



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **253/2018**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 1 de octubre de 2018, 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 julio de 2018, sobre resolución del contrato, suscrito con la entidad "--", para la construcción y explotación del aparcamiento subterráneo de vehículos automóviles en Gran Vía y Avenida de Italia de Cieza (expte. **205/18**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 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 fusione y sustituya 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 fusione y sustituya 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 utilizasen 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.- Solicitado en su día Dictamen preceptivo a este Consejo Jurídico, fue emitido el 31 de julio de 2017, con el número 201/2017, en el que, tras realizar diversas consideraciones (algunas de posterior reseña), formuló 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".

En relación con este último aspecto, en tal Consideración Segunda se expresaba, entre otros extremos, lo siguiente:

"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".

DECIMONOVENO.- El 23 de febrero de 2018, el Director municipal del Departamento de Inversiones emite informe sobre determinados aspectos económicos de la concesión, en el que, en síntesis, expresa: a) la principal fuente de financiación era la venta de los derechos de uso de las plazas de tipo "A", sin que en la oferta la adjudicataria mencionara la financiación ajena como posible fuente; b) hasta 2015 sólo se había vendido el 10,11% de dicho tipo de plazas, de ellas sólo 4 tras la modificación del contrato acordada en 2014 como medida de reequilibrio económico-financiero; c) la necesidad de acudir a la financiación ajena, no prevista en el plan económico-financiero de la concesión, y la imposibilidad de amortizarla anticipadamente al no alcanzarse los parámetros de demanda de plazas previstos, implica que se disparen los gastos financieros, teniendo que consolidar a largo plazo la financiación ajena, desvirtuando totalmente las previsiones de rentabilidad.

VIGÉSIMO.- El 19 de abril de 2018 el Secretario municipal emite informe en el que, en síntesis, expresa que, de acuerdo con el previo Dictamen del Consejo Jurídico, procede: a) desestimar la solicitud de resolución del contrato instada por la contratista, por falta de legitimación; b) declarar caducado el procedimiento iniciado de oficio por el Ayuntamiento el 7 de junio de 2016 para declarar la resolución del contrato por renuncia del contratista y la pérdida de las garantías prestadas por el mismo; y c) la procedencia de iniciar uno nuevo con el mismo objeto, reseñando la normativa aplicable al mismo.

VIGESIMOPRIMERO.- El 30 de abril de 2018 la Interventora municipal emite informe en el que, en síntesis, expresa que la obligación fundamental del contratista es ejecutar el contrato a su riesgo y ventura, explotando la obra asumiendo el riesgo económico de su gestión, con la continuidad y en los términos establecidos en el contrato, conforme a lo establecido en el artículo 243 TRLCAP, y que la renuncia unilateral del contratista es una causa de resolución del contrato imputable al contratista, por lo que procede iniciar de oficio un procedimiento con tal objeto, así como para declarar la pérdida de las garantías prestadas, tras lo cual procederá la liquidación del contrato.

VIGESIMOSEGUNDO.- El 5 de junio de 2018 el Pleno del Ayuntamiento acordó desestimar la solicitud del contratista de resolver el contrato por causa de su renuncia unilateral, por carecer de legitimación para instar la extinción del contrato por una causa imputable al mismo; declaró la caducidad del procedimiento iniciado de oficio por el Ayuntamiento el 7 de junio de 2016 y acordó iniciar uno nuevo con el mismo objeto que el caducado, incluyendo la incautación de las garantías prestadas, a cuyo fin acordó incorporar determinadas actuaciones anteriores (incluyendo una certificación registral de los titulares de derechos existentes sobre la concesión) y otorgar un trámite de audiencia y vista del expediente para los interesados.

VIGESIMOTERCERO.- El 25 de junio de 2018 la concesionaria presenta un escrito en el que, en síntesis, expresa lo siguiente; a) que tiene interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la desestimación por silencio administrativo de su solicitud de resolución del contrato por renuncia no culpable del contratista, lo que impide al Ayuntamiento desestimar expresamente dicha solicitud, declarar la caducidad del procedimiento iniciado por él para resolver el contrato e iniciar uno nuevo con el mismo objeto, sin que sean aceptables las consideraciones del Dictamen emitido en su día por el Consejo Jurídico porque no contempló dicha pendencia judicial; dichas actuaciones, además, son fraudulentas porque retrasan indebidamente la resolución del contrato; b) que la Administración no tiene opción en cuanto a resolver el contrato cuando el concesionario renuncia a su cumplimiento, debiendo tramitar su solicitud de resolución, sin que proceda declarar la caducidad del procedimiento a que se refiere el Ayuntamiento porque no se ha iniciado de oficio ni su resolución tiene efectos desfavorables para el contratista, pues es éste quien pretende la resolución; c) reitera sus alegaciones anteriores en el sentido de que la renuncia ha de entenderse no culpable del contratista, pues el Ayuntamiento incumplió su obligación contractual de protegerle y eliminar los aparcamientos ilegales existentes en la zona, que mermaron considerablemente la rentabilidad de la concesión; d) añade una referencia a tres casos en los que se denunciaron situaciones puntuales que asimismo perjudicaban la economía de la concesión, sin actuación del Ayuntamiento; d) que existe jurisprudencia que estima que la inviabilidad económica de la concesión, incluso por errores de cálculo del contratista, no determinan necesariamente su culpa en la resolución del contrato por causa de su renuncia, citando algunas sentencias al efecto.

Por todo ello, solicita, entre otras cuestiones, que se archive el presente procedimiento o, en su defecto, que se resuelva declarando la resolución del contrato por renuncia del contratista sin culpa del mismo, acordando en consecuencia la devolución de las garantías.

VIGESIMOCUARTO.- El 28 de junio de 2018, "--" formula alegaciones en el trámite de audiencia concedido en las que, tras expresar que es titular de los bienes muebles que están en el interior del aparcamiento (afectos a la explotación, se entiende), según resolución judicial, solicita que el Ayuntamiento le abone *"la deuda generada por el incumplimiento de las UTES --, cuya cuantía definitiva no está determinada, dada la continuación del procedimiento"* judicial que dice tener entablado para el cobro de dicha deuda.

VIGESIMOQUINTO.- El 28 de junio de 2018 el Concejal Delegado de Contratación formula una propuesta de resolución del procedimiento para que se declare la resolución del contrato por renuncia del contratista, con incautación de las dos garantías prestadas, por importe de 86.216 y 85.000 euros, y que se dé traslado de la

misma a los interesados para que puedan formular alegaciones. En síntesis, la propuesta considera que el contratista se apartó libremente de las previsiones del estudio de viabilidad económico-financiera del contrato, que preveían la necesidad de acudir a la financiación ajena en un 30% de la inversión, pues en su oferta se comprometió a que toda la inversión la afrontaría con financiación propia, recurriendo sin embargo posteriormente a financiación ajena para un 56% de la inversión, y ello contando con que el 21 de marzo de 2014 el Ayuntamiento aceptó la solicitud del contratista para modificar los términos del contrato a fin de conseguir el restablecimiento de su equilibrio económico-financiero, por lo que los resultados desfavorables de la rentabilidad de la concesión entran dentro del riesgo y ventura inherente a este tipo de contratos.

VIGESIMOSEXTO.- El 9 de julio de 2018 "--" presenta escrito en el que, tras expresar que desconoce las vicisitudes entre contratista y Ayuntamiento, reitera su petición de que se le satisfaga la deuda que aquél tiene con la empresa, y comunica que procederá a retirar los muebles existentes en el parking para satisfacer dicha deuda.

VIGESIMOSÉPTIMO.- El 10 de julio de 2018 el contratista presenta escrito de alegaciones en las que, además de reiterar lo expuesto en escritos anteriores, añade, en síntesis, que la realidad demostró que las previsiones de rentabilidad de la concesión incluidas en el estudio de viabilidad municipal no eran correctas, permitiendo el Ayuntamiento el recurso a la financiación privada en los términos en que se hizo al autorizar la constitución de hipoteca sobre la concesión, lo que se debió también a la fusión de las dos iniciales concesiones, y que el restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, a pesar de solicitarlo la contratista, fue aprobado por el Ayuntamiento, lo que acredita que aquél era consciente de la situación ruinosa de la concesión, y que también lo es de que la modificación acordada no ha surtido efecto para revertir dicha situación. Finalmente, reitera lo solicitado en su escrito anterior.

VIGESIMOCTAVO.- 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 con dicha oposición el supuesto establecido en el artículo 190.3.a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), precepto adjetivo 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). La preceptividad del Dictamen se deriva, asimismo, del artículo 12.7 de la Ley regional 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Cuestiones formales y de procedimiento.

I. Sobre la alegada imposibilidad de tramitar y resolver el presente procedimiento por la pendencia de un recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de una previa solicitud del contratista de resolución del contrato de referencia.

Como presupuesto inicial a analizar, previamente a cualquier otra consideración formal o de fondo sobre el procedimiento que nos ocupa, debe abordarse la alegación del contratista relativa a la imposibilidad de tramitar y resolver el presente procedimiento por la pendencia de un recurso contencioso-administrativo que tiene interpuesto contra la desestimación presunta de una previa solicitud del contratista de resolución del contrato de referencia.

A este respecto, debe decirse, en primer lugar, que la referida solicitud fue desestimada expresamente por el Ayuntamiento mediante acuerdo de su Pleno de 5 de junio de 2018 (Antecedente Vigésimosegundo), por carecer la contratista de legitimación para instar la resolución contractual (siguiendo lo informado por este Consejo Jurídico en el Dictamen nº 201/17), sin que conste ninguna resolución judicial anulatoria al respecto. Sobre este aspecto reiteramos lo expresado en dicho Dictamen, que impide apreciar fraude legal alguno en la conducta del Ayuntamiento, que ha seguido lo allí informado por este Consejo Jurídico.

A partir de lo anterior, el Ayuntamiento no sólo puede, sino que (como dijimos en tal Dictamen), ante la renuncia del contratista al cumplimiento del contrato, debe iniciar de oficio un procedimiento para acordar su resolución (vid. la Consideración Segunda, II y III de dicho Dictamen). Y, como asimismo se dijo entonces, como el procedimiento incoado el 7 de junio de 2016 por el Ayuntamiento incluía, junto a la resolución contractual, la pretensión de acordar la pérdida de las garantías definitivas prestadas por el contratista (pretensión formalmente amparada entonces en el artículo 225.4 TRLCSP), el acto final que se dictase en tal sentido sería de gravamen o desfavorable para el contratista, por lo que el procedimiento estaría incurso en caducidad en el caso de superarse el plazo máximo legal al efecto, como entonces sucedió, por lo que procedía declarar su caducidad, como así hizo el Ayuntamiento, por imponerlo el artículo 25.1,b) LPACAP y la reiterada jurisprudencia y doctrina consultiva existente.

Corolario de todo lo anterior es la plena facultad municipal de iniciar un nuevo procedimiento, el que ahora nos ocupa, con el mismo objeto que el anterior, incluyendo la determinación de acordar la pérdida de las garantías definitivas, ahora con fundamento en el artículo 213.5 LCSP, al iniciarse estando ya vigente esta nueva Ley, con la particularidad de que le es de aplicación su artículo 212.8, que establece un plazo máximo de ocho meses para dictar la resolución expresa, plazo que ha de entenderse como de caducidad en caso de superarse cuando se pretenda acordar una medida gravosa para el contratista como es la pérdida de sus garantías definitivas. (Ante la duda acerca de si en tal plazo debe asimismo notificarse la resolución del procedimiento -lo que no expresa el referido precepto-, se considera que debe procederse a ello, por seguridad jurídica).

II. Sobre la regularidad del procedimiento objeto de Dictamen.

Al margen de lo anterior, debe decirse, por un lado, que el plazo de ocho meses antes indicado debe computarse

desde la iniciación del procedimiento el 5 de junio de 2018 (Antecedente Vigésimosegundo), sin computarse ninguna suspensión del mismo ex artículo 22.1,d) LPACAP, ya que no consta que el mismo haya sido objeto de acuerdo de suspensión por órgano municipal alguno. En consecuencia, de acordarse la pérdida de las garantías definitivas prestadas por el contratista, el procedimiento deberá resolverse, y notificarse su resolución, antes del 21 de febrero de 2019, so pena de su caducidad.

Por otra parte, aunque tras la formulación de las últimas alegaciones por el contratista el órgano instructor no ha formulado la propuesta de resolución final que culmina la instrucción, la remisión municipal del expediente incluyendo la propuesta de resolución reseñada en el Antecedente Vigésimoquinto permite concluir que lo allí incluido, es decir, la pretensión de resolver el contrato con pérdida de las garantías prestadas por el contratista, es la que el Ayuntamiento somete a la consideración de este Consejo Jurídico.

TERCERA.- La resolución del contrato por renuncia del contratista y la pérdida de las garantías prestadas por el mismo. Procedencia.

I. Desde una perspectiva material, la resolución de un contrato administrativo, como el que nos ocupa, se rige por la normativa vigente en el momento de su adjudicación, como viene reconociendo la doctrina y jurisprudencia a la vista de las disposiciones transitorias de los diferentes (y ya numerosos) textos legales aprobados en la materia.

Así, adjudicados en marzo y diciembre de 2006 los dos contratos de concesión de obras públicas, luego fusionados en uno en enero de 2008, es aplicable el TRLCAP, en la versión resultante tras la inclusión en el mismo de la regulación del contrato de concesión de obras públicas realizada por la Ley 13/2003, de 23 de mayo.

Dicho texto legal establece, en primer lugar, en su artículo 220.2, 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"*.

Por su parte, el artículo 242,d) establece, como uno de los derechos del concesionario, el *"derecho a recabar de la Administración la tramitación de los procedimientos de expropiación forzosa, imposición de servidumbres y desahucio administrativo que resulten necesarios para la construcción, modificación y explotación de la obra pública, así como la realización de cuantas acciones sean necesarias para hacer viable el ejercicio de los derechos del concesionario"*.

Y el artículo 243,b) establece, como una de las obligaciones del concesionario, *"explotar la obra pública, asumiendo el riesgo económico de su gestión con la continuidad y en los términos establecidos en el contrato u ordenados posteriormente por el órgano de contratación"*.

En cuanto a la resolución del contrato, el artículo 264, j) establece como causa al efecto *"el abandono, la renuncia unilateral, así como el incumplimiento por el concesionario de sus obligaciones contractuales esenciales"*, y el 265.2 expresa, refiriéndose al anterior artículo, que *"las causas de resolución previstas en los párrafos b) -salvo la*

suspensión de pagos-, e), g), h) e i) del artículo anterior originarán siempre la resolución del contrato. 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".

Finalmente, el artículo 266.4 señala que *"cuando el contrato se resuelva por causa imputable al concesionario, le será incautada la fianza y deberá, además, indemnizar al órgano de contratación de los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada".*

II. En el caso que nos ocupa, el contratista no sólo reconoce que el contrato debe resolverse por causa de su renuncia unilateral al cumplimiento del contrato, sino que así lo pretende. Sin embargo, alega que, aun siéndole *"imputable"* la resolución (pues es obvio que es él quien renuncia), no es *"culpable"* de la misma, a cuyo efecto alega que la inviabilidad económica de la concesión *"se produce principalmente por la actuación desplegada por ese Ayuntamiento"*, que califica de *"negligente y de mala fe"* (vid., entre otros, su escrito de alegaciones presentado el 25 de junio de 2018, págs. 3 y 10), que centra en el hecho de no haber impedido la existencia de aparcamientos ilegales en el entorno del parking, y otras circunstancias puntuales, que luego se analizarán; además, alega que hay jurisprudencia que considera que el error de cálculo del concesionario al formular su oferta no implica que la resolución del contrato por su renuncia, aun imputable al mismo, sea culpable.

1. En primer lugar, debe destacarse el hecho de que el TRLCAP contiene un precepto, el transcrito artículo 266.4, específico para los contratos de concesión de obras públicas, como el que nos ocupa, dedicado a los efectos de la resolución contractual, que no figura en la regulación específica del resto de contratos. Frente a éstos, que se rigen por la regla general establecida en el artículo 113.4, que expresa que en caso de incumplimiento *"culpable"* del contratista se incautará la garantía definitiva, el citado 266.4 se refiere, más ampliamente, a incumplimiento por causas *"imputables"* al contratista, concepto éste al que se refiere el ya transcrito artículo 265.2 para determinar la parte legitimada para instar la resolución del contrato (y que niega, en plena concordancia con el artículo 1124 del Código Civil, que la parte incumplidora tenga acción para resolver el contrato), siendo claro, como se dijo, que la renuncia del contratista a cumplir el contrato es causa sólo imputable al mismo.

No obstante, el hecho de que dicho precepto se incluyera en el TRLCAP a través de una ley, como la 13/2003, reguladora del contrato de concesión de obra pública, podía dar pie a interpretar que el legislador de esta segunda ley no se había preocupado por homogeneizar adecuadamente, para este nuevo tipo de contrato, algunos conceptos generales aplicables al resto de tipos de contratos administrativos, de forma que cuando dicha ley especial se refería a incumplimiento imputable al contratista, debía entenderse como incumplimiento culpable, al igual que para el resto de contratos administrativos. Sin embargo, si se hubiera reparado en que la regulación de dicha Ley 13/2003 estaba basada en la regulación entonces vigente en materia de autopistas (que regulaba un contrato de concesión para esa específica obra pública), se hubiera advertido ya que algunas determinaciones específicas para el nuevo contrato de concesión de obra pública (como el citado artículo 266.4 en su inserción en el TRLCAP), que eran distintas respecto de la regulación general prevista en la normativa de contratación pública, eran una traslación o trasunto de tal normativa de autopistas, como se verá más adelante.

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, con decidida vocación de trasponer al ordenamiento español la normativa y jurisprudencia comunitarias sobre contratos públicos, mantuvo dicha especialidad para esta clase de contratos (vid. art. 247.4), al igual que hizo su texto refundido, aprobado por RDL 3/2011, de 14 de noviembre (vid. art. 271.4). No obstante, en la medida en que estos textos legales mantenían esencialmente, sin homogeneización alguna con la regulación general sobre resolución de los contratos administrativos, la regulación anterior y específica sobre la resolución del contrato de concesión de obra pública, podía pensarse que el legislador seguía sin abordar la requerida homogeneización normativa, hasta el punto de que alguna sentencia, como la STSJ de Asturias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 15 de junio de 2015, alegada por la contratista, entendía que la

renuncia como causa de resolución sólo venía prevista expresamente para esta específica clase de contratos, por lo que en ellos operaba como causa independiente a la del incumplimiento contractual propiamente dicho, de lo que venía a deducir que no se le debían atribuir necesariamente los mismos efectos que a dicho incumplimiento; y ello a pesar de que desde antiguo la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal venía advirtiendo que la renuncia no era sino un supuesto de incumplimiento de las obligaciones del contratista (vid. su Informe nº 27/1999, de 30 de junio).

Sin embargo, la regulación de la nueva y vigente LCSP denota que el legislador, ahora sí, ha procedido a efectuar una homogeneización de la regulación sobre la resolución de este tipo de contratos con la del resto de los administrativos, pues, en línea con el criterio de la citada Junta Consultiva, suprime la renuncia (y el abandono) como causa específica de resolución de las concesiones de obra pública, para englobar estos supuestos en la causa, general, de *"incumplimiento de la obligación principal del contrato"*, pues no hay obligación principal más incumplida que la renuncia del contratista a proseguir con el cumplimiento del contrato, aquí en lo atinente a la fase de explotación de la obra pública (vid. el nuevo art. 279 en relación con el 211.1.j)).

Y, sin embargo, a pesar de la homogeneización de las causas resolutorias (manteniendo como específicas de este tipo de contrato las que pueden considerarse verdaderamente como específicas del mismo), la LCSP mantiene la regulación previa en lo que se refiere a la índole del incumplimiento del contratista que justifica acordar la pérdida de las garantías definitivas, pues su artículo 280.2 tiene el mismo tenor que todos los anteriormente citados de las normas legales previas, es decir, mantiene que el incumplimiento ha de ser *"por causa imputable al contratista"* (no necesariamente por su *"culpa"*, como sin embargo establece el nuevo artículo 213.3 con carácter general). Y ello, además, cuando la nueva ley profundiza en la regulación de las causas resolutorias de este tipo de contrato al establecer expresamente cuáles deben considerarse imputables a la Administración y cuáles no, como se advierte en el nuevo artículo 280 y concordantes.

Ello no puede ser, otra vez más, un presunto descuido del legislador, sino, por el contrario, una intención de objetivar, en ese punto, el destino de las garantías cuando esta específica clase de contratos se resuelve por causa imputable al contratista como es el incumplimiento del mismo que deriva de la renuncia manifestada por aquél. Ello es plenamente coherente con el carácter esencial de este tipo de contratos, según vino a reconocer la jurisprudencia comunitaria al menos desde el 29 de abril de 2004 (sentencia *"Socchi di frutta"*), consistente en que el contratista asume íntegramente el *"riesgo operacional"* del contrato, concepto básicamente coincidente con el tradicional de *"riesgo y ventura"* de la normativa española previa.

Por otra parte, la aplicación del artículo 266.4 TRLCAP en sus términos literales (sin perjuicio de lo que se dirá posteriormente sobre los casos en que exista concurrencia de responsabilidad de la Administración en la extinción del contrato), es decir, prescindiendo del elemento culpabilístico en sentido estricto, fundada en el carácter de precepto específico aplicable a esta concreta clase de contratos frente a otros de un alcance general, viene respaldada por la doctrina del Consejo de Estado en materia de resolución de unos contratos tan afines a los que aquí nos ocupan como son los de construcción y explotación de autopistas. En sus recientes Dictámenes, como el nº 380/2018, de 17 de mayo, señala que, en caso de resolución del contrato por quiebra o concurso, debe prevalecer la normativa sobre autopistas, que prescribe en todo caso la incautación de la garantía, sin que sea aplicable la normativa general de contratos administrativos, que exige a este fin que el concurso hubiese sido declarado culpable.

A este respecto, y por su evidente analogía con el supuesto que nos ocupa, es decir, ante el hecho de que el artículo 266.4 TRLCAP es un precepto especial para esta clase de concesiones cuya aplicación desplaza al precepto general del artículo 113.4 de dicho texto legal, es procedente transcribir alguna de las consideraciones de dicho Dictamen:

En primer lugar, el interesado alegó que *"la incautación propuesta era improcedente por cuanto resultaba de aplicación el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2000 y el Reglamento dictado en su ejecución, que preveían únicamente dicha incautación en el supuesto de que el concurso fuera declarado culpable o fraudulento, lo que no era el caso. Añadía que la incautación no podía basarse en el pliego de cláusulas generales de 1973 (de desarrollo de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, para la Construcción, Conservación y Explotación de Autopistas en Régimen de Concesión) por cuanto la regulación contenida en él se apartaba claramente de lo dispuesto en las normas citadas. Decía también que la incautación propuesta no se acomodaba a los principios generales imperantes en materia de contratación pública, pues las consecuencias de la resolución del contrato debían ser moderadas con base en los artículos 1124 y 1258 del Código Civil"*.

Seguidamente, el Consejo de Estado realiza diversos razonamientos para concluir que *"no cabe afirmar que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y su Reglamento de ejecución tienen efecto prevalente o derogatorio de las disposiciones reglamentarias de desarrollo de la Ley de Autopistas y de las cláusulas contenidas en el pliego general aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero, cuando existe discrepancia en la regulación. Antes al contrario, integradas unas y otras con la Ley 8/1972, de 10 de mayo, su contenido queda indemne frente a las disposiciones de la legislación de contratos. La Ley de Autopistas y sus normas de desarrollo se aplican en primer término"*.

Conforme con lo anterior, dicho Órgano Consultivo concluye lo siguiente:

"2. El artículo 31.cuarto de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de Autopistas -vigente en el momento del otorgamiento y derogado por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, que lo reproduce- decía:

"La concesión se extinguirá por las causas siguientes: (.../...) Cuarto.- Quiebra del concesionario".

La cláusula 109 ("Quiebra del concesionario") del pliego de cláusulas generales por su parte previene:

"La quiebra de la Sociedad concesionaria, a tenor de lo dispuesto en el artículo 32.4 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, determinará la extinción de la concesión y la pérdida de la fianza".

Y, en fin, la cláusula 79 ("Devolución de la fianza") del mismo pliego establece:

"La extinción de la concesión determinará la devolución de la fianza de explotación siempre que aquélla no tenga lugar por incumplimiento, quiebra o extinción de la personalidad jurídica, destrucción total de la autopista por dolo o culpa del concesionario, abandono o renuncia, y una vez solventadas todas las obligaciones frente a la Administración concedente y, en particular, las que se refieren al perfecto estado de la autopista en punto a su conservación".

Las referencias hechas por ambas cláusulas a la quiebra han de entenderse referidas al concurso en el que se ha producido la apertura de la fase de liquidación, según previene la disposición final primera de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que establece:

"2.ª Todas las referencias a la quiebra o al concurso de acreedores contenidas en preceptos legales que no hayan sido expresamente modificados por esta ley se entenderán realizadas al concurso en el que se haya producido la apertura de la fase de liquidación".

Así las cosas, la apertura de la fase de liquidación del concurso comporta la extinción de la concesión con pérdida de la garantía prestada.

3. Las previsiones antes citadas no pueden entenderse derogadas ni por el Reglamento General de Contratación, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, ni por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, ni por el texto refundido de 2000 de esta última ley, que establecen que la pérdida de las garantías prestadas solo procede cuando el concurso se declare culpable.

Como se ha señalado, con arreglo a la estructura del grupo normativo de autopistas antes definido y, en especial, a la vista del artículo 2 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, la aprobación de las normas citadas no comportó la derogación -por incompatibilidad- de las mencionadas cláusulas. El corpus normativo conformado por la Ley 8/1972, de 10 de mayo, y los pliegos de cláusulas generales y particulares permaneció indemne al efecto abrogatorio de aquellas normas puesto que la legislación de contratos solo opera supletoriamente a falta de previsión específica en dicho corpus. En consecuencia, en el ámbito de las concesiones de autopistas, la quiebra -esto es, el concurso en el que se ha abierto la fase de liquidación-, cualquiera que sea su calificación, determina la resolución del contrato con el indefectible efecto de la pérdida de las garantías".

Nótese que la normativa de autopistas, en su desarrollo vía Pliego de Cláusulas Administrativas Generales de 1973, aludía específicamente a la renuncia del concesionario para establecer que en tal caso procedía acordar la pérdida de la garantía definitiva. Si se tiene en cuenta que los artículos de la Ley 8/1972 dedicados a la resolución del contrato de concesión de autopistas fueron expresamente derogados por la Ley 13/2003, cuyos preceptos son los aplicables al contrato que nos ocupa, y entre ellos el comentado artículo 266.4 en su inserción en el TRLCAP, podrá entenderse que cuando dicho precepto se refiere precisamente a incumplimiento "*imputable*" al contratista, y no necesariamente "*culpable*", está siguiendo el régimen establecido en la cláusula 79 del referido Pliego, como se desprende de su tenor, reflejado en el citado Dictamen.

2. Sin perjuicio de todo lo anterior, debe decirse también que en el enjuiciamiento de la cuestión debatida no puede descartarse la incidencia que, en orden al acuerdo sobre el destino de las garantías, debe tener una posible actuación culposa de la Administración en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales si tuviere una relevancia tal que hubiera contribuido a propiciar la renuncia del contratista, pues en tal caso habría de moderar los efectos sobre la pérdida de la garantía, siguiendo la reiterada doctrina jurisprudencial sobre la concurrencia y compensación de responsabilidades en el ámbito contractual.

Seguramente por ello, el contratista alega, como se dijo anteriormente, que la inviabilidad económica de la concesión "*se produce principalmente por la actuación desplegada por ese Ayuntamiento*", que califica de "*negligente y de mala fe*" (vid., entre otros, su escrito de alegaciones presentado el 25 de junio de 2018, págs. 3 y

10), que centra en el hecho de no haber impedido la existencia de aparcamientos ilegales en el entorno del parking y otras circunstancias puntuales, aspectos que se analizan por separado.

A) En cuanto a la existencia de zonas en el entorno del parking con solares en los que se permitía el aparcamiento de coches, debe decirse que la contratista no ha negado en modo alguno lo expresado por el Secretario municipal en su informe de 18 de abril de 2017 (Antecedente Decimosexto) en el sentido de 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.

Resulta evidente que es el contratista, que conoce y dirige la explotación del servicio, el que debe adoptar las medidas necesarias para preservar el adecuado desarrollo del contrato, entre lo que está su deber de comunicar a la Administración contratante los hechos que puedan interferir en la buena marcha de dicha explotación y la facultad de solicitarle, si está dentro de sus competencias, que adopte las medidas necesarias para eliminar dichos hechos, pues sólo él puede ponderar en qué medida tales hechos dificultan el desarrollo de la explotación, especialmente si afectan a la economía de la misma, como se trata del supuesto alegado por el contratista.

Justamente por ello, el transcrito artículo 242,d) TRLCAP prevé que el contratista pueda recabar de la Administración *"la realización de cuantas acciones sean necesarias para hacer viable el ejercicio de los derechos del concesionario"*, entre ellos, obviamente, el derecho a realizar la explotación sin hechos contrarios a Derecho que la perjudiquen, incluyendo, claro está, los perjuicios económicos.

En este sentido, resulta insólita e inaceptable la afirmación de la contratista de que el Ayuntamiento, con mala fe, permitió la ocupación por coches de solares en el entorno del parking, pues ello supone afirmar que el Ayuntamiento quería perjudicar la economía de la concesión, lo cual resulta increíble si se tiene en cuenta que si ello es, como dice la contratista, la causa principal de la ruina de la concesión, la previsible resolución del contrato obligaría al Ayuntamiento, como de hecho tendrá que hacer cuando acuerde la resolución, a tener que resarcir al contratista por el valor de la inversión en obras y bienes, en los términos establecidos en el artículo 266.1 de dicho texto legal. Y ello, como se desprende fácilmente del expediente, implicará el desembolso de una muy importante cantidad para las arcas municipales y, quizá, la necesidad de acudir a alguna clase de endeudamiento, no habiendo dato para sostener otra cosa que el que el Ayuntamiento confiara en que el contrato fuera cumplido por el contratista durante el largo plazo de la concesión, de modo que, al final de la misma se hubieren amortizado las obras con una correcta prestación del servicio, pues esa y no otra es justamente la finalidad de este tipo de contratos. Por ello, es decir, por los incuestionables y muy importantes perjuicios económicos que supone para la Administración una extinción anticipada de este concreto tipo de contratos administrativos, es por lo que es plenamente razonable que la normativa establezca la pérdida de la garantía definitiva si la resolución se produce por causas imputables al contratista, en cuanto resulta una medida, en principio, disuasoria para evitar el incumplimiento del contratista, y, si con ello no lo evita, para que pueda resarcirse, aun en parte, de los inevitables perjuicios económicos apuntados.

Cabe añadir a lo anterior que, en contra de lo alegado por el contratista, si alguna mala fe pudiera advertirse en este caso no es del Ayuntamiento, sino del contratista, que, como afirma el Secretario municipal, sin contradicción alguna, no le comunicó en su momento nada sobre la referida situación de los aparcamientos en la zona, ni solicitó al Ayuntamiento la realización de actuación alguna al respecto. Ciertamente que el uso como aparcamiento de terrenos calificados como solares (destinados en principio a edificación, aunque no consta que la construcción de aparcamientos en superficie fuera un uso prohibido por el planeamiento urbanístico en la zona en cuestión), sin obtención, se supone, de licencia alguna, es una infracción urbanística y que los Ayuntamientos deben ejercer de

oficio sus facultades al respecto, pero también ha de reconocerse que la realidad demuestra que usos como el comentado resultan de frecuente realización en los núcleos urbanos y no son precisamente una infracción urbanística de las más relevantes, máxime si no acarrear problemas de tráfico o denuncias por molestias a los vecinos de la zona, nada de lo cual se ha acreditado.

En este sentido, si la incidencia de dicha situación en la economía de la concesión hubiera sido de la magnitud que alega la contratista, no se explica por qué no la denunció al Ayuntamiento en su momento, considerando que, además de la acción pública urbanística para la restauración de la legalidad urbanística, la empresa disponía de una legitimación específica para conseguir dicho restablecimiento, en virtud de la previsión legal antes reseñada. Por ello, además de existir, en el mejor de los casos, una clara e inexcusable negligencia de la empresa en este aspecto, pudiera incluso apreciarse su mala fe, en cuanto pudiera "*haberse guardado*" la invocación de esta situación como causa hipotéticamente exculpatoria en una eventual resolución del contrato, en el caso de que sus previsiones económicas de rentabilidad no fueran las previstas por cualquier causa y decidiera renunciar al mismo.

B) Por otra parte, en su mismo escrito de junio de 2018 la contratista alega (págs. 11 y 12) otras circunstancias que, a su juicio, siendo imputables al Ayuntamiento, también han afectado a la rentabilidad económica de la concesión, como las continuas inutilizaciones de la entrada al aparcamiento por obras previamente no comunicadas a la concesionaria, o que en fechas determinadas (no las concreta, pero se desprende que fueron hechos aislados) se inutilizó la planta -2 del parking por una entrada de agua de lluvia, así como que se inhabilitó su salida un día por causa de un desfile del carnaval.

Al margen de la nula consistencia que supone alegar como causa de la ruina económica de una concesión con un plazo de explotación de 40 años el acaecimiento de unos hechos tan puntuales como los referidos, resulta significativo que las fechas en que el concesionario (ahora sí) comunica tales circunstancias al Ayuntamiento son todas posteriores a la fecha en que la empresa renunció al cumplimiento del contrato por estar ya en ruina económica, es decir, cuando estaba en causa de resolución y ya poco podía haber hecho al respecto la Administración; ello al margen de que en tales casos lo procedente hubiera sido que la concesionaria reclamara el resarcimiento por la hipotética disminución de ingresos que pudieren imputarse a acciones u omisiones del propio Ayuntamiento (no a las de terceros, en cuyo caso debía haber exigido a éstos el oportuno resarcimiento). En efecto, las fechas de comunicación de las referidas circunstancias al Ayuntamiento son el 29 de noviembre de 2016, 14 de septiembre de 2017 y 10 de febrero de 2018, y la renuncia al contrato fue presentada el 29 de abril de 2016.

3. Además, en su escrito de julio de 2018, el contratista alega que la inviabilidad de la concesión es imputable en parte al Ayuntamiento porque aprobó varias actuaciones que, o han incidido negativamente en la economía de la concesión o no han servido para restablecer su equilibrio económico-financiero. Asimismo, viene a alegar que el Ayuntamiento es corresponsable de los resultados de la explotación porque también incurrió en error en su estudio de viabilidad del contrato, que concluía con la estimación de su rentabilidad, lo que la realidad ha desmentido.

En concreto, alega que la fusión de las dos iniciales concesiones acordada por el Ayuntamiento el 29 de enero de 2008 implicó mayores gastos y la necesidad de obtener una mayor financiación para las obras; que los gastos por la financiación externa, en forma de la constitución de una hipoteca, para atender los continuos déficits que revelaba la explotación del aparcamiento, fue asimismo aprobada por el Ayuntamiento, al igual que la modificación de los parámetros económicos de explotación de las plazas de aparcamiento como medida para obtener el reequilibrio económico-financiero del contrato, medida que no consiguió su objetivo.

Sin embargo, la contratista olvida que todas esas medidas fueron aprobadas a solicitud precisamente de la misma, no fueron impuestas por el Ayuntamiento. Si alguna de ellas hubiera sido considerada perjudicial para la explotación es evidente que no debiera haberlas propuesto o, en el caso de que vinieran determinadas de alguna forma por la voluntad del Ayuntamiento, debía haber alegado en su momento aquella circunstancia y haber solicitado la adopción de las compensaciones oportunas (considerando que no se ha acreditado que la fusión implicara una modificación del contrato tan sustancial que estuviese prohibida por la normativa comunitaria).

Por lo que respecta al estudio de viabilidad realizado por el Ayuntamiento en la fase de preparación del contrato, el hecho de que estimara viable la rentabilidad del mismo no implica en modo alguno la compartición o el desplazamiento de la responsabilidad del contratista hacia la Administración. Dicho estudio sirve exclusivamente como justificación interna a la Administración para proceder a la licitación del contrato, pero son los licitadores, empresas profesionales, se supone, y con el debido asesoramiento técnico y económico, las que asumen el riesgo al formular sus ofertas y se exponen a la eventualidad de obtener un beneficio o un perjuicio en la ejecución del contrato (en los términos del contrato), y esto último tanto en forma de pérdidas en el negocio (la explotación en sí misma) como por las consecuencias gravosas del incumplimiento del contrato si ello fuere imputable a la misma (la pérdida de la garantía), incluso por errores de cálculo sobre su viabilidad económica.

En este sentido resulta especialmente expresiva, por la similitud con el caso que nos ocupa, lo expresado por la STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 3 de abril de 2006:

"En el presente caso cabe deducir que uno de los riesgos primordiales cuya producción pretende la demandante que se le indemnice con fundamento en el desequilibrio económico de la concesión, no era otro que el de que las plazas para residentes no se vendieran en un plazo relativamente breve tras el otorgamiento de la concesión, y que asimismo las plazas de aparcamiento rotatorias no cubriesen el índice previsto. Ahora bien, ese riesgo no era en modo alguno imprevisible, sino que cabía perfectamente prever que la demanda de unas y otras plazas no estuviera bien calculada por la concesionaria cuando acudió al concurso, y ello porque la imprevisibilidad de la que habla el artículo 127.2 del RSCL y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuando en una concesión de servicio público se produce una fuerte caída de la demanda, alude a acontecimientos extraordinarios que hacen que un determinado índice de demanda que se mantiene hasta un momento concreto, caiga por la aparición de esos acontecimientos que hasta ese momento no se habían producido, lo aquí no ha sucedido, porque la demanda en este caso no es que caiga tras un periodo más o menos largo de acorde con las previsiones, sino que ya desde el principio las plazas demandadas tanto en derecho de uso como en plazas rotatorias es notablemente inferior a la prevista, pero esto no se debe a que surjan circunstancias nuevas, imposibles de prever en el estudio de mercado sobre las necesidades de aparcamientos de los residentes en las zonas de influencias, sobre su nivel económico y sobre el porcentaje de dichos residentes que estarían dispuestos a adquirir el derecho de uso de una o más plazas, sino que sencillamente lo que sucede es que la demanda real no se ajusta a la prevista en parte porque las necesidades reales de plazas de aparcamiento no eran las esperadas, en parte porque el precio que costaba cada plaza era para la época el más alto en Madrid en las plazas de aparcamiento para residentes, y en fin porque ya desde el año 1.991 se produjo una crisis económica mundial, que afectó singularmente a España por la subida de los precios del petróleo, crisis que provocó una retracción en la actividad económica y por tanto en el consumo de las familias, y todas estas circunstancias podían ser conocidas por los operadores económicos con tal de que el análisis de la situación y las consiguientes previsiones se hicieran ajustándose a los datos reales, y no atendiendo a expectativas más o menos imprudentes, que no respondían a los hechos, que es lo que aquí sucedió, y que es aplicable no solo a las plazas para residentes, sino a las plazas de rotación, que generalmente son ocupadas regularmente en este tipo de aparcamientos no por personas físicas, sino por empresas que se ubican en la zona o desarrollan allí su actividad, y que por tanto cabe conocer cuál es su demanda potencial. En este sentido el estudio de mercado es el que determina tanto las plazas a construir como su precio, pero a la vista de lo sucedido, es claro que dicho estudio no acertó, lo que obviamente no significa que la menor demanda de unas y otras plazas se debiera a la aparición de fenómenos imprevisibles cuando se hizo dicho estudio.

De otra parte, no es de recibo que el riesgo de menor demanda de las plazas de aparcamiento, que es el punto clave de la cuestión al determinar el desequilibrio en la concesión, se asume por el Ayuntamiento junto con la concesionaria desde el mismo momento de la adjudicación, o en otras palabras que la oferta que hace aquélla en relación al número de plazas y a su precio, vincula tanto a la Administración como a la propia concesionaria al pasar a formar parte del contrato, que vincula a las dos partes. Esta forma de razonar parece olvidar que por mucho que el precio de las plazas, así como su número y la proporción que se destina a los residentes y al turno en rotación, pasa sin duda a formar parte del contrato desde el momento en que se le adjudica a la recurrente por el Ayuntamiento, ello ni mucho menos significa que el riesgo de la falta de demanda de dichas plazas en el tiempo previsto deba ser asumido en todo caso por las dos partes del contrato, pues basta la lectura del pliego de condiciones económico-administrativas que rigen lo contratado para ver con claridad meridiana, que el riesgo -no imprevisible ni sobrevenido, como acabamos de analizar- de la demanda insuficiente tanto de plazas para residentes como de plazas en rotación, es para el concesionario y no para el Ayuntamiento, y ello porque ese riesgo está perfectamente previsto en dicho pliego, el cual articula una serie de mecanismos precisamente para el caso de que las plazas en cuestión no se vendan en un periodo razonable, o no se alquilen en la proporción prevista, mecanismos que son el aumento del área de influencia de la zona de residentes que tienen derecho a optar a las plazas, el aumento del número de plazas por piso, la posibilidad de que los no residentes que dispongan de piso en propiedad puedan acceder a las plazas para residentes, y en fin agotadas todas las posibilidades de captar plazas para residentes, que el Ayuntamiento modifique el uso del aparcamiento. Así pues la alegación de que el riesgo de falta de demanda debe ser asumido por el Ayuntamiento es paladinamente contraria a toda la idea que preside el pliego de cláusulas económico-administrativas que rige la concesión, el cual desde el momento en que no fue impugnado por nadie, constituye la ley del contrato, que vincula a todos, Administración y concesionaria, y ese pliego articula la concesión sobre la base de que es perfectamente posible que la demanda de las plazas de aparcamiento no sea la prevista y las formas de compensar al concesionario por esa menor demanda.

La mercantil recurrente hizo su oferta libremente, y fue ella la que configuró tanto el número de plazas a construir, la proporción de plazas para residentes y las de uso indiscriminado, así como el precio de las primeras y el montante de su aportación al Ayuntamiento. Las variables que determinan la demanda real de plazas de residentes, que eran la mayoría de las construidas, no son otras que ese número de plazas y su precio las ofertó la recurrente libremente, como también fue la recurrente la que determinó el importe de la aportación al Ayuntamiento; si aceptáramos que las plazas construidas fueron más de las que realmente se necesitaban, o que su precio era excesivo, estaríamos dejando de lado que esa libertad de los concursantes para determinar dichas variables era precisamente su riesgo y ventura, que preside este contrato como recoge el pliego, y también olvidaríamos que al tratarse de un concurso, nos hallamos ante un procedimiento de concurrencia competitiva en el que los participantes configuraban libremente sus ofertas, dejando de lado que pudo haber otros concursantes que ofrecieran construir menos plazas y por un precio menor al de la recurrente".

En nuestro caso, la cláusula 13ª del PCAP que regía la licitación establecía diversos parámetros para la valoración de las ofertas. Además de los relativos a los precios de venta o alquiler de las plazas del parking, calidad del anteproyecto de las obras y la reducción de los plazos de ejecución de las mismas, se introducía otro, en su epígrafe A.2, relativo al número de plazas, que es cierto que primaba la mayor construcción de su número por encima de las 200 estimadas, pero que no imponía un número mínimo como requisito obligatorio, sólo que por debajo de tal número no se obtenía puntuación por este parámetro. Sin duda ello era una apuesta del Ayuntamiento hacia la mayor construcción de plazas, algo que cabe entender desde la perspectiva municipal, pero era obligación de las empresas, a partir de sus propios estudios de demanda de plazas y el coste de su construcción, valorar cuál debía ser la adecuada dimensión del aparcamiento, en orden a procurar la viabilidad económica del mismo, pudiendo perfectamente a tal efecto justificar una reducción de plazas sin perjuicio de potenciar en sus ofertas los demás parámetros de valoración. Sin embargo, la contratista ofertó y aceptó el riesgo económico inherente a la construcción y explotación de 340 plazas -sin contar las 20 de cesión gratuita al Ayuntamiento- (vid. Antecedente Cuarto), y, por tanto, asumió libremente el riesgo de que no pudiera explotar dichas plazas en la forma y rendimiento que previó en su oferta, riesgo que se materializó en los términos y con las consecuencias económicas indicadas en los informes municipales obrantes en el expediente. Por ello, si renunció al cumplimiento del contrato lo fue por causas única y exclusivamente imputables a la misma.

III. La cláusula 26ª del PCAP rector del presente contrato (Pliego que, como es sobradamente conocido, constituye la *"ley particular del contrato"*) establece que *"la resolución del contrato tendrá lugar en los supuestos que se señalan en los artículos 111, 149 y 264 TRLCAP (...) y con los efectos previstos en los artículos 151 y 266 del referido Texto Refundido"*. La concreta referencia al específico artículo 266 TRLCAP implica, según su número 4, la procedencia de acordar la pérdida de las garantías prestadas por el contratista cuando, como en el caso, el contrato ha de resolverse por una causa enteramente imputable al mismo como es la renuncia a su cumplimiento, sin que quepa una modulación de tal medida en cuanto ya se ha visto que no cabe imputar al Ayuntamiento ninguna actuación u omisión que hubiere contribuido a entorpecer o hacer más gravosa la explotación del contrato a efectos de determinar dicha renuncia.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Procede acordar la resolución del contrato de referencia por causa imputable al contratista, así como la pérdida de las garantías definitivas, de conformidad con lo establecido en el artículo 266.4 TRLCAP, por las razones expresadas en las Consideraciones Segunda y Tercera del presente Dictamen.

SEGUNDA.- En consecuencia, la propuesta de resolución consultada se dictamina favorablemente en cuanto pretende adoptar tales determinaciones, pero deberá formularse una nueva propuesta más completa, que recoja en síntesis lo expresado en las referidas Consideraciones, previamente a su elevación al Pleno municipal.

No obstante, V.S. resolverá.