

INFORME EMITIDO EN INTERÉS DEL
AYUNTAMIENTO DE ELX

Sobre la situación del contrato de concesión de obra pública del
proyecto de "Nuevo Mercado Central" de Elx (Alicante),
adjudicado a APARCAMIENTOS CIUDAD SANITARIA S.A.

Equipo de trabajo:

Sergio Fernández
Sergio Ruiz
Begoña González
Marcos González

Alicante, 15 de julio de 2019

Sumario

1. Antecedentes.....	2
2. Consulta	29
3. Legislación aplicable	29
4. Alcance de la opinión emitida	30
5. Resolución.....	31
6. Conclusiones	60

DOCUMENTO SUJETO A REVISIÓN

INFORME EMITIDO EN INTERÉS DE AYUNTAMIENTO DE ELX

Sobre la situación del contrato de concesión de obra pública del
proyecto de "Nuevo Mercado Central" de Elx (Alicante),
adjudicado a APARCAMIENTOS CIUDAD SANITARIA S.A.

Alicante, 15 de julio de 2019

1. Antecedentes

- 1.1 Según la información facilitada para emitir este informe, el edificio actual del Mercado Municipal de Elx fue proyectado en 1959 y construido en el año 1961, sustituyendo a otro anterior del año 1939, que a su vez ocupaba un espacio dedicado a mercado desde al menos el siglo XVIII.
- 1.2 En el año 2005, el Ayuntamiento de Elx impulsó los estudios previos para efectuar el proyecto de un nuevo Mercado Central de Elx, así como un aparcamiento subterráneo anexo.
- 1.3 Dos años después, en 2007, el Ayuntamiento de Elx impulsó la realización de unos sondeos arqueológicos en la fachada occidental del actual Mercado Central de Elx en la Plaza de la Fruta, para instalar una serie de contenedores subterráneos que diesen servicio a los comerciantes y los vecinos de la zona. Como consecuencia de estos trabajos se puso de manifiesto la existencia en el subsuelo de un edificio de grandes dimensiones, realizado en tapial de hormigón, conservado hasta el arranque de los arcos de la cubierta de bóvedas y que se databa en época medieval, entre los siglos XII y XIV.
- 1.4 Esta situación ocasionó que la Dirección Territorial de Alicante de la Conselleria de Educación, Cultura y Deporte de la Generalitat Valenciana desestimase la instalación de los citados contenedores, procediendo el Ayuntamiento de Elx a cubrir los restos con geotextiles y arena para su conservación a fin de poner en valor dichos restos en el futuro.
- 1.5 En el año 2010 se realizó una nueva actuación de sondeos arqueológicos en el interior del edificio, bajo las directrices del Servicio Territorial de Cultura y Deporte de Alicante de la Conselleria de Educación, Cultura y Deporte de la Generalitat Valenciana, a fin de conocer la importancia, naturaleza y grado de conservación de los restos arqueológicos conservados bajo el actual Mercado Municipal.
- 1.6 Estos trabajos determinaron que, si bien el actual edificio se había edificado sobre otro anterior rebajando la cota de terreno entre 1 y 1,20 metros, lo cual había ocasionado la pérdida de una parte importante de restos arqueológicos en ese nivel, conservándose sin embargo un nivel arqueológico intacto entre 0,50 y 1 metro, donde se registraban estructuras

arqueológicas de la época islámica, que podían ser adscritas a los siglos XII y XIII.

Plan de Reforma Interior y Mejora de Implantación de Estudio Paisajístico del Mercado Central

- 1.7 El 21 de noviembre de 2011 la Concejalía de Comercio y Fondos Europeos del Ayuntamiento de Elx dictó una instrucción para modificar la ordenación pormenorizada del Mercado Central, con el objetivo de desarrollar un nuevo proyecto de modernización y revitalización comercial del centro histórico y mejora de su entorno urbano.
- 1.8 El 30 de julio de 2012, el Pleno del Ayuntamiento de Elx acordó (i) aprobar provisionalmente el proyecto del Plan de Reforma Interior y Mejora de Implantación de Estudio Paisajístico del Mercado Central (PRI) en desarrollo de la citada instrucción, y (ii) el Estudio de Integración Paisajística del Mercado Central. En el mismo acuerdo se preveía la remisión del documento a la Conselleria de urbanismo de la Generalitat Valenciana para su aprobación definitiva.
- 1.9 Según se indica en el PRI su objetivo es el siguiente:

"Se trata de un proceso ambicioso con el que se pretende dar un importante salto cualitativo desde la realidad actual del Mercado Central, constreñido por unas instalaciones a las que el paso del tiempo y los nuevos usos comerciales han ido restando eficacia y operatividad. La infraestructura actual del mercado resulta incompatible con el carácter de motor y elemento de referencia de la actividad económica del centro histórico con que se le pretende dotar y, al mismo tiempo, insuficiente desde el punto de vista del óptimo servicio al cliente que, como es lógico, persiguen los vendedores."

- 1.10 Finalmente, el 11 de junio de 2013 la Consellera de Infraestructuras, Territorio y Medio Ambiente de la Generalitat Valenciana aprobó de forma definitiva el PRI de Mejora del Mercado Central, que fue publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Alicante núm. 154, de fecha 14 de agosto de 2013.

Estudio de Viabilidad del Nuevo Mercado Central

- 1.11 El 1 de marzo de 2013, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Elx admitió a trámite y sometió a información pública el Estudio de viabilidad del Nuevo Mercado Central presentado por Grupo El Árbol Distribución y Supermecados S.A., como actuación preparatoria del contrato de concesión de obra pública para la construcción y posterior explotación del edificio donde se ubicará el nuevo mercado.
- 1.12 Mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Elx de fecha 24 de mayo de 2013 se aprobó el citado Estudio de viabilidad del Nuevo Mercado Central.

Encomienda de gestión para la ejecución de las excavaciones arqueológicas

- 1.13 El 1 de julio de 2013, el Teniente de Alcalde de Ordenación Urbana del Ayuntamiento de Elx dictó providencia dirigida a la Jefa de Sección de Planeamiento y Gestión, a los efectos de que procediese a tramitar el oportuno expediente de encomienda de gestión para la ejecución de las excavaciones arqueológicas en la Plaza de la Fruta necesarias para comprobación de la existencia de restos arqueológicos previamente a la construcción del Nuevo Mercado Central así como la compatibilidad de la citada actuación con la existencia de dichos restos.
- 1.14 La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Elx en sesión de fecha 2 de agosto de 2013 acordó aprobar el "*Proyecto de Excavación Arqueológica en la Plaza de la Fruta*", redactado por los Servicios Técnicos Municipales, encomendando su ejecución a la sociedad mercantil Promociones e Iniciativas Municipales de Elx S.A. (PIMESA).
- 1.15 El 22 de octubre de 2013 se emitió por la Directora General de Cultura de la Conselleria de Educación, Cultura y Deporte de la Generalitat Valenciana resolución autorizando el Proyecto de excavación arqueológica en las obras de construcción del nuevo Mercado Central de Elx, condicionado a la introducción de una serie de modificaciones.

DOCUMENTO SUJETO A REVISIÓN

- 1.16 Tras los preceptivos trámites, el 13 de diciembre de 2013 se aprobó por la Junta de Gobierno Local el *"Proyecto Modificado de Excavación Arqueológica en la Plaza de la Fruta"*, redactado por los servicios técnicos municipales.
- 1.17 El 14 de enero de 2014 se presentó escrito por PIMESA ante el Ayuntamiento de Elx adjuntando el acta de replanteo y comunicando el inicio de las obras de excavación arqueológica en la Plaza de la Fruta.
- 1.18 Como consecuencia de esta primera fase de excavaciones se halló un *hammam* o casa de baños andalusí datado en la primera mitad del siglo XI, así como la entrada a un refugio de la Guerra Civil que, conforme a la información facilitada, si bien se conocía de su posible existencia, se desconocía donde se encontraba su entrada originaria.
- 1.19 Una vez concluidos los trabajos, PIMESA presentó memoria de la excavación arqueológica en fecha 14 de abril de 2015. En dicha Memoria, en el apartado de *"Incidencia de las actuaciones posteriores a la intervención arqueológica sobre los restos aparecidos y propuesta de actuación"*, se hacían constar las siguientes conclusiones:

"Según el proyecto de los trabajos, tras la excavación arqueológica de la Plaza de la Fruta los restos descubiertos se debían tapar con fibra geotextil y rellenar la excavación con zahorras, volviendo a asfaltar la plaza y dejándola como antes de la actuación."

A la vista de los resultados obtenidos, tanto por la potencia conservada como por la calidad de las estructuras halladas y la complejidad del edificio excavado, se decidió por parte de Conselleria de Cultura dejar los restos a la vista y no volver a taparlos."

Esta iniciativa fue bien acogida por el equipo de gobierno del Excmo. Ayto. de Elche, que desde el primer momento mostró su interés por la excavación arqueológica y el rumbo que esta tomaba."

Así pues, finalizada la excavación y aprovechando que los restos se hallan en una plaza pública, se han colocado un vallado y un

DOCUMENTO SUJETO A REVISIÓN

techado provisionales que protegen el edificio de los baños del sol y la lluvia. La parte correspondiente al refugio de la guerra civil sí ha sido cubierta con geotextil y zahorras y vuelta a asfaltar para no interferir en la vida cotidiana de la gente que a diario circula por esta plaza.

El destino final de los restos arqueológicos va directamente ligado al Proyecto del Nuevo Mercado Central, ya que este proyecto debe incluir partidas para terminar los trabajos de excavación arqueológica que se han quedado sin concluir y partidas para consolidar y musealizar el edificio de los baños andalusíes."

- 1.20 En relación a los Baños Árabes, es necesario tener en cuenta que mediante acuerdo de la Directora General de Cultura y Patrimonio de la Generalitat Valenciana de fecha 23 de junio de 2016, se requirió al Ayuntamiento de Elx para que manifieste su compromiso formal de iniciar los trámites conducentes a la modificación del Catálogo de Bienes y Espacios Protegidos a los efectos de incluir en él los citados Baños Árabes, con la tipificación de Bien de Relevancia Local con la categoría de Monumento de Interés Local.
- 1.21 Como respuesta a dicha comunicación, el 23 de septiembre de 2016 se acordó por la Junta de Gobierno Local aprobar la moción del Teniente de Alcalde de Urbanismo, Territorio y Vivienda del Ayuntamiento de Elx manifestando el compromiso formal del Ayuntamiento de Elx de comenzar los trámites para la modificación del Plan Especial de Protección de Edificios y Conjuntos a los efectos de incluir los Baños Árabes como Bien de Relevancia Local.
- 1.22 El 20 de enero de 2017 se notificó a PIMESA la resolución de fecha 16 de enero de 2017 del Jefe del Servicio Territorial de Cultura y Deporte de Alicante de la Conselleria de Educación, Cultura y Deporte de la Generalitat Valenciana en virtud de la cual, una vez subsanados determinados defectos apreciados con anterioridad en dicha Memoria, se comunicaba a dicha empresa que la Memoria Final cumplía con los parámetros establecidos por la Dirección General de Cultura y Patrimonio de la citada Conselleria, proponiendo su aceptación y, por tanto, dando por finalizado el expediente.

DOCUMENTO SUJETO A REVISIÓN

- 1.23 El 2 de febrero de 2017, a la vista de dicha resolución, PIMESA comunicó al Ayuntamiento de Elx que daba por terminada la encomienda de gestión de realización de excavaciones arqueológicas en la Plaza de la Fruta.

Concesión de Obra pública para la redacción del proyecto, construcción y posterior explotación del edificio donde se ubicará el Mercado Central

- 1.24 Tal y como hemos visto, una vez aprobado mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Elx de fecha 24 de mayo de 2013 el estudio de viabilidad del Nuevo Mercado Central, el 2 de agosto siguiente se acordó aprobar por la citada Junta de Gobierno Local los Pliegos de Prescripciones Técnicas así como el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que habían de regir el Contrato para la concesión de obras públicas para la redacción del Proyecto, construcción y posterior explotación del edificio donde se ubicará el Nuevo Mercado Central, a adjudicar por procedimiento abierto con pluralidad de criterios, así como el inicio del citado expediente de contratación.
- 1.25 El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares establecía como “Objeto del Contrato”, en su cláusula primera lo siguiente:

“El presente Pliego tiene por objeto la concesión de obra pública para la redacción del proyecto, la ejecución de las obras y la posterior explotación conforme a su propia naturaleza, de Nuevo Mercado Central, aparcamiento y locales comerciales en el ámbito de actuación delimitado por el P.R.I. de mejora del Mercado Central aprobado por la Conselleria de Infraestructuras, Territori y Medi Ambient en Resolución de 11 de junio de 2013 y urbanización de los espacios adyacentes: plaza de la Fruta, Menéndez y Pelayo, Plaza de las Flores y C/ Animes de Elche. (...) Igualmente comprenderá el objeto del contrato la redacción de proyecto, construcción, equipamiento, gestión y desmantelamiento de Mercado Provisional.

(...)

El presente contrato de concesión de obra pública comprende igualmente, además de las inversiones de obra, instalaciones y

DOCUMENTO SUJETO A REVISIÓN

equipamientos, los suministros y la contratación de cualesquiera servicios que resulten necesarios para la correcta explotación de las instalaciones objeto de la concesión durante la vigencia de la misma; así como la adecuación, reforma y modernización de las construcciones, instalaciones y equipamientos para adaptarlas a las características técnicas y funcionales requeridas para la correcta prestación de los servicios o la realización de las actividades económicas a las que sirven de soporte y de su conservación, llevando a cabo las actuaciones de reconstrucción, reposición y reparación, que sean exigibles para mantenerlos aptos para su fin durante toda la vida del contrato. (...)

- 1.26 Por su parte, en la cláusula segunda de los citados Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, tras establecer la calificación del contrato como de “*contrato administrativo de concesión de obra pública*” del artículo 7 y 19 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, recoge lo siguiente en relación con las posibles modificaciones a llevar a cabo en relación con excavaciones arqueológicas o informes sectoriales:

“Las modificaciones del contrato derivadas de las excavaciones arqueológicas o de informes preceptivos de órgano sectoriales no conllevarán indemnización de ningún tipo, y serán obligatorias para el concesionario, de conformidad con lo establecido en el vigente TRLCSP. Igualmente, y sin perjuicio de lo establecido en la cláusula 27 de este pliego, si se produjese una modificación no sustancial del Plan de Reforma Interior del Mercado Central a que se refiere la cláusula 1ª, el proyecto habrá de adecuarse a las nuevas determinaciones aprobadas, siendo obligatorias para el adjudicatario y sin que conlleve derecho a indemnización alguna.”

- 1.27 Por su parte, la cláusula 5.2 de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, bajo la rúbrica de “*Financiación*”, establece lo que sigue en relación con la imposibilidad de llevar a cabo la ejecución del objeto del contrato:

“Las obras públicas objeto de este contrato serán financiadas por el concesionario que, en todo caso, asumirá el riesgo de la inversión realizada. Si durante la ejecución del contrato o como

DOCUMENTO SUJETO A REVISIÓN

resultado de las excavaciones arqueológicas deviniese la imposibilidad de ejecución del objeto del contrato, se entenderá que forma parte del riesgo asumido por el concesionario, sin que pueda dar lugar, en ningún caso, a indemnización de los gastos en que el concesionario hubiere podido incurrir."

- 1.28 En el mismo sentido, la cláusula novena de los citados pliegos impone el riesgo y ventura de la construcción de las obras y explotación de las mismas al adjudicatario, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 242, 246 b) y resto de normas concordantes, el cual asumirá los riesgos económicos derivados de su ejecución, explotación, conservación y financiación en los términos fijados en los Pliegos.
- 1.29 En relación con la posibilidad de modificar el contrato, la cláusula vigésimo séptima de los Pliegos –*"Modificación del Contrato"*- sólo la permite por razones de interés público en los casos y con los límites establecidos en la legislación aplicable. En cualquier caso, se preceptúa en la citada cláusula que dichas modificaciones no podrán afectar en ningún caso a las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación y deberán limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que las haga necesarias –sin perjuicio del supuesto de modificación previsto en la cláusula segunda que pudieran derivarse de las excavaciones arqueológicas o de informes preceptivos de órganos sectoriales.
- 1.30 Por su parte, los Pliegos de Prescripciones Técnicas recogen en su cláusula quinta las *"Condiciones de explotación y gestión del Mercado Provisional"* indicando lo que sigue:

"Aunque los derechos concesionales de los vendedores que ejercen su actividad en las instalaciones actuales del Mercado Central se encuentran extintos, el Ayuntamiento de Elche desea que los ciudadanos de la zona centro de la ciudad sigan disponiendo de la oferta de la actividad comercial de mercado de abastos durante el período en el que se lleven a cabo las obras de edificación del nuevo Complejo Comercial, el cual incluirá en su oferta un mercado tradicional.

DOCUMENTO SUJETO A REVISIÓN

Por tanto, durante dicho periodo de obras y hasta que entre en funcionamiento la nueva infraestructura, el adjudicatario deberá disponer por sus propios medios la instalación y equipamiento de un mercado provisional.

No obstante, este mercado, en tanto que de titularidad municipal, se registrará por aquellas disposiciones municipales en materia de mercados que en cada momento le sean de aplicación.

Dicho mercado se alojará en terrenos de propiedad municipal indicados en el plan nº 3 y en él podrán alojarse aquellos vendedores actuales del Mercado Central que manifiesten documentalmente su voluntad de incorporarse al nuevo proyecto, instigándose, una vez finalizadas las obras correspondientes, en el inmueble definitivo que se construya para el cumplimiento del objeto de la concesión. A tal efecto, cada uno de los vendedores formalizará el correspondiente compromiso contractual con el adjudicatario.

Por su instalación en el mercado provisional, cada uno de los vendedores satisfará al adjudicatario un alquiler que no podrá ser superior al 50% del precio de alquiler que deberá satisfacer, según la propuesta, por su instalación en el mercado definitivo.

El adjudicatario facilitará los medios para que, llegado el momento, los vendedores puedan efectuar tanto el traslado de sus puestos del Mercado Central a las instalaciones provisionales como el de éstas al nuevo Mercado, una vez finalizadas las obras. Para facilitar el traslado de los vendedores al Mercado Provisional, el Ayuntamiento proporcionará al adjudicatario un listado en el que se incluya toda la información relevante sobre cada uno de los vendedores que se instalarán en él. Dicha información incluirá el importe de las cuotas bimensuales que cada uno de ellos satisface en la actualidad.

El adjudicatario pondrá a disposición de los vendedores un cuarto para el almacenamiento de los residuos hasta su reiterada por los servicios municipales de limpieza. Asimismo, dispondrá lo necesario para que los vendedores que así lo necesiten para el

DOCUMENTO SUJETO A REVISIÓN

correcto ejercicio de su actividad, puedan disponer de servicios tales como obradores o cámaras frigoríficas.

El concesionario presentará un Programa de Mantenimiento y Conservación del Mercado Provisional, en el que detallará los criterios de conservación y mantenimiento de las instalaciones del Mercado así como los elementos de reposición periódica, con el fin de asegurar en todo momento la plena adecuación de las instalaciones para el ejercicio de las actividades que debe alojarse en ellas.

El adjudicatario mantendrá las instalaciones del mercado provisional en buen estado de conservación, atendiendo en todo momento al respeto de las necesarias condiciones de orden, limpieza, decoro, higiene y estética. Los servicios técnicos municipales tendrán libre acceso al mercado provisional, con el objeto de inspeccionar sus instalaciones y asegurarse del cumplimiento de los extremos anteriores.

El mercado provisional dejará de prestar sus servicios coincidiendo con la puesta en marcha del nuevo Mercado Central. Todos los vendedores que hayan venido ejerciendo su actividad en las instalaciones provisionales se comprometen a abandonarlas en tal fecha. La disposición anterior es extensiva tanto a los vendedores que vayan a trasladarse a las instalaciones definitivas como a aquellos que, durante el período transitorio, hayan decidido renunciar a hacerlo. El adjudicatario asumirá el desmontaje de las instalaciones provisionales, así como la restitución del terreno a su estado inicial."

1.31 Por su parte, la resolución del Contrato se prevé en la cláusula trigésimo quinta, que refiere al respecto lo siguiente:

"Además de los supuestos de cumplimiento, el contrato se extinguirá por su resolución, acordada por la concurrencia de alguna de las causas previstas en el artículo 223, 237 y 269 del TRLCSP dando lugar a los efectos previstos en los artículos 225, 239 del TRLCSP.

DOCUMENTO SUJETO A REVISIÓN

La resolución del contrato se regirá por lo establecido con carácter general en los artículos 223 a 225 del TRLCSP y específicamente para el contrato de obras y de concesión de obra pública, en los artículos 237 a 239 y 270 de dicho texto legal, así como en los artículos 109 a 113 y 172 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En todo caso si la resolución del contrato fuese por causas imputable al contratista se estará a lo dispuesto en el artículo 225.4 del TRLCSP, respecto a la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que hubiese sido constituida."

- 1.32 Tras la correspondiente tramitación del procedimiento, mediante acuerdo de 5 de diciembre de 2014 de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Elx se adjudicó el citado contrato a la mercantil Aparcamiento Ciudad Sanitaria S.A. (APARCISA) –el 22 de diciembre de 2014 se publicó el extracto de la adjudicación en el Perfil del Contratante del Ayuntamiento de Elx-.
- 1.33 El 6 de marzo de 2015 se formalizó el contrato de concesión de obras públicas para la redacción de proyecto, construcción y explotación del Nuevo Mercado Central (Contrato) entre el Ayuntamiento de Elx y APARCISA, publicándose su extracto en el Perfil del Contratante el 6 de marzo de 2015.
- 1.34 En el Contrato se hizo constar expresamente, entre otras cosas, lo previsto en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares en relación a la imposibilidad sobrevenida de ejecutar el objeto del Contrato, así como las causas de resolución del mismo.
- 1.35 Tras sucesivas modificaciones del Proyecto Básico y de Ejecución del Mercado Provisional, el 31 de marzo de 2015 se levantó acta de replanteo y se dio comienzo a la obra del Mercado Provisional.
- 1.36 El 31 de julio de 2015, APARCISA presentó los documentos requeridos en el acuerdo de adjudicación –y que ya le habían sido requeridos mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Elx de 17 de julio de 2015-, es decir, proyecto básico y de ejecución del Nuevo Mercado Central, de derribo, de mejora de urbanización, estudio de tráfico, de integración paisajística y nuevo plan económico-financiero.

DOCUMENTO SUJETO A REVISIÓN

1.37 El 11 de noviembre de 2016 se acordó por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Elx la aprobación de las actuaciones previas para iniciar excavaciones en el interior del Mercado Central –segunda fase de excavaciones-, levantándose el 14 de noviembre siguiente el acta de replanteo, dándose inicio a las obras de actuaciones previas.

1.38 Esta segunda fase de excavaciones finalizó en marzo de 2017, y el 5 de abril de 2017 se presentó por APARCISA la Memoria Preliminar en la que se daba cuenta de los hallazgos más relevantes detectados. Entre ellos se destacan los siguientes:

- (i) Restos de muros pertenecientes a una edificación de época medieval –islámica-, adscritos a una vivienda de planta andalusí articulada en torno a un patio.
- (ii) Parte de un edificio superpuesto al anterior datado del siglo XV al XVII, formado igualmente por muros y pavimentos inconexos.
- (iii) Parte de una bodega semisubterránea de una bodega del siglo XVII-XVIII y que conservaba las tinajas encastradas en el suelo y el pasillo de acceso a las mismas –se indicó que el resto del edificio, al quedar por encima del nivel de arrasamiento del solar habría desaparecido al construir el mercado en 1961-.
- (iv) Cimentaciones y zanjas del edificio de 1939.
- (v) Aljibes tanto públicos como privados efectuados entre el siglo XVIII y el siglo XIX, así como los pozos ciegos de las viviendas existentes con anterioridad a la construcción del mercado de 1939.
- (vi) Un gran aljibe del siglo XVII-XVIII con tres secciones conectadas entre sí.
- (vii) Dos fosas con sendos individuos adultos inhumados bajo el rito islámico, que se consideró que pertenecían a una necrópolis que se extiende por el Carrer Sant Jaume.

DOCUMENTO SUJETO A REVISIÓN

- (vii) En los niveles de base del solar aparecían de forma aislada e inconexa cerámicas de época romana y tardorromana, que apuntarían a la existencia de un asentamiento anterior a la constitución de la medina islámica de Elx entre el siglo X y el siglo XI.

1.39 El 11 de abril de 2017 APARCISA presentó escrito ante la Dirección General de Cultura y Patrimonio de la Generalitat Valenciana a fin de que ésta se pronuncie sobre la citada Memoria Preliminar.

1.40 Mediante resolución de 31 de mayo de 2017 de la Directora General de Cultura y Patrimonio se dio respuesta al citado escrito de APARCISA, en el que se concluye de conformidad con los Servicios Técnicos de dicha Dirección General lo siguiente:

- (i) Para poder llegar a proponer una resolución sobre el Nuevo Mercado Central, sería necesario que se le remitiese de forma oficial por parte del Ayuntamiento de Elx con el proyecto definitivo, el proyecto de restauración y puesto en valor de los baños árabes, el documento administrativo de concesión por parte del Ayuntamiento de Elx y los informes técnicos emitidos por los órganos competentes de la administración local, requiriendo mediante dicha resolución al Ayuntamiento a dicho efectos.
- (ii) En relación a los Baños Árabes hallados en la parte exterior y occidental del edificio del Mercado Central, tal y como ya se había pronunciado el Servicio Territorial de Cultura y Deporte, sería necesario su conservación y puesta en valor.
- (iii) En relación con el resto de vestigios encontrados en el interior del edificio del actual mercado –segunda fase de excavación–, debido a su naturaleza subterránea y parcialidad de su conservación, a consecuencia de las múltiples reformas y variaciones de uso del solar y de la sucesión de edificios allí existentes, harían innecesaria su conservación tras su oportuna documentación, lo cual debería trasladarse a APARCISA y al propio Ayuntamiento de Elx.

DOCUMENTO SUJETO A REVISIÓN

- (iv) Se requirió al Ayuntamiento de Elx para que elaborase un Plan Especial de Bien de Interés Cultural de Conjunto Histórico, a fin de unificar su delimitación de protección con el de la Vila Murada.

1.41 El 10 de marzo de 2017, APARCISA presentó ante el Ayuntamiento de Elx un informe de patologías en la cimentación y los pilares del Mercado Central, por lo que el Alcalde de Elx mediante Decreto de 17 de marzo de 2018 ordenó la ejecución del apuntalamiento de los pilares y recalce de cimentaciones de esa edificación.

1.42 El 14 de agosto de 2017, la Dirección Territorial de Educación, Investigación, Cultura y Deporte de la Generalitat Valenciana autorizó el proyecto de excavación arqueológica del Mercado Central -tras sucesivas subsanaciones por APARCISAS de los distintos documentos que integraban dicho proyecto a instancia del Ayuntamiento de Elx-.

1.43 Como consecuencia de dicha aprobación, el día 15 de agosto siguiente APARCISA presentó sendos escritos ante el Ayuntamiento de Elx solicitando el vallado provisional del Mercado Central así como realizar un estudio geotécnico del Mercado, para dar comienzo a la tercera fase de las excavaciones -sobre los viales, zonas anexas, servicios y espacios adyacentes de la Plaza de las Flores-.

1.44 El 22 de septiembre de 2017 la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Elx, acordó comunicar a los titulares de los puestos que aún permanecían en el Mercado Central un plazo de tres días para el lanzamiento en ejecución forzosa.

1.45 El 29 de septiembre de 2017, la Junta de Gobierno Local autorizó la ejecución de sondeos a fin de realizar el estudio geotécnico.

1.46 El 20 de octubre de 2017 se acordó por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Elx autorizar las excavaciones arqueológicas de la zona 1 y 2 de la fase tercera, contempladas en el proyecto de excavación arqueológica en el Nuevo Mercado Central así como el vallado solicitado.

1.47 El 24 de octubre de 2017 APARCISA solicitó la entrega de la posesión del edificio del Mercado Central.

DOCUMENTO SUJETO A REVISIÓN

- 1.48 La Dirección General de Cultura de la Conselleria de Educación, Cultura y Deporte, en fecha 12 de diciembre de 2018, autorizó la ampliación de plazo en relación con la tercera fase del proyecto de excavación arqueológica en el Nuevo Mercado Central.
- 1.49 Por su parte, APARCISA presentó el 26 de febrero de 2018 un proyecto de urbanización de los desvíos de infraestructuras que interferían las excavaciones arqueológicas del Mercado Central.
- 1.50 El 17 de mayo de 2018, la Dirección Territorial de Educación, Investigación, Cultura y Deporte de la Conselleria de Educación, Investigación, Cultura y Deporte de la Generalitat Valenciana autorizó el proyecto presentado por APARCISA de seguimiento y excavación arqueológica.
- 1.51 El 3 de agosto de 2018, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Elx aprobó el proyecto presentado por APARCISA de urbanización de desvíos de infraestructuras para la conclusión de la tercera fase de catas arqueológicas del entorno del Mercado Central y actuaciones realizadas, autorizando en ese mismo acuerdo el inicio de las obras.
- 1.52 A la vista del citado acuerdo, el 9 de agosto de 2018 APARCISA presentó escrito ante el Ayuntamiento de Elx comunicando el inicio de las citadas obras.
- 1.53 En septiembre de 2018, el Servicio Territorial de Cultura y Deporte de la correspondiente Conselleria trasladó un informe al Ayuntamiento de Elx en el que propone la cubrición por APARCISA de los restos arqueológicos procedentes de la tercera fase del proyecto de excavación arqueológica del Nuevo Mercado Central.
- 1.54 El 5 de octubre de 2018 se aprueba por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Elx la desestimación de la propuesta realizada por APARCISA de cubrición de la terraza existente en el Mercado Provisional, así como el inicio de un expediente en relación con respecto a las obras realizadas que no estaban previstas en el proyecto inicial aprobado.

Intervención del Consejo Internacional de Monumentos y Sitios.

DOCUMENTO SUJETO A REVISIÓN

- 1.55 El 5 de mayo de 2018, el Consejo Internacional de Monumentos y Sitios (ICOMOS), órgano colaborador de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) publicó un informe analizando el daño que podría generar en la celebración del Misteri d'Elx la ejecución del Proyecto de Nuevo Mercado Centro.
- 1.56 Es necesario tener en cuenta que el Misteri d'Elx fue declarado Monumento Nacional en el año 1931, así como que fue incluido por la UNESCO en el año 2001 en la primera Proclamación de las Obras Maestras del Patrimonio Oral e Inmaterial de la Humanidad.
- 1.57 El Misteri d'Elx cuenta con una ley propia que lo regula –Ley 13/2005, de 22 de diciembre, del Misteri d'Elx- cuyo objeto, según lo previsto en su artículo 1, es el que sigue:

“La presente ley tiene como objeto adoptar las máximas medidas de protección y promoción en favor de la Festa o Misteri d'Elx, Bien de Interés Cultural, tesoro del patrimonio cultural y seña de identidad del pueblo ilicitano y de todos los valencianos.

2. Asimismo, la ley regula los órganos rectores y artísticos que dirigen e intervienen en el gobierno y la representación de la Festa d'Elx.”

- 1.58 La citada ley establece en su artículo 42 que el Misteri d'Elx será objeto de las medidas de protección y promoción para los Bienes de Interés Cultural en la Ley 4/1998, de 11 de junio, de la Generalitat, del Patrimonio Cultural Valenciano.
- 1.59 La redacción del informe del ICOMOS vino motivada a raíz de la solicitud efectuada por distintos colectivos y asociaciones ciudadanas de Elx para que dicho órgano informase sobre los eventuales impactos negativos que, como consecuencia del desarrollo del proyecto “*Nuevo Mercado Central en Elche, con aparcamiento subterráneo y Urbanización del entorno*”, podrían sufrir bienes de excepcional valor patrimonial como son el Palmeral de Elx y la Festa o Misteri d'Elx, ambos declarados Patrimonio Mundial por la UNESCO.

DOCUMENTO SUJETO A REVISIÓN

- 1.60 El citado informe, que concluyó proponiendo el desistimiento del citado proyecto de obras en los términos que estaba realizado, hizo las siguientes consideraciones:

"(...) Analizando y valorando los datos contenidos en la abundante documentación revisada se observa que el proyecto presenta numerosas carencias o ausencias sobre los riesgos que se asumen en la realización del mismo. No hay ninguna evaluación de impacto patrimonial o análisis sobre las posibles repercusiones de la actuación propuesta en este entorno patrimonial afectado, como si la construcción del nuevo mercado se fuera a realizar en un lugar apartado y libre de cualquier resto arqueológico o entorno significativo. No hay referencia alguna sobre el impacto que seguramente tenga la realización de las obras y el tráfico resultante.

2. Por todo ello, valorando los datos existentes (cartografía histórica, cartografía actual, catálogo de bienes de carácter patrimonial, etc.) y las carencias sobre la manera y tiempos de la realización del Comité Nacional Español de ICOMOS concluye que ninguna de las actuaciones previstas u originadas por el proyecto comentado aquí debe ser llevadas a cabo por las consecuencias negativas sobre los bienes inscritos en la Lista del Patrimonio Mundial o en la Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad. De igual manera el impacto negativo también alcanza a las buenas prácticas exigibles en la conservación y gestión de los bienes de interés cultural (BIC), existentes en el interior de la Vila Murada.

Es especialmente determinante en estos momentos de la evaluación de los impactos patrimoniales todo lo relacionado con el tráfico rodado: incremento descontrolado del tráfico con la consecuencia del aumento de ruidos y contaminación. El tráfico generado por la nueva función de aparcamiento es de alto impacto en el desarrollo y tradicional expresión pública de la Festa. El nuevo ordenamiento de un tráfico creciente alterará de manera grave el tradicional ambiente y usos tradicionales."

- 1.61 El informe concluyó de la siguiente manera:

"El proyecto del mercado supone un cambio de uso en el espacio público de un ámbito protegido por la declaración de Patrimonio y la normativa desarrollada por la Generalitat para la protección del bien Misterio de Elche, ya que la construcción de un aparcamiento ocupa una posición de máxima proximidad con el bien objeto de declaración. Cualquier tipo de intervención en este entorno podría repercutir negativamente en el Valor del bien inscrito, lo que obliga a que en las actuaciones programadas se adopten las máximas cautelas y sea respetada escrupulosamente la normativa urbanística y patrimonial aprobada.

(...)

ICOMOS considera que el proyecto de Mercado Central y aparcamiento resulta incompatible con las características exigibles al entorno de un bien inscrito como Obra maestra del Patrimonio Oral e Inmaterial de la Humanidad", por cuanto supone una alteración del mismo y es probable que pudiese repercutir negativamente en los valores que llevaron a inscribirlo como Patrimonio Inmaterial de la Humanidad.

Por todo lo cual el Comité Nacional Español del ICOMOS propone el desistimiento del proyecto en sus terminos actuales, para evitar una alteración del ámbito de la zona en la que se desarrollan diversas funciones ligadas a la Fiesta del Misterio de Elche, lo que podría producir un menoscabo del valor por el que fue incluido en la lista de UNESCO."

1.62 Para llegar a dichas conclusiones, el ICOMOS se basó en el informe técnico de la Conselleria de Cultura de la Generalitat Valenciana de 21 de diciembre de 2016, sobre la posible afección al Misteri d'Elx por el proyecto de Construcción y Explotación de un Nuevo Mercado Central y el PRI del que el mismo derivaba, que terminaba con dos conclusiones:

- (i) El incremento del tránsito de vehículos a motor como consecuencia de la construcción y entrada en servicio del nuevo Mercado Central vendría a agravar considerablemente una situación que puede ser ya calificada de insostenible desde la óptica de la salvaguarda y la promoción del Misteri d'Elx.

DOCUMENTO SUJETO A REVISIÓN

- (ii) En la tramitación administrativa del PRI se identifican deficiencias sustantivas como la falta de aportación de un Estudio de Tránsito con valor normativo sobre la base de que se debería haber evaluado técnicamente la posible incidencia del proyecto sobre el Misteri d'Elx así como el hecho de no haber otorgado trámite de audiencia previa al Patronato del Misteri d'Elx, a través de su Junta Rectora, con anterioridad a la emisión del informe favorable por la Dirección General de Cultura y Patrimonio de la Conselleria correspondiente de la Generalitat Valenciana.

1.63 Igualmente, el informe del ICOMOS, según refiere, se basa en el Informe del Jefe de la Sección Técnica de Patrimonio Cultural del Ayuntamiento de Elx de 15 de febrero de 2018, sobre posibles afecciones a la Festa o Misteri d'Elx y al Palmeral de Elx por el proyecto del Contrato, el cual concluye -dicho informe de 15 de febrero de 2018- lo siguiente:

*"Atendiendo a los antecedentes expuestos y cuerpo principal del presente informe, tras el estudio y análisis de la propuesta formulada de la construcción y funcionamiento del Nuevo Mercado Central de Elche y en particular del aparcamiento subterráneo, desde la óptica del patrimonio histórico o cultural se entiende, supone una **incidencia potencialmente negativa desde la perspectiva que nos atañe, tanto sobre el conjunto patrimonial del ámbito como Conjunto y Núcleo Histórico Tradicional, como de forma particular, sobre la Festa o Misteri d'Elx y el funcionamiento del Museo de la Festa.***

1º. La posible coexistencia de la Festa o Misteri d'Elx en este contexto transformado con los usos e infraestructuras planteadas, supondría en líneas generales, una afección negativa a este patrimonio especialmente sensible, al tratarse de actuaciones y actividades inicialmente contradictorias en su origen e incompatibles en sus planteamientos, salvo que se justificara lo contrario o se propusieran medidas correctoras a este respecto.

Las afecciones estimadas son las recogidas en el presente informe y que podríamos resumir en:

DOCUMENTO SUJETO A REVISIÓN

- *Incremento del tráfico rodado.*
- *Decremento de la seguridad vial del tránsito peatonal y ciclista.*
- *Consideración de datos e hipótesis de trabajo (flujos e intensidad de tráfico) erróneos.*
- *No contempla la repercusión de la actuación y el tráfico generado, en los flujos peatonales (y ciclistas), ni en fase de ejecución, de explotación y desarrollo en el tiempo.*
- *El incremento del tráfico conlleva un incremento del ruido ambiental y consiguiente, el aumento de la contaminación sonora, a la par de una mayor contaminación atmosférica por emisión de gases contaminantes provenientes de los vehículos.*
- *No se consideración evaluación o análisis alguno, sobre las posibles repercusiones de la actuación propuesta en este entorno patrimonial, y en particular, sobre los bienes patrimoniales concretos del Conjunto Histórico Artístico (BIC) y el patrimonio UNESCO del Misteri d'Elx.*
- *Alteración e interferencia en el ambiente y usos tradicionales, estructura urbana y arquitectónica, sin que se aporte justificación alguna de su conveniencia, potenciación o mejora del bien, así como tampoco se aporta alternativas o propuesta alguna al respecto de trazados peatonales. Todo ello, bajo la óptica del Patrimonio Cultural en general e Inmaterial, en particular.*
- *No se contempla en la actuación ni en su Informe de Viabilidad, ningún aspecto tendente a una posible compatibilidad de la misma con el conjunto de actos culturales y procesionales que se dan en este ámbito recogidos en el presente informe, regulación de horarios en el funcionamiento del parking, protección de recorridos o cualquier otra medida similar tendente a este fin y cuya limitación de uso abarca un calendario mayor que el único planteado en dicho Informe de Viabilidad, del posible cierre del aparcamiento los domingos de agosto.*

2º. Al respecto de las posibles afección al patrimonio UNESCO del Palmeral Histórico de Elx, sobre los hallazgos relativos a los restos de las acequias de riego aparecidas en las excavaciones arqueológicas del Mercado, tanto en lo que respecta a los mismos como a los trabajos arqueológicos seguidos para su identificación, datación y registro, no implican afección alguna sobre este patrimonio, salvo el enriquecimiento que puede suponer a nivel documental el ampliar el conocimiento sobre el mismo e incrementar y mejorar su discurso expositivo.

- A este respecto y conocido el sistema constructivo y de funcionamiento de los baños árabes o hammam, a tenor de la importancia de los encontrados frente al Mercado Central, sería conveniente continuar la excavación arqueológica en la zona restante que permitiría completar el complejo, y posiblemente, aportar mayor información sobre el trazado inicial de la acequia Mayor (originario canal de época romana) y sobre cuya construcción, no se ha realizado trabajo arqueológico alguno."

- 1.64 Igualmente, el citado Informe del Jefe de la Sección Técnica de Patrimonio Cultural del Ayuntamiento de Elx de 15 de febrero de 2018 deja constancia de la insuficiencia de la documentación presentada en desarrollo y justificación de la actuación en su punto 7 "Evaluación del impacto a nivel patrimonial en el área afectada", refiriendo al respecto lo que sigue:

"1.- El conjunto de la documentación presentada que desarrolla y justifica la actuación, debería completarse con un análisis o evaluación de la repercusión que la misma puede suponer, en general en este entorno patrimonial, y en particular, sobre los bienes patrimoniales concretos y de mayor sensibilidad, como pudieran ser el propio entorno del Conjunto Histórico Artístico (BIC) y el patrimonio UNESCO del Misteri d'Elx, tanto en su parte escénica del recorrido urbano, como en las distintas actividades que implica la propia representación (ensayos, visitas, representaciones, museo, etc.), entre otros.

El estudio referido, debería contemplar, tanto al periodo de ejecución de obra (que se estima en un mínimo de unos 2 años), entendido como más crítico (proceso de excavación, transporte

de materiales, hormigonados, ejecución de acometidas y servicios en vía pública, etc.) y en cuyo tiempo las afecciones y repercusiones generadas se entienden de mayor trascendencia; como en el periodo de explotación, tanto inmediato como a futuro.

2.- Igualmente, debería analizar la repercusión de la actuación y el tráfico generado, en los flujos peatonales (y ciclistas) que existen en la zona, y de forma particular, en el recorrido del carrer Major de Vila como eje principal del recorrido de circulación peatonal relacionada con la visita turística al Centro Histórico, al Museo de la Festa o a la Basílica de Santa María, o de servicio y atención al ciudadano.

3.- En relación con el apartado anterior, debería aportar igualmente alternativas o propuesta al respecto de trazados peatonales, y contemplar la evaluación del impacto que supone en la seguridad vial del tránsito peatonal y ciclista (circuito ciclista ya existente en esta zona) y que por otro lado, se prevé vaya en aumento entre otras cuestiones, motivado por su atractivo cultural y patrimonial.

4.- En lo referente a las afecciones al espacio patrimonial en su conjunto, la propuesta planteada genera básicamente dos afecciones principales: (...)”

- 1.65 El 30 noviembre de 2018, según la información que se ha proporcionado, ICOMOS remitió un nuevo informe en el mismo sentido de su informe anterior.

Intervención del Defensor del Pueblo

- 1.66 El 23 de julio de 2018, el Defensor del Pueblo remitió comunicación al Ayuntamiento de Elx en la que ponía de manifiesto que, tras conocer el informe emitido por los servicios técnicos de dicho Ayuntamiento de Elx sobre la afección del proyecto al Misteri d'Elx, proponía a dicho Consistorio un replanteamiento de la situación por parte del Ayuntamiento, requiriendo lo que sigue:

DOCUMENTO SUJETO A REVISIÓN

"Al parecer de esta institución, las conclusiones del informe parecen exigir un replanteamiento de la situación por parte del Ayuntamiento a tenor de las afecciones negativas que se describen. Por lo que se ha considerado necesario solicitar de éste que se pronuncie al respecto, indicando las medidas adoptadas, en su caso, tras la emisión por parte de los servicios técnicos municipales, así como que informe sobre los avances en los trabajos de excavación."

- 1.67 A la vista de dicho requerimiento, conforme a la información de que se dispone, los servicios técnicos municipales emitieron el citado informe requerido por el Defensor del Pueblo sobre las medidas adoptadas y sobre los avances en los trabajos de excavación, en el que se comunicaba el inicio de las gestiones con APARCISA para resolver el Contrato, se daba cuenta de la evolución de las últimas excavaciones practicadas y así como de la protección del refugio 3B de la Guerra Civil que se veía plenamente afectado por el Proyecto.
- 1.68 Según la información que se ha proporcionado para emitir este informe, a mediados de febrero del año 2019, el Defensor del Pueblo habría cerrado el expediente que al respecto del proyecto que nos ocupa mantenía abierto, a la vista de que, en principio, el Ayuntamiento de Elx habría aceptado la sugerencia manifestada en su anterior comunicación de renunciar al proyecto, y siempre salvo que se produjeran en el futuro nuevas amenazas contra el patrimonio. En concreto, refiere lo que sigue:

"La respuesta del Ayuntamiento de Elche indica que efectivamente la línea de actuación es la renuncia del proyecto del Nuevo Mercado Central, en aras de la adecuada protección del Misteri D'Elx. Por lo que, en principio, dado que la Administración ha aceptado la sugerencia, se procede en este acto a dar por finalizadas las actuaciones y el archivo del expediente, salvo que se produzcan otros acontecimientos que pudieran poner en peligro los baños árabes".

El bunker o refugio 3B de la Guerra Civil

- 1.69 De acuerdo con la información facilitada para emitir este informe, en el término municipal de Elx existen numerosas muestras de patrimonio

DOCUMENTO SUJETO A REVISIÓN

histórico y arqueológico civil y militar de la Guerra Civil. En concreto, en el casco urbano se hallarían un total de trece refugios antiaéreos, dos de los cuales -3B y 3C- se encontrarían en el ámbito de la actuación que nos ocupa, tal y como se deriva del informe del Jefe de la Sección Técnica de Patrimonio Cultural del Ayuntamiento de Elx de fecha 20 de noviembre de 2017.

1.70 Un estudio más detallado de estos dos refugios de la Guerra Civil y su incidencia en el proyecto de construcción del nuevo Mercado Central se llevó a cabo en el informe del Jefe de la Sección Técnica de Patrimonio Cultural del Ayuntamiento de Elx de fecha 21 de mayo de 2018, elaborado a instancia del Jefe del Servicio Territorial de Cultura y Deporte de Alicante de la Conselleria de Educación, Investigación, Cultura y Deporte.

1.71 En dicho informe y en lo que se refiere al refugio 3C –que va de la Iglesia del Salvador, Plaza María Guerrero (actual Replaceta del Espart), Plaza de Menéndez y Pelayo (Mercado Central), a la rambla del Vinalopó-, se recoge que la excavación del sótano del aparcamiento propuesto en el proyecto del Nuevo Mercado Central, en principio, no afecta al trazado del refugio.

1.72 La escalera de acceso de este refugio se descubrió a consecuencia de las excavaciones arqueológicas llevadas a cabo en la plaza de Menéndez y Pelayo frente al Mercado Central realizadas en los años 2014 y 2015, procediéndose a un levantamiento topográfico de las mismas.

1.73 Ahora bien, por lo que respecta al refugio 3B –ubicado entre la Plaza de las Flores a la rambla del Vinalopó- indica dicho informe que la excavación del sótano del aparcamiento del Mercado Central sí que le afectaría de forma sustancial al refugio, produciendo su total desaparición. En concreto, refiere lo que sigue:

“En este caso, la excavación del sótano del aparcamiento previsto en el proyecto del Mercado Central, con una profundidad de unos 16 m. según el proyecto presentado, sí afectaría de forma sustancial al refugio existente pues supondría su total desaparición (del resto de la caja de escalera como elemento más significativo, así como de parte de la galería), en la zona afectada por la misma, indicada en los planos.”

DOCUMENTO SUJETO A REVISIÓN

- 1.74 Igualmente, según refiere dicho informe, si bien existe una gran documentación tanto gráfica como documental de la ubicación, dimensiones y características de este refugio, su acceso está bloqueado en la actualidad como consecuencia de la construcción en su momento de los muros del cauce del río así como la construcción del sótano del Edificio Pescadería del Mercado Central de Abastos –y que había impuesto la destrucción de parte de la galería y de las escaleras de acceso-, por lo que no se ha podido confirmar el estado de conservación del mismo; si bien, según indica dicho informe, se presume que debe ser similar al refugio 3C ya inspeccionado en los años 2014 y 2015.
- 1.75 Con arreglo a la información a la que se ha tenido acceso, a principios del mes de junio de 2019, la empresa Laboratorios Cytem fue contratada por el Ayuntamiento de Elx para que, mediante un georradar, procediese a confirmar la existencia y concreta ubicación del citado refugio 3B. Tras la realización de las correspondientes pruebas se habrían encontrado oquedades que apuntan a la existencia del refugio y su entrada a unos 38 centímetros aproximadamente bajo tierra, precisamente en la misma zona en la que se ubicaba el mismo en los planos de 1967.
- 1.76 Según las últimas informaciones suministradas, se estaría estudiando en estos momentos cómo acometer el acceso al citado refugio debido al escaso espacio existente en los restos de la Plaza de la Fruta donde se ubica el mismo, al no poder haber introducido una cámara como en principio se pretendía.
- 1.77 Es necesario tener en cuenta que la Ley 9/2017, de 7 de abril, de la Generalitat Valenciana, de modificación de la Ley 4/1998, del patrimonio cultural valenciano, modificó la disposición adicional quinta de esta última, indicando que tendrá la consideración de Bienes de Relevancia Local y que con esa denominación deberán ser incluidos en los respectivos catálogos de bienes y espacios protegidos, entre otros, el patrimonio histórico y arqueológico civil y militar de la Guerra Civil en la Comunitat Valenciana, en el que se encontrarían los citados refugios antiaéreos de la Guerra Civil.
- 1.78 Teniendo en cuenta esta modificación legislativa, el ya citado informe del Jefe de la Sección Técnica de Patrimonio Cultural del Ayuntamiento de Elx de fecha 21 de mayo de 2018 establece que esta situación implicaría la necesidad de modificar el Catálogo de Protección del Plan General de Elx,

con la inclusión en el Catálogo del mismo de las fichas correspondientes de dichos conjuntos y sus bienes, como patrimonio histórico y arqueológico civil y militar de la Guerra Civil en la Comunitat Valenciana y, por tanto, Bienes de Relevancia Local.

- 1.79 Es más, en dicho informe, se indica que dicha declaración de los distintos refugios antiaéreos de la Guerra Civil como bienes inmuebles de relevancia local, dada la suficiente identificación de los mismos, tanto documental como constructiva, debería ser extensiva a la totalidad del conjunto, con independencia de si hasta ahora se ha podido tener acceso a los mismos, o incluso, aunque estén ya desaparecidos, como testimonio documental en su caso.

Hallazgo de necrópolis islámica en las inmediaciones del Mercado Central

- 1.80 En enero de 2019, tras la realización de distintas catas en las inmediaciones del Mercado Central, se confirmó el hallazgo de más cuerpos a sumar a los ya encontrados durante la segunda fase de las excavaciones en el interior del propio Mercado Central.
- 1.81 Tras una primera evaluación previa, se ha estimado que el conjunto de la necrópolis data de entre los siglos X al XIII, estando pendiente la puesta en valor de los yacimientos y su análisis para constatar tanto su relevancia histórica como los condicionantes de la misma.
- 1.82 Con motivo del hallazgo, el Ayuntamiento de Elx adoptó la medida de instalar un sistema de vigilancia veinticuatro horas sobre las áreas donde se están llevando a cabo las catas arqueológicas y los trabajos.
- 1.83 Dicha medida venía motivada por la Resolución del Servicio Territorial de Cultura de la Conselleria de Educación, Investigación, Cultura y Deporte de la Generalitat Valenciana de 25 de enero de 2019, que proponía la adopción de tantas medidas de protección sobre las catas como fueran necesarias, dados los resultados obtenidos por los técnicos y la relevancia patrimonial que supone el hallazgo.
- 1.84 Es de destacar que, según la información a la que se ha tenido acceso, en marzo de 2019 en la zona mortuoria de los alrededores del Mercado Central

DOCUMENTO SUJETO A REVISIÓN

se habían encontrado ya 50 esqueletos de época islámica, habiendo finalmente llegado a encontrar ciento veinte enterramientos en ciento dieciséis fosas.

- 1.85 A estos efectos, desde Conselleria de Educación, Investigación, Cultura y Deporte se amplió el plazo a APARCISA para que pueda presentar sus conclusiones al respecto de si los restos tienen suficiente valor como para ser protegidos o, si de lo contrario, es posible continuar con la ejecución del aparcamiento subterráneo en el subsuelo del Mercado Central.

Interposición de denuncia de APARCISA y los placeros contra el Ayuntamiento de Elx ante la Fiscalía

- 1.86 Según la documentación revisada para emitir este informe, a principios del año 2019 se interpuso por APARCISA y los placeros una denuncia contra determinados responsables del Ayuntamiento de Elx por un presunto delito de prevaricación por, presuntamente, emitir informes técnicos desfavorables a la construcción del Mercado cuando se trataba de un contrato público promovido por el propio Ayuntamiento, así como de haber intentado paralizar las obras desde la misma adjudicación.
- 1.87 Esta denuncia dio lugar a la apertura de las Diligencias de Investigación Penal núm. 76/2018 en las que la Fiscalía, tras estudiar la documentación remitida por el Ayuntamiento de Elx, procedió a su archivo a principios de abril del año 2019 al entender que no concurría ningún ilícito penal en las actuaciones llevadas a cabo por el citado ayuntamiento.

Intervención del Ministerio de Cultura y Deporte

- 1.88 Según las últimas informaciones a las que se ha tenido acceso, en fecha reciente el Ministerio de Cultura y Deporte habría remitido una comunicación al Ayuntamiento de Elx en la que se solicitaría información sobre las obras del Nuevo Mercado Central a fin de evaluar las afecciones que la ejecución del Proyecto pueda conllevar al Palmeral de dicha localidad ilicitana.
- 1.89 Según la información a la que se ha tenido acceso, se respondería de esa manera a lo previsto en el artículo 172 de las Directrices Operativas de la Convención de Patrimonio Mundial, que refiere lo que sigue:

DOCUMENTO SUJETO A REVISIÓN

“El Comité de Patrimonio Mundial invita a los Estados Partes en la Convención a que informen, a través de la Secretaría, de sus propósitos de iniciar o autorizar, en una zona protegida por la Convención, obras de restauración considerables o nuevas edificaciones que pudieran modificar el Valor Universal Excepcional del bien.”

- 1.90 Es necesario tener en cuenta que el conjunto del Palmeral de Elx incluido en el Jardín-Huerto del Cura fue declarado Bien de Interés Cultural el 27 de julio de 1943 y está incluido en el Inventario General de Bienes Inmuebles del Patrimonio Cultural del Ministerio de Cultura y Deporte, así como en la Sección Primera -Bienes de Interés Cultural- del Inventario General del Patrimonio Cultural Valenciano.

2. Consulta

- 2.1 El Ayuntamiento de Elx solicita de Cuatrecasas la emisión de informe fundado en Derecho sobre la situación jurídica actual del Contrato. Y ello, a consecuencia de la aparición de nuevas circunstancias de interés público dignas de especial protección, tales como la conservación de la declaración como Patrimonio Inmaterial de la Humanidad del Misteri de Elx o la aparición de vestigios de la Guerra Civil que pudieran ser incompatibles con la contrata.
- 2.2 En este sentido, se requiere que en el informe se incluyan las potenciales consecuencias, tanto de la continuación del contrato, como de su resolución, incluyendo en este último caso los efectos sobre los placentos, anteriores adjudicatarios del servicio y que se trasladaron al mercado provisional donde prestan a día de hoy como arrendatarios los servicios a cuenta de la adjudicataria del contrato APARCISA.

3. Legislación aplicable

- 3.1 Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local (LBRL)
- 3.2 Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español (LPHE)

DOCUMENTO SUJETO A REVISIÓN

- 3.3 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP)
- 3.4 Ley 4/1998, de 11 de junio, de la Generalitat Valenciana, del Patrimonio Cultural Valenciano (LPCV).
- 3.5 Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RD1098/2001).
- 3.6 Ley 13/2005, de 22 de diciembre, de la Generalitat, del Misteri d'Elx (Ley del Misteri d'Elx)
- 3.7 Ley 5/2007, de 9 de febrero, de la Generalitat, de modificación de la Ley 4/1998 del Patrimonio Cultural Valenciano (Ley 5/2007).
- 3.8 Decreto 62/2011, de 20 de mayo, del Consell, por el que se regula el procedimiento de declaración y el régimen de protección de los bienes de relevancia local (Decreto 62/2011).
- 3.9 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 (TRLCSPP).
- 3.10 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).
- 3.11 Ley 9/2017, de 7 de abril, de la Generalitat, de modificación de la Ley 4/1998, del Patrimonio Cultural Valenciano (Ley 9/2017).
- 3.12 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).
- 3.13 Ley 14/2017, de 10 de noviembre, de memoria democrática y para la convivencia de la Comunitat Valenciana (Ley 14/2017).

4. Alcance de la opinión emitida

DOCUMENTO SUJETO A REVISIÓN

- 4.1 El presente informe se limita al análisis de la cuestión planteada en el apartado 2 anterior y, por tanto, de acuerdo con el alcance definido por el Cliente y la información proporcionada.
- 4.2 Este informe, salvo error u omisión involuntaria, constituye nuestra opinión sobre las cuestiones planteadas y es sometido a cualquier otra fundada en Derecho.
- 4.3 Su contenido es estrictamente confidencial y está destinado exclusivamente a la persona en cuyo interés se ha emitido. Su difusión a terceros y su aplicación a supuestos distintos de los que constituyen su objeto requerirá la autorización expresa y previa de Cuatrecasas.

5. Resolución

- 5.1 Atendiendo a la petición formulada por el Ayuntamiento de Elx y sobre la base de la información y documentación proporcionada al efecto, a fin de emitir nuestro informe expondremos nuestro criterio partiendo de la situación jurídica actual del contrato de concesión de obra pública suscrito entre el Ayuntamiento de Elx y la mercantil Aparcamientos Ciudad Sanitaria S.A. o APARCISA el 6 de marzo de 2015, para la construcción del nuevo Mercado Central y el apartamiento subterráneo anexo ante la aparición de nuevas circunstancias de interés público dignas de especial protección -en concreto, la conservación de la declaración como Patrimonio Inmaterial de la Humanidad del Misteri de Elx o la aparición de vestigios de la Guerra Civil que pudieran ser incompatibles con la contrata- para examinar las potenciales consecuencias que podrían derivar de la continuación del contrato como de su eventual resolución.
- 5.2 En ese último caso se analizarán los posibles efectos de esa posible decisión respecto del colectivo de los placeros, los cuales, conforme a la información facilitada, eran los anteriores adjudicatarios del servicio de mercado de abastos y que se trasladaron al mercado provisional ubicado, según la información facilitada, en terrenos municipales, en los que prestan a día de hoy el servicio como arrendatarios a cuenta de la adjudicataria del Contrato APARCISA.

Sobre las nuevas circunstancias que inciden en el Contrato

DOCUMENTO SUJETO A REVISIÓN

5.3 De los antecedentes expuestos, se puede seguir que el Ayuntamiento de Elx se encuentra con tres circunstancias que se identifican como nuevas respecto de la situación originaria del Contrato. Son, en esencia, las siguientes:

- (i) Requerimiento formal de ICOMOS al Ayuntamiento de Elx en sendos informes de 5 de mayo y 30 de noviembre de 2018 de que desista del proyecto actual de las obras del Nuevo Mercado Central por su incidencia negativa en el Misteri de Elx identificado como Patrimonio Inmaterial de la Humanidad –así como en otros elementos y sitios declarados bienes de interés cultural-, pudiendo llegar a perderse tal categoría otorgada por la UNESCO.
- (ii) Existencia de un refugio de la Guerra Civil, identificado como 3B y calificado legalmente como Bien de Relevancia Local, el cual, según el informe de la Jefe de la Sección Técnica de Patrimonio Cultural municipal de 21 de mayo de 2018, se vería afectado por las obras proyectadas suponiendo su total desaparición.
- (iii) Hallazgo de una necrópolis islámica en los alrededores del Mercado Central con, hasta el momento, 120 enterramientos en 116 fosas y cuyo alcance y trascendencia desde el punto de vista histórico-patrimonial se ha requerido que sea analizado por la Conselleria competente en materia de cultura.

- Sobre el refugio 3B de la Guerra Civil existente en la zona afectada por el Proyecto de Mercado Central.

5.4 Tal y como ya hemos expuesto con anterioridad, en la zona de actuación del proyecto de obras del Mercado Central se encuentran dos refugios de la Guerra Civil, en concreto, el 3B y el 3C.

5.5 Conforme al informe del Jefe de la Sección Técnica de Patrimonio Cultural del Ayuntamiento de Elx de fecha 21 de mayo de 2018, la excavación del sótano del aparcamiento propuesto en el proyecto del Nuevo Mercado Central, en principio no afectaría al trazado del refugio 3C. Sin embargo, sí afectaría “*de forma sustancial*” al refugio 3B, pues supondría su total desaparición -del resto de la caja de escalera como elemento más significativo, así como de parte de la galería-.

- 5.6 Es necesario tener en cuenta que, si bien en el momento en el que comenzaron las excavaciones el vigente Plan General de Ordenación Urbana de Elx no contemplaba un nivel de protección específico para este tipo de refugios de la Guerra Civil al no estar incluidos en el Plan Especial de Protección de Edificios y Conjuntos del Término Municipal de Elx (Catálogo de Protección), la Ley 9/2017 que modificó la LPCV, introduce dentro del reconocimiento legal de Bienes Inmuebles de Relevancia Local este tipo de refugios de la Guerra Civil:

“Disposición adicional quinta. Reconocimiento legal de Bienes Inmuebles de Relevancia Local, en atención a su naturaleza patrimonial.

Tienen la consideración de bienes inmuebles de relevancia local, y con esta denominación deberán ser incluidos en los respectivos catálogos de bienes y espacios protegidos, las siguientes categorías de elementos arquitectónicos:

(...)

3. El patrimonio histórico y arqueológico civil y militar de la Guerra Civil en la Comunitat Valenciana, además de los espacios singulares relevantes e históricos de la capitalidad valenciana, como todos aquellos edificios que se utilizaron de sede del gobierno de la República, además de los espacios relevantes que utilizaron personajes importantes de nuestra historia durante el período de guerra de 1936 a 1939. Todos estos inmuebles deben estar contruidos con anterioridad al año 1940.

En relación con este patrimonio histórico y arqueológico de la Guerra Civil, sin perjuicio de su reconocimiento legal de bien de relevancia local a la entrada en vigor de esta ley, la conselleria competente en materia de cultura, con la colaboración de la Junta de Valoración de Bienes, deberá ejecutar un inventario específico de estos bienes en el que se diferenciará explícitamente entre bienes protegidos y bienes solo a documentar, conforme a su relativa importancia patrimonial. Así como los lugares de la memoria, que pasarán a ser documentados por su importancia histórica.”

DOCUMENTO SUJETO A REVISIÓN

- 5.7 Según el informe del Jefe de la Sección Técnica de Patrimonio Cultural del Ayuntamiento de Elx de fecha 20 de noviembre de 2017, se habrían iniciado por parte del Ayuntamiento de Elx los trabajos de revisión y actualización del actual Catálogo de Protección del planeamiento general del Elx y está prevista la inclusión de la totalidad de estos bienes como Bienes Inmuebles de Relevancia Local, sin perjuicio de su reconocimiento como tal en la citada disposición adicional quinta de la LPCV.
- 5.8 Por su parte el artículo 18 de la LPCV establece la obligación de los titulares y poseedores por cualquier título de bienes incluidos en el Inventario General del Patrimonio Cultural Valenciano de *"conservarlos y mantener la integridad de su valor cultural"*.
- 5.9 En el mismo sentido, el artículo 20 de la citada LPCV bajo la rúbrica de *Prohibición de derribo*, dispone que los *"bienes inmuebles incluidos en el Inventario General del Patrimonio Cultural Valenciano no podrán derribarse, total o parcialmente, mientras en vigor su inscripción en el Inventario"*.
- 5.10 Además, el artículo 50 de la citada LPCV aplica a los Bienes de Relevancia Local el régimen general de los bienes inmuebles del Inventario General del Patrimonio Cultural Valenciano y lo dispuesto en la legislación urbanística respecto de los bienes catalogados.
- 5.11 Igualmente, el artículo 2 del Decreto 62/2011 establece que, sin perjuicio de su definitiva evaluación e inscripción en los correspondientes catálogos municipales de bienes y espacios protegidos, tienen también la consideración de Bienes Relevancia Local los elementos individuales a los que se refiere la disposición adicional quinta de la LPCV –entre los que se recogen los refugios de la Guerra Civil objeto de análisis-.
- 5.12 Como se dijo, se desprendería de dicho precepto, así como de la propia redacción literal de la citada disposición adicional quinta de la LPCV, que el mero reconocimiento legal que disposición adicional realiza de los refugios como Bienes Inmuebles de Relevancia Local sea bastante para otorgarle el nivel de protección que estos bienes tienen ex artículo 50 de la LPCV, sin perjuicio como refiere el citado artículo 2 del Decreto 62/2011 se proceda posteriormente por el Ayuntamiento de Elx a su formal catalogación –para lo que se habrían iniciado los trabajos tal y como refiere, según hemos ya

DOCUMENTO SUJETO A REVISIÓN

indicado, el informe del Jefe de la Sección Técnica de Patrimonio Cultural del Ayuntamiento de Elx de fecha 20 de noviembre de 2017-.

- 5.13 En efecto, el artículo 10 del Decreto 62/2011 establece el régimen de protección atribuible a estos bienes hasta su definitiva inclusión en el Catálogo de Bienes y Espacios Protegidos, estableciendo que únicamente se permitirá sobre los mismos actuaciones de mera conservación y mantenimiento. –*“aquellas tendentes a evitar el menoscabo producido por el transcurso del tiempo, y que tienen como fin mantener el edificio en correctas condiciones de seguridad, salubridad y ornato, sin que, en ningún caso, se pueda alterar la estructura portante, la estructura arquitectónica y la distribución interior, ni el diseño exterior del inmueble, incluidos sus elementos artísticos y acabados ornamentales”*-. En concreto refiere el artículo 10 del citado Decreto 62/2011 lo que sigue:

“Hasta su definitiva inclusión en el correspondiente Catálogo de Bienes y Espacios Protegidos, en los bienes para los que los ayuntamientos hayan manifestado su compromiso formal de iniciar los trámites urbanísticos oportunos para su declaración como bienes inmuebles de relevancia local, así como para los elementos individuales comprendidos en la disposición adicional quinta de la Ley 4/1998, de 11 de junio, de la Generalitat, del Patrimonio Cultural Valenciano, únicamente se permitirán, previa licencia municipal o documento de análoga naturaleza, actuaciones de conservación y mantenimiento”

- 5.14 Es necesario tener en cuenta que el artículo 13 del Decreto 62/2011 dispone que el subsuelo de los Bienes inmuebles de Relevancia Local tiene la consideración de áreas de vigilancia arqueológica y, por lo tanto, le es de aplicación las cautelas arqueológicas establecidas en el artículo 62 de la LPCV –el promotor de cualquier tipo de obra deberá aportar ante la Consellería competente en materia de cultura un estudio previo suscrito por técnico competente sobre los efectos que aquéllas pudieran causar en los restos de esta naturaleza-.

- 5.15 Sentado lo anterior, parece que a la vista del propio informe del Jefe de la Sección Técnica del Patrimonio Cultural del Ayuntamiento de Elx de 21 de mayo de 2018, la ejecución del proyecto de obras del Nuevo Mercado Central tal y como se encuentra actualmente previsto supondría un daño irreparable

en el refugio 3B de la Guerra Civil en tanto en cuanto supondría, como se dice en dicho informe, *"su total desaparición"*.

- 5.16 Esta situación podría desembocar en la comisión de una o varias infracciones administrativas de las previstas en el artículo 97 de la LPCV –que define *"infracción administrativa"* como *"las acciones u omisiones contrarias a lo dispuesto en esta ley"* y la consiguiente incoación por parte de la Generalitat Valenciana del oportuno procedimiento sancionador.
- 5.17 Es necesario tener en cuenta que el artículo 98 de la LPCV establece que serán responsables de estas infracciones administrativas los que realizaren las acciones u omisiones que las constituyen así como, tratándose de actuaciones arqueológicas o paleontológicas no autorizadas, serán responsables todos aquellos que, directa o indirectamente, hubieren intervenido en las mismas y que conforme al Código Penal tendrían la consideración de autores o cómplices.
- 5.18 Vemos, por lo tanto, como en el caso de actuaciones arqueológicas podrá responder no sólo el autor material de la acción u omisión tipificada –que podría llegar a ser APARCISA en nuestro caso-, sino también cualquier otro sujeto –por ejemplo, el Ayuntamiento de Elx en el supuesto en examen- que, directa o indirectamente, hubiera intervenido en esa conducta.
- 5.19 Sin ánimo exhaustivo y a modo meramente enunciativo, sirvan de ejemplo las siguientes infracciones tipificadas en el artículo 97 de la LPCV:
- (i) El incumplimiento del deber de conservar y mantener por parte del titular la integridad del valor cultural de los bienes incluidos en el Inventario General del Patrimonio Cultural Valenciano¹.
 - (ii) La realización de cualquier tipo de intervención sobre un bien inmueble incluido en el Inventario General con el incumplimiento de los- trámites previstos en la presente ley.

¹ Es necesario señalar que el apartado 5 del artículo 97 de la LPCV establece que, a los efectos de lo previsto en dicho precepto, se equiparan a los bienes incluidos en el Inventario aquellos respecto de los que se haya iniciado el correspondiente procedimiento para su inscripción en éste.

DOCUMENTO SUJETO A REVISIÓN

- (iii) La causación de daños a bienes incluidos en el Inventario.
- (iv) El otorgamiento de licencias municipales u otros actos administrativos de eficacia habilitante con infracción de lo previsto en la ley.
- (v) La realización de actuaciones arqueológicas o paleontológicas, así como el otorgamiento de licencia municipal u otro acto administrativo de eficacia habilitante cuando fuere preceptiva, sin la autorización de la Conselleria competente en materia de cultura.
- (vi) La no suspensión inmediata de las obras con motivo del descubrimiento de restos arqueológicos o paleontológicos.
- (vii) El derribo, total o parcial, de los inmuebles incluidos en el Inventario, así como el otorgamiento de licencias de demolición contraviniendo la prohibición expresa del artículo 20 de la LPCV.
- (viii) La realización de cualquier tipo de intervención sobre un bien inmueble incluido en el Inventario General con incumplimiento de los trámites previstos en la LPCV.

5.20 Las infracciones previstas en el artículo 97 de la LPCV y que ocasionen daños al patrimonio cultural valorables económicamente serán sancionadas –según el artículo 99.1 de la misma LPCV- con multa del tanto al cuádruplo del valor del daño causado.

5.21 En el resto de supuestos, el artículo 99.2 de la LPCV establece las siguientes sanciones:

- (i) Para las infracciones leves, multa de hasta 60.000 euros.
- (ii) Para las infracciones graves, multa de 60.001 euros a 150.000 euros.
- (iii) Para las infracciones muy graves, multa de 150.0001 euros a 1.300.000 euros.

DOCUMENTO SUJETO A REVISIÓN

- 5.22 Se prevé además que la cuantía de la sanción no podrá ser en ningún caso inferior al beneficio obtenido por el infractor, pudiéndose aumentar las cuantías al de las multas hasta el límite de dicho beneficio.
- 5.23 Además, independientemente de las sanciones anteriormente indicadas, se podrá, previo requerimiento, imponer a quienes se hallen sujetos al cumplimiento de las obligaciones establecidas en esta LPCV multas coercitivas, reiteradas por períodos de un mes, hasta obtener el cumplimiento de lo ordenado.
- 5.24 Igualmente, los responsables de las infracciones que hubieren ocasionado daños al patrimonio cultural estarán obligados a reparar los daños causados y, en cuanto fuera posible, a restituir las cosas a su debido estado –y en caso de incumplimiento de esta obligación, la Conselleria de Cultura, Educación y Ciencia llevará a cabo las actuaciones de reparación y restitución necesarias, a costa del infractor.
- 5.25 Al respecto de bunker 3B no puede perderse de vista asimismo que, de acuerdo con el artículo 20 de la Ley 14/2017, este tipo de infraestructura de la Guerra Civil puede ser considerado lugar de la memoria democrática de la Comunidad Valenciana, que deberá inscribirse en el Catálogo de lugares e itinerarios de la memoria democrática de la Comunitat Valenciana (artículo 21 de la Ley 14/2017), lo que conllevará la atribución de un régimen protección que, en términos generales, supone la prohibición de su derribo y, en principio, la suspensión de cualquier clase de obra o intervención en él (artículos 24 y 26 de la Ley 14/2017) –so pena de incurrir en infracciones previstas en dicho texto legal que pueden llegar a ser sancionadas con multa de hasta 150.000 euros (artículo 63)-.
- 5.26 En el ámbito de la ejecución del Contrato, una de las vicisitudes que dicha ejecución puede encontrar radica en el análisis de los hechos en el caso de que la ejecución pudiera derivar y llegar a ser constitutiva de alguno de los delitos recogidos en el Título XVI, Capítulo II del CP.
- 5.27 En particular, el artículo 321 del CP prevé sanciones en los supuestos de que, dolosa o imprudentemente, se cometan daños a edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental como podría darse en el caso del refugio analizado en este apartado. Por su parte, el artículo 323 del CP castiga a quien cause daño a bienes de valor histórico,

DOCUMENTO SUJETO A REVISIÓN

artístico, científico, cultural o monumental, así como en yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos –sin exigir la singular protección a la que se refiere el artículo 321-.

5.28 No obstante, el Ayuntamiento de Elx no podría ser sujeto activo de estos delitos como consecuencia de que el artículo 31 quinqués del CP prevé la no aplicación de las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a las Administraciones Públicas.

5.29 Asimismo, los tipos penales antes señalados -recogidos en el Título XVI, Capítulo II del CP -no vienen incluidos en el catálogo "*numerus clausus*" de delitos que puede cometer la persona jurídica, por lo que APARCISA, en su condición de persona jurídica tampoco podría ser sujeto activo de estos delitos –dicho sea sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal de las personas físicas integrantes de las personas jurídicas anteriormente referidas y de la responsabilidad civil derivada del delito, de la que pueden las personas jurídicas-.

- *Necrópolis islámica aparecida en las inmediaciones del Nuevo Mercado Central*

5.30 Según la información a la que se ha tenido acceso para emitir el presente informe, la Conselleria competente en materia cultura estaría esperando los informes a elaborar por APARCISA en relación con los hallazgos encontrados en la necrópolis islámica para presentar sus conclusiones al respecto sobre si los citados restos tienen suficiente valor como para ser protegidos o si, de lo contrario, es posible continuar con la ejecución del aparcamiento subterráneo en el subsuelo del Mercado Central.

5.31 En la hipótesis de que se concluyera, al igual que ha ocurrido con el refugio 3B de la Guerra Civil, que los restos encontrados son susceptibles de protección debiendo incluirse en el patrimonio cultural valenciano –o sujetarse a la protección se determine oportuna-, si se considera que la ejecución del Proyecto de Mercado Central es incompatible con el deber de protección, conservación y mantenimiento de dichos restos, en caso de continuarse las obras a pesar de tal circunstancia se podría dar el mismo supuesto analizado anteriormente y la imposición de las correspondientes sanciones administrativas.

- Incidencia negativa en el Misteri d'Elx

5.32 Tal y como hemos expuesto en los antecedentes, el Misteri d'Elx fue declarado Bien de Interés Cultural Monumento Nacional en el año 1931 y fue incluido por la UNESCO en el año 2001 en la primera Proclamación de las Obras Maestras del Patrimonio Oral e Inmaterial de la Humanidad.

5.33 Según ha manifestado el ICOMOS en su informe de 5 de mayo 2018 – ratificado por otro de 30 de noviembre del mismo año- el Proyecto de Mercado Central y su aparcamiento resulta incompatible con las características exigibles al entorno de un bien inscrito como *"Obra Maestra del Patrimonio Oral e Inmaterial de la Humanidad"*, por cuanto supone una alteración del mismo y, como se afirma en los meritados informes, podría repercutir negativamente en los valores que llevaron a inscribirlo como Patrimonio Inmaterial de la Humanidad.

5.34 Es más, los informes concluyen proponiendo el desistimiento del Proyecto del Nuevo Mercado Central refiriendo lo siguiente:

"Por todo lo cual el Comité Nacional Español de ICOMOS propone el desistimiento del proyecto "Nuevo Mercado Central en Elche, con Aparcamiento subterráneo y Urbanización del entorno" en sus términos actuales, para evitar una alteración del ámbito de la zona en la que se desarrollan diversas funciones ligadas a la Fiesta del Misterio de Elche, lo que podría producir un menoscabo del valor por el que fue incluido en la lista de UNESCO."

5.35 La Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO firmada en París en el año 2003 establece en su artículo 31 que el Comité incorporará a la Lista representativa del patrimonio cultural inmaterial de la humanidad los elementos que, con anterioridad a la entrada de vigor de esta Convención, hubieran sido proclamados *"Obras Maestras del Patrimonio Oral e Inmaterial de la Humanidad"* y que con fecha posterior a la entrada en vigor de dicha Convención no se efectuaría ya ninguna otra proclamación.

5.36 Como consecuencia de ello, el Misteri d'Elx se incorporó a Lista representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad de la UNESCO en el año 2008 –si bien, como ya hemos indicado fue declarado en

el año 2001 como Obra Maestra del Patrimonio Oral e Inmaterial de la Humanidad.

- 5.37 La Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO firmada en París en el año 2003 establece, efectivamente, en su artículo 40 la posibilidad de suprimir un elemento inscrito en Lista representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad refiriendo lo siguiente:

“Se podrá suprimir un elemento de la Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad cuando el Comité determine que ya no cumple uno o varios de los criterios exigidos para su inscripción en ella.”

- 5.38 Los criterios de inscripción en la Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad se recogen en el artículo 2 de la citada Convención refiriendo lo que sigue:

“En los expedientes de candidatura se requiere al (a los) Estado (s) Parte (s) solicitante (s) que demuestre (n) que el elemento propuesto para la inscripción en la Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad reúne todos los criterios enumerados a continuación:

R.1.- El elemento es patrimonio cultural inmaterial, en el sentido del Artículo 2 de la Convención.

R.2.- La inscripción del elemento contribuirá a dar a conocer el patrimonio cultural inmaterial, a lograr que se tome conciencia de su importancia y a propiciar el diálogo, poniendo así de manifiesto la diversidad cultural a escala mundial y dando testimonio de la creatividad humana.

R.3.- Se elaboran medidas de salvaguarda que podrían proteger y promover el elemento.

R.4. El elemento se ha propuesto para inscripción tras haber logrado la participación más amplia posible de la comunidad, el

grupo o, si procede, los individuos interesados, y con su consentimiento libre, previo e informado.

R.5. El elemento figura en un inventario del patrimonio cultural inmaterial presente en el (los) territorio (s) del (de los) Estado (s) Parte (s) solicitante (s), de conformidad con los Artículos 11 y 12 de la Convención."

5.39 Por lo tanto, podría darse el supuesto, pues así está previsto en la propia Convención, de que la UNESCO, si considerase que el Misteri d'Elx hubiera perdido alguna de las condiciones o criterios que ocasionaron su inclusión en la Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad acordase su eliminación de la misma, lo que, sin perjuicio de que no sea objeto del presente informe por razones obvias, parece razonable que pudiera tener consecuencias negativas para el municipio desde el punto de vista social, reputacional, social y otros ámbitos no jurídicos que, por ello, no pueden ser objeto de examen en el presente informe.

5.40 Llegados a este punto, es necesario tener en cuenta que el Misteri d'Elx aparece igualmente inscrito en el Inventario General del Patrimonio Cultural Valenciano, en su Sección Primera "*Bienes de interés cultural*", siéndole aplicable, por tanto, plenamente la LPCV y, en particular, las infracciones y sanciones previstas en el artículo 97 y siguientes del citado texto legal en caso de que se produzca algún daño o perjuicio en dicho Bien de Interés Cultural o se cometa cualquiera de las infracciones ya indicadas en relación con el otorgamiento de licencias u otro tipo de autorizaciones, de forma análoga a lo ya expuesto en apartados anteriores.

5.41 Al respecto, es necesario recordar lo ya indicado en los antecedentes del presente informe, sobre que el artículo 42 de la Ley del Misteri establece que dicha fiesta será objeto de las medidas de protección y promoción que para los Bienes de Interés Cultural se establecen en la LPCV.

5.42 Llegados a este punto no puede perderse de vista que, de acuerdo con el artículo 4 de la LPHE, la Administración General del Estado tiene competencias para evitar la expoliación del patrimonio histórico español como lo es el Misteri d'Elx -así como el Conjunto del Palmeral incluido en el Jardín-Huerto del Cura, declarado Bien de Interés Cultural Jardín Histórico en el año 1943-. Dice el precepto antedicho lo que sigue:

“A los efectos de la presente Ley se entiende por expoliación toda acción u omisión que ponga en peligro de pérdida o destrucción todos o alguno de los valores de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español o perturbe el cumplimiento de su función social. En tales casos la Administración del Estado, con independencia de las competencias que correspondan a las Comunidades Autónomas, en cualquier momento, podrá interesar del Departamento competente del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma correspondiente la adopción con urgencia de las medidas conducentes a evitar la expoliación. Si se desatendiere el requerimiento, la Administración del Estado

Sobre la eventual incidencia de las circunstancias expuestas en el Contrato y su posible resolución

5.43 Pasamos a continuación a analizar las eventuales consecuencias que pudieran tener las nuevas circunstancias a las que nos acabamos de referir en el Contrato.

- Sobre la posible causa de resolución del Contrato

5.44 Ha de señalarse en primer término que, de acuerdo con el régimen transitorio de la LCSP en vigor –Disposición Transitoria Primera-, al Contrato le resulta aplicable el TRCLSP, pues fue la norma bajo la cual se tramitó y adjudicó tal cual consta en la cláusula 2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y en el propio documento contractual.

5.45 Dicho lo cual, vistas tales circunstancias y el resto de la información facilitada para la emisión del presente informe, hemos de examinar si podría estar el Contrato incurso en alguna causa de resolución aplicable al Contrato.

5.46 Pues bien, la regulación de la resolución del Contrato se prevé en la cláusula trigésimo quinta de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y en el VI del Contrato, que refiere al respecto lo siguiente:

“Además de los supuestos de cumplimiento, el contrato se extinguirá por su resolución, acordada por la concurrencia de alguna de las causas previstas en el artículo 223, 237 y 269 del

DOCUMENTO SUJETO A REVISIÓN

TRLCSP dando lugar a los efectos previstos en los artículos 225, 239 del TRLCSP.

La resolución del contrato se regirá por lo establecido con carácter general en los artículos 223 a 225 del TRLCSP y específicamente para el contrato de obras y de concesión de obra pública, en los artículos 237 a 239 y 270 de dicho texto legal, así como en los artículos 109 a 113 y 172 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En todo caso si la resolución del contrato fuese por causas imputable al contratista se estará a lo dispuesto en el artículo 225.4 del TRLCSP, respecto a la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que hubiese sido constituida."

5.47 El artículo 223 del TRLCSP dispone lo que sigue con carácter general sobre las causas de resolución de los contratos que regula:

"Son causas de resolución del contrato:

a) La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 85.

b) La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.

c) El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista.

d) La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento del plazo señalado en la letra c) del apartado 2 del artículo 112.

e) La demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el apartado 6 del artículo 216 o el inferior que se hubiese fijado al amparo de su apartado 8.

DOCUMENTO SUJETO A REVISIÓN

f) El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato.

g) La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I.

h) Las establecidas expresamente en el contrato.

i) Las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en esta Ley."

5.48 Por su parte, el artículo 269 del TRLCSP dispone para los contratos de concesión de obra pública lo que sigue:

"Son causas de resolución del contrato de concesión de obras públicas las siguientes:

a) La muerte o incapacidad sobrevenida del concesionario individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad concesionaria.

b) La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.

c) La ejecución hipotecaria declarada desierta o la imposibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria por falta de interesados autorizados para ello en los casos en que así procediera, de acuerdo con lo establecido en la Ley.

d) El mutuo acuerdo entre el concedente y el concesionario.

e) El secuestro de la concesión por un plazo superior al establecido como máximo sin que el contratista haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones.

DOCUMENTO SUJETO A REVISIÓN

f) La demora superior a seis meses por parte del órgano de contratación en la entrega al concesionario de la contraprestación, de los terrenos o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato.

g) El rescate de la explotación de la obra pública por el órgano de contratación. Se entenderá por rescate la declaración unilateral del órgano contratante, discrecionalmente adoptada, por la que dé por terminada la concesión, no obstante la buena gestión de su titular.

h) La supresión de la explotación de la obra pública por razones de interés público.

i) La imposibilidad de la explotación de la obra pública como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración concedente con posterioridad al contrato.

j) El abandono, la renuncia unilateral, así como el incumplimiento por el concesionario de sus obligaciones contractuales esenciales.

k) Cualesquiera otras causas expresamente contempladas en ésta u otra Ley o en el contrato."

5.49 A la luz de todas las causas que se recogen en los dos preceptos transcritos, de la información y documentación facilitada y revisada para emitir este informe, consideramos que habría argumentos para poder aseverar que podría resultar de aplicación al caso en examen la recogida en la letra g) del artículo 223 del TRLCSP:

"La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I."

5.50 Parece razonable concluir a la vista de las circunstancias expuestas que, al menos en el momento actual², (i) la existencia del bunker 3B, su consideración legal como Bien de Relevancia Local y las consecuencias de las obras contratadas sobre él, así como (ii) la advertencia por ICOMOS de que la ejecución de las obras contratadas supondría la pérdida de la inclusión del Misteri d'Elx en la Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad -sin perjuicio de la incidencia sobre otros bienes de interés cultural-, serán susceptibles de subsumirse en los supuestos del precepto antedicho por generar imposibilidad de ejecutar las obras en los términos pactados inicialmente y la posibilidad cierta de producción de lesiones graves -no menores como vimos- al interés público³.

5.51 En particular y por lo que a los hallazgos arqueológicos se refiere, hemos de señalar a modo de mero ejemplo que, en casos análogos al que nos ocupa, la Administración General del Estado -Delegación del Gobierno en la Comunidad Valenciana- y el Consejo de Estado, han apreciado como causa de resolución contractual el descubrimiento de restos arqueológicos que no permiten la ejecución de una obra pública -véase el bunker 3B en nuestro caso-. Así, en su dictamen núm. 644/2014, de 17 de julio⁴, se dice lo que sigue:

² A la espera de las conclusiones sobre la necrópolis islámica por la Conselleria competente en materia de cultura.

³ Así como a otros que se pudieran detectar en el ámbito a medida en que se fuera avanzando con la ejecución de las obras.

⁴ Sin perjuicio de que lo analizado en ese dictamen del máximo órgano consultivo estatal era una resolución de un contrato de asistencia técnica del proyecto de unas obras en el Palacio del Temple en Valencia -declarado como bien de interés cultural por su condición de monumento histórico artístico- y que la resolución lo fue por desistimiento de la Administración General del Estado sobre la base de una normativa de contratos anterior a la aquí aplicable, de este caso merece ser destacado cómo tanto la Delegación de Gobierno en la Comunidad Valencia como el propio Consejo de Estado identifican, como se dijo, la aparición de restos arqueológicos como causa de resolución contractual -decidiéndose en ese caso continuar los trabajos del contrato resuelto a través de medios propios de la Administración estatal por las razones que se entendieran oportunas-. Existen otros ejemplos de resolución de contratos de obras por los mismos motivos -hallazgos arqueológicos-, pudiendo citarse la resolución por mutuo acuerdo del contrato de ejecución de obras públicas de rehabilitación del conjunto del Castillo y la Almudaina para Parador de Turismo de Ibiza.

"(...) aparece como cabal y suficiente la relevancia legitimadora que adquiere el hallazgo de restos arqueológicos en una edificación con carácter de Monumento Histórico Artístico de carácter nacional, como el que ha tenido lugar. Tal circunstancia permite reconocer sin discusión el concurso de un interés público en la dirección de las obras con medios propios de la Administración y por tanto en la resolución del contrato por desistimiento."

5.52 Hay que destacar, sin perjuicio de lo que se dirá, que el artículo 223 g) del TRLCAP contempla para la aplicación de la causa de resolución, que no resulte posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I del propio TRLCSP.

5.53 El título V del libro I del TRLCSP se compone de los artículos 105 a 108, los cuales, en resumen, establecen que, para que un contrato del sector público pueda modificarse tiene que estar así previsto claramente en el mismo, estableciéndose en todo caso unos límites que se recogen en el artículo 107 en particular para supuestos no contemplados en el contrato de que se trate. Este precepto dispone lo que sigue:

"1. Las modificaciones no previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación solo podrán efectuarse cuando se justifique suficientemente la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias:

a) Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas.

b) Inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares, puestas de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y que no fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la

DOCUMENTO SUJETO A REVISIÓN

elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas.

c) Fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos.

d) Conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos que la mejoren notoriamente, siempre que su disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato.

e) Necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato.

2. La modificación del contrato acordada conforme a lo previsto en este artículo no podrá alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, y deberá limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

3. A los efectos de lo previsto en el apartado anterior, se entenderá que se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato en los siguientes casos:

a) Cuando la modificación varíe sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada.

b) Cuando la modificación altere la relación entre la prestación contratada y el precio, tal y como esa relación quedó definida por las condiciones de la adjudicación.

c) Cuando para la realización de la prestación modificada fuese necesaria una habilitación profesional diferente de la exigida para el contrato inicial o unas condiciones de solvencia sustancialmente distintas.

DOCUMENTO SUJETO A REVISIÓN

d) Cuando las modificaciones del contrato iguallen o excedan, en más o en menos, el 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato; en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite.

e) En cualesquiera otros casos en que pueda presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas."

- 5.54 Cobra especial relevancia este precepto desde el momento en que, en lo que ahora interesa, la cláusula vigesimoséptima del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares recoge que el órgano de contratación solo podrá introducir modificaciones en el Contrato por razones de interés público en los casos y con los límites fijados en el artículo 107 del TRLCSP, estableciéndose que esas modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, ciñéndose tan solo a las variaciones estrictamente indispensables para dar respuesta a la causa objetiva que las haga necesarias.
- 5.55 Esta regulación del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del Contrato, como vemos, redirige al artículo 107 del TRLCSP, debiendo servir este de guía para contrastar si, conforme al artículo 223 g) del mismo texto legal, no es posible modificar el Contrato y, por consiguiente, procede la resolución por las causas que en ese último precepto constan.
- 5.56 Descendiendo al caso en examen, corresponderá a los servicios técnicos del Ayuntamiento de Elx determinar si no es posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I del TRLCSP y en concreto al artículo 107 de este último llegado el caso. No obstante, a la vista de las circunstancias ya expuestas sobre la existencia del bunker 3B y el requerimiento de ICOMOS con las consecuencias descritas, no parece con los datos a nuestro alcance –y dicho sea con las cautelas debidas– irrazonable pensar que pueda haber argumentos para prever que la reconsideración del proyecto de las obras del Nuevo Mercado Central exigida por ICOMOS, junto con el replanteamiento que derive de la obligatoria salvaguarda del bunker 3B por su condición de Bien de Relevancia Local -

con la necesidad de modificar incluso del Catálogo del PRIM-⁵, impiden modificar el Contrato sin afectar a las condiciones esenciales de la licitación y la adjudicación. Y ello, por cuanto que el alcance de la alteración que estas cuestiones produzcan tenga tal trascendencia que pueda presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas -y dicho sea sin perjuicio también de que las modificaciones que deriven de todo ello puedan superar el 10 por cien del precio de adjudicación del Contrato (lo que se habrá de analizar asimismo en el expediente oportuno por los servicios técnicos municipales llegado el caso)-.

- 5.57 Sentado lo anterior, considerando que las modificaciones contractuales, así como la resolución, deben estar basados en el interés público, no debe dejar de remarcarse que, de seguirse las obras tal cual están definidas, podrían tanto el Ayuntamiento como la propia APARCISA incurrir en graves responsabilidades administrativas respecto del patrimonio histórico y cultural.

- Sobre los efectos de la resolución del Contrato. En particular en materia de indemnización al contratista

- 5.58 Llegados a este punto, procede que examinemos cuáles podrían ser las consecuencias derivadas de la resolución del Contrato en el escenario antes descrito.

- 5.59 En este sentido, lógicamente tendría el Ayuntamiento de Elx que incoar el pertinente procedimiento en el que se justificara en debida forma la causa de la resolución contractual, debiendo entrar a analizar los efectos de la resolución en cuanto a la comprobación y medición de lo eventualmente realizado por el contratista al momento de la incoación, al mantenimiento o no de la garantía definitiva y, en particular, a los aspectos económicos e indemnizatorios por su especial regulación en el supuesto analizado.

⁵ Sin perjuicio de lo que pueda resultar del análisis de la necrópolis islámica.

DOCUMENTO SUJETO A REVISIÓN

- 5.60 A este último respecto, como se dijo, tanto la cláusula 5.2 de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares como la cláusula III del Contrato, bajo la rúbrica de “Financiación” establecen lo que sigue:

“Las obras públicas objeto de este contrato serán financiadas por el concesionario que, en todo caso, asumirá el riesgo de la inversión realizada. Si durante la ejecución del contrato o como resultado de las excavaciones arqueológicas deviniese la imposibilidad de ejecución del objeto del contrato, se entenderá que forma parte del riesgo asumido por el concesionario, sin que pueda dar lugar, en ningún caso, a indemnización de los gastos en que el concesionario hubiere podido incurrir.”

- 5.61 De este específico régimen recogido en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y en el propio Contrato se seguiría a nuestro juicio que, sobre la base del principio de riesgo y ventura que rige en todo contrato del sector público, el Ayuntamiento de Elx y APARCISA pactaron de forma expresa que, debido a la singularidad de la obra pública a ejecutar – en un ámbito de actuación ciertamente complejo por la concurrencia de numerosos elementos patrimoniales, histórico-culturales, arqueológicos como los de la zona del mercado de la ciudad-, el contratista asumía que pudiera darse la circunstancia de no poder llevarse a cabo la obra encomendada y asumía con ello asimismo –pues así consta que se estipuló de forma expresa por ambas partes contratantes tal cual hemos visto- que en esa hipótesis no tendría derecho a indemnización alguna por los gastos que hubiera soportado.

- 5.62 Así las cosas, al amparo de esta cláusula aceptada libremente por APARCISA, el Ayuntamiento de Elx tendría argumentos para resolver el Contrato sin indemnización alguna a favor de APARCISA por los gastos en que hubiera incurrido esta última hasta el momento de la resolución. Habida cuenta además de que la explotación de la concesión no habría siquiera comenzado, esos mismos argumentos serían susceptibles de servir a la Administración municipal para no reconocer ningún otro tipo de indemnización por tal concepto.

- 5.63 No estaríamos consiguientemente -y por todo lo visto- ante un caso de compensación ante la concurrencia de un riesgo imprevisible como causa de indemnización a los contratistas de contratos del sector público en los

DOCUMENTO SUJETO A REVISIÓN

términos en que el concepto ha sido acuñado por la jurisprudencia. En este sentido, puede traerse aquí la Sentencia núm. 1908/2017, de 5 diciembre, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que rechazó una petición formulada por un concesionario de una mayor indemnización derivada del devenir de una concesión de una autopista sobre la base de los siguientes argumentos que por analogía consideramos que pudieran resultar aquí aplicables:

"Pues bien, ese error de previsión sobre la evolución del tráfico es imputable a la recurrente y entra dentro del riesgo y ventura que todo contrato comporta, la previsión de ganancias o pérdidas, como en cualquier negocio jurídico, sin que quepa trasladar a la Administración el "alea" asumido por la contratista.

Así resulta de aplicación el fundamento de derecho Octavo de la sentencia de esta Sala de 4 de febrero de 2014 (RJ 2014, 1852) (rec. cas. núm. 486/2011), a su vez reiterado en la de 17 de noviembre de 2015 (rec. cas. núm. 2969/2014), expresándose la primera en los siguientes términos:

*«[...] Ninguna duda existe, de que **independientemente de los estudios realizados por la Administración también incumbe realizarlo a las partes que se presentan al concurso. Y aquí además de los cálculos realizados por la administración en sus documentos preparatorios la finalmente concesionaria, ahora recurrente, también realizó los suyos propios**.... El planteamiento que realiza la demandante parece pretender presentar el contrato aquí concernido, concesión de servicios públicos, como si fuera un contrato de los denominados en el ámbito civil como de adhesión a lo redactado por la administración adhiriéndose sin más el licitador/futuro contratista prestando su consentimiento a una relación bilateral que usualmente no se reputa equilibrada. El anterior esbozo no resulta certero. Así tiene razón el Abogado del Estado cuando invoca el contenido de la cláusula 8 del Pliego de cláusulas administrativas generales para autopistas de peaje, aprobado por. Decreto 215/1973, de 25 de enero (RCL 1973, 281) . No está de más recordar que entre los múltiples extremos que deben comprender las proposiciones a presentar por los concursantes" está: t) Plan económico-financiero de la futura Sociedad, que será*

dividido, a efectos de su presentación en dos partes: 1. Previsiones de resultados económicos, acompañadas de la comprobación de la viabilidad económica del proyecto, cálculo del rendimiento de la inversión y fundamentación del nivel de tarifas propuesto para alcanzar el equilibrio económico durante el periodo concesional. En este programa se especificarán los ingresos y gastos de explotación, financieros y amortizaciones. 2. Previsiones financieras, cuya finalidad consiste en verificar la coherencia y compatibilidad entre las disponibilidades monetarias y la aplicación de estos medios de financiación. En este programa se considerarán como disponibilidades monetarias las aportaciones de capital, el volumen de préstamos con el periodo de financiación máximo previsto en la cláusula 46, los fondos procedentes de amortizaciones y saldo de resultados y como gastos las inversiones y amortizaciones financieras. La presentación formal de ambos programas se hará siguiendo los modelos que se inserten en los correspondientes pliegos particulares". [...] Si ambas partes contratantes erraron de forma amplia en sus cálculos por no prever factores que podían afectar a los mismos (la paralización/disminución del desarrollo urbanístico en el entorno atendido, la crisis económica que reduce la movilidad....) no puede ahora la concesionaria imputar tal error a la Administración. No se vislumbra, ni tampoco se ha aducido que el pliego no respondiera al principio de transparencia en el sentido declarado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto a que "todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma" (111, ST Justicia de 29 de abril de 2004, asunto 496/1999, CAS Succhi di Frutta SpA).

Debe subrayarse que una característica del contrato de concesión es el, riesgo y ventura del contratista. El art. 98 del RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio mantiene el tradicional principio de la contratación pública sobre que la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista sin perjuicio de lo establecido en el art. 144 para el de obras, que aquí no es el caso. Ninguna duda existe acerca de que el riesgo y ventura se refiere, como dijo la STS de 31 de marzo de 1987 (RJ 1987, 2120) reiterando jurisprudencia anterior, a acaecimientos ajenos a la

esfera de actuación de las partes contratantes lo que elimina lo que provenga de su propio actuar. **Es consustancial a la contratación pública que el riesgo corre a cargo del contratista. Mas también que debe diferenciarse de elementos extraños al contrato que pueden afectar a su curso normal dando lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión como mecanismo capaz de asegurar el fin público de la obra o servicio en circunstancias normales.**

Atendido al desarrollo de la licitación, más arriba expuesta, ninguna duda ofrece que la merma de flujos de vehículos no constituye un riesgo imprevisible sino consecuencia del riesgo y ventura contractual que la licitadora debió examinar y examinó al participar en el concurso. No

conviene olvidar que en el Pliego de cláusulas administrativas que ha de regir el contrato de concesión de obras públicas en cuestión al referirse al Plan económico- financiero y concretamente a la Memoria explicativa a incluir por los licitadores dice que la Memoria contendrá como mínimo: a. 1.1. Estudios de tráfico y de la estrategia de tarifas adoptada: "Análisis del tráfico previsto a través del cálculo de generación y asignación del mismo. Los licitadores deben considerar el estudio de tráfico de la Documentación Base como informativo, realizando sus propios análisis y en el caso que asuman el resultado de dicho estudio deberán declarar expresamente que lo han analizado y que lo asumen sin que puedan derivar ningún tipo de responsabilidades a la Administración concedente". Añade el punto 37.1 sobre Asunción de riesgos que el concesionario asume "el riesgo y ventura de la evolución del tráfico, sin que pueda reclamarse de la Administración compensación alguna por el hecho de que la evolución real de tráfico difiera de lo previsto en las previsiones .de tráfico aportadas por la Administración contratante o el concesionario". [...]. Es hecho notorio que las crisis económicas acontecidas en los siglos XX/XXI han sido cíclicas así como que el desarrollo urbanístico no siempre progresa sino que, en ocasiones, se paraliza. No constituye, pues, una realidad inesperada aunque pueda desconocerse el momento exacto de producción. Actualmente llevamos años en crisis económica pero en época no muy lejana, década de los 1990 hubo otra crisis

económica mundial que también afectó a España provocando reducción de la actividad económica y de consumo. Por ello los estudios de viabilidad de una autopista han de prever no solo un contexto, el alza, sino también las circunstancias económicas que pueden provocar la disminución del consumo [...]».

- 5.64 Sentado lo anterior, ha de señalarse cautelarmente que APARCISA tendría ciertamente complicado ahora mostrar su disconformidad o discutir la legalidad de la cláusula 5.2 de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares como de la cláusula III del Contrato que contempla la no compensación al contratista en los términos vistos. No podría hacerlo por cuanto que aceptó tal cláusula en ambos casos –cuando se presentó a la licitación y cuando firmó el Contrato–, siendo además pacífico que el pliego es la ley del contrato en la terminología clásica contractual administrativa y sin que la jurisprudencia permita la impugnación indirecta de los pliegos a través de una acción directa contra un acto emitido en aplicación de los mismos. De ello constituye una muestra la Sentencia 28 de junio de 2004 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo:

*“El referido conjunto de motivos viene a reiterar en casación lo que en la demanda de la instancia figuraban como «Irregularidades en los Pliego», que no pueden ser acogidas con base en la doctrina de esta Sala que considera que **las cláusulas y prescripciones técnicas contenidas en los actos preparatorios del contrato, fundamentalmente en los pliegos de cláusulas y prescripciones técnicas, en cuanto no fueron oportunamente impugnadas han de considerarse aceptadas, de manera especial por quienes, como la recurrente, han concurrido a la correspondiente licitación.** Y, dejando al margen otras consideraciones, esto es lo que ha de entenderse que viene a señalar la sentencia recurrida, en su fundamento jurídico segundo, al afirmar que los motivos del recurso referidos a la preparación del contrato administrativo constituyen alegaciones del actor extemporáneas e intrascendentes.*

*Como tuvo ocasión de señalar esta Sala, en sentencia de 4 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 8158) , **puede resultar contrario a la buena fe, que debe presidir la vida del contrato, el que***

se consienta una o varias cláusulas o prescripciones técnicas, aceptando el procedimiento de contratación pública mediante la propia participación y luego, al no resultar adjudicatario, impugnar la adjudicación argumentando que los actos de preparación consentidos son contrarios al ordenamiento jurídico.

En definitiva, la naturaleza contractual, y no reglamentaria, de los Pliegos de cláusulas explica y justifica que la falta de impugnación convalide sus posibles vicios, a menos que se trate de vicios de nulidad de pleno derecho; e, incluso, en este caso en que puede entenderse que la denuncia no está sujeta a plazo preclusivo, habría de seguirse una acción de nulidad con sujeción a los criterios generales de ésta, siempre que resultara a salvo el indicado principio de buena fe y la seguridad jurídica a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido, aspirando, incluso, en su día, a la adjudicación.

La perplejidad de la Sala de instancia se refiere a la extrañeza que produce el que se pongan reparos de legalidad a la figura misma del contrato o al contenido de las cláusulas por quien había pretendido su adjudicación. Y éste debía entender que al no impugnar el Pliego se convertiría en Ley del contrato siguiendo reiterados criterios jurisprudenciales de esta Sala (sentencias de 4 de abril de 1961 [RJ 1961, 1909] , 31 de marzo de 1975 [RJ 1975, 2385] , 20 de enero de 1977, 23 de junio de 2003 [RJ 2003, 4413] , 16 de enero y 18 de mayo de 2004 [RJ 2004, 3517] entre otras); Pliego para el que, además, resulta aplicable el principio de libertad de pactos con los límites establecidos en el artículo 4 LCAP."

5.65 Hay innumerables ejemplos de esta línea jurisprudencial tanto del Alto Tribunal como de Tribunales Superiores de Justicia⁶, la cual solo es

⁶ Sentencias de 4 de noviembre de 1997 del Tribunal Supremo; Sentencia núm. 1560/2005, de 14 de septiembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana; Sentencia núm. 2145/2015, de 30 de septiembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León; Sentencia núm. 2566/2015, de 11 de noviembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior

excepcionada en contadísimas ocasiones y con carácter restrictivo si la cláusula o cláusulas correspondientes del pliego de que se trate pudiere o pudieren estar incurso/s en supuestos de nulidad de pleno derecho de las así establecidas en la propia legislación de contratos del sector público y de procedimiento administrativo –con la información de la que se dispone, no se encuentran argumentos para apreciar la incursión de la cláusula que ahora nos ocupa de los pliegos del Contrato y del Contrato mismo en alguno de los supuestos de nulidad de pleno derecho de la normativa de procedimiento administrativo⁷-.

- 5.66 Dicho lo cual, es razonable prever no obstante que APARCISA no vaya a estar conforme con la interpretación que se está exponiendo aquí de seguirla el Ayuntamiento de Elx en el eventual expediente de resolución contractual que incoara en su caso esta Administración, y procediera esa empresa a su impugnación a través de las vías que considerara oportunas para defender sus derechos e intereses.

de Justicia de Castilla y León; Sentencia núm. 116/2019, de 1 de abril, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha; Sentencia núm. 861/2011, de 16 de diciembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña; Sentencia núm. 958/2007, de 7 de diciembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura; Sentencia núm. 667/2004, de 23 de septiembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia; Sentencias núm. 697/2003, de 26 de junio y núm. 365/2017, de 13 de septiembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra; y Sentencia núm. 7/2014, de 16 de enero, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior del País Vasco.

⁷ Conforme al artículo 47.1 de la LPAC los supuestos de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos son los siguientes: a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; b) los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio; c) los que tengan un contenido imposible; d) los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta; e) los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados; f) los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición; g) cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley. Hay que tener en cuenta que el artículo 39.1 de la LCSP remite expresamente al artículo 47 de la LPAC en esta materia.

- 5.67 En este sentido, hay que tener en cuenta que el artículo 225.5 del TRLCSP dispone para los casos en que se proceda a resolver un contrato del sector público con causa en el artículo 223 g) del TRLCSP lo que sigue:

"Cuando la resolución se acuerde por las causas recogidas en la letra g) del artículo 223, el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista."

- 5.68 No obstante y por todo lo expuesto, creemos que no resultaría previsible que pudiera prosperar una acción de APARCISA contra la impugnación de la resolución del Contrato al objeto obtener esta mayor indemnización u otra que incluso contemplara en todo o en parte el lucro cesante -sin perjuicio de que no podemos lógicamente anticiparnos al resultado de una acción judicial de la contratista a este respecto o contra la resolución misma dada la incertidumbre inherente a todo proceso seguido ante los tribunales de justicia-.

- Sobre los efectos de la eventual resolución del Contrato respecto de los placeros

- 5.69 En el supuesto de que el Ayuntamiento de Elx optara por la resolución del Contrato, parece evidente que la relación entre APARCISA y los placeros derivada del Contrato estaría abocada lógicamente a la extinción, siendo razonable prever que, en ejercicio de la competencia que le atribuye al Ayuntamiento de Elx en materia de abastos y mercados el artículo 25.2 (i) de la LBRL, esa Administración local habría de mantener el servicio en los términos que pudiera pactar con los placeros que, no en vano y de acuerdo con la información facilitada para la emisión de este informe, están ubicados en terrenos municipales en los que se desarrolla la actividad de Mercado Provisional -siendo que ello coadyuvaría asimismo a evitar posibles reclamaciones por responsabilidad patrimonial del ayuntamiento que pudieran formular los placeros, en caso de que se vieran imposibilitados de continuar con su actividad-.

- 5.70 Sin perjuicio de lo anterior, no es descartable que, en cualquier caso, la resolución del Contrato con APARCISA pudiera resultar en el ejercicio de acciones de responsabilidad patrimonial contra al Ayuntamiento de Elx y civiles frente a APARCISA a consecuencia de la pérdida de su condición actual

de arrendatarios en el Mercado Provisional. En este sentido, habrían de probar la concurrencia de un lucro cesante y daño emergente producto –si es que se diera la circunstancia- del eventual empeoramiento de las condiciones iniciales de su situación en el Mercado Provisional y la tardanza o no materialización del proyecto del nuevo Mercado Central.

- 5.71 No obstante y como se dijo, cualquier tipo de acción resarcitoria, de naturaleza administrativa –responsabilidad patrimonial- o civil que se quisiera ejercitar por los placeros en el escenario anterior, habría de cumplir los requisitos legales pertinentes y, en particular, en materia de prueba de los daños efectivos que pudieran acreditarse como sufridos por tal circunstancia.

6. Conclusiones

- 6.1 A la vista de la información facilitada para la emisión del presente informe, la continuación del Contrato en sus términos actuales podría generar daños en, al menos en el momento actual, a (i) un bunker o refugio de la Guerra Civil denominado 3B calificado legalmente como Bien de Relevancia Local cuya subsistencia, conforme a los servicios técnicos locales, es inconciliable con la ejecución de las obras del Contrato tal cual están definidas, así como (ii) a la propia declaración como Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad del Misteri d'Elx en la Lista Representativa tal cual ha advertido ICOMOS.

Dicho sea sin perjuicio del resultado de los estudios que lleve a cabo la Conselleria competente en materia de cultura con respecto de la necrópolis islámica también recientemente detectada en la zona –así como de otros hallazgos arqueológicos que pudieran detectarse en una zona tan sensible desde el punto de vista patrimonial como es el que nos ocupa-.

- 6.2 En este sentido, la continuación de las obras podría tener serias consecuencias administrativas para el Ayuntamiento de Elx y la contratista APARCISA.
- 6.3 En este contexto, se encuentran argumentos jurídicos para que el Ayuntamiento de Elx pudiera incoar un expediente de resolución del Contrato

DOCUMENTO SUJETO A REVISIÓN

al amparo del artículo 223 g) del TRLCSP aplicable *rationae temporis* al Contrato.

Este precepto permite la resolución de un contrato del sector público cuando resulte imposible *"ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I."*

- 6.4 A la vista de la información y documentación proporcionada y dicho sea con los datos a nuestro alcance y las cautelas debidas, no es irrazonable considerar que puedan concurrir argumentos a fin de concluir (i) que la reconsideración del proyecto de las obras del Nuevo Mercado Central exigida por ICOMOS y (ii) el replanteamiento que derive de la obligatoria salvaguarda del bunker 3B por su condición de Bien de Relevancia Local –y sin perjuicio de lo que pueda resultar del análisis de la necrópolis árabe y/o de otros hallazgos arqueológicos en un ámbito tan complejo desde el punto de vista histórico, patrimonial, cultural-, impidan modificar el Contrato.
- 6.5 La cláusula 5.2 de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares como la cláusula III del Contrato otorgarían argumentos al Ayuntamiento de Elx, sobre la base del principio de riesgo y ventura que rige en todo contrato del sector público, para resolver el Contrato sin indemnización a favor de APARCISA por los gastos en que hubiera incurrido esta última hasta el momento de la resolución, siendo que, en la medida en que la explotación de la concesión no habría siquiera comenzado, la misma argumentación resultaría susceptible de servir a la Administración municipal para no reconocer ningún otro tipo de indemnización por tal concepto.
- 6.6 En caso de optar por la resolución contractual, de acuerdo con el artículo 25.2 (i) de la LBRL y en ejercicio de su competencia en materia de abastos y mercados, resultaría preciso que en la medida de lo posible y a la luz de las circunstancias concurrentes ofreciera una solución a la situación de los placeros desplazados como consecuencia del Contrato –sin perjuicio de las acciones de naturaleza resarcitoria que los placeros pudieran ejercitar-.

Este informe, salvo error u omisión involuntaria, constituye nuestra opinión sobre las cuestiones planteadas. Su contenido es estrictamente confidencial y está destinado

DOCUMENTO SUJETO A REVISIÓN

exclusivamente a las personas en cuyo interés se ha emitido. Su difusión a terceros y su aplicación a supuestos distintos de los que constituyen su objeto requerirá la autorización expresa y previa de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira.