba que para acometer las obras tenía previsto obtener financiación externa por importe de 10.534.150 euros, no habiéndolo conseguido por la grave situación económica actual, siendo ello una circunstancia extraordinaria, sobrevenida e imprevisible ajena a la empresa; además, los estudios económicos de la concesión se realizaron partiendo de la demanda estimada en base al previsto desarrollo urbanístico de la zona (la denominada Ciudad de la Justicia, con Juzgados, oficinas, viviendas y centros de ocio), que sufre un notable retraso debido a dicha situación económica, lo que ya justificó una modificación de los plazos de ejecución, acordada el 25 de julio de 2007. Invoca la doctrina o principio del riesgo imprevisible para justificar el incumplimiento de su obligación de comenzar las obras, debiendo moderarse el principio del riesgo y ventura del contratista en la ejecución del contrato, que justifica el mantenimiento de su equilibrio económico-financiero, lo que, en el presente caso, debe instrumentarse mediante la suspensión temporal de aquél (al menos durante seis meses), debiendo modificarse en tal sentido el contrato, por razones de interés público. De lo contrario, estima que la Administración debería indemnizar al contratista por el desequilibrio financiero del contrato, al serle mucho más onerosa su ejecución por razones ajenas a la empresa. Por todo ello, insiste en que procede acordar la suspensión temporal del contrato en tanto se mantenga la situación económica actual.

Además, subsidiariamente a lo anterior, y para el caso de resolver el contrato, alega que en ningún caso procedería la incautación y pérdida de la garantía, pues el artículo 113.4 TRLCAP exige a tal efecto la culpa del contratista, citando jurisprudencia sobre dicho precepto, y considerando que las circunstancias anteriormente expresadas demuestran que no ha tenido una actuación culpable en el incumplimiento del contrato.

DECIMOTERCERO.- El 17 y 23 de diciembre de 2009, los correspondientes Servicios municipales se ratifican en sus previos informes (vid. Antecedentes Tercero a Quinto).

DECIMOCUARTO.- El 30 de diciembre de 2009 la Junta de Gobierno Local acuerda dar traslado del expediente a este Consejo Jurídico para la emisión de su preceptivo Dictamen. Notificado ello a los interesados, indicándoles la posibilidad de interponer recurso de reposición contra dicho Acuerdo, el mismo día la entidad avalista presenta recurso de reposición, en el que alega la ausencia de culpabilidad de la contratista a los efectos de la posible pérdida de la garantía prestada, debido al cambio sufrido en el marco económico actual y la grave crisis del sector financiero, lo que constituyen circunstancias anormales, imprevisibles y extraordinarias sobrevenidas y ajenas a la voluntad del contratista, por lo que solicita que se deje sin efecto la incautación de la garantía.

DECIMOQUINTO.- El 20 de enero de 2010 la Junta de Gobierno Local acuerda dar traslado del expediente a este Consejo Jurídico y suspender el plazo máximo de resolución del procedimiento por el tiempo que medie entre la solicitud de Dictamen a dicho Órgano Consultivo y la recepción de éste.

DECIMOSEXTO.- El 25 de enero de 2010, la Jefe del Servicio de Contratación, Suministros y Responsabilidad Patrimonial formula propuesta de resolución, a elevar a la Junta de Gobierno Local, para declarar la resolución del contrato por demora del contratista en el cumplimiento de los plazos establecidos para el comienzo de la ejecución de las obras, con incautación de la garantía prestada (cuyo importe es de 436.000 euros), conforme todo ello con lo establecido en los artículos 111 a 113 TRLCAP.

DECIMOSÉPTIMO.- Mediante oficio registrado el 28 de enero de 2010, el Alcalde del Ayuntamiento de Murcia solicita de este Consejo Jurídico la emisión de su preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

En presencia de un procedimiento de resolución contractual a la que se opone el contratista, la consulta está comprendida en el artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 249.2 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), aplicable al contrato de referencia, por lo que el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo.

SEGUNDA.- Competencia y procedimiento.

I. Compete a la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento, en cuanto órgano de contratación, resolver el presente procedimiento.

II. A la vista de las actuaciones practicadas, puede decirse que se ha seguido, en lo sustancial, lo establecido para esta clase de procedimientos, pudiendo entrarse en el fondo de las cuestiones objeto del mismo.

No obstante, debe señalarse que en la notificación del acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 30 de diciembre de 2009 (Antecedente Decimocuarto) resultó improcedente la indicación de la potestativa interposición de recurso de reposición, ya que el contenido de dicho acto (el mero traslado del expediente a este Consejo Jurídico) implica que el mismo no sea recurrible autónomamente, dado su carácter de mero trámite. Por ello, y dado, además, que tal acto no acuerda incautación alguna de garantía, carece de objeto el recurso interpuesto por la entidad avalista.

Suspendido el plazo máximo de tres meses para la resolución del presente procedimiento, a virtud de la fecha de salida del Ayuntamiento de su escrito de solicitud de Dictamen de este Consejo Jurídico (registrada el 28 de enero de 2010, vid. Dictámenes nº 51/2007 y 181/2009), una vez recibido el presente por el Ayuntamiento se reanudará dicho plazo máximo, lo que deberá ser tenido en cuenta a los efectos pertinentes.

TERCERA.- La resolución del contrato por incumplimiento imputable al contratista y la incautación y pérdida de la garantía.

I. Naturaleza jurídica del contrato: la singularidad del contrato de concesión de obra pública.

Conforme establece la Cláusula 2 del Pliego de condiciones técnicas, jurídicas y económico-administrativas (PCAP), *"el contrato derivado de la adjudicación objeto del presente Pliego se tipifica como un contrato de concesión de obras públicas cuyo régimen jurídico se contiene en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas modificado por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, que incorpora el Título V al Libro II de dicha Ley."*

El preámbulo de dicha Ley 13/2003 expresa, entre otros extremos, que *"en la contratación administrativa el*

contratista asume el riesgo y la ventura del contrato. La razón por la que se subraya la específica aplicación de este principio al contrato de concesión de obra pública deriva de la necesidad de que la traslación de los riesgos se produzca efectivamente al concesionario, porque lo contrario no haría sino encubrir un contrato de obra en el que el precio se sustituiría por la financiación pública." De ahí que en nuestro Dictamen 92/2009, de 18 de mayo, señaláramos que "*el riesgo concesional, en definitiva, alcanza la condición de elemento esencial de este tipo de contratos, de forma que se transfiere al concesionario la responsabilidad técnica, financiera y la gestión de la obra, asumiendo los riesgos vinculados a los capitales invertidos y a la explotación, como es el relativo a la frecuentación del equipamiento por el público.*"

No es extraño, pues, que algunos comentaristas de dicha ley señalen que las menciones específicas al principio de riesgo y ventura que contiene la misma para este tipo de contrato "pueden calificarse de obsesivas". De ellas se destaca ahora la del artículo 220.2 TRLCAP, que establece que "*la construcción y la explotación de las obras públicas objeto de concesión se efectuarán a riesgo y ventura del concesionario, quien asumirá los riesgos económicos derivados de su ejecución y explotación, en los términos y con el alcance establecidos por esta Ley, lo que será en todo caso compatible con los distintos sistemas de financiación de las obras que en ella se regulan y con las aportaciones a que pudiera obligarse la Administración concedente.*" Y la del artículo 224.1, dedicado específicamente a la financiación de las obras, que establece que "*las obras públicas objeto de concesión serán financiadas, total o parcialmente, por el concesionario que, en todo caso, asumirá el riesgo en función de la inversión realizada*" (el subrayado es nuestro).

De esta forma, siendo una de las peculiaridades de este contrato que el contratista pueda asumir la obligación de financiar la obra (ya por sí o por terceros ajenos a la Administración concedente), la obtención o no de la financiación necesaria constituye uno de los riesgos típicos que aquél asume al presentar su oferta, riesgo que no se elimina por el hecho de que la Administración tenga que evaluar la solvencia de los licitadores (que no puede identificarse con la solvencia de los terceros que puedan financiarlos), ni porque en las ofertas aquéllos prevean vías externas de financiación. En este sentido, y por lo que atañe a los mecanismos de financiación bancaria, la Ley no establece otra cosa que el deber del contratista (lo que presupone ya un momento posterior a la licitación y la adjudicación) de comunicar al órgano concedente los contratos de préstamo o créditos suscritos con entidades de crédito a tal efecto, en el plazo de un mes desde su suscripción (art. 224.2).

Ello, sin duda, puede plantear dos tipos de riesgos, de muy distinto alcance: uno lo asume el contratista, al que se le puede imputar el incumplimiento del contrato si resultara no disponer en su momento de la financiación que preveía (siendo sus relaciones con los terceros ajenas a la Administración concedente), y otro lo asume la Administración, que podrá verse abocada a resolver el contrato por tal causa y adjudicarlo a otro licitador, con el consiguiente retraso que ello puede conllevar para la puesta en servicio y explotación de la obra.

Además, a partir del incumplimiento contractual de que en cada caso se trate, imputable al contratista, habilitada la resolución del contrato con base en el artículo 264, j) TRLCAP, su artículo 266.4 determinaría, en principio, la incautación y pérdida de la garantía prestada y, además, la obligación de indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios causados en lo que excediesen del importe de dicha garantía. Debe repararse que este último precepto legal, aplicable específicamente a esta clase de contratos, prevé dicha incautación en el caso de resolución contractual por causa "*imputable*" al contratista, y no necesariamente por incumplimiento "*culpable*" del mismo, como sin embargo establece el artículo 113.4 TRLCAP, aplicable sólo en defecto de precepto específico para una determinada clase de contratos administrativos. El diferente régimen jurídico en este punto (que pudiera explicarse por la apuntada especial relevancia del principio de riesgo y ventura presente en estos contratos) persiste, si acaso con mayor intensidad, en la posterior Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (no aplicable al contrato en cuestión, ex Disposición transitoria primera), si se confrontan el precepto de general aplicación (su artículo 208.4) y el específicamente establecido para el contrato de concesión de obra pública, su artículo 247.4: este último reproduce literalmente el comentado 266.4 TRLCAP, frente a la persistencia en la exigencia de culpabilidad del contratista que contiene el 208.4 de la nueva ley.

II. Alegaciones del contratista.

Las alegaciones del contratista, en oposición a la pretensión municipal de resolución del contrato e incautación de la garantía, tienen un doble sentido:

A) En primer lugar, se dirigen a sostener que el principio de riesgo y ventura debe modularse cuando sobrevienen determinadas circunstancias, extraordinarias e imprevisibles al momento de presentar la oferta, como resulta ser la grave situación económica actual, que ha motivado que las entidades que se comprometieron a financiar las obras se nieguen ahora a ello, lo que impide que pueda cumplir actualmente con su obligación de financiarlas y, por ende, que pueda comenzar a ejecutarlas; además, alega que dicha situación económica ha motivado la paralización de otras obras (las relativas a la denominada Ciudad de la Justicia) que justificaban la del aparcamiento, lo que motivó que se modificara el contrato mediante acuerdo de 25 de julio de 2007. Todo ello, a su juicio, justifica que no deba resolverse el contrato, sino suspenderlo, estableciendo una demora en su ejecución por el tiempo en que se mantenga la imposibilidad financiera de que se trata, plazo que no debería ser inferior a seis meses. Aduce en apoyo de tal pretensión la denominada doctrina del riesgo imprevisible, que determinaría el reequilibrio económico del contrato, y que tal medida suspensiva estaría basada en el interés público, invocando a tal efecto los artículos 101 y 102 TRLCAP y diversa jurisprudencia.

B) Subsidiariamente, se alega que las antedichas circunstancias impiden que el hipotético incumplimiento contractual pudiera ser calificado como culpable, por lo que en todo caso (se entiende, de proceder la resolución contractual) no procedería la incautación y pérdida de la garantía, con invocación de jurisprudencia sobre el artículo 113.4 TRLCAP. Dichas alegaciones se analizan por separado.

III. La pretendida suspensión del contrato: improcedencia. La resolución del contrato por incumplimiento imputable al contratista.

Por lo que se refiere a las alegaciones dirigidas a suspender el contrato por un plazo no inferior a seis meses, debe decirse que la contratista carece de derecho alguno para imponer a la Administración tal suspensión. Y ello porque, fuera de los casos en que la ejecución del contrato no es transitoriamente posible (física o jurídicamente), o en que se hubieran producido determinadas demoras en los pagos al contratista (en el supuesto del artículo 99 TRLCAP), supuestos ambos que en el caso no concurren, la suspensión del contrato es una potestad discrecional de la Administración, que ejercerá cuando estime que ello es lo más conveniente para el interés público, sin perjuicio en tal caso de la correspondiente indemnización al contratista (artículo 102.2 TRLCAP). Es claro que la apreciación del interés público corresponde a la Administración y no a aquél, siendo plenamente lícito que el Ayuntamiento decida aplicar una causa de potestativa resolución del contrato, por el incumplimiento de la contratista de su obligación de ejecutar las obras, en vez de demorar su ejecución hasta que resuelva sus problemas financieros. Parece obvio recordar que la Administración tiene el derecho a exigir el cumplimiento del contrato en los términos pactados y que la contratista no puede obtener su suspensión o modificación a partir de su particular apreciación de lo que considere más procedente para el interés público. La Administración persigue lícitamente que el contrato se ejecute en el plazo establecido, y lo que el contratista considera de interés público (la demora en el comienzo de su ejecución) no responde sino a su interés particular, ante sus dificultades en cumplir con lo pactado. Todo lo anterior se entiende, claro está, sin perjuicio de los casos, tasados en la ley, en que el contratista tiene derecho a resolver el contrato, lo que no es el caso, o en los supuestos en que procede el reequilibrio económico del mismo, que tampoco concurren, siendo claro, en todo caso, que tal reequilibrio, como derecho exigible por el contratista, no puede consistir en la adopción de medidas discrecionales para la Administración como serían la indicada suspensión del contrato (salvo en los casos antes apuntados), o su modificación para sustituir la financiación privada por la pública, por poner otro ejemplo.

Por todo ello, el que el Ayuntamiento hubiera aprobado ya una modificación del contrato de referencia, para diferir la ejecución de una parte de las obras contratadas (las correspondientes a la 2^a fase del aparcamiento) a un momento posterior al inicialmente previsto, en nada obsta a su derecho a resolver el contrato por incumplimiento imputable a la contratista. Antes al contrario, precisamente el hecho de que tal modificación contractual, que fue instada por la propia contratista, se fundara en la demora en la ejecución de las obras de la Ciudad de la Justicia, revela que la Administración ya dio respuesta a tal circunstancia sobrevenida al contrato (fuera o no de carácter extraordinario), considerando que lo procedente era variar la programación temporal de las obras, en el sentido de que la 2^a fase del aparcamiento sólo se ejecutaría cuando se alcanzara un determinado nivel de ocupación en las plazas de la 1^a fase, sin que tampoco con tal modificación el contratista comenzara la ejecución de las obras.

Así, el Acuerdo de 25 de julio de 2007 expresó lo siguiente:

"Esta modificación se justifica por la demora en la construcción de las edificaciones del entorno, fundamentalmente la Ciudad de la Justicia, por lo que la 2^a fase se realizará una vez se mantengan unos índices de ocupación de al menos 50.000 horas al mes, durante tres meses consecutivos. (...) Según el informe del

Director Económico Presupuestario, del nuevo Estudio de Viabilidad Económico-Financiero presentado se desprende la viabilidad de la modificación, sin perjudicar los intereses municipales dado que no se modifica el canon a percibir. (...) El plazo de ejecución de la 1ª fase no será superior al previsto en la propuesta original (13,5 meses)".

Tras dicho Acuerdo y la tramitación correspondiente, el 23 de abril de 2008 la Junta de Gobierno Local dictó otro, de aprobación definitiva del proyecto de las obras. No consta que dichos Acuerdos fuesen recurridos por la contratista.

A partir de tal modificación, instada, como se dice, por la propia contratista, y requerida ésta para proceder a la comprobación del replanteo de las obras, manifestó no poder ejecutarlas por carecer de financiación. Ello supone, más que una simple demora de su obligación de comenzar a ejecutarlas en un determinado plazo (30 días a partir de la comprobación del replanteo, punto 5.1 PCAP), un incumplimiento de su esencial obligación de proceder a la ejecución de la obra contratada, concurriendo la causa de resolución de la concesión de obra pública prevista en el artículo 264, j) TRLCAP, específicamente aplicable a estos contratos (en lugar del artículo 111 de dicho texto legal, lo que deberá corregirse en la propuesta de resolución que se dictamina).

IV. El incumplimiento contractual imputable a la contratista a los efectos de la incautación y pérdida de la garantía prestada.

Partiendo, pues, de la procedencia de la resolución del presente contrato, por causa imputable a la contratista, debe analizarse seguidamente si las alegaciones relativas a la concurrencia de circunstancias extraordinarias e imprevisibles, atinentes a la situación económica en general y al sector crediticio en particular, justifican la exclusión de la incautación y pérdida de la garantía prestada, considerando lo establecido en el artículo 266.4 TRLCAP comentado en el epígrafe I anterior (y no el 113.4 de dicha ley, invocado por la propuesta de resolución, que en este punto también deberá corregirse).

A tal efecto debe destacarse, en primer lugar, que en el ámbito de la contratación administrativa, y a partir de lo establecido en el artículo 127.2.2º, b) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 y la jurisprudencia recaída sobre esta cuestión, la denominada doctrina del riesgo imprevisible tiene como principal función la de justificar un especial reequilibrio económico de las prestaciones del contrato, por hacerse más onerosa la prestación debida por el contratista (reequilibrio que, como se dijo anteriormente, tiene siempre como límite el núcleo de decisión discrecional del órgano de contratación), pero no justificar un incumplimiento contractual a fin de determinar si procede o no la pérdida de la garantía prestada. No obstante, la jurisprudencia no descarta que pueda realizarse una ponderada apreciación de las circunstancias concurrentes en el caso concreto y moderar en casos justificados el importe de la garantía a incautar, si bien aquélla se refiere al artículo 113.4 TRLCAP o sus precedentes (así, las sentencias citadas por la contratista), siendo éste un precepto que, como se dijo en su momento, no coincide con lo establecido en el 266.4 de dicho texto legal, de específica aplicación al presente caso. Aun así, conviene realizar las siguientes observaciones.

A este respecto, debe partirse de las consideraciones expresadas en el anterior epígrafe I sobre la especial intensidad del principio de riesgo y ventura presente en esta clase de contratos, circunstancia que, en lo que ahora nos interesa, implica tanto una especial y reforzada exigencia en la obligación de acreditar la existencia de las circunstancias extraordinarias que se alegan (y su efectiva relación de causalidad con el incumplimiento contractual de que se trate), como un mayor rigor en la misma apreciación del carácter extraordinario e imprevisible de aquéllas, especialmente en lo que se refiere a su posible incidencia en el cumplimiento de las obligaciones de la contratista. Y debe advertirse que, en el caso que nos ocupa, las alegaciones formuladas sobre las antedichas circunstancias extraordinarias e imprevisibles y su influencia en la imposibilidad de que aquélla consiga financiación para las obras no dejan de ser meras afirmaciones sobre el particular, lo que impide que puedan justificar, sin más, su pretensión de que no se decrete la pérdida de la garantía. En este sentido, el que el Ayuntamiento hubiera aceptado la oferta de la empresa, que incluía un determinado plan financiero del contrato, no minora en este aspecto el riesgo y ventura del adjudicatario, ni convierte en extraordinarias e imprevisibles las circunstancias no recogidas en dicho plan.

Así, para descartar que la doctrina del riesgo imprevisible pueda justificar un incumplimiento concesional e impedir la incautación y pérdida de la garantía prestada, el Dictamen nº 143/2003, de 27 de marzo, del Consejo de Estado, es suficientemente expresivo:

"La interesada aduce, en primer lugar, que la suspensión de las emisiones se ha producido por un "agotamiento total de la concesión" debido a una situación de riesgo imprevisible que tuvo por efecto la ruptura del equilibrio financiero. Agrega, en el mismo sentido, que ha cumplido el plan financiero y de negocio que sometió en su día a la consideración de la Administración, y entiende que ésta, al aceptar tales documentos, hizo suyo el proyecto del servicio, quedando así definidos los márgenes dentro de los cuales el servicio se prestaba a riesgo y ventura del concesionario. Por ello, agrega, una vez cumplidas las exigencias establecidas en los referidos planes, debe reputarse que la inviabilidad económica de la empresa resulta de un riesgo imprevisible."

A juicio del Consejo de Estado, tal argumentación no resulta de recibo. A este respecto, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que la doctrina del riesgo imprevisible no resulta de aplicación para justificar un incumplimiento, pues, sean cuales sean los riesgos que sobrevengan, la concesionaria se encuentra obligada a continuar con la gestión del servicio; lo que legitima la concurrencia de dichas circunstancias excepcionales, en las que el riesgo imprevisible se plasma, es a solicitar de la Administración la coparticipación en tales riesgos de acuerdo con los propios mecanismos establecidos en el ordenamiento jurídico.

Pero sucede, además, que la empresa no ha justificado en modo alguno la concurrencia de tales circunstancias imprevisibles y extraordinarias que justificarían la aplicación de la doctrina aducida. El hecho de que en el procedimiento de concurso dirigido al otorgamiento de la concesión se deban presentar los planes financieros y de negocio no implica que la Administración haga suyos tales planes, ni menos que tengan por efecto, como se pretende, deslindar las contingencias que quedan al riesgo y ventura de la concesionaria -las previstas en tales planes- de aquellas otras que resultan imprevisibles."

Por otra parte, conviene recordar también lo expresado en nuestro Dictamen nº 186/2009, de 26 de octubre, en el sentido de que *"el Consejo de Estado ha venido rechazando que puedan invocarse para justificar un incumplimiento de los plazos de ejecución razones de orden económico (Dictamen 1438/2001), afirmando en su Dictamen 45.216/1983, que "los conceptos de crisis económica y conflictividad sociopolítica se sitúan en el ámbito del alea empresarial como riesgos que le son imputables con carácter general".*

Sin perjuicio de lo anterior, conviene añadir, en todo caso, y a partir de lo expuesto en el epígrafe I anterior, que la obtención de financiación por parte del contratista es un riesgo típico y consustancial de esta específica clase de contratos, cuando en los mismos no se prevé financiación a cargo del órgano de contratación, como es el caso que nos ocupa. En tales supuestos, parece claro que la diligencia exigible a los licitadores en este punto debe ser notablemente mayor que en los casos en que la obra se financia con cargo a la Administración y el contratista instrumenta la financiación por la vía de la cesión o endoso de las correspondientes certificaciones. Si los licitadores presentan una oferta que no viene acompañada por un compromiso de financiación dotado de las necesarias garantías de cumplimiento, el que resulte adjudicatario corre el riesgo de verse abocado a incumplir sus obligaciones contractuales frente al órgano de contratación y, en consecuencia, a indemnizarse por los daños y perjuicios causados; daños que, en principio, consistirán, al menos, en el importe de la garantía prestada, conforme con lo establecido en el citado artículo 266.4 TRLCAP. Para protegerse de este riesgo, que sin duda le es exigible conocer y prevenir a una entidad que opera en el tráfico mercantil, el licitador puede adoptar las oportunas medidas de aseguramiento, entre ellas, la de procurar que el compromiso inicialmente suscrito con sus finanziadores sea de tales características que, en el supuesto de incumplimiento de éstos, le sea viable repetir en todo caso contra los mismos por los daños que hubiera experimentado a virtud de su consiguiente incumplimiento con la Administración contratante; en concreto, y al menos, por el importe de la garantía que se le incautase y del que, en su caso, tuviera que hacerse cargo en última instancia frente a su avalista. Cuestión ésta que, como se dijo en su momento, es ajena al órgano de contratación, por lo que aquí no se prejuzga.

Además de lo anterior, en la valoración de la conducta de la contratista en el específico caso que nos ocupa, debe tenerse en cuenta que el incumplimiento de su obligación de ejecutar las obras se produce no sólo en relación con los términos iniciales del contrato, sino también con los resultantes de la modificación instada por ella. Si, como

alega, la situación económica fue determinante en la paralización de las obras del entorno del aparcamiento y por ello solicitó, y obtuvo, una modificación tan importante en la programación temporal de las obras como para que se condicionase la ejecución de una parte de ellas (las de la 2^a fase) a que las primeramente a construir tuvieran un determinado nivel de ocupación (es decir, una determinada rentabilidad), minorándose con ello el riesgo y ventura en su amortización y explotación, no parece dudoso que la modificación aprobada implicaba también una mayor diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de financiación, pues es de suponer que aquella tenía entre sus objetivos el de facilitarle la obtención de dicha financiación (que así podía limitarla, al menos en principio, a sólo una parte de las obras), compromiso que tampoco puede cumplir, lo que hace presumir que para dicha parte de obras, y en el momento de instar la antedicha modificación, tampoco se había asegurado tener la financiación necesaria. Ello ha dado lugar a un mayor retraso en el comienzo de las obras, por todo el tiempo de tramitación y aprobación de la referida modificación, con el consiguiente mayor perjuicio para los intereses públicos inherentes a la construcción y puesta en servicio de la infraestructura de que se trata.

V. Recapitulación.

De todo lo expuesto se concluye la procedencia de resolver el contrato de referencia, por causa imputable a la contratista, consistente en el incumplimiento de su esencial obligación de ejecutar las obras contratadas, con incautación y pérdida de la garantía prestada, en aplicación de los artículos 264, j) y 266.4 TRLCAP, lo que así deberá expresar la propuesta de resolución objeto de Dictamen.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Procede resolver el contrato de referencia, con incautación y pérdida de la garantía prestada, por causa del incumplimiento imputable a la contratista de su obligación esencial de ejecutar las obras contratadas, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen.

SEGUNDA.- En consecuencia, la propuesta objeto de Dictamen se informa favorablemente, si bien deberá adaptarse en sus fundamentos jurídicos a lo expresado en la reseñada Consideración.

No obstante, V.E. resolverá.