



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **201/2017**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 31 de julio de 2017, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Cieza, mediante oficio registrado el día 11 de mayo de 2017, sobre resolución del contrato de concesión de obra pública para la construcción y explotación del *"Aparcamiento subterráneo de vehículos automóviles en Gran Vía y Avenida de Italia"*, suscrito con la entidad "---" (expte. **139/17**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Previa aprobación del correspondiente Pliego de Cláusulas Administrativas (PCAP) y Pliego de Condiciones Técnicas del Anteproyecto de la obra, y la posterior licitación, el 23 de marzo de 2006 la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Cieza acordó adjudicar a la unión temporal de empresas (UTE) integrada por "---", "---", "---" e "---", el contrato de concesión de obra pública de redacción de proyecto, construcción y explotación del *"aparcamiento subterráneo de vehículos automóviles (turismos y motocicletas) entre la calle Numancia y la calle Escultor José Planes, comprendiendo un tramo del Paseo, la Plaza de Las Cortes y un tramo de la Avda. José Antonio Camacho"*, de conformidad con su oferta.

El 15 de junio de 2006 se suscribió el correspondiente contrato entre el Ayuntamiento y la referida UTE (habiéndose previamente formalizado dicha unión en la oportuna escritura pública, en la que se la denomina "---", según se indica en dicho contrato).

En síntesis, en el contrato se estipula que la UTE redactará el proyecto de construcción del aparcamiento conforme al anteproyecto presentado y lo ejecutará a su costa, teniendo como contraprestación el derecho a explotar dicha instalación por un plazo de 40 años contado desde el mes siguiente a la fecha del acta de recepción de las obras. Dicho aparcamiento tendrá 206 plazas, de las que 15 serán cedidas gratuitamente al Ayuntamiento, pudiendo el concesionario explotar las restantes 191 con arreglo a un determinado régimen jurídico y tarifario.

El 28 de agosto de 2006 la citada Junta de Gobierno aprueba el proyecto técnico de dicho aparcamiento, con un presupuesto de ejecución por contrata de 3.062.400 euros.

SEGUNDO.- Previa aprobación del oportuno Pliego de Cláusulas Administrativas (PCAP) y Pliego de

Condiciones Técnicas del Anteproyecto de la obra, y la posterior licitación, el 19 diciembre de 2006 la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Cieza acordó adjudicar a la UTE integrada por "--", "--" y "--" el contrato de concesión de obra pública de redacción de proyecto, construcción y explotación del *"aparcamiento subterráneo de vehículos automóviles en paseo José Antonio Camacho, tramo comprendido entre la calle Escultor José Planes y Plaza San Juan Bosco"*, de conformidad con su oferta.

En ésta, las referidas tres empresas, con la expresa conformidad de "--" e "--" (empresas estas últimas que fueron adjudicatarias, junto a las antes citadas -salvo "--"- del contrato de concesión de obra pública relativo al aparcamiento reseñado en el Antecedente Primero), manifiestan, entre otros extremos, que, de ser adjudicatarias de este segundo contrato, presentarían, para su aprobación por el Ayuntamiento, un proyecto técnico que refundiera las obras de los dos aparcamientos (dada su continuidad, se deduce), de forma que constructivamente serían uno sólo, siendo el acceso y salida de los vehículos por la Gran Vía de Cieza, según se preveía para el proyecto del primero de dichos aparcamientos.

El 2 de marzo de 2007 se suscribió contrato entre el Ayuntamiento y la referida UTE (habiéndose previamente formalizado la unión temporal en la oportuna escritura pública, en la que se la denomina "--", según se indica en dicho contrato), estipulándose, en síntesis, en relación con este segundo aparcamiento, que dicha UTE redactará su proyecto de construcción conforme al anteproyecto presentado y que lo ejecutará a su costa, teniendo como contraprestación el derecho a explotar dicha instalación por un plazo de 40 años contado desde el mes siguiente a la fecha del acta de recepción de las obras. Dicho aparcamiento tendrá 164 plazas, de las que 5 serán cedidas gratuitamente al Ayuntamiento, pudiendo el concesionario explotar las restantes 159 con arreglo a un determinado régimen jurídico y tarifario.

El 24 de abril de 2007 la Junta de Gobierno Local aprobó el proyecto técnico de dicho aparcamiento, con un presupuesto de ejecución por contrata de 2.644.800 euros.

TERCERO.- El 17 de diciembre de 2007, el representante legal de las UTES adjudicatarias de los respectivos contratos reseñados en los Antecedentes Primero y Segundo (la misma persona física) presenta un escrito en el que solicita al Ayuntamiento que apruebe la *"fusión"* de ambas concesiones, aportando, para su aprobación, un proyecto técnico que fusiona y sustituye a los dos anteriormente aprobados, denominado *"aparcamiento subterráneo en Gran Vía y Avda. de Italia"*, y solicitando que quede como concesionaria única la UTE "--" integrada por las empresas "--" y "--".

CUARTO.- El 29 de enero de 2008 la Junta de Gobierno Local acuerda aprobar el proyecto técnico del *"aparcamiento subterráneo en Gran Vía y Avda. de Italia"*, que fusiona y sustituye a los dos anteriormente aprobados, por un importe total de 5.707.200 euros, acordando que será ejecutado por las UTES adjudicatarias en proporción a la participación de cada una de las empresas integrantes en las mismas; asimismo, acuerda que, una vez ejecutadas las obras y levantada acta de recepción de las mismas, quede como concesionario único la UTE "--" integrada por las empresas "--" y "--", con una participación cada una del 50 por ciento, que asumirá la gestión del aparcamiento en las condiciones objeto de contratación, especificando que aquél tendrá 360 plazas, distribuidas así:

- 111 plazas tipo A, con un precio de 27.840 euros, IVA incluido.

- 111 plazas tipo B, con un precio de 75,40 euros/mes.

- 118 plazas tipo C, con un precio de 0,90 euros/hora.

- 20 plazas de cesión gratuita al Ayuntamiento.

El 6 de febrero de 2008 se firma un contrato entre el Ayuntamiento y las UTES de referencia, en el que se plasma lo decidido por el primero en su acuerdo de 29 de enero anterior.

QUINTO.- El 15 de julio de 2010, el Pleno municipal acuerda la modificación del contrato para posibilitar la recepción parcial de las obras, al estar terminadas las que corresponden propiamente al aparcamiento subterráneo, según informe técnico municipal, a fin de posibilitar la entrada en funcionamiento de dicho aparcamiento, autorizando para tal recepción a la Junta de Gobierno Local. Dicha modificación se formalizó con la contratista en documento suscrito el siguiente 26 de julio.

SEXTO.- El 10 de septiembre de 2010 se levantó acta de recepción parcial positiva de las obras, haciendo constar, con la conformidad del contratista, la ejecución total de las mismas a falta de la colocación de una fuente y una escultura, según plano adjunto. El 21 de septiembre de 2010 la Junta de Gobierno Local acordó la aprobación del acta de comprobación de dichas obras, autorizando la apertura al uso público del aparcamiento por parte de la concesionaria.

SÉPTIMO.- El 23 de abril de 2013, la UTE "--" presenta un escrito al Ayuntamiento en el que, en síntesis, expresa que, debido a la situación de crisis económica actual, las previsiones de los estudios de viabilidad sobre la explotación del aparcamiento no se han cumplido en absoluto en lo referente a las plazas tipo A y B, manifestando, a título de ejemplo, que se habían vendido (sic, en rigor, se trata de la cesión a terceros del uso privativo de las plazas, hasta la finalización de la concesión) sólo 8 plazas tipo A de las 111 posibles (según notas registrales que adjunta), lo que se explica porque, según un análisis del mercado de plazas de aparcamiento en venta en la zona, éstas se están vendiendo en un precio que oscila entre 12.000 y 18.000 euros, frente al precio fijo de 24.000 euros (IVA excluido) fijado para las plazas tipo A de la concesión, estando así infrutilizado el aparcamiento de referencia, sin que cumpla el fin público previsto para el mismo. Por ello, y según el estudio que acompaña, solicita el reequilibrio económico del contrato, para conseguir la adecuada financiación y explotación del aparcamiento, proponiendo: a) que las 111 plazas tipo B (destinadas sólo a alquiler mensual) pasen a ser de tipo A; b) que se fije un precio máximo (no fijo) de venta de todas las plazas de estas clases de 30.000 euros más IVA (para así tener mayor flexibilidad y margen de maniobra a la hora de adaptarse a las condiciones del mercado actual y futuro en cuanto a la venta de dichas plazas), y que cada adquirente o cesionario de las mismas pueda transmitir las, a su vez, *"por debajo del mismo"* (del citado precio máximo, se entiende); c) la ampliación del plazo de la concesión, de los 40 años actuales a 70 años.

OCTAVO.- El 31 de julio de 2013 se expide la certificación final de las obras ejecutadas y el 2 de septiembre de 2013 se levanta acta de recepción positiva (total) de las mismas.

NOVENO.- Previos diversos informes municipales y Dictamen de este Consejo Jurídico nº 29/2014, de 3 de

febrero, el 21 de marzo de 2014 el Pleno del Ayuntamiento acordó modificar el contrato en el sentido de que las plazas de aparcamiento tipo B pudieran ser objeto de cesión de su derecho de uso hasta la finalización de la concesión, como se había establecido para las del tipo A, fijando para ambos tipos un precio máximo de 30.000 euros para cada cesión efectuada por la concesionaria, autorizando asimismo que los cesionarios pudieran transmitir a terceros tal derecho por un importe inferior a dicha cantidad. El 24 de marzo de 2014 se formalizó dicha modificación en documento suscrito por Ayuntamiento y contratista.

DÉCIMO.- El 29 de abril de 2016 la concesionaria presenta un escrito en el que manifiesta *"instar la resolución contractual de la concesión por renuncia unilateral del contratista"*, invocando el artículo 264, j) 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 (en adelante, TRLCAP).

Además de ello, y en síntesis, tras reseñar los antecedentes del contrato expresa que para financiar la ejecución y explotación del aparcamiento ha tenido que obtener diversos préstamos hipotecarios, que especifica; que la explotación ha sido gravemente deficitaria desde su comienzo debido a que no se han cumplido ni de lejos las previsiones de venta, alquiler y rotación de las plazas destinadas a tales fines, incluso con la modificación de la concesión acordada en el año 2014. Considera que el carácter ruinoso de la misma se debe, por una parte, a la demora en la ejecución de la obra, imputable al Ayuntamiento, y, por otra, a la falta de utilización del aparcamiento, debida ésta a dos factores, tampoco imputables a la empresa: a) que las previsiones sobre la utilización y consiguientes rendimientos del aparcamiento se hicieron en unos años, 2005 y 2006, de bonanza económica, acaeciendo después una grave crisis en este aspecto; b) que el Ayuntamiento ha tolerado que en zonas próximas al aparcamiento los particulares utilizaran gratuitamente diversos solares para estacionar los vehículos, en contra de lo establecido en la ordenación urbanística aplicable, que obliga a los titulares de dichos solares a vallarlos, con lo que no ha protegido la actividad de la contratista, que ha obrado diligentemente en todo momento y sin dejar de prestar el servicio.

Para acreditar todo lo anterior, adjunta diversa documentación: Acta notarial de presencia en la zona del entorno del aparcamiento, incluyendo tres fotografías de dicha zona y una de una pantalla de un ordenador del parking, que refleja ciertos datos; un dossier con más fotografías de dicha zona; un informe de ocupación del aparcamiento en tres concretos días de 2016, que afirma que se corresponden con aquellos en los que fueron tomadas las fotografías obrantes en el citado dossier; y un informe denominado *"resumen de datos económicos de la explotación, años 2011-2015"*.

Por otra parte, la empresa añade que, según cierta doctrina, la renuncia del contratista ha de llevar necesariamente a la Administración contratante a incoar un procedimiento para declarar la resolución del contrato, ya que no es posible obligar al primero a permanecer en la ejecución del contrato hasta su finalización. Asimismo considera que la renuncia legitima al contratista para cesar en la ejecución del contrato y que como el TRLCAP no prevé un plazo de preaviso al efecto, ha de fijarse un plazo razonable para este fin, de forma que la Administración tenga el tiempo suficiente para adoptar las medidas que considere procedentes para hacerse cargo de las instalaciones y de su explotación y demás medidas procedentes tras la resolución contractual. A tal fin viene a expresar que, salvo que así lo acordara antes el Ayuntamiento, el 1 de septiembre de 2016 considerará resuelto el contrato y éste dispondrá desde entonces de un mes para que se formalice la entrega de las instalaciones, en aplicación de lo previsto en el artículo 262.2 TRLCAP en relación con la Cláusula 24 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), de forma que a partir del 2 de octubre de 2016 el responsable de las instalaciones será dicho Ayuntamiento.

Por todo lo anterior, concluye su escrito solicitando que se tenga por formalizada y comunicada su renuncia unilateral del contrato, que quedará *"aplazada"* hasta el 1 de septiembre de 2016, fecha en que considera que

quedará resuelto en todo caso el contrato, sin perjuicio de solicitar asimismo al Ayuntamiento que acuerde "*con carácter inmediato*" la resolución del mismo en virtud de dicha renuncia unilateral, con devolución de las garantías prestadas. También solicita que fije la fecha en la que se formalizará la recepción de las instalaciones por el Ayuntamiento, "*que no podrá ser posterior al 2 de octubre de 2016*", y el inicio de las actuaciones de liquidación del contrato, incluyendo el abono de las inversiones realizadas, en los términos del artículo 266.1 TRLCAP.

UNDÉCIMO.- El 7 de junio de 2016 el Pleno municipal acordó incoar un procedimiento para declarar la resolución del contrato por renuncia unilateral del contratista, requiriéndole para que presentara determinada documentación, y suspendiendo el plazo máximo de resolución de dicho procedimiento hasta que fuese cumplimentado tal requerimiento.

DUODÉCIMO.- El 17 de julio de 2016 la contratista presentó un escrito al que adjuntaba un CD comprensivo de la documentación requerida.

DECIMOTERCERO.- El 12 de agosto de 2016 el Director de Inversiones del Ayuntamiento emitió un informe, a solicitud, según expresa, del Departamento de Contratación, sobre la determinación del importe de las inversiones realizadas en la ejecución de las obras objeto de la concesión teniendo en cuenta su grado de amortización en función del tiempo restante para el término de la concesión y lo establecido en su plan económico-financiero, en el que, en síntesis, concluye en la enorme complejidad para valorar dichas inversiones, debiendo exigir a la empresa la acreditación de diversos extremos necesarios para ello, además de advertir ciertas deficiencias en la contabilidad de la empresa; también indica la necesidad de recabar información de la entidad prestamista y, finalmente, aconsejar la contratación de los servicios necesarios para realizar una auditoría a la empresa.

DECIMOCUARTO.- El 26 de septiembre de 2016 el Concejal Delegado de Contratación formuló una propuesta de acuerdo, a elevar en su día al Pleno si procede, para resolver el contrato por renuncia unilateral e incumplimiento del contratista de sus obligaciones esenciales, al amparo de lo establecido en el artículo 264, j) TRLCAP, e incautar las dos garantías prestadas, al amparo de lo establecido en el artículo 266.4 de dicho texto legal. Asimismo, acordó un trámite de audiencia y vista para los interesados, en concreto, al contratista, los avalistas, el acreedor hipotecario de la concesión y los titulares de otros derechos sobre la concesión.

DECIMOQUINTO.- El 7 de octubre de 2016 la contratista presenta alegaciones en las que se opone a la incautación de las garantías. En síntesis, reitera lo expresado en el escrito presentado en abril de ese año y añade varias consideraciones: a) que su solicitud de resolución del contrato ha sido estimada por silencio administrativo, al amparo de lo establecido en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), citando jurisprudencia al respecto; b) subsidiariamente, el contrato sólo puede resolverse por renuncia unilateral del contratista y sin culpa de éste, pues ha demostrado que el carácter ruinoso de la concesión no le es imputable, conforme con jurisprudencia que cita, además de que a dicha situación ha contribuido el Ayuntamiento al no haberle dispensado la protección a la que estaba obligado, al no haber ejercido sus potestades de disciplina urbanística y tolerar el establecimiento irregular, gratuito y masivo de vehículos en solares existentes en el entorno del aparcamiento, lo que supone el incumplimiento por dicho Ayuntamiento de su obligación esencial de proteger la actividad del contratista. Por todo ello, estima procedente que se acuerde la devolución de las garantías, la recepción de las instalaciones y la liquidación del contrato. Adjunta a su escrito un nuevo dossier con fotografías de solares que considera que están en el entorno del aparcamiento, llenas de vehículos.

DECIMOSEXTO.- El 18 de abril de 2017, el Secretario del Ayuntamiento emite informe en el que, en síntesis,

expresa lo siguiente: a) en cuanto al procedimiento, señala que, además de al concesionario, se dio audiencia a las entidades avalistas, que no presentaron alegaciones, al acreedor hipotecario, que presentó escrito adhiriéndose a las alegaciones de la empresa, y a los titulares de derechos de uso de plazas de aparcamiento inscritos en el Registro de la Propiedad, según información recabada del mismo, presentando escritos algunos de ellos, en los que se limitan a solicitar la preservación de dichos derechos; b) que, conforme con reiterada doctrina, las normas procedimentales aplicables, incluyendo las relativas al silencio administrativo, son las vigentes en la fecha de iniciación del procedimiento de resolución, en el presente caso, y entre ellas, la Disposición Final Tercera del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLSP), que establece el silencio administrativo negativo para las solicitudes de interesados que se refieran, entre otras cuestiones, a la extinción de un contrato administrativo, por lo que no cabe admitir que la concesión de referencia haya quedado resuelta por silencio administrativo sobre la solicitud de la contratista; c) que, a la vista del estudio o plan económico-financiero incluido en la oferta objeto de adjudicación, la empresa manifestó que las fuentes de inversión serían propias, incumpliendo este extremo, pues recurrió a financiación ajena por un importe aproximado al 56% de la inversión, para afrontar la ejecución de la obra u otro destino distinto al de los costes de explotación, quedando acreditado que la situación económica de la concesión se debe a los costes de dicha financiación externa; d) que en ningún momento anterior a su escrito de renuncia el contratista puso en conocimiento del Ayuntamiento que la situación derivada del aparcamiento de vehículos en las zonas a las que se refiere perturbase la economía de la concesión, ni instó actuación alguna del Ayuntamiento a este respecto, siendo además conocedora de dicha situación cuando concurrió a la licitación; e) que, por todo lo anterior, la empresa no adoptó una actuación diligente, por lo que procede la incautación de las garantías prestadas.

DECIMOSÉPTIMO.- El 5 de mayo de 2017 la Interventora municipal emite informe en el que, en síntesis, acoge lo expresado en el anterior informe del Secretario.

DECIMOCTAVO.- En la fecha y por el órgano expresado en el encabezamiento del presente se solicitó Dictamen preceptivo de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente con su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre un procedimiento en el que se pretende declarar la resolución de un contrato administrativo suscrito por un Ayuntamiento de esta Comunidad Autónoma habiendo formulado el contratista su oposición a la propuesta municipal en lo atinente a uno de los aspectos que legalmente debe contener el acto que, en su caso, declare la resolución contractual, como es la determinación sobre la incautación o no de la garantía, concurriendo así el supuesto establecido en el artículo 211.3, a) TRLCSP, norma adjetiva aplicable al procedimiento que nos ocupa por estar vigente en la fecha de su iniciación (como ha señalado este Consejo Jurídico en anteriores y numerosos Dictámenes, vgr. el nº 150/2014, de 26 de mayo), y en el artículo 12.7 de la Ley regional 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDO.- Cuestiones formales y de procedimiento. Carencias documentales en el expediente remitido. Falta

de legitimación del contratista para iniciar, con su instancia, el procedimiento de resolución de la concesión de obra pública. La obligada iniciación de oficio del procedimiento por el Ayuntamiento y su caducidad.

I. Carencias documentales advertidas en el expediente remitido.

Examinado el expediente remitido, se advierte que no obran en el mismo la preceptiva certificación del Registrador de la Propiedad sobre los titulares de derechos y cargas existentes sobre la concesión de obra pública, ni las notificaciones del trámite de audiencia otorgado a dichos titulares (artículo 264.1 TRLCSP), ni los escritos mediante los que algunos interesados (acreedor hipotecario y adquirentes de derechos de cesión de uso temporal de plazas de aparcamiento) presentaron alegaciones, según expresa el informe reseñado en el Antecedente Decimoquinto. Asimismo, faltan otros Antecedentes del contrato relevantes para abordar el fondo de las cuestiones planteadas, y que se indicarán posteriormente.

No obstante lo anterior, las siguientes observaciones hacen innecesario requerir al Ayuntamiento para que complete el expediente con dicha documentación.

II. La legitimación para iniciar un procedimiento de resolución contractual por causa de la renuncia unilateral del concesionario de obra pública. Sentido y alcance del carácter potestativo del derecho de la Administración contratante para iniciar dicho procedimiento.

El TRLCAP, en su redacción tras la reforma operada por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas, aplicable en sus aspectos sustantivos al contrato de referencia vista la fecha de su adjudicación (vid. su Disposición Transitoria Primera), establece en su artículo 264,j), entre las causas de resolución de dicha clase de contrato, *"el abandono, la renuncia unilateral, así como el incumplimiento por el concesionario de sus obligaciones contractuales esenciales"*. Además, el artículo 265 establece en su número 1 que *"la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del concesionario, mediante el procedimiento que resulte de aplicación de acuerdo con la legislación de contratos"*, precepto que se completa, por lo que ahora interesa, con lo dispuesto en el número 2 de dicho artículo, que establece que, salvo para determinadas causas resolutorias que allí especifica (entre las que no están las recogidas en el transcrito artículo 264, j), *"en los restantes casos de resolución del contrato el derecho para ejercitarla será potestativo para aquella parte a la que no le sea imputable la circunstancia que diera lugar a aquélla"*.

A partir de lo anterior, mediante la renuncia unilateral a la concesión manifestada en el escrito del concesionario presentado el 29 de abril de 2016 surge jurídicamente tal causa resolutoria, que es inequívocamente imputable al contratista en cuanto proviene de su libre manifestación de renunciar al cumplimiento de dicho contrato. Conforme con ello, y según el transcrito párrafo del artículo 265.2, sólo el Ayuntamiento tiene derecho a *"ejercitar"* dicha causa a efectos de conseguir la resolución contractual, siendo tal derecho de ejercicio potestativo para el mismo.

Dos son las cuestiones que se deducen de lo anterior, que han de abordarse separadamente:

A) Considerando que, como señala el TRLCAP, la resolución de un contrato administrativo sólo se produce cuando así lo declara la Administración (o el correspondiente órgano jurisdiccional, en revisión de la actividad o

inactividad de aquélla) en el procedimiento tramitado al efecto, la titularidad del derecho a "ejercitar" la causa de resolución de que se trate determina la legitimación para iniciar dicho procedimiento.

Así, cuando la parte legitimada sea el contratista, éste podrá presentar una instancia que tendrá verdadera virtualidad para iniciar, con su presentación, el correspondiente procedimiento, es decir, su escrito en este sentido deberá ser considerado como una solicitud que da lugar a la efectiva iniciación de tal procedimiento, al modo de las solicitudes reguladas con carácter general en el artículo 66 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En tal caso, si dicha solicitud se presentase tras la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, habría de entenderse desestimada por silencio administrativo si no se le hubiere notificado en el plazo de tres meses la resolución expresa de dicho procedimiento, por la aplicación conjunta de la Disposición Final Octava, 2 de dicha ley (luego, la DF Tercera, 2 TRLCSP) y los artículos 42.3 y 43.2 LPAC.

Sin embargo, cuando la parte legitimada sea la Administración, ésta podrá iniciar de oficio el correspondiente procedimiento, tras cuya iniciación deberá resolverlo y notificar su resolución expresa en el plazo de tres meses desde el acuerdo de iniciación o incoación, so pena de que quede incurso en caducidad, como hemos reiterado en numerosos Dictámenes (vgr. el nº 90/2017, de 19 de abril, en el que expresamos que *"conforme a la doctrina de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (por todas, STS de 28 de junio de 2011), asumida por este Consejo Jurídico (entre otros muchos, Dictámenes 213/2009 y 161/2011), la expiración de dicho plazo determina la procedencia de declarar la caducidad del procedimiento de resolución contractual (art. 25.1, letra b, LPACAP), sin perjuicio de la posibilidad de incoar uno nuevo"*).

Aplicado lo anterior al caso que nos ocupa, se advierte que, en la medida en que la concesionaria alega que la resolución de la concesión se ha producido por silencio administrativo positivo, está considerando que estaba legitimada para iniciar, con su escrito presentado el 29 de abril de 2016, un procedimiento administrativo para declarar la resolución de aquélla. Sin embargo, ya se ha visto que la empresa carecía de tal legitimación, pues la renuncia unilateral al contrato es causa resolutoria a ella imputable y, por tanto, su ejercicio corresponde al Ayuntamiento. Por ello, al margen de que la pretendida instancia de resolución contractual presentada por el contratista hubiere de considerarse desestimada por silencio administrativo negativo ex DF Tercera TRLCSP, la respuesta expresa municipal a dicha instancia ha de ser la de su desestimación por carecer la empresa de legitimación a los efectos procedimental y sustantivo pretendidos, y así habrá de declararlo el Ayuntamiento tras la recepción del presente Dictamen.

B) Cuestión distinta de la anterior es si el Ayuntamiento dispone realmente de libertad para iniciar o no, de oficio, un procedimiento con el objeto de declarar la resolución de la concesión por renuncia unilateral del contratista. El que el comentado artículo 265.2 TRLCAP atribuya a la Administración el ejercicio potestativo de su facultad de iniciar de oficio un procedimiento por tal causa, no significa en modo alguno que tal potestad sea completamente libre o puramente discrecional, pues la decisión de la Administración contratante está siempre condicionada o limitada, de forma que su margen de actuación en este aspecto viene determinado, bien de forma concreta por algunas específicas normas jurídicas, de posterior reseña, bien, en general, por el criterio de que su actuación habrá de estar necesariamente orientada por lo que demande el interés público en relación con la pervivencia o no de la concesión, en atención a evitar, por ejemplo, el abandono de la misma u otras situaciones que pudieren perjudicar derechos o intereses legítimos, públicos o privados. En otras palabras, la facultad potestativa de la Administración para proceder o no, de oficio, a la resolución del contrato es una de las que la doctrina denomina como *"potestades-función"*, en cuanto el margen de discrecionalidad para su ejercicio ha de moverse necesariamente dentro de los límites y fines a que se ha hecho referencia.

Así, y aun cuando no resulte de aplicación al presente caso, la Administración puede optar entre la resolución de

la concesión o su secuestro, pero no puede permanecer meramente inactiva, en los casos previstos en los artículos 254.4 (concesión titulizada) y 257.3 (ejecución de la hipoteca sobre la concesión) TRLCAP. Asimismo, no puede declarar la resolución de la concesión en los supuestos de los artículos 256.2 y 258.2 de dicha ley (que confieren al acreedor hipotecario u otros titulares de derechos y cargas, respectivamente, derechos de subrogación en la posición del concesionario).

Pero, además, fuera de dichos especiales supuestos, la Administración no tiene tampoco, ante la renuncia unilateral del concesionario, la facultad de permanecer inactiva, sino que debe proceder a iniciar de oficio el procedimiento de resolución del contrato y a declarar la resolución por dicha causa (salvo que existiera otra causa anterior en el tiempo y que fuera invocable sin atentar contra la buena fe contractual, se entiende). Y ello porque, al no poder la Administración obligar al contratista a cumplir en todo caso con el contrato, la eventual inactividad o rechazo administrativo en orden a iniciar de oficio el procedimiento resolutorio en base al carácter meramente potestativo del ejercicio de esta facultad implicaría, antes o después, como antes se apuntó, el abandono de la concesión, en el sentido de la cesación material por el concesionario de la actividad en que aquella consista, con el perjuicio que ello podría suponer para los intereses públicos y privados concernidos en la misma.

De esta manera, y sin perjuicio de los supuestos, antes apuntados, que tienen una regulación específica en el TRLCAP, la Administración, ante la manifestación del contratista de su voluntad de renunciar unilateralmente al cumplimiento del contrato, está obligada a iniciar de oficio y con diligencia el correspondiente procedimiento a fin de declarar su resolución, con las consecuencias jurídicas que en cada caso procedan.

III. Aplicado todo lo anterior a las actuaciones obrantes en el expediente remitido, procede realizar las siguientes observaciones:

1. En el escrito presentado por el contratista el 29 de abril de 2016 debe distinguirse entre su manifestación formal de renunciar unilateralmente al cumplimiento de la concesión de referencia y su solicitud de que, mediante dicho escrito, se tenga por iniciado un procedimiento para declarar su resolución. La indicada manifestación constituye una causa de resolución de la concesión, al amparo del artículo 264, j) TRLCAP). La instancia de iniciación del procedimiento resolutorio debe ser expresamente desestimada por el Ayuntamiento por carecer la empresa de legitimación para instar un procedimiento de resolución contractual fundado en la referida causa.

2. Ha de considerarse que el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 7 de junio de 2016 inició de oficio un procedimiento para declarar la resolución de la concesión por renuncia unilateral del contratista. Dicho procedimiento está incurso en caducidad, por haber transcurrido más de tres meses desde su iniciación sin haberse dictado y notificado su resolución expresa, considerando incluso el tiempo en que dicho plazo estuvo suspendido a virtud del requerimiento reseñado en el Antecedente Décimo. La adopción de una resolución expresa en el presente procedimiento distinta de la declaración de caducidad implicaría que el correspondiente acto administrativo, incluyendo su eventual pronunciamiento sobre la incautación de las garantías prestadas, estuviera viciado de anulabilidad.

3. Sin perjuicio de la declaración de caducidad del procedimiento objeto del presente Dictamen, el Ayuntamiento debe iniciar de oficio uno nuevo con el mismo objeto y determinaciones que el caducado, debiéndose notificar su iniciación a los interesados. En dicho nuevo procedimiento, sin perjuicio de poder acordarse la incorporación de las actuaciones del primero que se consideren oportunas, deben incluirse, al menos, la siguiente documentación y actuaciones:

- Entre los antecedentes del contrato, además de los remitidos en el presente expediente, deben incluirse los relativos a la oferta del adjudicatario (salvo el proyecto de obras), incluyendo su plan económico-financiero y los informes y acuerdos municipales tendentes a la adjudicación.

- Los informes económicos oportunos que analicen lo expresado en el informe del Secretario reseñado en el Antecedente Decimoquinto de este Dictamen respecto de la financiación de las inversiones y la incidencia de las de origen externo en la economía de la concesión.

- Tras dichos informes y los jurídicos municipales que procedan, se deberá acordar un trámite de audiencia y vista del expediente para los interesados, debiendo obrar en el expediente la documentación acreditativa de la notificación y el resultado de dicho trámite. En el caso de existir oposición de algún interesado a alguno de los extremos de la resolución que se desprendan del acuerdo de iniciación o de los referidos informes, si la propuesta de resolución que se debe formular tras la presentación de las alegaciones acoge alguno de los extremos sobre los que se formuló oposición, deberá ser remitida a este Consejo Jurídico, junto con el resto del expediente, en solicitud de su preceptivo Dictamen. En caso de acordarse tal solicitud de Dictamen, dada la brevedad del plazo de tres meses establecido legalmente para acordar y notificar la resolución procedente, el órgano consultante deberá acordar la suspensión de dicho plazo con motivo de la solicitud de dicho Dictamen, en los términos y al amparo del artículo 22.1, d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, ya citada.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- En el escrito presentado por la contratista el 29 de abril de 2016 ésta manifiesta la renuncia unilateral al cumplimiento de la concesión de referencia, lo que constituye una causa de resolución del contrato imputable a la misma a los efectos del artículo 264, j) y 265.2 TRLCAP. Con dicho escrito la contratista pretende, además, iniciar un procedimiento para declarar la resolución del contrato.

SEGUNDA.- Conforme con dichos preceptos y lo razonado en la Consideración Segunda del presente Dictamen, la contratista carece de legitimación para iniciar dicho procedimiento, por lo que el Ayuntamiento debe desestimar, por tal motivo, la referida solicitud.

TERCERA.- El acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 7 de junio de 2016 debe considerarse como de iniciación de oficio de un procedimiento para declarar la resolución del contrato por renuncia unilateral del contratista, procedimiento que se encuentra incurso en caducidad, por lo expresado en la citada Consideración Segunda.

CUARTA.- Sin perjuicio de lo expresado en la Conclusión Segunda, procede que el Ayuntamiento declare la caducidad del referido procedimiento e inicie y tramite otro con el mismo objeto, debiendo tener en cuenta a tal efecto lo expresado en la mencionada Consideración Segunda.

No obstante, V.S. resolverá.

