



**CONSELL JURÍDIC CONSULTIU  
DE LA  
COMUNITAT VALENCIANA**

**Dictamen 251/2021  
Expediente 534/2021**

Presidenta  
Hble. Sra.  
D.<sup>a</sup> Margarita Soler Sánchez

Conselleres y Consellers  
Ilmas. Sras. e Ilmos. Sres.  
D. Enrique Fliquete Lliso  
D. Faustino de Urquía Gómez  
D.<sup>a</sup> Asunción Ventura Franch  
D.<sup>a</sup>M.<sup>a</sup> del Carmen Pérez Cascales  
D. Joan Carles Carbonell Mateu

Conseller nato  
Molt Hble. Sr.  
D. Francisco Camps Ortiz

Secretari General  
Ilmo. Sr.  
D. Joan Tamarit i Palacios

**Ilmo. Señor:**

El Pleno del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, en sesión celebrada el día 28 de abril de 2021, bajo la Presidencia de la Hble. Sra. D.<sup>a</sup> Margarita Soler Sánchez, y con la asistencia de los señores y las señoras que al margen se expresan emitió, por unanimidad, el siguiente dictamen:

De conformidad con la comunicación de V.I. de 19 de octubre de 2020 (Registro de entrada del día 22 del mismo mes) el Pleno del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana ha examinado el procedimiento instruido por el Ayuntamiento de Elche, sobre la resolución del contrato de concesión de obra pública del nuevo mercado central (Expediente 2020/42259R) de la Administración consultante).

## I ANTECEDENTES

Del examen del expediente administrativo se desprende que:

**Primero.-** Con fecha 19 de octubre de 2020, y en cumplimiento del acuerdo de la Junta de Gobierno Local, adoptado en la sesión de 18 de septiembre de 2020, el Alcalde de Elche remitió el expediente de resolución del contrato de concesión de obra pública del Nuevo Mercado Central, adjudicado a la mercantil Aparcamiento Ciudad Sanitaria, S.A. (en adelante APARCISA), suscrito el 6 de marzo de 2015, al haberse formulado alegaciones por la misma.

Consta notificada por parte del Concejal de Contratación Pública dicha remisión a APARCISA, con la suspensión del plazo previsto para la resolución del expediente, en los términos indicados en el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 18 de septiembre de 2020.

**Segundo.-** De conformidad con la documentación remitida, constan los siguientes antecedentes esenciales:

1.- El Pleno del Ayuntamiento de Elche, en la sesión de 30 de julio de 2012, acordó la aprobación provisional del proyecto de Plan de Reforma Interior y Mejora de Implantación de Estudio Paisajístico del Mercado Central y aprobación del Estudio de Impacto Paisajístico del Mercado Central, siendo aprobado de forma definitiva el día 11 de junio de 2013.

2.- El 1 de marzo de 2013, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Elche admitió a trámite y sometió a información pública el Estudio de Viabilidad del Nuevo Mercado Central presentado por el *Grupo El Árbol Distribución y Supermercados S.A.*, como actuación preparatoria del contrato de concesión de obra pública para la construcción y posterior explotación del edificio donde se ubicaría el nuevo mercado, que fue aprobado mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 24 de mayo de 2013.

3.- La Junta de Gobierno Local acordó aprobar el 2 de agosto de 2013 el inicio de expediente y los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato de concesión de obras públicas para la redacción del proyecto, construcción y explotación del nuevo Mercado Central en Elche, a adjudicar por procedimiento abierto con pluralidad de criterios. Dichos pliegos fueron objeto de sucesivas rectificaciones y modificaciones acordadas en sesiones de la Junta de Gobierno Local de 20 de septiembre, 30 de octubre y 22 de noviembre de 2013.

4.- El contrato fue adjudicado a la mercantil APARCAMIENTOS SANITARIOS, S.A. (APARCISA), el 5 de diciembre de 2014, formalizándose el contrato el 6 de marzo de 2015, en el que se incluía y desglosaba desglosa la inversión a realizar, de 10.400.000 euros, con el 21% de IVA que supone un total de 12.584.000 euros, que incluye gastos generales, beneficio industrial, honorarios técnicos y licencias municipales, incluyendo la siguiente referencia sobre la financiación:

*“La 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 hubiera podido incurrir.*

*La aportación pública no dineraria se limitará a las plantas 3ª y 4ª destinadas a aparcamientos en rotación...”.*

5.- Tal y como se traslada por el Ayuntamiento, esta cláusula, que trae su causa de la cláusula 5.2 del Pliego, tenía un carácter especial, no solo por la asunción de los riesgos de la inversión por parte del concesionario, puesto que el riesgo y ventura tiene su propia sanción legal en los artículos 242 y 246 b) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, sino en la medida en que la licitadora asumía un especial riesgo vinculado directamente al resultado incierto de la previa actividad objeto del contrato tanto por las propias excavaciones arqueológicas que la ejecución de la obra contemplaba como por el propio entorno de la ubicación de la obra, un espacio en el centro de ciudad donde se incardinan los bienes de interés cultural de diferentes grados de protección.

6.- En el acuerdo de inicio de procedimiento de resolución del contrato, se detalla, a juicio del Ayuntamiento, el incumplimiento por la concesionaria de los plazos de redacción de documentos, que debían haber sido remitidos al Ayuntamiento en el plazo de un mes desde la suscripción del contrato, relacionándose en el acuerdo la cronología de la actuación administrativa sobre requerimientos y subsanaciones en el proyecto, con un total de 4 requerimientos a la concesionaria desde julio de 2015, que le habrían permitido modificar los defectos técnicos de los que adolecían los documentos y/o proyectos sin que el denominado como “Estudio de tráfico” hubiera conseguido adecuarse a los requisitos preceptivos ni el proyecto de mejora de la urbanización hubiera obtenido el informe favorable a la continuidad de su tramitación.

7.- Que ninguno de los documentos ha sido objeto de aprobación municipal y el desarrollo de las excavaciones arqueológicas supone la

introducción de nuevas rectificaciones en documentos tan importantes como el proyecto básico, y la aparición del refugio antiaéreo supone una afectación directa al Proyecto básico, que condiciona tanto la superficie destinada a la venta de productos (y, por tanto, a la superficie a alquilar) como a la superficie destinada al aparcamiento, superficie que se verá reducida, lo que, en términos del Estudio de Viabilidad implicaría la presentación de nueva documentación que permita determinar que con la nueva superficie sigue estando garantizada la viabilidad económica del proyecto.

8.- Que el Pliego de Cláusulas preveía en la numerada como 5.1 que en el precio de la obra civil se encontraban incluidos el coste del proyecto de excavación arqueológica en la plaza de la Fruta, a ejecutar por el Ayuntamiento, mediante la contratación a tercero o a través de medios propios, y cuyo coste tenía que ser asumido por la adjudicataria. Dichas excavaciones se insertaron en la denominada Fase 1 y fueron ejecutadas a través de una encomienda de gestión a la empresa pública municipal PIMESA.

9.- Constan en el expediente los documentos referidos a la puesta en servicio del mercado provisional, a la denominada como separata de regularización de la terraza del mercado provisional, que dio lugar a la tramitación del expediente de la solicitud de licencia y proyecto de cubrición de la terraza por parte de la concesionaria, estando pendiente la ejecución subsidiaria de la demolición de la superficie de solera que sirve de acceso al edificio por el norte y de la cubierta con una estructura de soportes metálicos.

10.- Consta, asimismo, escrito del coordinador del área de urbanismo de 13 de febrero de 2018, informando de la presentación por APARCISA del proyecto de urbanización de los desvíos de infraestructuras que interfieren las excavaciones arqueológicas del Mercado Central, aprobado el 3 de agosto de 2018.

11.- Con fecha 5 de octubre de 2018 consta escrito de APARCISA en el que acompaña como Anexo, el Proyecto de Urbanización, propuesta de modificación de acabados en pavimentos de acera en la calle San Jaime, que fue sometido a informe del responsable del contrato, y denegado por resolución de la Junta de Gobierno, que fue comunicada a la concesionaria con fecha 9 y 16 de noviembre de 2018.

12.- Mediante escrito de 14 de octubre de 2019 la concesionaria solicita licencia municipal de derribo del Mercado Central, que es informada por el Arquitecto municipal y responsable del contrato, mediante escrito de 28 de octubre de 2019, del siguiente tenor:

*“Que el edificio del Mercado Central se halla incluido dentro del Recinto Histórico Artístico, así denominado en el Plan General conocido como Vila*

*Murada, que a su vez queda incluido en el Núcleo Histórico Tradicional definido por el Plan General.*

*Que en dicha área no se permite demolición de edificios salvo que esté programado el inicio de las obras de nueva construcción en el plazo de un mes, circunstancia que no está garantizada si no se dispone de la aprobación previa del proyecto de nueva construcción.*

*Que en el informe de fecha 9 de abril de 2018, del Servicio territorial de Alicante de la Conselleria de Cultura, Educación y Ciencia, referente al valor patrimonial del Mercado Central se establece:*

*1.- Por estar en el Recinto Histórico Artístico, así denominado en el Plan General conocido como Vila Murada, de acuerdo con lo dispuesto en los art.17 y 18 de la NNUU del Plan General, la nueva edificación requerirá de informe previo de esa administración.*

*2.- Al encontrarse dentro del NHT el proyecto de sustitución deberá acompañarse simultáneamente del de edificación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 39.2.f de la LPCV y NNUU del Plan General”.*

*Que por tanto la licencia de derribo se concederá una vez se haya obtenido la previa autorización de la Consellería de Educación, Cultura y Deporte, comprobada la compatibilidad de los hallazgos arqueológicos, o en su caso ausencia de ellos, con la obra propuesta. Autorización preceptiva para la aprobación del proyecto de obra por parte municipal.”*

Dicha solicitud se encuentra pendiente de resolución.

13.- El día 9 de noviembre de 2016, APARCISA presentó la adaptación del proyecto de derribo del actual Mercado Central a la ocupación de la planta alta “actuaciones previas para iniciar excavaciones en el interior del mercado”, aprobándose en la Junta de Gobierno Local de 11 de noviembre, con un acta de comprobación de replanteo e inicio de las obras de actuaciones previas de fecha 14 de noviembre.

14.- Consta en la documentación el expediente de la adjudicación de contrato menor para la cubrición de la excavación arqueológica del entorno del Mercado Central.

Por parte del Ayuntamiento se dicta Decreto, con fecha 30 de diciembre de 2019, de requerimiento a la mercantil para que procediera a la retirada del vallado y ejecutara la cubrición de las excavaciones arqueológicas reseñadas, sin que se haya procedido a la ejecución de las obras.

Con fecha 20 de enero de 2020 se dictó Decreto proponiendo la ejecución subsidiaria de las obras, y mediante Decreto del Teniente de Alcalde de Contratación Pública de 10 de febrero de 2020 se adjudicó la ejecución de las referidas obras, sin que hasta la fecha conste su ejecución.

15.- Con fecha 9 de enero de 2018 consta enviado al Ayuntamiento de Elche oficio de la Subdirectora General de Protección del Patrimonio Histórico del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, en el que ponía en conocimiento que se había recibido a través del Centro de Patrimonio Mundial de la UNESCO, un informe elaborado por ICOMOS (Consejo Internacional de monumentos y sitios), órgano Consultivo de la convención de Patrimonio Mundial en materia de bienes culturales.

En dicho informe se hacía referencia a la advertencia de diversos representantes de la sociedad civil sobre la posible repercusión que tendría la construcción de un aparcamiento en el Mercado Central sobre el Palmeral d'Elx, especialmente en su sistema de irrigación y en el desarrollo de la festividad del Misteri d'Elx, solicitando un informe al respecto.

16.- En contestación a dicho requerimiento, el Jefe de la Sección Técnica de Patrimonio Cultural del Ayuntamiento de Elche emitió informe con fecha 15 de febrero de 2018, en el que determina que no existía afección al Palmeral Histórico de Elche pero, por el contrario, sobre la posible afección sobre el Misteri d'Elx concluía en los siguiente:

*“...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:*

- *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”.*

Dicho informe fue redactado sobre el “*Estudio de tráfico: Nuevo Mercado Central de Elche, con aparcamiento y urbanización del entorno*” presentado por APARCISA el 29 de abril de abril de 2016, que proponía que el acceso rodado al aparcamiento se realizara a través del carrer Major de la Vila (Entrada) y Plaza Menéndez Pelayo y carrer Salitre (salida) y planteaba la restricción Al carrer Major únicamente de usuarios del aparcamiento y vehículos residentes. Este informe de tráfico fue informado desfavorablemente por el Jefe de Sección Técnica de Proyectos y Obras en documentos de fecha 21 de abril y 5 de mayo de 2016.

17.- Consta informe de la Conselleria de Cultura de la Generalitat, en materia de patrimonio, de 21 de diciembre de 2016, sobre la posible afección al Misteri d'Elx por el proyecto, que concluye en lo siguiente:

*“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.*

*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.”*

18.- Con fecha 5 de mayo de 2018, la Presidenta del Comité Nacional Español de ICOMOS, redactó un informe analizando el daño que podría generar en la celebración del Misteri d'Elx la ejecución del Proyecto de Nuevo Mercado Centro, en el que se realizaron 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.”*

El meritado informe concluyó en la desestimación del proyecto en sus términos actuales, para evitar una alteración del ámbito de la zona, e indicando que su mantenimiento podría producir un menoscabo del valor por el que fue incluido en la lista de UNESCO:

*“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.”*

19.- Este informe fue ratificado mediante escrito de 5 de diciembre de 2018, por el que dicho Comité sugirió que la ciudad “*contara con una estrategia y un plan director o herramienta legal similar para el patrimonio cultural, que evitara circunstancias como las que nos encontramos*”.

20.- Con fecha 21 de junio de 2019 la Directora General de Protección de Patrimonio del Ministerio de Cultura, a instancia del Centro de Patrimonio Cultural, solicitó documentación sobre el proyecto del Mercado, recordando que de conformidad con el artículo 72 de las Directrices Operativas de la Convención de Patrimonio Mundial, su Comité invita a los Estados Partes en la Convención a que informen “*de los 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.*”

Dicha notificación fue realizada para que se efectuase lo antes posibles con el objeto de que se pudiera “*participar en la búsqueda de soluciones adecuadas para garantizar la plena conservación del Valor Universal Excepcional del bien*”, siendo reiterada el día 23 de octubre de 2019.

21.- Con fecha 12 de noviembre de 2019, el Ayuntamiento de Elche remitió el informe del Jefe de Sección de Patrimonio de 28 de octubre de 2019, en el que tras describir el estado de las excavaciones arqueológicas, se aclara que el último proyecto presentado por APARCISA fue el de 11 de abril de 2016, a excepción del estudio de tráfico y proyecto de urbanización y mejoras del entorno que fueron modificados y presentados el 29 de abril de 2016, sin que estos proyectos hayan sido aprobados por la Junta de Gobierno Local.

22.- Consta, asimismo, que con fecha 1 de febrero de 2016 el Defensor del Pueblo comunicó al Ayuntamiento de Elche el inicio de actuaciones (expediente nº15015011), a raíz de una queja presentada ante la citada institución, sobre las actuaciones del Ayuntamiento y la Generalitat en el proyecto de construcción y explotación del mercado central de Elche.

23.- Tras la tramitación del expediente, con fecha 23 de julio de 2018, el Defensor del Pueblo envía comunicación al Ayuntamiento, concluyendo en lo siguiente:

*“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.”*

24.- En respuesta a dicho requerimiento, se remitió contestación, dando cuenta de la evolución de las últimas excavaciones practicadas y comunicando que el Ayuntamiento *“ha planteado a la dirección de la empresa APARCISA, concesionaria del citado proyecto, la conveniencia de negociar una rescisión del mismo, dada su inviabilidad, derivada del pronunciamiento de ICOMOS-España en torno a la declaración como Patrimonio de la Humanidad Misteri d’Elx, y siempre con el fin de no poner en riesgo dicha declaración”*.

25.- Con fecha 11 de febrero del año 2019, el Defensor del Pueblo cierra el expediente, a la vista de que, en principio, el Ayuntamiento habría aceptado la sugerencia manifestada en su anterior comunicación de renunciar al proyecto.

26.- El 19 de noviembre de 2019 se trasladó acuerdo de la Junta de Gobierno Local encargando a los servicios municipales de Secretaría General, Contratación y Urbanismo el inicio de la tramitación del expediente de resolución del *“Contrato de concesión de Obra Pública Nuevo Mercado Central de Elche”*, constando escrito de 29 de noviembre de 2019 de la empresa APARCISA compareciendo para que ser tenida en consideración como parte en el expediente de resolución de contrato

27.- De la copiosa documentación aportada se desprende que ante la situación creada con ICOMOS y su informe negativo, remitido a la concesionaria, APARCISA presentó escrito el día 20 de febrero de 2020, adjuntando un dossier, que manifiesta haber remitido a dicho organismo, con la finalidad de dar a conocer una nueva propuesta de tráfico en la zona.

28.- Con fecha 20 de abril de 2020 consta emitido informe del Ingeniero de Caminos del Ayuntamiento, sobre dicha propuesta, con las siguientes consideraciones:

*“En este documento se plantea que tanto la entrada como la salida al futuro aparcamiento del nuevo edificio se haga circulando por la calle Salitre. Para ello, este vial pasaría del sentido único con el que da servicio actualmente a dos, cada uno de ellos por un carril de 3 m de ancho. Para ello, hay que suprimir una de las aceras de uso peatonal, concretamente la recayente al Vinalopó, dejando la del lado Ayuntamiento con 2 m y, además, obliga a una ampliación de la plataforma para el tráfico rodado”.*

Esta alternativa al tráfico, en la que tanto la entrada como la salida al aparcamiento del nuevo edificio se haría circulando por la calle Salitre, era la misma que se proponía en el proyecto presentado por APARCISA, el 11 de abril de 2016, y que fue informada desfavorablemente por el jefe de la Sección Técnica de Proyectos y Obras el 21 de abril de 2016, con las siguientes consideraciones:

*“Sin entrar a valorar cuestiones ya tratadas adecuadamente por el Jefe de la Sección Técnica de Proyectos y Obras en su informe del día 21-04-2016, que ponen de manifiesto disfunciones importantes como la evidente pérdida de calidad del tráfico peatonal (por la supresión de la acera, el incremento de vehículos, el cambio de lados en el sentido de la circulación de los coches respecto al código de la circulación que genera incertidumbre) este informe se centra en la valoración aportada en la Memoria de Proyecto de Urbanización del Nuevo Mercado Central de Elche para realizar esta transformación”, y concluyendo que la cantidad presupuestada para ejecutar la mencionada alternativa era insuficiente.*

Asimismo, y respecto a las afecciones patrimoniales de dicha alternativa, el Jefe de Sección de Patrimonio Cultural del Ayuntamiento emitió informe de fecha 18 de abril de 2020 considerando que la propuesta *“debería ser formulada de forma técnica y formal, con la documentación justificativa necesaria que adapte el conjunto de la actuación (edificación, entorno y tráfico) a la solución que se pretenda, así como en qué medida se considera afecta al patrimonio en general (BIC del CHA, BIC del Misteri d’Elx, BIC de la Muralla) y que medidas de mejora y salvaguarda aporta, de conformidad a la Ley 4/1998”,* y detallando que no se acredita que la actuación planteada no afecte directamente a la Muralla y Torres medievales, declaradas Bienes de Interés Cultural.

29.- Además de todo ello, el informe planteó la afección de la obra al refugio antiaéreo 3B, que devendría de una norma aprobada con posterioridad a la formalización del contrato, y por una Administración distinta al Ayuntamiento, al ser la Ley 9/2017, de 7 de abril, de la Generalitat, de

modificación de la Ley 4/1998, del Patrimonio Cultural Valenciano, aplicable directamente a los elementos físicos en el ámbito de actuación del contrato con la siguiente repercusión:

En el Plan de Reforma Interior del Área del Mercado Central, ya se hacía referencia a la existencia de varios refugios construidos durante la guerra civil, tal y como se recoge en el anexo 1, donde en la página 9 se dice:

*“En tiempos de guerra (1937-38), la defensa pasiva construye en Elche 5 refugios antiaéreos, uno de los cuales el número 3, está situado dentro del recinto de la Villa Murada. Este refugio estaba compuesto de tres partes. La denominada A, desde la plaza de Santa Maria a la rambla; la B, del Mercado Central a la rambla; y la C, de la replaceta de l’Espart, a la Rambla. Actualmente derruido en su práctica totalidad con las distintas obras ejecutadas en la zona, se desconoce su estado”.*

30.- A juicio del informe municipal, cuando se formaliza el contrato de concesión de obra pública nuevo mercado central de Elche, los refugios de la Guerra Civil no estaban incluidos en el Plan Especial de Protección de Edificios y Conjuntos del Término Municipal de Elx (Catálogo de Protección), si bien la Ley 9/2017, ya citada, modificó la disposición adicional quinta de la Ley de Patrimonio, en la que bajo el título de *“Reconocimiento legal de Bienes Inmuebles de Relevancia Local, en atención a su naturaleza patrimonial”*, disponiendo lo siguiente:

*“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 (...).*

*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”.*

31.- Con fecha 16 de octubre de 2017, la Dirección General de Cultura y Patrimonio de la Conselleria competente solicitó del Ayuntamiento la colaboración en la elaboración de un inventario actualizado de los bienes

patrimoniales de la Guerra Civil, siendo emitido con fecha 20 de noviembre de 2017, informe del Jefe de la Sección Técnica de Patrimonio Cultural respecto del patrimonio histórico, arqueológico civil y militar de la Guerra Civil, en el que se detalló que 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 del Mercado Central.

32.- Con fecha 23 de febrero de 2018 Gaspar Agulló Sánchez, en representación de Margalló-Ecologistas en acción, presenta un informe sobre los refugios de la Guerra Civil, considerando que son bienes de relevancia local, que deben ser conservados y catalogados y que esta conservación conllevaría una importante reducción de la superficie dedicada a aparcamiento en el proyecto del nuevo mercado central.

33.- Como consecuencia del anterior escrito el Servicio Territorial de Cultura y de Deporte de Alicante, solicitó con fecha 26 de marzo de 2018, informe del Ayuntamiento de Elche sobre el emplazamiento, estado de conservación y cualquier otro factor relativo a los refugios de la Guerra Civil que pudieran verse afectados por el proyecto previsto del Nuevo Mercado Central.

34.- En respuesta a dicho requerimiento consta emitido informe de 21 de marzo de 2018, del Jefe de la Sección Técnica de Patrimonio Cultural, sobre el conjunto de bienes patrimoniales de la Guerra Civil y en concreto de los refugios antiaéreos ejecutados en el subsuelo del casco urbano, documentando en el apartado 11 de su informe el impacto sobre el “*Área de afección del Proyecto del Nuevo Mercado Central*”, y sobre el Refugio 3B, manifestando que “*existe una gran documentación tanto gráfica como documental de la ubicación, dimensiones y características de este refugio, que según todos los indicios se conserva en el enclave que sitúan los planos aportado, aunque su acceso este bloqueado en la actualidad*”.

Asimismo, se incorporó la siguiente consideración:

*“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”.*

El informe finalizó declarando que existían suficientes argumentos para considerar al conjunto de Refugios Antiaéreos de la Guerra Civil como bienes de relevancia local, lo que implicaría la modificación del Plan Especial de Protección de Edificios y Conjuntos del Término municipal de Elche (Catálogo

de Protección), del Plan General vigente de 1988, *“con la inclusión en el mismos de las fichas correspondientes de dichos conjuntos y sus bienes, como patrimonio histórico y arqueológico y militar de la Guerra Civil en la Comunitat Valenciana, bienes inmuebles de relevancia local”*.

35.- La Directora General de Cultura y Patrimonio de la Conselleria competente remitió oficio al Ayuntamiento de fecha 5 de julio de 2018, explicando que *“por aplicación directa de la Disposición Adicional Quinta de la Ley 4/1998, de 11 de junio de Patrimonio Cultural Valenciano, el patrimonio histórico y arqueológico civil y militar de la Guerra Civil, entre otras, tiene la consideración de Bien de Relevancia Local con reconocimiento legal como tal desde la entra en vigor de la Ley hasta su inclusión en el correspondiente Catálogo de Bienes y Espacios protegidos”*, y que correspondía al Ayuntamiento ilicitano, en relación a los refugios incluidos en el ámbito del proyecto de construcción del nuevo mercado central, su valoración y su puesta en valor a través del Catálogo de Bienes.

36.- Mediante oficio de la misma Directora General de 13 de diciembre de 2018, se trasladó al Ayuntamiento que antes de proceder a incorporar un bien patrimonial al Catálogo era necesario *“identificar, escribir y determinar con todo detalle el bien en la preexistencia que actualmente lo conforma, así como su estado actual de conservación”*, estimando, además, que habiendo llegado la intervención arqueológica hasta niveles geológicos, los trabajos a realizar para la búsqueda del refugio deberían ser ejecutados por empresa cualificada para ello con las técnicas oportunas conducentes a su descubrimiento y que *“estos trabajos en todo caso, deberían ser promovidos por ese Ayuntamiento en aras de la actualización, modificación y redacción del Catálogo de Bienes y Espacios Protegidos del municipio.”*

37.- En virtud del anterior informe, el Ayuntamiento aprobó una Moción en el pleno de 25 de marzo de 2019, en la que se proponía impulsar las tareas necesarias que posibilitaran la localización exacta del refugio 3B y concretara su estado de conservación, mencionando la importancia de realizar las citadas prospecciones ya que *“la existencia del refugio 3B podría acarrear la imposibilidad de ejecución del contrato de concesión de obra pública del Nuevo Mercado Central puesto que la cláusula número tres de dicho contrato establece que 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”*.

38.- Las excavaciones arqueológicas *“Fase III. Exteriores y zonas anexas” Zona 1* (alrededores del Mercado), llevadas a cabo por la empresa ALEBUS, Patrimonio Histórico, S.L. que comprendía la zona donde según la documentación obrante, se encontraba el acceso al refugio 3B, finalizaron en

octubre de 2018 y su memoria fue informada favorablemente en junio de 2019, sin haber localizado su acceso.

39.- Con posterioridad, en junio de 2019 se intentó detectar la existencia de las estructuras del refugio, mediante la utilización de un georradar en superficie. Dicha actuación fue llevada a cabo por la empresa especializada “Basalto, Informes Técnicos, S.L.”, junto con el Laboratorio de Calidad y Tecnología de los Materiales, S.l. (CYTEM), con la supervisión directa de los arqueólogos de la excavación y los propios Servicios Territoriales de Cultura. El laboratorio redactó un informe en el que concluyó que, de las anomalías detectadas por el aparato, se desprendía la existencia de unas estructuras de mayor densidad, como correspondientes al muro lateral E de la galería de acceso al refugio.

De acuerdo con el contenido del mencionado informe, se realiza una cata mediante taladro en la zona donde presumiblemente coincidiría la bóveda de la galería del refugio, con resultado negativo.

40.- En noviembre de 2019, dado que la empresa Aigües i Sanejament d’Elx, tenía que ejecutar unos trabajos en el colector de la red de saneamiento, en la plaza de las Flores coincidente con la zona donde estaba documentada la entrada al refugio, se advierte de la posibilidad de poder encontrar su acceso. Efectivamente, tras la comunicación de las correspondientes actuaciones, tanto a la empresa adjudicataria, empresa de arqueología y Servicios Territoriales de Cultura, y bajo la supervisión de la arqueóloga de Aigües d’Elx, se detectan la bóveda de la caja de escalera de acceso al refugio, constatando su situación, forma y trazado coincidente con la documentación obrante desde el principio, si bien ubicado a una cota (unos 70 cm.) inferior a las estimaciones realizadas.

41.- Una vez realizada la correspondiente inspección, el 14 de noviembre de 2019, se emite nuevo informe por el Jefe de Sección Técnica de Patrimonio Cultural, considerando que el refugio *“presenta un estado de conservación aceptable y no se detectan a primera vista, desprendimientos, fisuraciones, hundimientos o cualquier otro signo que denote una falta de estabilidad en el mismo”*.

Por lo tanto, siguiendo el mismo razonamiento de su anterior informe concluye que como bien de relevancia local ha de ser puesto en valor, lo que implica la modificación del Plan Especial de Protección de Edificios y Conjuntos del Término municipal de Elche (Catálogo de Protección) del Plan General, para incluir las fichas correspondientes a los refugios del ámbito del mercado 3A, 3B y 3C, *“como patrimonio histórico y arqueológico civil y militar de la Guerra Civil en la Comunitat Valenciana, bienes inmuebles de relevancia local”*.

42.- En consecuencia, por acuerdo de fecha 29 de mayo de 2020, la Junta de Gobierno Local acordó someter a consulta el documento de inicio de la evaluación ambiental y territorial estratégica de la modificación puntual estructural del Plan Especial de Edificios y Conjuntos del Término Municipal de Elche, para incluir las fichas correspondientes a los Baños Árabes de la Vila Murada y los Refugios de la Guerra Civil 3B y 3C, en el Catálogo de Edificios Protegidos.

43.- Consta Informe del Jefe de Servicio de Arquitectura de 12 de marzo de 2020, sobre el impacto que supone la obligación de conservación del refugio:

*“Que la conservación del refugio conlleva respetar íntegramente la galería y toda la zona de desarrollo de la escalera de bajada. Se propone una zona de protección en toda la proyección en planta de la zona de escalera y un metro alrededor de los elementos en toda su envolvente. Esto supone importantes afecciones sobre el proyecto previsto que implica condicionar la cimentación y las plantas situadas bajo el subsuelo para respetar la zona descrita.*

*Que la escasa definición de las obras recogida en el proyecto básico, así como la escueta y única valoración del presupuesto por capítulos de obra contenido en la memoria del proyecto, imposibilitan una valoración de la incidencia económica de las afecciones derivadas de la conservación del refugio.*

*Que la zona afectada por la redistribución de espacios si conlleva una merma importante en las superficies útiles y de servicio de las plantas. Se adjuntan planos de plantas y sección, donde se grafía la incidencia del refugio 3.B de nueva aparición con la obra prevista para la ejecución del aparcamiento subterráneo (según proyecto presentado en 2016). En dichos planos se estima una superficie necesaria a reformar para ajustarse a la protección del refugio, detallándose la estimación por plantas como sigue:*

*1.- Planta piso: afecta a la situación de la escalera mecánica, con una superficie de afección de 191 m<sup>2</sup>, correspondiente al 14'93 % de la superficie de la planta. Y una reducción de la superficie útil de los locales comerciales del 20%.*

*2.- Planta baja: afecta a la situación de la escalera mecánica y entrada, con una superficie de afección de 191 m<sup>2</sup>, correspondiente al 15'08% de la superficie de la planta. Y una reducción de la superficie útil de venta del 20%, equivalente a la supresión de 8 puestos de venta.*

*3.- Sótano -1: afecta a la situación de la escalera mecánica, núcleo de escalera, ascensor, aseos y rampa de subida de vehículos, con una superficie de afección de 624 m<sup>2</sup>, correspondiente al 19% de la superficie de la planta. Y*



*una reducción de la superficie útil del local comercial del 30%, pasando de los 1.987 m<sup>2</sup> previstos a 1.390 m<sup>2</sup>.*

*4.- Sótano -2: afecta al núcleo de escalera, ascensor, calles de circulación y 20 plazas de aparcamiento, con una superficie de afección de 624 m<sup>2</sup>, correspondiente al 19'19% de la superficie de la planta.*

*5.- Sótano -3: afecta al núcleo de escalera, ascensor, calles de circulación y 20 plazas de aparcamiento, con una superficie de afección de 624 m<sup>2</sup>, correspondiente al 19'19% de la superficie de la planta.*

*6.- Sótano -4: afecta al núcleo de escalera, ascensor, calles de circulación y 20 plazas de aparcamiento, con una superficie de afección de 624 m<sup>2</sup>, correspondiente al 19'19% de la superficie de la planta”.*

44.- El Arquitecto Municipal, con fecha 20 de abril, emite nuevo informe en el que realiza un análisis comparativo de las superficies y presupuesto contenido en los diversos proyectos presentados, concluyendo en que la conservación del refugio 3B conlleva *“una merma importante en las superficies útiles y de servicio de las plantas”*, lo que se traduce en la pérdida de 40 plazas de aparcamiento en las plantas 3<sup>a</sup> y 4<sup>a</sup> y que si esta comparativa se realiza con el proyecto presentado en la licitación la disminución total de las plazas de aparcamiento sería del 43,7%, por lo que concluyó en que no se daban los requisitos para proceder a la modificación del contrato, al no existir motivos de interés para ello, y resultar imposible la ejecución del proyecto en los términos inicialmente pactados, y cierta la posibilidad de una lesión grave al interés público.

45.- Mediante acuerdo de 18 de septiembre de 2020, la Junta de Gobierno Local acordó el inicio del expediente de resolución del contrato de concesión de obra pública para la redacción del proyecto, construcción y explotación del nuevo Mercado Central de Elche, por aplicación de la causa prevista en el artículo 223 g) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, poniendo de manifiesto el expediente y concediendo audiencia al concesionario por un plazo de 10 días naturales a la empresa concesionaria

46.- Consta documento de alegaciones de APARCISA, de 8 de octubre de 2020, de oposición a la resolución, en las que, en esencia, se mantienen las siguientes consideraciones:

- Que el hecho de que la Festa o Misteri d'Elx reciba un determinado reconocimiento y protección no conlleva que sea imposible la ejecución del nuevo Mercado Central de Elche.

- Que la afección no se ha producido de forma sobrevenida, sino que ya existía, y caben por tanto medidas correctoras en el proyecto, pues en caso

contrario lo que está haciendo el Ayuntamiento es desistir del contrato.

- Que el Ayuntamiento no se plantea otra alternativa de satisfacción del interés público que no sea la resolución, considerando que su ejecución es lesiva, concluyendo que no procede la modificación, sin buscar otra alternativa.

- Que la causa que concurre en el supuesto es la prevista en el artículo 269 i) que consiste en la imposibilidad de la explotación de la obra pública como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato, pues ha sido el Ayuntamiento el que ha decidido renunciar a la continuación del contrato.

- Que procede el derecho de la concesionaria a ser indemnizada por las obras y trabajos que ha realizado hasta ahora y por los beneficios futuros que ha dejado de percibir, de conformidad con los apartados 1 y 3 del artículo 271 del Texto Refundido.

47.- Y por último, el Alcalde de Elche, mediante escrito de 19 de octubre de 2020, que tuvo entrada en este Consell Jurídic Consultiu el día 22 del mismo mes, y en cumplimiento del acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local el 18 de septiembre de 2020, remitió el expediente instruido, junto con la solicitud de emisión de nuestro Dictamen.

**Tercero.-** Recibida la solicitud, con fecha 9 de noviembre de 2020 el Secretario General del Consell Jurídic Consultiu remitió escrito al Ayuntamiento de Elche recabando que se completara el expediente, de conformidad con la siguiente motivación:

*“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 10/1994, de 19 de diciembre, de Creación de este Consell Jurídic, y con la finalidad de que este Órgano Consultivo pueda pronunciarse sobre la cuestión planteada, ateniendo a la resolución de un contrato, intereso que se complete el expediente, considerándose imprescindible tener a la vista cuantos documentos se precisan para emitir dictamen preceptivo.*

*En concreto, cabe advertir la falta de los siguientes, cuya remisión se solicita:*

*- Informe municipal, pronunciándose sobre las alegaciones presentadas por APARCISA, de 8 de octubre de 2020.*

*- Propuesta de resolución posterior fechada y firmada por el órgano competente, que culmina el procedimiento conformado, previo a la remisión a este Órgano Consultivo para dictamen preceptivo, pues tan solo consta acuerdo de inicio del expediente de resolución.*

*Una vez se complete el expediente mediante los documentos solicitados e instruido el procedimiento por todos sus trámites, se remitirá el expediente completo a este Consell Jurídic para la emisión del preceptivo dictamen”.*

En dicho escrito se notificó que de acuerdo con el artículo 15 de la Ley 10/1994, el plazo para la emisión de dictamen quedaba en suspenso hasta la recepción del mencionado documento, procediéndose a la devolución del expediente en su totalidad”.

**Cuarto.-** Mediante escrito de 16 de febrero de 2021, el Alcalde de Elche remitió escrito aportando la siguiente documentación adjunta:

1.- Informe de la Coordinadora de Urbanismo de fecha 15 de enero de 2021.

2.- Informe jurídico emitido conjuntamente por el Coordinador de la Asesoría Jurídica y la Coordinadora de Contratación Pública de fecha 20 de enero de 2021.

3.- Informe técnico del Arquitecto municipal, Jefe de Servicio Técnico de Arquitectura y Patrimonio Cultural, de 20 de enero de 2020, respecto a las obras e instalaciones realizadas por la empresa concesionaria APARCISA objeto de reversión.

4.- Propuesta de acuerdo a elevar al Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana por el que se resuelve el contrato de concesión de obra pública del Nuevo Mercado Central, aprobada por la Junta de Gobierno Local en sesión celebrada el 12 de febrero de 2021, con el siguiente tenor literal:

*“PRIMERO: Aprobar y elevar la presente propuesta de resolución con todos sus pronunciamientos al Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, junto con los informes técnicos municipales solicitados y emitidos, completándose así el expediente para que continúe la tramitación del mismo y se proceda a la emisión del dictamen solicitado, cuyo trámite es preceptivo y previo al acuerdo de resolución del contrato de concesión de obra pública.*

*SEGUNDO: Desestimar las alegaciones formuladas por APARCAMIENTO CIUDAD SANITARIA, S.A. en el expediente de resolución del contrato de concesión de obra pública para la redacción de proyecto, construcción y explotación de nuevo mercado central en Elche, con especial referencia a la desestimación de la solicitud de aplicación de la causa de resolución establecida en el artículo 269.i) del TRLCSP, ratificando la totalidad de los hechos y fundamentos que sustentan el acuerdo de inicio de este expediente de resolución de contrato.*

*Admitir la prueba documental propuesta en el escrito de alegaciones, referida al informe emitido el 15 de mayo de 2013 por la Conselleria de Educación, Cultura y Deporte, quedando incorporada la misma al expediente.*

*TERCERO: Declarar resuelto el contrato de concesión de obra pública para la redacción de proyecto, construcción y explotación de nuevo mercado central en Elche, por aplicación de la causa recogida en el artículo 223 g) del TRLCSP.*

*CUARTO: Acordar la reversión de todos los bienes e instalaciones ejecutadas por el concesionario, incluidas las instalaciones y bienes muebles del mercado provisional necesarios para su explotación o continuidad en la prestación del servicio en perfecto funcionamiento, y el resto de obras ejecutadas, detalladas en el informe del Arquitecto municipal, pasando a ser de titularidad municipal.*

*QUINTO: Acordar la gestión directa del servicio de mercado que se presta en las instalaciones del denominado “Mercado Provisional”, y comunicar a todos los titulares de contratos de arrendamiento que el contrato de concesión de obra pública para la redacción de proyecto, construcción y explotación de Nuevo Mercado Central en Elche ha sido resuelto, así como la continuidad en sus contratos, quedando obligados frente al Ayuntamiento en los mismos términos en que lo estuvieran frente al concesionario.*

*Ordenar al Departamento municipal de Mercados que se realicen las actuaciones necesarias para asumir los suministros energéticos y de agua, o cualesquiera otros que fueren precisos para continuar el ejercicio de la actividad del mercado provisional, trasladándose al mismo la totalidad de los contratos de arrendamiento suscritos con la concesionaria, a los efectos indicados en este acuerdo y procediéndose a levantar inventario pormenorizado de todos los bienes afectos.*

*SEXTO: Acordar la devolución de la fianza definitiva depositada por APARCISA por importe de 610.000 euros.*

*La Junta de Gobierno Local acuerda aprobar la presente propuesta”.*

Asimismo, se procedió de nuevo a la remisión del expediente administrativo completo mediante pen drive por correo certificado, reiterando la solicitud de emisión de dictamen consultivo conforme a lo dispuesto en el artículo 10.8 c) de la Ley 10/1994.

**Quinto.-** Con fecha 21 de octubre de 2020 (Registro de entrada en este órgano del día 23 del mismo mes), D. Juan Pita Castro, en nombre y representación de Aparcamiento Ciudad Sanitaria, S.A. (en adelante APARCISA) presentó escrito interesando su personación ante éste órgano

consultivo en condición de parte interesada, accediendo a la documentación obrante en el expediente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24.e) del Decreto 37/2019, de 15 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de este Consell Jurídic Consultiu.

**Sexto.-** Mediante escrito de fecha 18 de febrero del Secretario General de este Consell Jurídic Consultiu se acordó la concesión de audiencia por un plazo de 10 días hábiles a partir del día siguiente a la notificación, para poder consultar el expediente y formular las alegaciones que se estimaran oportunas.

**Séptimo.-** Con fecha 3 de marzo de 2021, el representante de APARCISA presentó nuevo escrito en el que, teniendo en cuenta el breve plazo de audiencia y acceso al expediente y que la parte interesada tiene su domicilio en A Coruña, solicitó el acceso al expediente de forma electrónica.

**Octavo.-** Consta escrito de APARCISA ante este Consell Jurídic Consultiu, de 10 de marzo de 2021, trasladando las siguientes alegaciones:

1.- Que a pesar de haber resuelto el Ayuntamiento de Elche que la prueba propuesta consistente en el Informe de 15 de mayo de 2013 de la Dirección General de Patrimonio Cultural en relación con el Plan de Reforma Interior del Mercado Central ha sido admitida, no ha dado traslado de la misma a APARCISA.

2.- Que no se ha instruido correctamente el procedimiento solicitando anticipadamente la intervención de este Consell Jurídic sin incorporar dicho informe.

3.- Que no es cierto que APARCISA simplemente se oponga a la causa invocada de resolución, sino que lo que plantea es que el Ayuntamiento ha de buscar una alternativa que permita compatibilizar tanto la protección del Misteri d'Elx como la realización de las obras, aunque para ello haya que modificarse el contrato, o subsidiariamente, la aplicación de la causa prevista en el artículo 269.i.

4.- Que resulta improcedente acordar la resolución del contrato, al no concurrir la causa invocada por el Ayuntamiento de Elche del artículo 223.g) por haber aparecido circunstancias (la afectación al Misteri d'Elx y la aparición del refugio 3B) que generarían la imposibilidad de ejecutar el contrato en los términos pactados inicialmente sin lesionar gravemente el interés público.

5.- No queda probado el impacto económico.

6.- Que ello trae causa de un Plan de Reforma Interior informado

favorablemente por la Conselleria de Educación, Cultura y Deporte de 15 de mayo de 2013, confirmado en sede judicial mediante Sentencia 227/2016, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana, y por la Sentencia 156/2017 del Tribunal Supremo.

7.- Que la misma Administración Pública que licitó y adjudicó el contrato de concesión de obra pública para la redacción del anteproyecto, tres años después contradice lo informado declarando inviable el proyecto por la supuesta afección al Misteri d'Elx, cuya proclamación como Obra Maestra del Patrimonio Oral e Inmaterial de la Humanidad y constaba desde el año 2001, no siendo una cuestión sobrevenida, y pudiendo introducirse medidas correctoras.

8.- Razones de conveniencia y oportunidad no susceptibles de encuadre en el artículo 223.g) del TRLCSP pues la afección al Misteri ya existía cuando se adjudica, el Plan de Reforma Interior prevé la realización de las obras, y en tercer lugar, en relación con la afección al refugio antiaéreo, la protección que se cita ni existe, ni con el alcance previsto, y es un régimen de protección cautelar.

9.- Que el refugio no ha aparecido como consecuencia de las excavaciones realizadas por la adjudicataria, pues estas habían finalizado en octubre de 2018, y la Memoria fue informada favorablemente en junio de 2019, lo que revela que el refugio se ha utilizado como excusa, siendo revelador el Informe de la Dirección General de Cultura y Patrimonio de 13 de diciembre de 2018, que rechazó la petición del Ayuntamiento de adoptar medidas de protección cuando ni siquiera había sido localizado.

El escrito finalizó solicitando que no se emitiese dictamen sobre el fondo de la cuestión, devolviendo el expediente al Ayuntamiento para que se complete, incorporando el Informe advertido por la adjudicataria, y subsidiariamente a lo anterior, para el caso de que entrara en el fondo del asunto, declarara la improcedencia de la resolución del contrato, por no concurrir la causa invocada por el Ayuntamiento de Elche, y subsidiariamente concluyera que procede la resolución del contrato por la causa establecida en el artículo 269.i) del TRLCSP, con las indemnizaciones que correspondan.

**Noveno.-** Con fecha 29 de marzo de 2021 D. Juan Pita Castro presentó nuevo escrito formulando alegaciones complementarias sobre las tareas de cubrición de las excavaciones arqueológicas, ajenas al procedimiento de resolución del contrato.

## II CONSIDERACIONES

**Primera.-** La consulta a este Consell Jurídic Consulttiu resulta preceptiva en los supuestos de resolución de contrato administrativo con oposición del contratista, a tenor de lo establecido en el artículo 10.8 letra c de la Ley 10/1994, de 19 de diciembre, que dispone que *“el Consell Jurídic Consulttiu deberá ser consultado en los expedientes que versen sobre la nulidad, interpretación y resolución de los contratos administrativos cuando se formule oposición por parte del contratista y, en todo caso, en los supuestos previstos en la legislación de contratos del Estado”*, así como lo dispuesto en así como lo dispuesto en el artículo 213 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público: *“Nulidad, interpretación y resolución de los contratos administrativos cuando se formule oposición por parte del contratista y, en todo caso, en los supuestos previstos en la legislación de contratos del Estado”*.

**Segunda.-** La norma de aplicación al presente expediente, atendiendo a la fecha de adjudicación, sería el 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 (en adelante, TRLCSP), conforme a lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera de la 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.

Desde el punto de vista procedimental, se inició el procedimiento de resolución estando en vigor la Ley 9/2017, que establece un plazo de resolución de 8 meses. Asimismo, también hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, ya que junto a la resolución de inicio del expediente, existe informe jurídico, el trámite de alegaciones al interesado, y propuesta de resolución.

**Tercera.-** El ejercicio de la resolución es una prerrogativa, una facultad exorbitante que constituye una excepción a la igualdad de las partes en el contrato, configurándose como una potestad administrativa de la que la

Administración puede hacer uso de manera unilateral, si bien que de forma reglada, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la ley. Es el órgano de contratación el que ostenta la prerrogativa legal de acordar la resolución y determinar los efectos de esta.

La resolución supone la extinción anticipada de un contrato ante la concurrencia de alguna circunstancia que impide o hace inconveniente su prosecución hasta su extinción normal, la ruptura del vínculo contractual antes de la conclusión del plazo previsto y sin que se haya cumplido íntegramente con su objeto, como manifiesta la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2004.

El contrato de concesión de obra pública del nuevo Mercado Central no establece causas concretas de resolución, remitiéndose a la normativa vigente en la cláusula 35ª del Pliego:

*“Además de en 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.*

*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 ausencia de mención expresa en el contrato, resultan aplicables las causas genéricas de resolución del contrato, previstas en el artículo 223, no siendo posible, como se verá, la aplicación de las reglas previstas en el artículo 271, sobre las causas de resolución contractual previstas en el artículo 269.

**Cuarta.-** Constando, como resulta acreditada, la oposición del contratista, corresponde a este órgano, en su función consultiva, determinar si concurren los requisitos de la causa de resolución a la que se remite el Ayuntamiento, y con qué alcance deba proyectarse en cuanto a sus efectos, teniendo en cuenta la copiosa documentación aportada al expediente y los informes incorporados tanto por el Ayuntamiento de Elche como los que se derivan del organismo ICOMOS, la institución del Defensor del Pueblo o la Conselleria de la Generalitat competente en materia de patrimonio.

El artículo 223 se establece con carácter general las causas de resolución y teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en este expediente resultaría aplicable la establecida en el apartado 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.”*

De conformidad con lo previsto en el artículo 107 del Texto Refundido, las modificaciones no previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación solo pueden efectuarse si se justifica la concurrencia de las circunstancias previstas en el apartado 1, y siempre y cuando la modificación acordada no altere las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación. De conformidad con los informes de funcionamiento municipal, no rebatidos por la concesionaria, resulta evidente que las modificaciones a realizar tanto como consecuencia de la protección del refugio 3B, y sin tener en cuenta lo dispuesto sobre la afección al Misteri d’Elx, exceden con creces lo previsto en el apartado 3.d) del artículo 107:

*“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: (...)*

*d) Cuando las modificaciones del contrato igualen 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”.*

Resulta evidente que las modificaciones reclamadas y que, a juicio de la concesionaria permitirían la compatibilidad de la ejecución del proyecto con la ausencia de impacto en las afecciones patrimoniales apuntadas, provocan un impacto en la ejecución de las obras y en la reducción de las superficies, que harían imposible o inviable la realización de las obras y su explotación en las condiciones y con el precio de adjudicación previsto, en un porcentaje que rebasa con creces el porcentaje previsto en la norma.

De otro lado, la empresa concesionaria, alegando que el Ayuntamiento no ha acreditado suficientemente la imposibilidad de la modificación, no ha aportado por el contrario ninguna justificación que pruebe que los cálculos efectuados por los servicios municipales no son los adecuados.

**Quinta.-** Resulta claro que, a pesar de lo pretendido por la concesionaria en sus alegaciones, el presente supuesto no puede calificarse como desistimiento o renuncia del Ayuntamiento al cumplimiento del contrato, abstracto o injustificado, habilitante de la causa de resolución prevista en la letra g) del artículo 269 del Texto Refundido, y de los efectos previstos en los artículos siguientes, a la que se remite la concesionaria, por cuanto entiende la norma que dicho supuesto de rescate de la concesión es

una “*declaración unilateral del órgano contratante, discrecionalmente adoptada, por la que dé por terminada la concesión, no obstante la buena gestión de su titular*”.

De conformidad con la motivación justificada en la documentación, como se verá, en modo alguno puede calificarse la decisión de no continuar con la ejecución del contrato como una decisión discrecional, adoptada de forma unilateral, al traer causa de razones de interés público, sobradamente expuestas en el expediente.

**Sexta.-** Como ya se ha expuesto, la causa esgrimida por el Ayuntamiento es la prevista en la letra g) del artículo 233, que prevé como causa que, de continuarse ejecutando la prestación es los términos iniciales, exista una posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público, o la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados.

De conformidad con los informes aportados este Consell Jurídic Consultiu entiende que resulta acreditado que la continuidad de la ejecución proyecta una posibilidad no solo cierta, en el sentido de probable, sino cierta en el sentido de consecuente con las consideraciones de los órganos que han emitido informe de que se producirá una lesión grave al interés público de continuar con la ejecución del contrato en los términos previstos.

Las advertencias son de tal entidad que impiden que la suscripción del contrato no pueda ceder frente a una tal causa de interés público, de tan cierta entidad, y que motiva la incoación del procedimiento de resolución contractual, con independencia de que la afección del refugio resulte identificada con posterioridad. De hacer caso omiso a las consideraciones trasladadas por ICOMOS y el Defensor del Pueblo, sobre la coherencia del contrato, ello justificaría un impacto lesivo sobre el interés público, que sería de exclusivo reproche al Ayuntamiento.

Ello se deduce tanto de las afecciones patrimoniales de la ejecución del contrato sobre el Misteri d'Elx, como de las afecciones patrimoniales derivadas de la protección del Refugio 3B, identificado con posterioridad a la suscripción del contrato.

En este segundo aspecto, con independencia de la mencionada modificación, y mientras se procede a su tramitación, no hay que olvidar que el artículo 2 del 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, establece que “*Sin perjuicio de su definitiva evaluación e inscripción en los correspondientes catálogos municipales de bienes y espacios*”

*protegidos, tienen, asimismo, la consideración de bienes inmuebles de relevancia local los elementos individuales a los que se refiere la disposición adicional quinta de la Ley 4/1998, de 11 de junio, de la Generalitat, del Patrimonio Cultural Valenciano, y los núcleos históricos tradicionales que así se delimiten y reconozcan conforme a lo dispuesto en este decreto”.*

Como se infiere de dicho precepto, así como de la propia redacción literal de la citada disposición adicional quinta de la Ley 4/1998, sin perjuicio de su definitiva evaluación y catalogación, el mero reconocimiento legal que la disposición adicional realiza de los refugios como Bienes Inmuebles de Relevancia Local es bastante para otorgarle el nivel de protección que tienen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley.

De igual modo, el art.10 del Decreto 62/11, refiriéndose al régimen transitorio de protección de *“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”*, hasta su definitiva inclusión en el correspondiente Catálogo de Bienes y Espacios Protegidos, establece que únicamente se permite *“actuaciones de conservación y mantenimiento”*.

Resulta evidente, por tanto, que el Ayuntamiento de Elche está obligado a conservarlo y a mantener la integridad de su valor cultural, como determina el artículo 18.1 de la Ley de Patrimonio, y su desprotección no solo sería causa de las infracciones y sanciones previstas en la norma, sino del hecho absurdo de que el cumplimiento del contrato condujera al incumplimiento de la Ley. Debe tenerse en cuenta que en el Informe de ICOMOS, de diciembre de 2018, también se hace referencia al refugio 3B, considerando la afectación del refugio y su protección a la salida prevista del aparcamiento.

**Séptima.-** No obstante, y asumida la concurrencia de la causa prevista de resolución, el Ayuntamiento de Elche mantiene la inexistencia de indemnización al concesionario, trasladando su responsabilidad a éste, ajeno a la causa que provoca la resolución, al considerar que éste *“era conocedor de que en la zona donde había de ejecutarse la obra, es un ámbito de actuación ciertamente complejo por la concurrencia de numerosos elementos y ámbitos patrimoniales y culturales, con distintos niveles de protección. Prueba de ello son las diversas cláusulas del contrato que prevén la posible aparición de circunstancias relacionadas con el patrimonio cultural que afectarían a la ejecución del mismo”*.

Por ello, se argumenta que la cláusula 5ª del PCAP ya contemplaba un “previsible incierto resultado”, al establecer la siguiente cautela: *“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”*; y considera, por tanto, que *“no pudo ser desconocido para el concesionario el evidente riesgo asumido en la ejecución del contrato, y la declarada posibilidad que durante la ejecución del contrato pudieran aparecer elementos o circunstancias que no permitieran su conclusión, una preexistente al propio contrato, de general conocimiento por su publicidad y conocimiento público como la existencia del Patrimonio de la Humanidad, y otra concomitante a la ejecución del contrato: la publicación de una norma con rango de ley proveniente de la actividad legislativa de la Generalitat de incidencia directa en el refugio antiaéreo”*.

No podemos compartir esta consideración de que estas causas son ajenas al Ayuntamiento, calificándolas como de *“intolerable amenaza sobre el Patrimonio de la Humanidad y el deber legal de conservación sobre bienes inmuebles objeto de protección”*. Esta previsión debió ser objeto de atención en el momento de la licitación y resulta ajena a la concesionaria, ya que la intolerable amenaza sobre el Patrimonio de la Humanidad, como resulta calificada por el Ayuntamiento, es consecuencia de una actuación administrativa del Ayuntamiento que no resulta sobrevenida, pues en el momento de la licitación y adjudicación era conocido el carácter de la declaración del Misteri d’Elx como patrimonio cultural inmaterial por parte de la UNESCO, y ha de recordarse que el Plan de Reforma Interior se aprobó por parte del Ayuntamiento de Elche con el informe favorable de la Conselleria competente en materia de patrimonio y su legalidad está avalada por dos pronunciamientos jurisdiccionales.

El hecho de que el Misteri fuera proclamado como Obra Maestra del Patrimonio Oral e Inmaterial de la Humanidad en 2001 acredita que esta cuestión debió ser objeto de la atención del Ayuntamiento de Elche y la Generalitat en el momento de aprobación del PRI, y del Ayuntamiento en el momento de la licitación y adjudicación y de los servicios municipales que informaron al respecto, no siendo por tanto una circunstancia sobrevenida, sino consecuencia del Informe de ICOMOS de 5 de mayo de 2018, de oposición al proyecto y de recomendación al Ayuntamiento del desistimiento del contrato.

La responsabilidad de la frustración del objeto del contrato y su resolución no puede ser trasladada a la concesionaria en exclusiva, haciendo uso de una cláusula de riesgo y ventura, como si la protección patrimonial y el posible daño al interés público hubieran aflorado tras la suscripción del contrato en el año 2015.

Siendo lógico que el Ayuntamiento de Elche está obligado a garantizar que La Festa o Misteri d'Elx *“sea objeto del máximo respeto”*, así lo establece el art. 43 de la ley 13/2005 de la Generalitat y, como se dice en su art.42, debe ser objeto de las medidas de protección y promoción establecidas para los Bienes de Interés Cultural en la Ley 4/1998 del Patrimonio Cultural Valenciano, que el Informe de ICOMOS establece que la declaración de la Festa como Obra Maestra del Patrimonio Oral e Inmaterial de la Humanidad *“exige un cuidado especial en su conservación y gestión, ya que, a partir de estas declaraciones, las autoridades y ciudadanos ilicitanos están comprometidos con el mundo entero a su defensa y preservación”*

Al ser un elemento inscrito en la Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial, resulta de aplicación el régimen de tutela prescrito en la Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial 2003 Paris, 17 de octubre de 2003, y en el Reglamento que los desarrolla, las Directrices Operativas. España ratificó dicha Convención en el año 2006, lo que le compromete a cumplir sus disposiciones y recomendaciones.

Por tanto, y ante la recomendación de ICOMOS, y de sus consecuencias, así como las afecciones posteriores que reclaman la protección del refugio 3B, siendo evidente la incidencia y la afectación del proyecto desde el punto de vista patrimonial, resulta claro que el proyecto adjudicado supone un cambio de uso en un espacio público de un ámbito protegido por la declaración de patrimonio cultural inmaterial, que debió ser advertido por el Ayuntamiento, y cuyas consecuencias no pueden ser trasladadas a la concesionaria, de manera que la Corporación quede indemne por tener que adoptar un acuerdo resolutorio, ya que de la ejecución del contrato en las condiciones iniciales se derivarían consecuencias de posible menoscabo de los valores por los que el Misteri fue incluido en la lista de la UNESCO y su revocación.

En consecuencia, opera la causa de resolución prevista en el artículo 223 g) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, con los efectos establecidos en el artículo 225.5, debiéndose determinar en un expediente contradictorio la indemnización que, en su caso, proceda.

### **III CONCLUSIÓN**

Por cuanto queda expuesto, el Pleno del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana es del parecer:

Que procede acordar la resolución del contrato con base en el artículo 223 g) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, con los efectos establecidos en el artículo 225.5.

V.I., no obstante, resolverá lo procedente.

València, 28 de abril de 2021

EL SECRETARIO GENERAL

LA PRESIDENTA

**IL·LM. SR. ALCALDE DE L'AJUNTAMENT D'ELX**