



## ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Según consta en el expediente remitido por la Corporación municipal consultante, el 26 de enero de 2006 acuerda iniciar expediente de contratación para el otorgamiento, por el procedimiento negociado sin publicidad, de *"concesión de obras públicas, para la redacción de Proyecto, construcción y explotación de aparcamiento en el subsuelo de la Plaza Pública del Dr. Fortún, situada entre las calles Floridablanca y de la Gloria de Águilas"*, al haber sido declarado desierto un procedimiento anterior, bajo la modalidad de concurso, por falta de licitadores.

La adjudicación recae en el único de los licitadores presentados, la mercantil "--, S.L.". El acuerdo del Pleno de la Corporación, de 17 de octubre de 2006, por el que se adjudica la concesión, recoge, entre otros, los siguientes compromisos, ofertados por el adjudicatario en su proposición:

- La duración de la concesión será de 40 años.
- El plazo de construcción de las obras será de 9 meses.
- El número de plazas de aparcamiento será de 169, de las cuales 119 estarán destinadas a uso horario y las 50 restantes a residentes.
- El canon a abonar al Ayuntamiento es de 900 euros por plaza.

**SEGUNDO.-** El contrato se formaliza en escritura pública, que recoge como valor de la concesión el de 2.835.195,85 euros; el presupuesto de adjudicación de la obra, que consta en el Boletín Oficial de la Región de Murcia de 16 de noviembre de 2006, es de 2.683.095,85 euros. En el mismo contrato se expresa que el Ayuntamiento pone *"la citada plaza del Doctor Fortún, a disposición de la sociedad "--, S.L."*.

Al contrato se une el Pliego de Condiciones Técnicas, Jurídicas y Económico-Administrativas (en adelante PCAP), del cual destacan las siguientes cláusulas:

- La finca municipal en la que se ejecutará el aparcamiento pertenece al dominio público municipal, integrando la plaza pública denominada "Plaza del Dr. Fortún", susceptible de ampliación a juicio de los ofertantes al subsuelo de los viales circundantes.
- El Proyecto básico y de ejecución ha de presentarse por el adjudicatario en el plazo de 30 días, a partir de la recepción de la notificación del acuerdo de adjudicación.
- El concesionario asumirá la financiación de la totalidad de los costes derivados de la concesión.
- El canon de la concesión, mínimo de 900 euros por plaza de aparcamiento, ha de ser satisfecho por el adjudicatario al Ayuntamiento *"en cuatro plazos iguales, a abonar transcurridos 3, 6 meses (sic) desde la fecha de adjudicación de la contratación, y posteriormente, 3 y 6 meses desde la puesta en funcionamiento. En cada vencimiento se ingresará el 25% del canon"*. El incumplimiento injustificado a juicio de la Administración de esta cláusula *"podrá ser causa de resolución del contrato y extinción de la concesión"*.

- Las obras de construcción del aparcamiento deben comenzar en el plazo de 30 días contados a partir del siguiente al de la comprobación del replanteo, el cual a su vez ha de producirse en el plazo de 30 días tras la aprobación del Proyecto. El plazo máximo de ejecución es de 9 meses.

- En el plazo máximo de 2 meses desde la adjudicación, el concesionario someterá a la aprobación municipal un Reglamento de Régimen Interior del aparcamiento, que deberá regular su funcionamiento en relación con los siguientes apartados básicos: titulares, transmisiones y figura jurídica a constituir frente al Ayuntamiento; uso del aparcamiento; vehículos autorizados; horario de funcionamiento; administración y gestión; mantenimiento y conservación.

- Se establecen dos garantías definitivas, equivalentes cada una al 4% del presupuesto de la obra, incluido IVA, una de ellas para responder de la ejecución de las obras del aparcamiento y, la otra, por la gestión del servicio.

**TERCERO.-** El 23 de febrero de 2007, el adjudicatario propone al Ayuntamiento una modificación del contrato, con base en el estudio geotécnico realizado, consistente en la construcción de una cuarta planta de sótano, adicional a las tres inicialmente proyectadas.

El Pleno de la Corporación modifica el contrato mediante Acuerdo de 31 de julio de 2007, pasando el número de plazas de garaje a 244 (si bien el número definitivo quedará fijado una vez se apruebe el proyecto técnico), el plazo total de ejecución de las obras se incrementa en dos meses, pasando a ser de once. El valor estimado final de la concesión es de 3.740.292,59 euros, resultado de sumar el nuevo valor de la obra (3.520.692,59) y el canon de 219.600 euros.

La modificación se eleva a escritura pública, interviniendo en dicho acto el Alcalde de la Corporación contratante y el representante de la adjudicataria.

**CUARTO.-** El 15 de octubre de 2007, el adjudicatario presenta escrito ante el Ayuntamiento, en contestación a un Decreto de Alcaldía de 11 de octubre, que no consta en el expediente. El adjudicatario indica que los trabajos que se han llevado a cabo en la plaza donde ha de construirse el parking objeto del contrato no forman parte de dicha construcción, que no puede considerarse iniciada, sino que han sido los necesarios (acondicionamiento del solar) para facilitar los sondeos y prospecciones arqueológicas que había de realizar la Consejería de Educación y Cultura. A tal efecto, se ha instalado una torre-grúa y se ha solicitado del Ayuntamiento la preceptiva licencia.

Afirma, asimismo, que los proyectos técnicos se están realizando y que serán aportados al Ayuntamiento en breve. La presentación de la empresa que habrá de ejecutar las obras se realizará una vez se hayan aprobado dichos proyectos.

**QUINTO.-** El 12 de noviembre se requiere a la empresa para que retire la grúa-torre, valle el recinto de la plaza y proceda a la prospección arqueológica, sin que pueda realizar ningún otro trabajo diferente sin la autorización previa y expresa del Ayuntamiento.

**SEXTO.-** El 24 de junio de 2008 el Pleno aprueba los Proyectos básico y de ejecución de las obras y nombra coordinadores de las mismas a un Arquitecto municipal y a un Ingeniero Industrial municipal.

Se recuerda a la adjudicataria la necesidad de proceder a la comprobación del replanteo en un plazo de treinta días y que, tras éste, en otros treinta días, debe iniciar las obras. No obstante, se pide a los coordinadores de la obra que informen sobre si es conveniente comenzar las obras antes del mes de agosto, toda vez que se pretende suspenderlas durante dicho mes para evitar molestias a los vecinos y a los visitantes.

Asimismo, se requiere a la adjudicataria para que presente, a la mayor brevedad y en todo caso antes de la enajenación de la cesión de uso de las plazas de residentes, el Reglamento de Régimen Interior, pues su no presentación hasta ese momento ya supone un incumplimiento del Pliego.

En el correspondiente Acuerdo se recoge el resultado del trámite de información pública, en el que se presentan nueve escritos de alegaciones que inciden sobre diversas cuestiones. De la contestación a dichas alegaciones, destacan los siguientes extremos:

- Está transcurriendo un tiempo excesivo para el inicio de la obra, lo que genera numerosas molestias a los vecinos. Se están realizando trabajos de arqueología y existe un expediente sancionador al contratista por actuaciones innecesarias que han generado situaciones molestas; dicho procedimiento sancionador no consta en el expediente remitido al Consejo Jurídico.
- Se solicita por diversos comerciantes, hosteleros y propietarios de viviendas de la plaza que no se vean afectados los accesos a sus locales y casas, como tampoco los usos que se vienen haciendo de la plaza (mesas y sillas de cafetería) ni la convivencia. A lo que el Ayuntamiento contesta afirmando que se mantendrán los usos que se vienen realizando hasta ahora así como los accesos.
- Otro grupo de alegaciones se refiere a la incidencia de la obra en los edificios próximos (posibles daños estructurales, solidez, configuración física y estado de las viviendas, etc.), a lo que la Corporación contesta que se ha requerido a la contratista para que el sistema constructivo sea el más adecuado para evitar posibles daños a dichos edificios y que se realizará un seguimiento de la obra a tal efecto.

**SÉPTIMO.-** El 25 de julio de 2008 el adjudicatario designa a la UTE que va a ejecutar las obras.

**OCTAVO.-** El 28 de julio se levanta Acta de comprobación de replanteo de las obras, con presencia del representante de la adjudicataria, del Arquitecto municipal coordinador de las obras y del Director de la mismas y autor del Proyecto. Se indica en el Acta que se comprueba la disponibilidad de los terrenos, su idoneidad y la viabilidad del Proyecto, sin reserva alguna por parte del concesionario, por lo que se da autorización para iniciar las obras, quedando notificado el concesionario y empezando a contar el plazo desde el día siguiente a la firma del Acta.

**NOVENO.-** El 6 de agosto, se dicta Decreto de la Alcaldía por el que se pone en conocimiento de la adjudicataria que una de las empresas que habían de formar la UTE a la que se pretendía encargar la ejecución de las obras no cuenta con la clasificación exigida, por lo que se le requiere para que presente a otra empresa.

En el mismo Decreto se requiere a la adjudicataria para que, antes del inicio de las obras, satisfaga el pago de 131.400 euros, correspondientes al 50% del canon de la concesión.

**DÉCIMO.-** Con fecha 26 de enero de 2009, se requiere a la adjudicataria para que, en plazo de 10 días, presente el Reglamento de Régimen Interior, los planos visados de la ejecución, satisfaga el 50% del canon, aporte el Estudio de Seguridad y Salud del Proyecto y, una vez cumplimentado todo lo anterior, comience con la ejecución de las obras.

Se advierte expresamente a la empresa que, de no cumplir con lo interesado, se iniciará expediente de resolución contractual.

**UNDÉCIMO.-** El 10 de febrero contesta la adjudicataria solicitando una prórroga del plazo concedido y, subsidiariamente, que si se acuerda la resolución del contrato lo sea por mutuo acuerdo, con indemnización de daños y perjuicios a la empresa.

En esa misma fecha muestra su conformidad a que por el Ayuntamiento se cubra la plaza y se retire el vallado de seguridad, de cara a las fiestas de Carnaval, lo que se acuerda por Decreto de Alcaldía de 10 de febrero de 2009, que ordena, asimismo, que el importe de dichas actuaciones se gire a la empresa adjudicataria, toda vez que fue ella la que comenzó a levantar la plaza en octubre de 2007 sin autorización municipal.

**DUODÉCIMO.-** Con fecha 28 de abril de 2009, el Pleno del Ayuntamiento de Águilas acuerda iniciar procedimiento de resolución del contrato, otorgando audiencia al contratista y al avalista.

**DECIMOTERCERO.-** El 12 de mayo la adjudicataria presenta escrito de alegaciones, según el cual no ha podido comenzar las obras debido a la imposibilidad de que la Administración pusiera a su disposición los terrenos en los que aquéllas han de ser ejecutadas, disponibilidad que entiende no se produce ante la existencia de titularidades contradictorias con la del Ayuntamiento, siendo discutido por otros interesados el dominio público sobre la plaza.

La falta de inscripción previa de la titularidad pública sobre la plaza, determina, a su vez, que la concesión no pueda inscribirse en el Registro de la Propiedad, como tampoco la cesión de uso de las plazas de residente. Además, se dificulta la financiación hipotecaria de la obra y de la concesión. Considera el alegante que la imposibilidad de inscribir la concesión desvirtúa la totalidad del pliego de condiciones y hace inviable la ejecución de la obra hasta que no conste inscrita la propiedad, presupuesto básico de la concesión en tanto que supone la posibilidad plena de poner a disposición de la concesionaria el suelo sobre el que radica la concesión. Hasta que no se dé esta circunstancia no es exigible de la concesionaria el cumplimiento de sus obligaciones.

Por ello, *"y comoquiera que al compareciente no le interesa dicha concesión habida cuenta el tiempo que puede transcurrir hasta la inscripción del dominio público"*, propone la resolución del contrato por mutuo acuerdo, con renuncia por parte del concesionario a los daños y perjuicios derivados de la resolución del contrato y liberación por la Administración de los avales constituidos.

**DECIMOCUARTO.-** En el Boletín Oficial de la Región de Murcia de 5 de junio de 2009, se publica certificación administrativa de dominio del artículo 206 de la Ley Hipotecaria, de conformidad con lo previsto en el artículo 37.3 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), en orden a dar publicidad a la pretendida inscripción del bien a favor del Ayuntamiento.

**DECIMOQUINTO.-** El 22 de junio, la Jefe de Patrimonio y Contratación informa que procede continuar con el procedimiento de resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista, rechazando las alegaciones presentadas y la solicitud de resolución por mutuo acuerdo.

En cuanto a las alegaciones, se indica que la empresa en ningún momento ha puesto de manifiesto la necesidad de una financiación externa de la concesión mediante hipoteca, figura que exigiría la previa inscripción registral del bien sobre el que se asienta la concesión. En cualquier caso, la plaza es de titularidad municipal en virtud de la prescripción adquisitiva por posesión pacífica e ininterrumpida durante más de 30 años, estando en tramitación su inscripción. El interesado, al presentarse a la licitación acepta la situación física y jurídica de la parcela, sin dejar de señalar que las concesiones sobre el dominio público se otorgan salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero

El aludido informe enumera los siguientes incumplimientos del contratista:

- a) Incumplimiento del plazo de ejecución de las obras.
- b) Falta de presentación del Reglamento de régimen interior del parking.



c) Falta de pago al Ayuntamiento, antes del inicio de las obras, del 50% del canon de la concesión.

d) Falta de presentación, antes del inicio de la obra, de los planos visados que contemplen la ejecución material correcta de la excavación, cimentaciones especiales y muros, que son fundamentales para la realización de la obra, pues se trata de los planos de estructuras de la misma.

**DECIMOSEXTO.-** Con base en el informe indicado en el Hecho anterior, la Comisión de Bienes, Obras Municipales y Cementerio propone al Pleno desestimar las alegaciones formuladas por el contratista, continuar con los trámites para la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista, otorgarle trámite de audiencia y, una vez se determinen los daños y perjuicios irrogados al Ayuntamiento, abrir expediente contradictorio para su fijación definitiva, si los mismos superan el importe de las garantías presentadas.

Esta propuesta es aprobada por el Pleno de la Corporación el 30 de junio de 2009.

**DECIMOSÉPTIMO.-** El 20 de julio, el contratista manifiesta su oposición a la resolución por incumplimiento culpable, ratificándose en sus alegaciones iniciales y afirmando que los incumplimientos que se le imputan derivan todos ellos de la imposibilidad de iniciar las obras, *"ya que como consta en el expediente, en el momento que se iniciaron las labores de prospecciones arqueológicas, se recibieron notificaciones y visitas de posibles titulares registrales de los terrenos, que motivó que el Ayuntamiento de Águilas iniciara los trámites tendentes a inmatricular el suelo, expediente éste que no ha finalizado"*. Considera el alegante que los trabajos no se pudieron iniciar, ni siquiera los actos preparatorios, porque no se pusieron nunca a su disposición los terrenos, ante la incertidumbre jurídica de la propia concesión.

**DECIMOCTAVO.-** Constan en el expediente escritos de los representantes de diversos particulares (en número de 14) que adquirieron de la concesionaria plazas de garaje en el parking objeto del contrato, manifestando haberle abonado la totalidad del precio (19.833 euros, cada una). Tras considerar resueltos los contratos de adquisición por incumplimiento del vendedor, la concesionaria no les ha devuelto el importe entregado. Consideran que existe responsabilidad municipal porque el Ayuntamiento autorizó la venta de las plazas de garaje, debiendo haber adoptado las garantías necesarias para evitar el perjuicio de los adquirentes de aquéllas. Solicitan que por el Ayuntamiento se asuma dicha responsabilidad y destine *"las garantías constituidas así como los seguros"* al pago de las cantidades entregadas por los adquirentes. Se solicita asimismo el acceso a diversa documentación e informe sobre el incumplimiento contractual de la concesionaria y motivos del mismo.

Contesta el Alcalde, el 21 de julio, informando que el Ayuntamiento no ha autorizado la venta de las plazas de garaje, la cual se ha realizado sin puesta en conocimiento previo a la Administración por el concesionario. Se indica, asimismo, el incumplimiento por éste de su obligación de presentar el Reglamento de Régimen Interior, que formaría parte necesariamente de los contratos que se formalicen para la cesión de uso de las plazas de aparcamiento, lo que, evidentemente, no se ha cumplido.

**DECIMONOVENO.-** El 18 de septiembre, el Secretario municipal emite informe favorable a la resolución y contesta a las alegaciones del contratista con fundamento en el informe de la Jefe de Patrimonio y Contratación de 22 de junio, añadiendo ahora que, con anterioridad, el Ayuntamiento ha realizado obras en la plaza sin que se haya discutido su titularidad municipal por tercero alguno, siendo aquélla pública, pacífica y no interrumpida.

De los datos obrantes en el expediente sobre inclusión de la plaza en el Inventario Municipal y posterior inscripción registral, se desprende que la plaza lleva siendo pública durante más de 30 años, con posesión pacífica, notoria y no interrumpida. Se indica, además, que el Ayuntamiento tiene interesada la inscripción registral de la plaza en cumplimiento de la normativa sobre bienes de las entidades locales que impone a éstas la obligación de inscribir sus inmuebles y derechos reales. Dentro de dicho procedimiento, se ha procedido a dar de alta la plaza en el Inventario Municipal y en el Catastro, realizando las actuaciones tendentes a la inscripción, conforme a lo establecido en el artículo 37.3 de la LPAP, mediante la emisión de certificación administrativa de dominio que, sometida a información pública mediante publicación en el BORM y en el tablón de anuncios del Ayuntamiento, exponiendo la intención del Ayuntamiento de inscribir la plaza a su favor, no ha generado alegación alguna en el plazo de 30 días otorgado al efecto. Toda la documentación se ha remitido al Registro de la Propiedad para que se

proceda a la inscripción, la cual es posible que se produzca en breve.

En cualquier caso, la falta de inscripción de la plaza y la existencia de inscripciones a favor de terceros sobre determinada superficie de la plaza no impide la ejecución de las obras, máxime cuando dicha circunstancia es subsanable y se encuentran en trámite las actuaciones tendentes a ello. Incluso, en el peor de los casos, aunque no se pudiera inscribir parte de la plaza a favor del Ayuntamiento, éste tiene mecanismos para garantizar la continuidad del contrato, por ejemplo vía expropiatoria o indemnizatoria al tercero que pudiera acreditar un derecho sobre la parcela en cuestión.

Se advierte, asimismo, que la circunstancia obstativa al cumplimiento del contratista es puesta de manifiesto por éste, por primera vez, el 12 de mayo de 2009, es decir, once meses después de la firma del acta de comprobación del replanteo.

Se rechaza en el indicado informe, además, la resolución contractual por mutuo acuerdo, al existir numerosos incumplimientos imputables al contratista, que impiden una resolución pactada en virtud del artículo 112.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP).

El informe concluye señalando que los incumplimientos del contratista, que enumera en términos similares a los del informe de 22 de junio de 2009, constituyen causas de resolución al amparo de lo establecido en los artículos 111, letras e), g) y h), y 264, letras j) y k) TRLCAP, afirmando que existe un abandono implícito del contrato por parte del contratista.

**VIGÉSIMO.-** Tras la toma de conocimiento del informe por parte del Pleno (Acuerdo de 29 de septiembre de 2009), se remite el expediente a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

**VIGESIMOPRIMERO.-** El 2 de noviembre se recibe en el Consejo Jurídico escrito del Alcalde de Águilas solicitando la emisión del preceptivo Dictamen e indicando que, por error, el expediente había sido remitido a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que lo había devuelto.

**VIGESIMOSEGUNDO.-** Por Dictamen 212/2009, el Consejo Jurídico advierte al Ayuntamiento de Águilas que el procedimiento de resolución contractual está incurso en caducidad, por lo que procede declararlo así e incoar uno nuevo.

**VIGESIMOTERCERO.-** Por Acuerdo del Pleno de la Corporación Municipal de 26 de enero de 2010, se declara caducado el procedimiento de resolución contractual y se inicia nuevo expediente resolutorio por incumplimiento culpable del contratista, que se residencia en las causas establecidas en los artículos 111, letras e), g) y h), y 264, letras j) y k) TRLCAP, concretadas en los siguientes incumplimientos:

- a) Incumplimiento del plazo de ejecución de las obras.
- b) Falta de presentación del Reglamento de régimen interior del parking.
- c) Falta de pago al Ayuntamiento, antes del inicio de las obras, del 50% del canon de la concesión.
- d) Falta de presentación, antes del inicio de la obra, de los planos visados que contemplen la ejecución material correcta de la excavación, cimentaciones especiales y muros, que son fundamentales para la realización de la obra, pues se trata de los planos de estructuras de la misma.
- e) Abandono implícito de la ejecución del contrato y del cumplimiento de las obligaciones contractuales.

En el mismo acto, se pone en conocimiento del interesado que la Plaza Dr. Fortún ha sido inscrita en el Registro de la Propiedad a favor del Ayuntamiento de Águilas.

**VIGESIMOCUARTO.-** El 12 de febrero, el contratista presenta escrito de alegaciones en el que reitera las formuladas en el procedimiento caducado, que cabe sintetizar en que no le es exigible el cumplimiento de sus obligaciones en tanto que la Administración no ha llegado a poner a su disposición los terrenos sobre los que debía ejecutarse la obra, pues la plaza no estaba inscrita a favor del Ayuntamiento y existían titularidades contradictorias. Ello imposibilitaba, a su vez, la inscripción registral tanto de la concesión como de las cesiones de uso a los particulares adquirentes de las plazas de garaje, alterando con ello las condiciones que la empresa toma en cuenta a la hora de valorar su concurrencia a la licitación. Considera el contratista que el silencio del pliego sobre la no inscripción registral y la imposibilidad de inscribir la concesión lo desvirtúa totalmente, hace imposible la ejecución de la obra y la normal explotación de la concesión, por lo que no cabe exigir del contratista el cumplimiento de sus obligaciones. Afirma, asimismo, que la inscripción registral recientemente conseguida no altera los hechos y consideraciones expuestos, pues no puede ser extrapolada la situación actual a la existente en el momento de formalizar el contrato.

Propone, por el contrario, una resolución contractual por mutuo acuerdo con renuncia por el contratista a los gastos originados por el contrato (que cuantifica en 483.039,55 euros) y la liberación de los avales presentados en garantía tanto de la ejecución de la obra como de la explotación de la concesión. Por otra parte, la difícil situación económica de la empresa ha provocado que *"el metálico pignorado en dichos avales sea la garantía de cobro de los adquirentes de los derechos sobre las plazas de aparcamiento, en un último pago pendiente para la verificación de la total deuda"*.

**VIGESIMOQUINTO.-** El 17 de febrero, por el Secretario del Ayuntamiento se emite informe favorable a la resolución contractual por las causas enumeradas en el acuerdo de incoación del procedimiento.

**VIGESIMOSEXTO.-** Con la misma fecha, la Jefa de Patrimonio y Contratación del Ayuntamiento consultante, elabora propuesta de resolución contractual por incumplimiento culpable de la contratista, por las causas enumeradas en el acuerdo de iniciación del procedimiento, con incautación de las garantías y con propuesta de suspender el plazo de tramitación del procedimiento como consecuencia de la solicitud del presente Dictamen.

En relación con las alegaciones del contratista:

- a) Se rechaza la liquidación presentada, remitiéndose aquélla a un ulterior procedimiento contradictorio.
- b) Se ponen de manifiesto los continuos incumplimientos del contratista, ya desde el momento mismo de iniciarse la fase de ejecución del contrato, que revelan un implícito abandono de éste.
- c) Se indica que la empresa no expresó en el estudio económico-financiero, ni en ninguna otra documentación del expediente, su intención de financiar la concesión con una hipoteca, única vía que exige la previa inscripción de aquélla.
- d) Sobre la titularidad de la plaza, se afirma que es bien de dominio público municipal, respecto de la que no constan reclamaciones de titularidad de terceros. Se ha procedido a su inscripción registral en cumplimiento de la obligación establecida en el año 2003 por la LPAP respecto de los bienes demaniales de las entidades locales.

En cualquier caso, la falta de inscripción del bien en el momento de formalizar el contrato no hacía inaplicables las características propias de los bienes demaniales de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, por lo que el Ayuntamiento podía disponer de la misma y ponerla a disposición del contratista, como de facto hizo, pues el propio contratista dispuso de la Plaza para iniciar las obras, aun sin autorización municipal. Por ello, la falta de inscripción registral en modo alguno imposibilitaba la ejecución de la obra.

El contratista, al presentarse a la licitación, acepta la situación física y jurídica de la parcela sobre la que se asienta la obra, resaltando el informe que la excusa de cumplimiento consistente en la falta de inscripción de la plaza sólo la pone de manifiesto el contratista el 12 de mayo de 2009, cuando el contrato fue adjudicado el 17 de octubre de 2006.

Sobre la vinculación que el contratista pretende establecer entre los avales y la garantía de cobro de los adquirentes de las plazas, se recuerda que aquél las enajenó irregularmente, sin conocimiento ni autorización municipal.

**VIGESIMOSÉPTIMO.-** La Comisión de Bienes, Obras Municipales y Cementerio hace suya la antedicha propuesta de resolución, elevándola al Pleno que, en sesión de 23 de febrero de 2010, acuerda remitir al Consejo Jurídico propuesta de resolución en los términos expuestos en el Antecedente Vigésimosexto.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 4 de marzo de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

En presencia de un procedimiento de resolución de un contrato de concesión de obras públicas al que se opone la 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 59.3 y 249.2 TRLCAP, por lo que el Dictamen se emite con carácter preceptivo.

### **SEGUNDA.- Procedimiento y cuestiones formales.**

El procedimiento ha seguido, en lo esencial, lo establecido por el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RCAP), constando en el expediente el informe del Secretario del Ayuntamiento, la audiencia del contratista y su avalista, así como la propuesta de resolución que se eleva al Pleno de la Corporación. La solicitud del presente Dictamen persigue cumplimentar la preceptiva intervención de este Órgano Consultivo en el procedimiento.

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 3 de marzo 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.

Como ya se puso de manifiesto en nuestro anterior Dictamen 212/2009, el expediente no se acompaña del preceptivo extracto de secretaría, según exige el artículo 46.2,b) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de este Consejo Jurídico, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril (RCJ).



### **TERCERA.- Sobre el fondo: existencia de causa de resolución.**

I. Vista la fecha de adjudicación del contrato cuya resolución se pretende (17 de octubre de 2006), la normativa de aplicación viene constituida por el reseñado TRLCAP y su reglamento, en aplicación de lo previsto en la Disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que establece que *"los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior"*.

II. Las causas de resolución invocadas. Existencia y reconducción.

Para la Corporación Local actuante, las causas de resolución concurrentes en el supuesto sometido a consulta son las establecidas en los artículos 111, letras e), g) y h), y 264, letras j) y k) TRLCAP, concretadas en los siguientes incumplimientos:

- a) Incumplimiento del plazo de ejecución de las obras.
- b) Falta de presentación del Reglamento de Régimen Interior del parking.
- c) Falta de pago al Ayuntamiento, antes del inicio de las obras, del 50% del canon de la concesión.
- d) Falta de presentación, antes del inicio de la obra, de los planos visados que contemplen la ejecución material correcta de la excavación, cimentaciones especiales y muros, que son fundamentales para la realización de la obra, pues se trata de los planos de estructuras de la misma.
- e) Abandono implícito de la ejecución del contrato y del cumplimiento de las obligaciones contractuales.

1. La especificidad de las causas de resolución del contrato de concesión de obras públicas.

Atendida la multiplicidad de incumplimientos imputados al concesionario y los diferentes fundamentos jurídicos en que aquéllos se basan, con alegación de causas de resolución aplicables a todo tipo de contratos (art. 111 TRLCAP) y otras particulares del contrato de concesión de obras públicas, ha de considerarse en primer lugar la especificidad de esta modalidad contractual, pues la previsión por el ordenamiento de causas de resolución propias del mismo (artículo 264 TRLCAP) motiva que los alegados incumplimientos hayan de reconducirse a este peculiar régimen de resolución contractual, en lugar de hacerlo al artículo 111 del mismo texto legal.

Así, el artículo 264, letra j) establece como causa de resolución del contrato de concesión de obras públicas, *"el abandono, la renuncia unilateral, así como el incumplimiento por el concesionario de sus obligaciones contractuales esenciales"*.

La determinación de qué haya de entenderse por obligaciones esenciales en este tipo de contratos nos obliga a acudir a la doctrina general de la contratación administrativa, emanada de la exégesis del artículo 111, letra g) TRLCAP, que también utiliza el indicado concepto jurídico indeterminado de "obligaciones contractuales esenciales" para comenzar señalando que no todo incumplimiento de los deberes del contratista puede amparar la resolución del vínculo contractual, sino sólo las infracciones más significativas y relevantes, aquéllas que son capaces de frustrar el fin del contrato (STS, 3ª, de 21 de junio de 2004).

Partiendo de esta doctrina general -manifestación en este ámbito del principio general de proporcionalidad-, y para dotar de una mayor objetividad a la interpretación de la esencialidad de las obligaciones contractuales a cuyo incumplimiento o inobservancia se vinculan efectos resolutorios de la concesión puede acudirse al artículo 252 TRLCAP, que se remite a los pliegos para la determinación de qué graves incumplimientos darán lugar a la resolución del contrato (apartado 3).

Se analizan a continuación los incumplimientos alegados por el Ayuntamiento en relación a los efectos que el PCAP anuda a cada uno de ellos.

## 2. El incumplimiento del plazo de ejecución de las obras como obligación esencial del contratista.

La Cláusula 5 PCAP establece que las obras de construcción del aparcamiento deberán comenzar en el plazo de 30 días desde el siguiente al de la comprobación del replanteo, que se llevó a efecto el 28 de julio de 2008. El plazo de ejecución de las obras se fijó inicialmente en 9 meses (Cláusula 5.1.6), si bien, tras la modificación del contrato para ampliar el aparcamiento con una nueva planta, el plazo quedó fijado en 11 meses, que llegó a su fin el 28 de junio de 2009.

De conformidad con la Cláusula 5.1.11, si la contrata no hubiese cumplido, se declarará resuelto el contrato con pérdida de la garantía, por no terminar la obra en el plazo estipulado, a no ser que la Administración crea procedente concederle un nuevo plazo. Respecto a este último extremo, no cabe considerar que exista prórroga alguna, pues si bien el concesionario la solicita el 10 de febrero de 2009, tras recibir el requerimiento del Ayuntamiento para que inicie las obras que todavía no habían comenzado a tal fecha, la Administración contesta a tal solicitud con la incoación del procedimiento resolutorio del contrato.

Cabe considerar, por tanto, que existe un incumplimiento de las obligaciones esenciales del contratista, consistente en la no terminación de las obras en plazo, aunque más bien y dado que ha finalizado el plazo de ejecución de aquéllas sin que haya comenzado siquiera su construcción -más allá de la ocupación de los terrenos, la instalación de una grúa-torre y la demolición del pavimento de la plaza para preparar la excavación y facilitar los sondeos arqueológicos-, ha de estimarse que el concesionario incurre en un incumplimiento de su esencialísima 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.

Este último incumplimiento, que podríamos calificar de global en la medida en que afecta al objeto mismo del contrato, engloba también el más específico de no presentación de los planos visados por el Colegio de Arquitectos de correcta ejecución material de la excavación, cimentación especial y muros, que el Ayuntamiento considera necesarios para poder iniciar la construcción de las obras.

## 3. La falta de abono del canon concesional.

Del mismo modo, cabe considerar como esencial la obligación del contratista de abonar el canon concesional, conforme a lo establecido en la Cláusula 4 PCAP. En efecto, se establece allí un "*canon único mínimo de 900 euros por plaza a satisfacer por el concesionario al Ayuntamiento en cuatro plazos iguales, a abonar transcurridos 3, 6 meses desde la fecha de adjudicación de la contratación, y posteriormente 3 y 6 meses desde la puesta en funcionamiento. En cada vencimiento se ingresará el 25% del canon*". Asimismo se estipula que el incumplimiento injustificado a juicio de la Administración de esta obligación podrá ser causa de resolución del contrato. La determinación de si la falta de abono del canon se encontraba justificada en el supuesto sometido a consulta será objeto de análisis ulterior al considerar las alegaciones del concesionario; no obstante, cabe anticipar ya que el Consejo Jurídico coincide con el Ayuntamiento consultante en el carácter injustificado de dicho incumplimiento.

La adjudicación del contrato se produjo en fecha 17 de octubre de 2006, y su formalización en escritura pública data de 7 de febrero de 2007, por lo que es evidente que cuando el Ayuntamiento, el 26 de enero de 2009, insta al concesionario que le abone el 50% del canon correspondiente a los dos primeros plazos, éstos ya habían vencido. Concorre en consecuencia otro incumplimiento de una obligación esencial, incardinable en la causa de resolución contemplada en el artículo 264, letra j) TRLCAP.

En este sentido, la calificación como esencial de la obligación de abonar el canon concesional, a efectos resolutorios del contrato, ha sido reconocida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia en su sentencia 36/2002, de 23 de enero.

## 4. La no presentación del Reglamento de Régimen Interior.

Dispone la Cláusula 5.2 PCAP que en el plazo máximo de 2 meses desde la adjudicación del contrato, el concesionario someterá a aprobación municipal un Reglamento de Régimen Interior del aparcamiento. Si bien esta exigencia parece desplegar sus efectos en la fase de explotación de la concesión, en la medida en que el citado documento debe establecer el régimen de uso, vehículos autorizados, horario, administración, gestión, mantenimiento y conservación del aparcamiento, lo cierto es que también debe contemplarse como contenido mínimo del reglamento el siguiente: "*titulares, transmisiones y figura jurídica a constituir frente al Ayuntamiento*".

De hecho, el PCAP exige de forma expresa que este reglamento forme parte de los contratos que se formalicen para la cesión de uso de las plazas de aparcamiento.

Esta última previsión determina que el indicado Reglamento aprobado por el Ayuntamiento, había de existir con carácter previo a la formalización de los indicados contratos, lo que no ha respetado la empresa, toda vez que consta en el expediente que ha suscrito contratos de cesión de uso de plazas de garaje con particulares (al menos en número de 14), sin haber presentado el Reglamento de Régimen Interior al Ayuntamiento ni haber obtenido su aprobación.

Acreditado el incumplimiento de la obligación del contratista, sin embargo no cabe calificarla como esencial, pues, al margen de las relaciones jurídicas que el concesionario haya podido hacer nacer con los particulares adquirentes del derecho de uso del aparcamiento y de los efectos *inter privatos* que pueda generar la resolución de tales relaciones contractuales, no parece que, por sí sola, la omisión del deber de presentar el Reglamento de Régimen Interior revista una esencialidad o importancia tal que pueda frustrar el fin del contrato de concesión de obra pública, sino que, antes bien, aquélla parece una obligación complementaria o accesorio, incluso instrumental, respecto a la principal de gestión y explotación del aparcamiento en las condiciones establecidas por los Pliegos, en los que no se cita este incumplimiento como grave ni se le anudan expresamente consecuencias resolutorias del contrato.

#### **CUARTA.- Las alegaciones del contratista**

Para el concesionario, no le son exigibles las obligaciones nacidas del contrato de concesión de obra pública suscrito con el Ayuntamiento, porque éste no puso a su total disposición los terrenos sobre los que había de construirse el aparcamiento y ello porque, al no estar aquéllos inscritos en el Registro de la Propiedad a favor del Ayuntamiento, se impedía a su vez la inscripción de la concesión, lo que determina una modificación radical del pliego de condiciones, pues este extremo no estaba contemplado en el mismo ni se hacía expresa advertencia de él. Considera, asimismo, que existen titularidades contradictorias sobre dichos bienes.

Para el concesionario, la imposibilidad de inscribir la concesión determina no sólo dificultades de financiación, tanto en la fase de construcción de la obra como posteriormente, sino también dificultades para acceder al Registro de los "posibles adquirentes de concesión sobre plazas de aparcamiento individualizadas", lo que incide en la valoración de la concesión como negocio que hace la empresa con carácter previo a presentarse al concurso.

La alegada vinculación entre inscripción de la plaza en el Registro de la Propiedad inmobiliaria a favor del Ayuntamiento y la disponibilidad de los terrenos merece las siguientes observaciones.

La alegación alude a la cuestión del acceso de los bienes de dominio público local al Registro de la Propiedad y al carácter de tal inscripción. En este sentido, la calificación de la plaza en cuyo subsuelo había de construirse el aparcamiento objeto del contrato, como bien de dominio público, deriva de los artículos 2 y 3 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RBEL), aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, en cuya virtud los bienes de tales Administraciones se clasifican en bienes de dominio público y patrimoniales. Los primeros, a su vez, serán de uso o servicio público, calificándose expresamente como bienes de uso público local los caminos, plazas, calles, paseos, parques, aguas de fuentes y estanques, puentes y demás obras públicas de aprovechamiento o utilización generales cuya conservación y policía sean de la competencia de la Entidad local (art. 3.1 RBEL).

Siendo la plaza de dominio público local por así establecerlo la normativa patrimonial de las entidades locales, cabe preguntarse ahora si era necesaria su inscripción en el Registro de la Propiedad para considerar titular de la misma al Ayuntamiento de Águilas y para determinar si podía ponerla a disposición del concesionario. Como hemos dicho, la demanialidad del bien y la titularidad municipal sobre el mismo no depende de tal inscripción, pues salvo los contados casos en los que el ordenamiento establece el carácter constitutivo de la inscripción registral, el efecto de ésta es estrictamente declarativo y se vincula al reforzamiento de las funciones administrativas de protección y defensa del patrimonio de las Administraciones públicas (art. 28 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, LPAP). Y es que los bienes son de dominio público y del Ayuntamiento, aun no constando como tales en el Registro de la Propiedad, de ahí que su no inscripción no



sea obstáculo, por ejemplo, para al ejercicio por la Administración de sus potestades de recuperación posesoria (STS 11 de noviembre de 1997 y STSJ, Castilla y León, 1039/2004, de 29 junio).

Desde la perspectiva de la normativa contractual, la obligación cuyo incumplimiento imputa la concesionaria al Ayuntamiento no es otra que la de poner a su disposición los terrenos sobre los que ha de ejecutarse el aparcamiento objeto de concesión. La interpretación que de dicho deber ha realizado la jurisprudencia es la de que la normativa impone a la Administración el deber ineludible de "*tener a la plena, libre y real posesión y disposición, los terrenos para la normal ejecución de la obra*" (STS, 3ª, de 12 de febrero de 1988). Esta interpretación se hace a la luz del ya derogado Reglamento General de Contratación del Estado, cuyo artículo 81 identificaba la disponibilidad de los terrenos con la posesión real y disposición de los terrenos, que permite su ocupación y la normal ejecución de las obras.

Comoquiera que entre la documentación remitida a este Consejo Jurídico no obra la referida al expediente de contratación, en cuyo seno los artículos 229 y 129 TRLCAP, y 138.2 RCAP exigen la realización del replanteo previo del proyecto, momento en el que para precisar el objeto del contrato y su viabilidad se comprueba la realidad geométrica de la obra y la disponibilidad de los terrenos, ha de atenderse a otros documentos, que sí han sido unidos al expediente enviado junto a la consulta, para determinar si la plaza en la que había de ejecutarse la obra quedaba a disposición del concesionario en condiciones que permitieran la adecuada ejecución del aparcamiento y su posterior explotación.

A tal efecto, el PCAP (Claúsula 1.1) establece expresamente que la finca municipal en la que se ejecutará el aparcamiento pertenece al dominio público municipal y en la escritura de formalización del contrato (7 de febrero de 2007) se manifiesta expresamente que el Ayuntamiento pone la plaza a disposición de la concesionaria, que acepta.

En la certificación de dominio expedida el 4 de mayo de 2009 por la Secretaria Municipal, en orden a proceder a la inscripción de la Plaza Dr. Fortún en el Registro de la Propiedad a favor del Ayuntamiento, por medio del procedimiento establecido en los artículos 206 de la Ley Hipotecaria, 303 de su Reglamento y 37 LPAP, se hace constar que:

- La plaza se halla dada de alta en el Inventario Municipal de Bienes y Derechos, como bien de dominio público adscrito al uso público.
- La finca viene siendo utilizada como plaza pública desde tiempo inveterado por el Ayuntamiento, por lo que se considera que habría sido adquirida por su posesión pacífica, pública e ininterrumpida durante más de 30 años.
- La finca se halla libre de cargas, gravámenes y limitaciones.

En la propuesta de resolución remitida a este Consejo Jurídico para Dictamen, se manifiesta que dicha inscripción ya se ha producido y que no consta en los archivos municipales reclamación de titularidad alguna por parte de terceros sobre la plaza.

En este sentido, las alegaciones presentadas por algunos vecinos de la plaza durante el trámite de información pública a que fue sometido el proyecto de construcción, no inciden en cuestiones relativas a la titularidad de la plaza, sino que se refieren en esencia a las molestias e inquietudes que el desarrollo de las obras pueden generar en los vecinos. En absoluto pueden ser calificadas como manifestación de "titularidades contradictorias" sobre la plaza, como parece afirmar el concesionario.

Del mismo modo, la propia actuación del concesionario evidencia que tuvo los terrenos a su disposición, pues en octubre de 2007 procedió a levantar el pavimento de la plaza, talar los árboles que allí existían y a instalar una torre-grúa, antes incluso de la comprobación del replanteo y de la aprobación del proyecto por parte del Ayuntamiento. Si hubo de cesar en dicha ocupación anticipada fue por requerimiento del propio Ayuntamiento, dada la necesidad de cumplir determinadas obligaciones por parte del concesionario antes de iniciar las obras (adaptación del proyecto a las observaciones del Ayuntamiento, obtención de licencias, presentación de empresas encargadas de la construcción, comprobación del replanteo, etc.). No consta que con ocasión de esta ocupación de la plaza hubiera oposición de vecinos que esgrimieran eventuales titularidades contradictorias.

Del mismo modo, cuando se procede a la comprobación del replanteo prevista en el artículo 142 TRLCAP, se



levanta acta en la que se hace constar que se comprueba la disponibilidad de los terrenos, sin que el concesionario formule reserva alguna. El acto es de fecha 28 de julio de 2008.

Tampoco pone el concesionario en cuestión su disponibilidad sobre los terrenos cuando propone la modificación del contrato para ampliar el aparcamiento en una planta más (23 de febrero de 2007), ni cuando procede a ceder el uso de plazas individualizadas de garaje a particulares (consta en el expediente copia de uno de dichos contratos, de fecha 15 de diciembre de 2007).

En consecuencia, la no inscripción de la plaza en el Registro de la Propiedad al momento en que se formalizó el contrato no impide considerar que los terrenos en los que aquélla se asienta y sobre los que había de ejecutarse la obra objeto del contrato, habían sido puestos a disposición del contratista, pues éste gozaba de su posesión real y plena, y, en consecuencia, venía obligado a construir la obra en los plazos a que se comprometió al suscribir el contrato.

Tampoco ha acreditado el concesionario que haya sido perturbado o inquietado en su posesión por hipotéticos titulares contradictorios de la plaza o que de alguna forma se le haya impedido o limitado el desenvolvimiento de la actividad concesional.

Alega el concesionario, además, que la imposibilidad de inscribir la concesión y las cesiones de uso a particulares incide en la valoración de la concesión como negocio que hace la empresa con carácter previo a presentarse al concurso.

Debe recordarse que esa valoración inicial de la concesión, como negocio, entra dentro del conocido como áleas empresarial y que, en el ámbito de la contratación administrativa, se plasma en el principio de riesgo y ventura del contratista. Por ello es exigible de éste que al momento de efectuar su oferta haga gala de una mediana diligencia en la comprobación de aquellas circunstancias y situaciones que, en la medida en que puedan afectar al desarrollo de la concesión, han de formar parte de los elementos de juicio de que el empresario dispone para asumir el riesgo que todo negocio conlleva.

Por otra parte, para valorar la incidencia que sobre la concesión pudo tener la imposibilidad de su inscripción en el Registro de la Propiedad, habría sido necesario conocer el estudio de viabilidad económico-financiera que el concesionario presentó conforme a la Cláusula 1.2 PCAP, el cual no ha sido incluido en el expediente remitido al Consejo Jurídico. No obstante, sí consta en la propuesta de resolución que en dicho estudio el concesionario no había previsto la financiación externa de la concesión. En cualquier caso, el concesionario no liga esta dificultad al aspecto económico del contrato -*"la dificultad no radica por tanto en la falta de financiación hipotecaria (...) sino en la preceptiva ausencia de inscripción y en las inscripciones contradictorias aun existentes en la actualidad"*-, sin que se llegue a advertir, entonces, en qué medida la imposibilidad de inscribir la concesión impedía la ejecución de la obra y la pervivencia de la concesión durante sus 40 años de duración, máxime cuando se advierte que tales hipotéticas dificultades, de haber existido realmente, se habrían eliminado tras la inmatriculación de la plaza en el Registro de la Propiedad, la cual se ha producido apenas unos meses después de las alegaciones efectuadas por el concesionario.

Del mismo modo, en cuanto a la imposibilidad de inscribir las cesiones de uso de plazas de garaje individualizadas a favor de particulares, la determinación de en qué medida dicha dificultad de acceso al Registro incidía en la concesión, impidiendo la construcción de la obra, corresponde desarrollarla y acreditarla a quien la alega, siendo insuficiente su mera invocación en términos estrictamente hipotéticos, máxime cuando consta en el expediente que tal imposibilidad de inscripción no supuso un obstáculo para que diversos particulares se interesaran por las plazas de garaje reservadas a residentes y que, al menos 14, suscribieran contrato de cesión de uso con el concesionario y abonaran su precio.

Por otra parte, no puede esgrimir el concesionario esa dificultad meramente hipotética y huérfana de acreditación, cuando con carácter previo a la celebración de dichos contratos venía obligado a presentar al Ayuntamiento el Reglamento de Régimen Interior del aparcamiento, el cual, previa aprobación municipal, debía incorporarse necesariamente a los contratos de cesión de uso (Cláusula 5.2 PCAP). Incumplida dicha obligación por el concesionario, y hasta tanto la observara, no podía celebrar contrato alguno de cesión de uso, por lo que la principal dificultad para poder suscribir tales contratos, sólo a su falta de diligencia le era imputable.

#### IV. Recapitulación.

Procede la resolución del contrato de concesión de obra pública sometido a consulta por incumplimiento imputable al contratista, al quedar acreditada en el expediente la inobservancia por aquél de las obligaciones contractuales esenciales, consistentes en la ejecución de las obras y el abono de la parte del canon concesional que le resultaba exigible conforme al PCAP, siendo incardinables tales incumplimientos en la causa de resolución regulada en el artículo 264, letra j) TRLCAP, específica de este tipo de contratos.

Las alegaciones del contratista, referidas a un incumplimiento por la Administración de la obligación que le incumbía de poner a disposición del concesionario los terrenos sobre los que había de ejecutarse la obra, no pueden ser admitidas, pues la no inscripción de la plaza en el Registro de la Propiedad a favor del Ayuntamiento no afecta a la demanialidad del bien, a la titularidad local sobre aquél ni a la puesta del concesionario en la posesión real y plena de los terrenos, respecto de los que no consta ni ha acreditado el concesionario que existan las alegadas titularidades contradictorias frente a la del Ayuntamiento.

#### **QUINTA.- Incautación de la garantía.**

La consideración de los incumplimientos contractuales expuestos como causa de resolución del contrato imputable al contratista, con base en el artículo 264, j) TRLCAP, determina la aplicación de su artículo 266.4, procediendo 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.

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 y abonar el canon concesional, por las razones expresadas en las Consideraciones Tercera y Cuarta 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 las reseñadas Consideraciones.

No obstante, V.S. resolverá.