

Bird & Bird &
AC JESSICA Andalucía S.A.

*Informe sobre la viabilidad y
consecuencias jurídicas de una
eventual cancelación unilateral del
proyecto de construcción de dos
aparcamientos en el Puerto de Santa
María*

Madrid, Julio 2015

I N D I C E

I.	ANTECEDENTES	3
II.	CONSULTA	4
III.	RESOLUCIÓN	5
1.	ANÁLISIS DE LA EVENTUAL CANCELACIÓN UNILATERAL DE CONTRATOS OTORGADOS DURANTE EL ANTERIOR GOBIERNO MUNICIPAL DE EL PUERTO DE SANTA MARÍA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE DOS APARCAMIENTOS.....	5
1.1.	Sobre el principio general que prohíbe dejar el cumplimiento de un contrato al arbitrio de una de las partes y su aplicación a los contratos municipales en casos de cambio de gobierno	5
	<i>a) Prohibición de incumplimiento unilateral de contratos: artículo 1.256 del Código Civil</i>	<i>5</i>
	<i>b) Prohibición de incumplimiento unilateral de contratos concertados por un equipo de gobierno anterior: posición de los Tribunales</i>	<i>5</i>
1.2.	Sobre la ilegalidad de una eventual cancelación unilateral del contrato de socios que originó IMPULSA APARCA, prescindiendo del consentimiento de AC JESSICA ANDALUCÍA	8
	<i>a) Improcedencia de la disolución unilateral de IMPULSA APARCA, por la mera voluntad del socio municipal</i>	<i>8</i>
	<i>b) Improcedencia de la separación unilateral del socio municipal en IMPULSA APARCA, sin perjuicio de la posible venta de su participación social.....</i>	<i>10</i>
1.3.	Sobre la ilegalidad de una eventual cancelación unilateral del contrato de construcción de aparcamientos otorgado a GYOCIVIL, prescindiendo del consentimiento de AC JESSICA ANDALUCÍA	11
	<i>a) Improcedencia formal de un acuerdo societario de cancelación del contrato de construcción de aparcamientos sin el consentimiento del socio privado</i>	<i>11</i>
	<i>b) Improcedencia material de un acuerdo societario contrario a la consecución del objeto social y a los compromisos del pacto de socios</i>	<i>13</i>
2.	ANÁLISIS DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE UNA EVENTUAL CANCELACIÓN UNILATERAL DE CONTRATOS OTORGADOS EN RELACIÓN A LA CONSTRUCCIÓN DE DOS APARCAMIENTOS SUBTERRÁNEOS ...	14
2.1.	Indemnizaciones a soportar por el Ayuntamiento de El Puerto de Santa María por los daños y perjuicios derivados de la cancelación unilateral de contratos.....	14
	<i>a) Indemnización a AC JESSICA, al amparo de la Cláusula de indemnidad del artículo 13 del contrato de socios e inversión y del artículo 1.124 del Código Civil.....</i>	<i>15</i>
	<i>b) Indemnización a GYOCIVIL, al amparo del principio de reparación integral del contratista en caso de desistimiento unilateral del dueño de la obra (artículo 1.594 del Código Civil).....</i>	<i>22</i>
2.2.	Responsabilidades personales de quienes decidan como autoridades, funcionarios o administradores	24
	<i>a) Posibles responsabilidades económicas personales de quienes decidan como autoridades o funcionarios (repetición de daños) o como administradores (responsabilidad de administradores).....</i>	<i>25</i>
	<i>b) Posibles responsabilidades penales de quienes decidan como autoridades, funcionarios o administradores: los delitos de prevaricación y administración desleal</i>	<i>26</i>
2.3.	Consecuencias de la cancelación unilateral de contratos en relación a los fondos estructurales FEDER y a las relaciones con el Banco Europeo de Inversiones	27
	<i>a) Riesgo de pérdida de los 15 millones de euros de fondos JESSICA destinados al Proyecto.....</i>	<i>28</i>
	<i>b) Imposibilidad de reasignación de los fondos JESSICA a otros proyectos de índole social.....</i>	<i>28</i>
IV.	CONCLUSIONES.....	30

I. ANTECEDENTES

- 1.1. Una vez realizados los estudios de viabilidad correspondientes, en el año 2010 el Ayuntamiento de El Puerto de Santa María decidió acometer la construcción de dos aparcamientos subterráneos en la Plaza Elías Ahuja y en la calle Pozos Dulces (en adelante, el "**Proyecto**"). Esta actuación, prevista con carácter prioritario en el Plan de Movilidad Sostenible y Accesibilidad del municipio (aprobado en el año 2007 por unanimidad de todos los grupos políticos de la corporación municipal¹), así como, también, en el nuevo Plan General de Ordenación Urbana (PGOU)², tenía el doble objetivo de (i) contribuir a la peatonalización del casco histórico, recuperando y transformando para la ciudad espacios ocupados por aparcamientos en superficie en entornos atractivos para la actividad comercial y el turismo, y (ii) reorganizar el tráfico del municipio, alejando los vehículos privados del centro de la ciudad.
- 1.2. Ante la ausencia de interés de las entidades financieras invitadas a participar en la financiación del Proyecto, el Ayuntamiento contactó con la entidad AHORRO CORPORACIÓN FINANCIERA ("**ACF**") y, mediante acuerdo del Pleno de 8 de marzo de 2012, decidió concertar una operación de financiación a través de la empresa municipal encargada de gestionar la movilidad urbana del municipio, Impulsa El Puerto S.L. (en adelante, "**IMPULSA**" o "**IMPULSA EL PUERTO**") – participada al 100 % por el propio Ayuntamiento, que es quien en definitiva actúa a través de este ente instrumental–. A tal efecto, autorizó la constitución de una Sociedad entre IMPULSA y el Fondo AC JESSICA ANDALUCIA ("**AC JESSICA**"), gestionado por una sociedad del grupo ACF y constituido como vehículo de inversión en el marco del denominado programa JESSICA ("*Joint European Support for Sustainable Investment in City Areas*")³, con el objeto, precisamente, de aportar fondos FEDER a proyectos de desarrollo urbano sostenible en la región de Andalucía.
- 1.3. El 23 de diciembre de 2013, IMPULSA y AC JESSICA firmaron un "Contrato de Inversión y de Socios de la Sociedad IMPULSA APARCA, S.L" (en adelante, el "**Contrato de Socios**") y, en su virtud, en esa misma fecha, ambas partes constituyeron una sociedad de responsabilidad limitada, bajo la denominación social de **IMPULSA APARCA, S.L.** (en adelante, la "**Sociedad**" o "**IMPULSA**

¹ Así lo indica un comunicado de prensa sobre el proyecto, publicado en la web del Ayuntamiento (http://elpuertodesantamaria.es/index.php?art_id=12302&men_id=371+c).

² El Plan General de Ordenación Urbana (PGOU) de El Puerto de Santa María, entre cuyas actuaciones se incluye el desarrollo del Proyecto, fue aprobado definitivamente por Orden de 21 de febrero de 2012 de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda de la Junta de Andalucía (BOJA de 7 de marzo de 2012).

³ La Iniciativa JESSICA es una iniciativa conjunta de la Comisión Europea (CE), el Banco Europeo de Inversiones (BEI) y el Banco de Desarrollo del Consejo de Europa (CEB), creada para proporcionar apoyo financiero a proyectos de regeneración o desarrollo urbano que estén incluidos en un plan integrado urbano, siendo la propia Junta de Andalucía la que ha puesto en marcha esta iniciativa en su respectivo ámbito territorial al amparo del Programa Operativo FEDER de Andalucía 2007-2013. De esta forma, los recursos asignados a JESSICA se transfieren por la Junta de Andalucía a un Fondo de Cartera gestionado por el BEI, denominado Fondo de Cartera JESSICA Andalucía, que, a su vez, los canaliza a uno o varios Fondos de Desarrollo Urbano (FDU) –v.gr. el Fondo AC JESSICA ANDALUCIA– para que éstos inviertan en proyectos de renovación o desarrollo urbano que cumplan con los requisitos exigidos por la Iniciativa JESSICA (<http://www.juntadeandalucia.es/economiainnovacionyciencia/fondoseuropeosenandalucia/jessica.php>).

APARCA"), siendo IMPULSA y AC JESSICA socios al 50% en el capital social de la misma (9.477.216 euros). En efecto, al constituir la sociedad, IMPULSA realizó una aportación en especie de los terrenos donde deben ubicarse los aparcamientos subterráneos objeto del Proyecto –valorados en 4.738.608 euros–, mientras que AC JESSICA aportó al capital social 4.738.608 euros en efectivo.

- 1.4. Adicionalmente, con la finalidad de sufragar la mayor parte del coste del Proyecto, el mismo día 23 de diciembre de 2013, AC JESSICA concedió a la Sociedad un **Crédito Participativo** por importe de 10.261.392 euros, de modo que la aportación total de fondos JESSICA al Proyecto ascendería a 15 millones de euros.
- 1.5. Para la construcción de los dos aparcamientos objeto del Proyecto IMPULSA y AC JESSICA convocaron un concurso con la finalidad de adjudicar el "Contrato de diseño, construcción llave en mano y financiación de dos aparcamientos subterráneos y urbanizaciones en El Puerto de Santa María" (en adelante, "**Contrato EPC**"), resultando adjudicataria del concurso la compañía Gestión y Ejecución de Obra Civil, S.A. ("**GYOCIVIL**"), formalizándose el correspondiente contrato entre la Sociedad y el contratista el 23 de diciembre de 2013.
- 1.6. Con motivo de las elecciones municipales celebradas el 24 de mayo de 2015, el pasado 13 de junio se produjo un cambio político en el gobierno de la corporación municipal mediante la formalización de un pacto entre tres fuerzas políticas (Partido Socialista Obrero Español, Levantemos El Puerto e Izquierda Unida), que podría poner en riesgo la continuidad del Proyecto.

En efecto, en lo que aquí interesa y sin perjuicio de otras manifestaciones y declaraciones anteriores, el denominado "Pacto y programa de gobierno progresista y social"⁴ del nuevo gobierno municipal incluye entre sus "medidas inmediatas para los primeros 100 días", bajo la denominación de "inicio revisión expediente parkings", "*el estudio pormenorizado con la finalidad de reorientar el fondo Jessica en la medida de lo posible a actuaciones productivas de índole social*", revisión que se pretende abordar una vez transcurran los primeros 15 días desde la constitución de la nueva corporación municipal, contemplándose adicionalmente una "*evaluación y revisión del proceso en periodos trimestrales*".

II. CONSULTA

A la vista de los anteriores antecedentes, ACF ha solicitado a este despacho la elaboración de un informe sobre la viabilidad legal de una eventual cancelación unilateral del Proyecto por parte del nuevo gobierno municipal de El Puerto de Santa María, así como sobre las posibles consecuencias jurídicas que podrían derivarse de dicha cancelación tanto para ACF como para IMPULSA, en su condición de administradores de la Sociedad, atendiendo a las distintas relaciones jurídicas existentes entre todas las partes intervinientes en el Proyecto.

4

http://www.elpuertodesantamaria.es/uploads/art_13329_ele_111380_Acuerdo%20de%20Gobierno%20Rubicado%2012-06-15.pdf

III. RESOLUCIÓN

1. ANÁLISIS DE LA EVENTUAL CANCELACIÓN UNILATERAL DE CONTRATOS OTORGADOS DURANTE EL ANTERIOR GOBIERNO MUNICIPAL DE EL PUERTO DE SANTA MARÍA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE DOS APARCAMIENTOS

1.1. Sobre el principio general que prohíbe dejar el cumplimiento de un contrato al arbitrio de una de las partes y su aplicación a los contratos municipales en casos de cambio de gobierno

a) *Prohibición de incumplimiento unilateral de contratos: artículo 1.256 del Código Civil*

Desde el Derecho Romano, la contratación se rige por un principio esencial, que obliga a las partes de un contrato al fiel y estricto cumplimiento de lo pactado, pues **lo pactado obliga y los pactos deben cumplirse ("pacta sunt servanda")**.

Este esencial principio tiene cumplido reflejo en nuestro Código Civil, conforme al cual "Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos" (artículo 1.091), de tal modo que "la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes" (artículo 1.256), siendo así que desde que se perfeccionan "obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley" (artículo 1258).

Pues bien, la aplicación del principio "pacta sunt servanda" a la contratación de las entidades públicas está fuera de toda duda, tal como insistentemente declaran nuestros Tribunales, así el Tribunal Supremo en Sentencia de 16 de abril de 2008 (RJ 2008\2460), recordando:

- Que "la Administración debe cumplir los contratos de acuerdo con el modo en que los pacte y los mismos no pueden quedar en cuanto a su cumplimiento al arbitrio de una de las partes".
- Que "la Administración podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración y deberá cumplirlos a tenor de los mismos".

b) *Prohibición de incumplimiento unilateral de contratos concertados por un equipo de gobierno anterior: posición de los Tribunales*

La vinculación de una Administración por las actuaciones realizadas y los compromisos contraídos no resulta en modo alguno excepcionada tras los periódicos cambios en sus equipos de gobierno a resultas de los correspondientes comicios electorales.

Aunque esta afirmación es una obviedad, que lo es, lo cierto es que los Tribunales se ven obligados periódicamente a recordarla, especialmente en el ámbito local. Y así, en este específico ámbito, el propio Tribunal Supremo en Sentencia de 15 de diciembre de 2009 (RJ 2010\2273) insiste en que:

"el cambio político -con todo lo que ello conlleva desde la perspectiva democrática que toda elección municipal implica- no puede, sin más, dejar sin efecto todo lo técnico y procedimentalmente desarrollado en el ejercicio de una potestad administrativa (...)

la Administración no puede -como ha acontecido- sin los avales técnicos precisos y las motivaciones pertinentes, plegarse, sin más, al cambio de voluntad municipal cuando tal decisión venga exclusivamente respaldada por un cambio político tras unas elecciones municipales"

En línea con lo anterior, son muchas las resoluciones, tanto judiciales como de órganos consultivos de la propia Administración, advirtiendo en contra de actuaciones de desistimiento y/o cancelación de contratos municipales simplemente porque *"como consecuencia del cambio de gobierno municipal acaecido, se desiste de dicho contrato, sin justificación legal alguna"* (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia nº 415/2011 de 24 mayo. JUR 2011\390836), considerando, por el contrario, que *"para que la Administración pueda de forma unilateral desistir lícitamente del contrato en la parte que queda por ejecutar del mismo se requiere no un mero e injustificado cambio de voluntad, sino que el desistimiento se funde en una razón de interés público"* (Dictamen N.º 46/2013, de 27 de febrero, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha).

Así las cosas, la nueva visión o voluntad política de un nuevo equipo de gobierno no supone ni representa, *per se*, un interés público que permita resolver unilateralmente un contrato municipal. Y es que aunque casi huelga, por evidente, explicarlo, el hecho de que una formación política obtenga el respaldo del electorado en unos comicios democráticos no convierte taumatúrgicamente sus propuestas electorales en propuestas de interés público. Éstas lo serán o no dependiendo no de quien las emita o de quien o cuantos las respalden, *sino del contenido que tengan* y, en concreto, del encaje legal de ese contenido en el concepto de interés público que para cada caso establecen las leyes, no los gobernantes y/o los gobernados, siendo así que unos y otros están sometidos al imperio de la Ley (*"los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico"* dice el artículo 9.3 de nuestra Constitución).

Y el concreto interés público con virtualidad resolutoria de un contrato no ha de interpretarse conforme a los dictados de los ganadores de unas elecciones, que no son legisladores, sino conforme a los criterios que la propia Ley determina, en los términos en que la interpretan los Tribunales, para los cuales ese interés público ha de ser absolutamente excepcional, resultando no de una reevaluación de circunstancias preexistentes por un diverso enfoque político, sino de **nuevas circunstancias sobrevenidas a la adjudicación del contrato, debidamente acreditadas y justificadas**, que además han de encajar dentro de las causas tasadas que permiten a una Administración la cancelación unilateral de un contrato conforme al TRLCSP (artículos 209 y 249.1 d), **exclusivamente reservadas a los contratos administrativos**.

Las anteriores consideraciones, evidencian la meridiana imposibilidad de aplicar a los contratos relativos al Proyecto que nos ocupa las facultades excepcionales y exorbitantes de resolución unilateral de contratos administrativos por razones interés público:

- En primer lugar, porque los contratos concertados a los efectos de la realización del Proyecto, descritos en los antecedentes, **no son contratos administrativos** sino contratos privados, excluidos del ámbito de aplicación del TRLCSP, por ser contratos relativos a servicios financieros (así los contratos de inversión y de crédito participativo concertados con AC JESSICA, expresamente excluidos del TRLCSP por su artículo 4.1.l) y/o por otorgarse por una entidad, IMPULSA APARCA, sin participación pública mayoritaria y por ello no perteneciente al sector público (así el contrato de construcción concertado con GYOCIVIL, cuya naturaleza de contrato privado no sujeto al TRLCSP fue expresamente declarada por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de El Puerto de Santa María, en resolución de 12 de marzo de 2014, al inadmitir los recursos especiales interpuestos contra la adjudicación de este contrato, y ello porque *(sic)* "la participación de IMPULSA EL PUERTO S.L.U. en la entidad contratante no es superior al 50% de su capital, por lo que no cumple la exigencia contemplada en el artículo 3.1.d) TRLCSP para ser considerada la sociedad participativa como ente del sector público a los efectos de dicha ley").
- En segundo lugar, porque aunque fueran contratos administrativos, lo cierto es que **no consta ni acreditado ni explicado interés público alguno** que pueda encajar en los supuestos tasados de resolución unilateral que la Ley determina. Antes al contrario, el interés público del Proyecto resulta, en primer lugar, de su inclusión en el nuevo Plan General de Ordenación Urbana (PGOU) del municipio, precisamente como una de las actuaciones prioritarias del Plan de Movilidad Sostenible y Accesibilidad, siendo así que dicho interés público ha sido reiterado en múltiples ocasiones por el propio Ayuntamiento⁵, resultando confirmado por el hecho de su elección como proyecto susceptible de financiación por los fondos FEDER al amparo del programa JESSICA.

En todo caso, aunque los contratos en su día otorgados en el marco del proyecto IMPULSA APARCA de construcción de dos aparcamientos fueran contratos administrativos —*que no lo son*—, existiendo un interés público en su resolución debidamente acreditado y justificado, distinto al meramente derivado de un cambio de enfoque político —*que no existe*—, lo cierto es que tampoco resultaría posible su cancelación unilateral por el Ayuntamiento de El Puerto de Santa María y/o por el socio municipal de IMPULSA APARCA, prescindiendo de la voluntad del socio privado, cuestión ésta que a continuación analizamos.

⁵ En este sentido, por ejemplo, el Informe emitido por el Servicio de Planeamiento y Gestión Urbanística de 14 de mayo de 2013 insiste en la perfecta adecuación y compatibilidad del Proyecto con el Planeamiento Urbanístico del municipio y con los objetivos identificados en dicho Planeamiento, de donde no puede sino inferirse la conveniencia de ejecutar el Proyecto precisamente en aras del interés público.

1.2. Sobre la ilegalidad de una eventual cancelación unilateral del contrato de socios que originó IMPULSA APARCA, prescindiendo del consentimiento de AC JESSICA ANDALUCÍA

El Ayuntamiento de El Puerto de Santa María no puede desvincularse unilateralmente del pacto de socios al que llegó con el fondo AC JESSICA ANDALUCÍA a través de IMPULSA EL PUERTO, ni de la sociedad derivada de dicho pacto, no pudiendo ni disolver dicha sociedad ni separarse de ella salvo mediante la venta de su participación en la misma.

a) *Improcedencia de la disolución unilateral de IMPULSA APARCA, por la mera voluntad del socio municipal*

El artículo 32 de los Estatutos de IMPULSA APARCA establece que "**La Sociedad se disolverá por las causas legalmente previstas en la Ley de Sociedades de Capital y en la legislación vigente**". Estas causas legales vienen expresamente recogidas en el **artículo 363** del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital ("**LSC**") y son las siguientes:

"a) Por el cese en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social. En particular, se entenderá que se ha producido el cese tras un período de inactividad superior a un año;

b) Por la conclusión de la empresa que constituya su objeto;

c) Por la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social;

d) Por la paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento;

e) Por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso;

f) Por reducción del capital social por debajo del mínimo legal, que no sea consecuencia del cumplimiento de una ley;

g) Porque el valor nominal de las participaciones sociales sin voto o de las acciones sin voto excediera de la mitad del capital social desembolsado y no se restableciera la proporción en el plazo de dos años;

h) Por cualquier otra causa establecida en los estatutos".

No concurriendo ninguna de las causas legalmente establecidas en el caso que nos compete, no sería posible que IMPULSA instara la disolución de la Sociedad pues, aunque la LSC prevé la posibilidad de que bajo determinadas premisas "*cualquier interesado podrá instar la disolución de la sociedad ante el juez de lo mercantil del domicilio social*" (artículo 366.1 LSC), la estimación de esta solicitud pasa necesariamente porque concurra alguna de las causas legales de disolución anteriormente mencionadas.

De manera particular, conviene hacer referencia a la causa de disolución prevista en el apartado d) del precepto arriba transcrito, relativa a la "*paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento*", pues dada la paridad existente en cuanto a la representación de las partes en los órganos sociales⁶, **cabría la posibilidad de que IMPULSA intentara colocar a la Sociedad en una situación de bloqueo o paralización**, obstaculizando cualquier decisión esencial tanto de la Junta como del Consejo e impidiendo, en definitiva, la viabilidad del Proyecto y la ejecución del fin social de la Sociedad. Pues bien, sobre este particular baste realizar las siguientes consideraciones:

- (i) Las situaciones de bloqueo se han de resolver mediante la venta del 100% de la sociedad a un tercero, conforme a la Cláusula 7.2.14 del Contrato de Socios (Cláusula anti-bloqueo)

En efecto, un eventual **bloqueo de la Sociedad no traería consigo, en primer término, su disolución sino que activaría el mecanismo de desbloqueo pactado por las partes** en la Cláusula 7.2.14 del Contrato de Socios que, en todo caso, facultaría a cualquiera de ellas a "*instar la venta del 100% de las participaciones sociales de la Sociedad y el Crédito Participativo a un tercero*" mediante el procedimiento de venta organizado establecido en dicha cláusula. El mencionado proceso podría dilatarse hasta nueve meses tras una valoración de la Sociedad y las participaciones sociales y la contratación de un asesor financiero encargado de desarrollar dicho proceso de venta. La disolución y liquidación de la Sociedad sólo procedería en el caso de que fracasara el proceso previo de venta organizada.

- (ii) El bloqueo intencional dirigido a la cancelación del Proyecto sería fraudulento, abusivo y contrario a la buena fe, generando responsabilidad por los daños y perjuicios causados

Según el Tribunal Supremo, el bloqueo intencional en el funcionamiento de los órganos sociales generado por una parte puede considerarse una "**conducta viciada de fraude, que el ordenamiento jurídico repudia y los tribunales no deben amparar**" "**por el resultado torticero perseguido**" que "**conculca asimismo el principio de la buena fe, conforme al cual deben ejercitarse los derechos (art. 7.1 CC) y, en definitiva, al margen de la calificación de fraude, constituye un ejercicio abusivo del derecho (art. 7.2 CC)**" (Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia 601/2007, de 30 de mayo de 2007)⁷.

⁶ En la actualidad, el porcentaje de participaciones y, por ende, la representación de los socios en la Junta, está dividido a partes iguales entre IMPULSA y AC JESSICA ANDALUCÍA en un 50% (Cláusula 5.1 del Contrato de Socios). En cuanto al Órgano de Administración, se acordó un Consejo de Administración formado por 4 consejeros, 2 nombrados por IMPULSA y 2 nombrados por AC JESSICA, sin voto dirimente por parte del Presidente (Cláusula 7.2.1 del Contrato de Socios). Para la **aprobación** de las materias pactadas por las partes como **Materias Reservadas** (Anexos 7.1 y 7.2.8), se necesitará **el voto favorable de las participaciones que representen el 51% del capital social en Junta** (Cláusula 7.1 del Contrato de Socios) **y de 3 de 4 consejeros en el Consejo** (Cláusula 7.2.8 del Contrato de Socios).

⁷ De esta sentencia se hacen eco otras como la Sentencia 91/2010, de 26 de febrero de 2010, de la Audiencia Provincial de A Coruña: "*Por su parte, la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2007, permite igualmente, en el caso de bloqueo social, proceder a la designación judicial del liquidador judicial, supliendo el Tribunal la imposibilidad de los socios de alcanzar un acuerdo al respecto,*

Con respecto a este último extremo, "*La doctrina del abuso de derecho se sustenta en la existencia de unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos, y como institución de equidad, exige para poder ser apreciado, según recuerda la Sentencia de 18 de mayo de 2005 (recurso núm. 4708/98), con apoyo en reiterada doctrina jurisprudencial, una actuación aparentemente correcta que, no obstante, representa en realidad una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna, generando efectos negativos (los más corrientes daños y perjuicios), al resultar patente la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima, así como la objetiva de exceso en el ejercicio del derecho*" (Fundamento de Derecho Noveno de la Sentencia del TS 20/2006, de 1 de febrero de 2006).

Así las cosas, si IMPULSA decidiera intencionadamente (i) bloquear la Sociedad con la pretensión de abandonar el objeto social para el que ésta fue creada, esto es, el desarrollo y explotación de los dos aparcamientos subterráneos en El Puerto de Santa María, (ii) disolverla y (iii) liquidarla, este hecho **constituiría un fraude de ley y un abuso de derecho que traería consigo el devengo del derecho de AC JESSICA al resarcimiento de los daños y perjuicios explicados en el apartado 2.1 del presente Informe.**

Finalmente, a las causas legales de disolución estipuladas en el artículo 363 LSC, el artículo 368 LSC añade una más, la disolución por acuerdo entre las partes, estableciendo que "*La sociedad de capital podrá disolverse por mero acuerdo de la junta general adoptado con los requisitos establecidos para la modificación de los estatutos*".

Ahora bien, para que la Junta adoptara el acuerdo de disolución sería necesario el voto favorable de AC JESSICA⁸, por lo que **tampoco podría unilateralmente IMPULSA lograr disolver la Sociedad por esta vía.**

b) *Improcedencia de la separación unilateral del socio municipal en IMPULSA APARCA, sin perjuicio de la posible venta de su participación social*

Junto a la disolución, el artículo 346 LSC también prevé el derecho de separación de un socio de la sociedad cuando no está conforme con determinados acuerdos adoptados por la Junta.

Así, el socio que no hubiera votado a favor de (i) la sustitución o modificación sustancial del objeto social de la sociedad, (ii) la prórroga de la sociedad, (iii) su reactivación, (iv) la

*considerando incluso que una **negativa injustificada** conforma un **abuso de derecho***" (Fundamento de Derecho Quinto).

⁸ La disolución de la Sociedad constituye una materia reservada de la Junta General, de conformidad con el Anexo 7.1 punto 3 del Contrato de Socios y, por tanto, su aprobación requerirá "*el voto favorable de las participaciones que representen el 51% del capital social de la Sociedad*", siendo además "*siempre necesario el voto favorable de las participaciones sociales que en cada momento sean propiedad del Inversor*" (Cláusula 7.1 del Contrato de Socios).

creación, modificación o extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias, salvo disposición contraria de los estatutos y, en último caso, (v) el acuerdo de modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales⁹, tendrá derecho a separarse de la sociedad.

No concurriendo en este caso ninguna de estas circunstancias, resulta inviable que IMPULSA pretenda su separación de la Sociedad.

Por tanto, a la luz de lo anterior, al no proceder la disolución de la Sociedad ni tampoco concurrir ninguna causa que le conceda a IMPULSA un derecho a separarse de la Sociedad, **la única opción viable que podría adoptar IMPULSA para desvincularse del Proyecto sería tratar de vender sus participaciones en la Sociedad, si bien dicha transmisión no conllevaría la cancelación del Proyecto, cuya ejecución y desarrollo sería asumida por el comprador.**

Para proceder a dicha venta, deberá aplicarse el "*Régimen de Transmisión de las Participaciones Sociales de la Sociedad*" pactado en la Cláusula 8 del Contrato de Socios que estipula que "*Cualquier transmisión de participaciones de la Sociedad se regirá, en primer término, por lo dispuesto en el presente Contrato y, supletoriamente, y en la medida en que no se oponga a lo dispuesto en el Contrato, por lo establecido al respecto en los estatutos sociales de la Sociedad, prevaleciendo siempre lo pactado en el Contrato*". La venta de las participaciones de IMPULSA a un tercero podría dar lugar a la aplicación de los derechos de arrastre, acompañamiento y adquisición preferente estipulados en la mencionada Cláusula 8 del Contrato de Socios.

1.3. Sobre la ilegalidad de una eventual cancelación unilateral del contrato de construcción de aparcamientos otorgado a GYOCIVIL, prescindiendo del consentimiento de AC JESSICA ANDALUCÍA

a) *Improcedencia formal de un acuerdo societario de cancelación del contrato de construcción de aparcamientos sin el consentimiento del socio privado*

Tal como se ha puesto de manifiesto en el antecedente 1.5 de este Informe, para la construcción de los aparcamientos objeto del Proyecto, con fecha 23 de diciembre de 2013, la Sociedad formalizó con GYOCIVIL el denominado "*contrato de diseño, construcción llave en mano y financiación de dos aparcamientos subterráneos y urbanizaciones en el Puerto de Santa María*" (contrato EPC). De este modo, una eventual cancelación del Proyecto implicaría necesariamente la **resolución anticipada de este contrato de obra**, que, en definitiva, constituye una parte esencial del objeto de la Sociedad.

Pues bien, resulta preciso advertir que para poder acordar la cancelación del contrato EPC –ya sea al amparo de la facultad de desistimiento prevista en la cláusula 22 del contrato EPC¹⁰ o invocando la concurrencia de una causa de resolución del contrato de

⁹ Artículo 346.1 y 2 LSC.

¹⁰ "*La Propiedad podrá desistir unilateralmente en cualquier momento y por su sola voluntad, de la ejecución total de los Trabajos, aunque ya se hubiesen comenzado los mismos (...)*".

conformidad con lo dispuesto en la cláusula 23.1.1 del contrato EPC (v.gr. invocando la causa de resolución relacionada en la letra k)¹¹–, **es imprescindible que exista un acuerdo entre los dos socios de la Sociedad**, IMPULSA y AC JESSICA, dada la estructura estatutaria al 50 % entre dichos socios.

Así las cosas, de conformidad con lo dispuesto tanto en los Estatutos de la Sociedad (artículo 25, apartado 22¹²) como en el propio Contrato de Socios (Cláusula 7.2 y Anexo 7.2.8¹³), la terminación anticipada del contrato EPC se configura como una de las "Materias Reservadas del Consejo de Administración de la Sociedad", de modo que una decisión de ese tipo sólo podría adoptarse por mayoría cualificada de al menos tres (3) de los miembros del Consejo de Administración, siendo así que, en todo caso, siempre será necesaria la asistencia y el voto favorable de, al menos, un Consejero designado por AC JESSICA.

En virtud de lo anterior, si el nuevo gobierno municipal planteara la iniciativa de trasladar al Consejo de Administración de la Sociedad –a través de los consejeros designados por IMPULSA– la propuesta de desistir o resolver anticipadamente el contrato EPC, dicha propuesta será rechazada siempre y cuando no cuente con la aquiescencia de los consejeros designados por AC JESSICA, siendo así que la única consecuencia jurídica derivada del rechazo de esa propuesta no sería otra que la obligación de cumplir los compromisos contractuales asumidos por la Sociedad frente a GYOCIVIL en virtud del contrato EPC y al amparo del principio *pacta sunt servanda* (según resulta de los artículos 1.091, 1.254, 1.256 y 1.258 del Código Civil).

En todo caso, tal como se ha expuesto detalladamente en el apartado 1.2 anterior, debemos recordar que, en virtud de las previsiones del pacto establecido al efecto en el Contrato de Socios, una eventual situación de bloqueo no conduciría *per se* a la extinción de la Sociedad, sino a un proceso de venta organizada, de modo que, en cualquier caso, el Proyecto se deberá desarrollar en los términos convenidos.

¹¹ "Sin perjuicio de lo dispuesto en otras cláusulas del Contrato, el Propietario estará facultado para resolver el presente Contrato, y por tanto los Trabajos y el Crédito, si el Contratista estuviera incurso o acontecieran cualquiera de los supuestos siguientes: (...) k) La declaración de inelegibilidad del Proyecto por el BEI u otra autoridad competente o la Propiedad pierda la financiación con cargo a la iniciativa JESSICA por causas imputables o no al Contratista".

¹² "No obstante lo anterior, se adoptarán por mayoría cualificada de al menos tres de los miembros del Consejo de Administración, los acuerdos sometidos a Mayoría Reservada del Consejo que a continuación se detallan, a estos efectos, cada miembro del Consejo de Administración dispondrá de un voto: (...) 22. La modificación, resolución o prórroga de cualesquiera contratos de construcción relativos a los aparcamientos que conforman el objeto social de conformidad con lo indicado en el artículo 2 de estos estatutos sociales" (Artículo 25, apartado 22, de los Estatutos Sociales de la Sociedad).

¹³ "(...) cualquiera de los acuerdos que aparecen enumerados en el Anexo 7.2.8 (en adelante las "Materias Reservadas del Consejo") deberán necesariamente (i) incluirse en el orden del día de la reunión en la que vayan a ser debatidos y, en su caso, aprobados; y (ii) adoptarse en el Consejo de Administración por mayoría cualificada de sus miembros, contando con el voto favorable de, al menos, tres (3) Consejeros. Siempre será necesaria la asistencia y el voto favorable de, al menos, un Consejero designado por el Inversor para aprobar las Materias Reservadas del Consejo" (Cláusula 7.2 del Contrato de Socios).

"Materias Reservadas del Consejo de Administración de la Sociedad: 29. Cualquier modificación, resolución o terminación del Contrato EPC" (Anexo 7.2.8 del Contrato de Socios).

b) *Improcedencia material de un acuerdo societario contrario a la consecución del objeto social y a los compromisos del pacto de socios*

Adicionalmente, resulta preciso advertir que en el supuesto de que el nuevo gobierno municipal pretendiera trasladar una propuesta de terminación anticipada del contrato EPC sin más justificación que la voluntad política del Ayuntamiento, dicha actuación no podría sino reputarse **contraria a la buena fe contractual y frontalmente opuesta a los compromisos asumidos por IMPULSA en virtud del Contrato de Socios y a la luz de su condición de socio de la Sociedad, y, por ende, frontalmente opuesta a las obligaciones y responsabilidades contraídas por los consejeros designados por la sociedad municipal, así como a los deberes de fidelidad y lealtad regulados en los artículos 225 y ss de la LSC, con las consiguientes consecuencias a que ello daría lugar.**

En efecto, no debemos olvidar que **el objeto de la Sociedad no es otro que precisamente "la promoción, construcción, gestión y explotación de dos aparcamientos subterráneos en El Puerto de Santa María"** (artículo 2 de los Estatutos de la Sociedad) y que, tal como establece expresamente la Cláusula 1.6 del Contrato de Socios:

"Las Partes actuarán en todo momento como un grupo unido, con un criterio común, con la finalidad de maximizar el valor de su participación en la Sociedad mediante la promoción de su negocio y la mejora de su rentabilidad y la adecuada implementación del Proyecto. Las Partes se comprometen a actuar en todo momento de buena fe en sus relaciones, y aunar sus mejores esfuerzos a fin de administrar la Sociedad de forma consensuada, bajo un espíritu de colaboración y siempre en beneficio tanto de la Sociedad, como de todos los Socios individualmente considerados. Todo lo anterior, siempre teniendo en cuenta las especiales características y obligaciones que supone que la Sociedad sea receptora de fondos provenientes de la iniciativa JESSICA".

Añadiendo la Cláusula 6 del mismo contrato que *"el Promotor (IMPULSA) y el Inversor, en cuanto Socios de la Sociedad a partir de la fecha de hoy, se comprometen a: (i) realizar sus mayores esfuerzos (incluido el derecho de voto) para asegurar que los derechos y obligaciones contenidos en el presente Contrato se cumplan y obedezcan"*.

Y, en virtud de lo anterior, la Cláusula 7.6 ("Cumplimiento del presente Contrato) advierte que *"las Partes se comprometen entre sí a que los consejeros por ellas designados cumplirán en todo momento los términos del presente Contrato. El Consejero que faltase al cumplimiento del Contrato, será inmediatamente cesado y sustituido por un nuevo consejero, designado por la Parte correspondiente, siendo la Parte que lo designó responsable del incumplimiento, y sin perjuicio de las responsabilidades en que pueda haber incurrido el Consejero con arreglo a la normativa que le sea de aplicación en cada momento"*.

2. ANÁLISIS DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE UNA EVENTUAL CANCELACIÓN UNILATERAL DE CONTRATOS OTORGADOS EN RELACIÓN A LA CONSTRUCCIÓN DE DOS APARCAMIENTOS SUBTERRÁNEOS

2.1. Indemnizaciones a soportar por el Ayuntamiento de El Puerto de Santa María por los daños y perjuicios derivados de la cancelación unilateral de contratos

Con carácter previo, a los efectos de precisar la correcta identidad del socio municipal en cuanto centro de imputación de las eventuales responsabilidades derivadas de la cancelación del Proyecto, resulta preciso aclarar que si bien IMPULSA es una empresa municipal que por motivos de organización y eficacia adopta la forma de una sociedad mercantil, dicha sociedad no es sino un ente instrumental del propio Ayuntamiento, esto es, una simple forma de organización y manifestación externa o de personificación de la propia corporación municipal, de modo que es, en definitiva, el propio Ayuntamiento de El Puerto de Santa María el que adopta las decisiones y actúa a través de esta entidad instrumental, siendo, en consecuencia, **el responsable final o, si se prefiere, el centro de imputación de las acciones u omisiones, de los derechos y deberes cuya titularidad o asunción dependen en la práctica de las decisiones de la propia Administración.**

A tales efectos, baste recordar que de conformidad con lo dispuesto en los Estatutos de IMPULSA¹⁴, (i) las participaciones del capital social "serán de exclusiva propiedad del Excmo. Ayuntamiento, no pudiendo ser transferidas" (artículo 7); (ii) que, tal como ordena el artículo 38.4 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, "la Junta General estará constituida por la Corporación en Pleno del Excmo. Ayuntamiento de El Puerto de Santa María" (artículo 10); y (iii) que "el Consejo de Administración estará integrado por El Presidente –que será el Alcalde –y ocho vocales, llamados Consejeros, dos de los cuales, además del Presidente, serán miembros del Ayuntamiento Pleno y los seis restantes, personas especialmente capacitadas", todos ellos "designados por la Junta General" (artículo 15), siendo así que la composición del Consejo de Administración de IMPULSA responde proporcionalmente a la distribución de los distintos grupos políticos en el Pleno del Ayuntamiento.

Pues bien, este carácter instrumental ha sido subrayado por nuestra jurisprudencia, señalando la Sentencia núm. 1478/2013, de 22 abril, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) –invocando a su vez la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 254/2006, de 4 julio–, que "*parece claro que, como observa la doctrina, la instrumentalidad de los entes que se personifican o que funcionan de acuerdo con el Derecho privado, **remiten su titularidad final a una instancia administrativa inequívocamente pública, como público es también el ámbito interno de las relaciones que conexian dichos entes con la Administración de la que dependen**, tratándose en definitiva de la utilización por la Administración de técnicas ofrecidas por el Derecho privado, como un medio práctico de ampliar su acción social y económica. Se ha dicho también que la forma mercantil supone la introducción en el tráfico de una entidad que*

¹⁴ http://www.elpuertodesantamaria.es/pub/impulsa/renovacion_estatutos_2009.pdf

*externamente, en sus relaciones con terceros, va a producirse bajo un régimen de Derecho privado, pero internamente tal sociedad **es realmente una pertenencia de la Administración**, que aparece como socio exclusivo de la misma, un ente institucional propio de la misma, y a estos conceptos responde la regulación legal española".*

A la luz de lo anterior, **la responsabilidad final en que podría incurrir IMPULSA por una eventual cancelación del Proyecto trasciende de la propia sociedad municipal y deberá ser asumida por el propio Ayuntamiento de El Puerto de Santa María**, toda vez que, en definitiva, la decisión de cancelar el Proyecto se adoptaría precisamente en el seno de la corporación municipal, pues ha sido en el seno de esa corporación municipal ocupada por el gobierno entrante donde se ha originado la propuesta de revisión que en su caso podría conducir a la cancelación.

Sentado lo anterior, sin perjuicio de que, tal como hemos expuesto en el apartado 1 de este informe, no resultaría viable una eventual cancelación del Proyecto sin el consentimiento de AC JESSICA, analizaremos a continuación las consecuencias jurídicas que, en todo caso, el Ayuntamiento de El Puerto de Santa María debería asumir si no obstante lo anterior, aun prescindiendo de dicho consentimiento, decidiese acordar –o, en su caso, provocar de *facto*– la cancelación del Proyecto.

a) *Indemnización a AC JESSICA, al amparo de la Cláusula de indemnidad del artículo 13 del contrato de socios e inversión y del artículo 1.124 del Código Civil*

A este respecto, lo primero que debemos subrayar es que **cualquier consecuencia económica que se produzca en perjuicio de la Sociedad y/o de AC JESSICA como resultado de una cancelación unilateral del Proyecto deberá ser soportada por IMPULSA o, en última instancia, por el Ayuntamiento de El Puerto**¹⁵.

En efecto, **AC JESSICA tiene derecho a ser resarcida íntegramente de todos los daños y perjuicios que pudieran derivarse de la cancelación del Proyecto sobre la base de un doble fundamento:**

(i) **La cláusula de indemnidad** prevista en la Cláusula 13 del Contrato de Socios por cuanto la cancelación del Proyecto representa un flagrante incumplimiento de las *manifestaciones y garantías* otorgadas por el socio municipal a favor de AC JESSICA; y

¹⁵ La eventual cancelación del Proyecto y las respectivas liquidaciones tanto de IMPULSA APARCA como de IMPULSA EL PUERTO no conllevarían automáticamente una desaparición de las obligaciones contraídas por aquéllas dado que, en el caso en el que el activo de las citadas sociedades fuera insuficiente para pagar a sus respectivos acreedores haciendo imposible, de esta forma, proceder a una liquidación ordenada de las mismas, tal y como exigen los artículos 360 y siguientes de la LSC, ambas sociedades se verían abocadas a declarar un concurso de acreedores dirimiéndose en el seno de dichos concursos las respectivas responsabilidades concursales de sus administradores, tanto de derecho —es decir, aquéllos formalmente elegidos— como de hecho —es decir, aquéllos que actúen de facto como tales y bajo cuyas instrucciones actúen los primeros (i.e. el Ayuntamiento)—, sin perjuicio de aquellas responsabilidades de dichos administradores que pudieran devengarse en el ámbito mercantil y que se desarrollan en el apartado 2.2 a) del presente Informe.

- (ii) La responsabilidad contractual derivada del incumplimiento de las obligaciones contraídas por IMPULSA en virtud del Contrato de socios, al amparo de los **artículos 1.101 y 1.124 del Código Civil**.

Así, en primer lugar, al amparo de la **cláusula de indemnidad** prevista en la Cláusula 13.1 del Contrato de Socios, "El Promotor (IMPULSA) responderá de cualquier perjuicio patrimonial que sufra la Sociedad y/o el Inversor (el "Daño Indemnizable") como consecuencia de: 13.1.1. El contenido falso, inexacto o incompleto de cualquiera de las Manifestaciones y Garantías contenidas en este Contrato, sus Expositivos o sus Anexos", siendo así que por "Manifestaciones y Garantías" deben entenderse las "declaraciones, manifestaciones y garantías" realizadas por IMPULSA frente AC JESSICA "respecto a la Sociedad y el Proyecto, contenidas en el Anexo 13.1, así como en el cuerpo del presente Contrato, incluyendo sus expositivos y anexos". De este modo, resulta indiscutible que el alcance de la referida cláusula de indemnidad comprende también los compromisos asumidos por el socio municipal frente a AC JESSICA y/o la garantía de ciertos hechos, resultados o contingencias futuras previstas en el cuerpo del presente Contrato, incluyendo sus expositivos y anexos.

En este sentido, a los efectos de invocar la aplicación de la cláusula de indemnidad ante una eventual cancelación del Proyecto, baste recordar, entre otras, las siguientes declaraciones, manifestaciones y garantías contenidas en el Contrato de Socios:

- **"Las Partes se comprometen a ejercitar todos los derechos inherentes a su posición de socio de la Sociedad, tanto político como económico, y a tomar todas las medidas que sean precisas para que sean cumplidos fielmente los términos del presente Contrato"** (Cláusula 1.2)
- "Las Partes actuarán en todo momento **como un grupo unido, con un criterio común**, con la finalidad de **maximizar el valor de su participación en la Sociedad mediante la promoción de su negocio y la mejora de su rentabilidad y la adecuada implementación del Proyecto**. **Las Partes se comprometen a actuar en todo momento de buena fe** en sus relaciones, y aunar sus mejores esfuerzos **a fin de administrar la Sociedad de forma consensuada, bajo un espíritu de colaboración y siempre en beneficio tanto de la Sociedad, como de todos los Socios individualmente considerados**. Todo lo anterior, siempre teniendo en cuenta las especiales características y obligaciones que supone que la Sociedad sea receptora de fondos provenientes de la iniciativa JESSICA" (Cláusula 1.6).
- **"Obligaciones adicionales asumidas por Impulsa:**
 - A. De conformidad con los objetivos generales y específicos del Plan de Movilidad Sostenible y Accesible (PMUS) y el Plan General de Ordenación Urbanística (PGOU) de El Puerto de Santa María, **Impulsa declara y garantiza al Inversor que ha realizado y se obliga asimismo a realizar cuantas acciones estén a su alcance para la consecución de los mismos y, en especial, de los objetivos que se refieren a la peatonalización y recuperación de las zonas del frente fluvial de la ciudad y de acondicionamiento urbano del río y su ribera**, lo que implicaría, en el ámbito de sus competencias y entre otras, la

supresión de las plazas de aparcamiento en superficie de Parque Calderón, Bajamar I y Bajamar II con anterioridad a la puesta en explotación del Proyecto.

B. De cara a hacer viable la construcción de los aparcamientos Impulsa se obliga a realizar de forma coordinada con el Ayuntamiento de El Puerto de Santa María todas las actuaciones necesarias para retirar los vehículos situados en los emplazamientos en un plazo máximo de tres (3) meses desde la firma del presente Contrato y a dejar indemne a la Sociedad de cuantas reclamaciones pudieran surgir de los titulares de dichos vehículos.

Las partes coinciden en que los compromisos asumidos por Impulsa son esenciales para el buen fin del Proyecto" (Cláusula 1.8).

- *"El Promotor y el Inversor, en cuanto Socios de la Sociedad a partir de la fecha de hoy, se comprometen a: (i) **realizar sus mayores esfuerzos (incluido el derecho de voto) para asegurar que los derechos y obligaciones contenidos en el presente Contrato se cumplan y obedezcan**" (Cláusula 6).*
- *"Las Partes se comprometen entre sí a que **los consejeros por ellas designados cumplirán en todo momento los términos del presente Contrato. El Consejero que faltase al cumplimiento del Contrato, será inmediatamente cesado y sustituido por un nuevo consejero, designado por la Parte correspondiente, siendo la Parte que lo designó responsable del incumplimiento, y sin perjuicio de las responsabilidades en que pueda haber incurrido el Consejero con arreglo a la normativa que le sea de aplicación en cada momento**" (Cláusula 7.6).*

A la vista de lo anterior, resulta incuestionable que si el nuevo gobierno municipal tuviera la voluntad de cancelar el Proyecto, prescindiendo de los cauces legales y contractuales establecidos a tales efectos, **dicha cancelación representaría una contravención de las manifestaciones y garantías realizadas en las cláusulas descritas, facultando a AC JESSICA a reclamar a IMPULSA, al amparo de la cláusula de indemnidad, la satisfacción de los correspondientes daños y perjuicios** con las formalidades y dentro de los plazos previstos en la propia Cláusula 13 del Contrato de Socios.

A mayor abundamiento, habida cuenta de que, según hemos expuesto, la cancelación del Proyecto constituye un flagrante incumplimiento de las obligaciones asumidas por IMPULSA en virtud del Contrato de Socios, dicho incumplimiento daría lugar a una **responsabilidad contractual ex artículos 1.101¹⁶ y 1.124¹⁷ del Código Civil**, tal como reconoce el propio Contrato de Socios de forma expresa en sus cláusulas 13.3 (Incumplimiento) y 17 (Cláusula de responsabilidad):

¹⁶ Artículo 1.101 CC: "**Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas**"

¹⁷ Artículo 1.124 CC: "**La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible**".

- **"Cualquier incumplimiento del presente Contrato por el Promotor (IMPULSA) dará derecho al Inversor o a la Sociedad, según sea el caso, a exigir o su cumplimiento o la resolución del Contrato con el abono de los daños, perjuicios e intereses correspondientes conforme a lo establecido en el art. 1.124 del Código Civil".**
- **"Cada uno de los Socios será responsable frente al otro y estará obligado a indemnizarle por los daños y perjuicios que le pudiera causar con motivo del incumplimiento de cualquiera de las obligaciones expresamente asumidas en virtud de este Contrato".**

En su virtud, IMPULSA deberá resarcir a AC JESSICA la totalidad de los daños y perjuicios que pudieran derivarse de la cancelación del Proyecto con el alcance que resulta de los artículos 1.106¹⁸ y 1.107¹⁹ del Código Civil, de modo que dicha indemnización deberá incluir "no sólo **el valor de la pérdida que haya sufrido**" AC JESSICA, "sino también **el de la ganancia que haya dejado de obtener**" (artículo 1.106 CC), comprendiendo no sólo los daños y perjuicios "previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento", sino **todos los que "conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento"** (artículo 1.107 CC) de las obligaciones asumidas por IMPULSA en virtud del Contrato de Socios.

En efecto, resulta indiscutible que una eventual cancelación del Proyecto por parte del nuevo gobierno municipal resultaría **frontalmente contraria al principio de buena fe contractual (1.258 CC) y constituiría un incumplimiento doloso del Contrato de Socios**, de modo que, tal como impone el artículo 1.107 del Código Civil, el alcance de la indemnización que debería afrontar IMPULSA no comprendería única y exclusivamente los daños y perjuicios directos o intrínsecos, producidos en el marco del propio contrato incumplido, sino también los indirectos o extrínsecos a dicho contrato, pero que "conocidamente se deriven" de su incumplimiento (así, por ejemplo, los daños y perjuicios que se pudieran derivar para el grupo Ahorro Corporación en sus relaciones contractuales con el BEI, la Junta de Andalucía y demás instituciones públicas vinculadas con el Proyecto).

A la luz de lo anterior y en virtud del principio esencial en materia de responsabilidad civil consistente en la **restitutio in integrum o reparación integral de los daños y perjuicios producidos**, la extensión de la indemnización a la que tendría derecho AC JESSICA deberá incluir los siguientes conceptos:

- 1) En primer lugar, los **daños emergentes** o pérdidas sufridas por AC JESSICA y por los demás agentes implicados –cuyo resarcimiento deberá asumir la Sociedad– a resultas de la cancelación del Proyecto, entre las que, al menos, habría que incluir:

¹⁸ Artículo 1.106 CC: "La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes".

¹⁹ Artículo 1.107 CC: "En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación".

- La indemnización de daños y perjuicios que la Sociedad deberá satisfacer a GYOCIVIL en los términos que analizaremos en el apartado 2.1.b) siguiente (por un importe que, de acuerdo con la información remitida por GYOCIVIL a ACF²⁰, podría oscilar **entre un mínimo de 2.441.276,54 euros y un máximo de 4.692.994,15 euros**), habida cuenta de que la cancelación del Proyecto llevaría consigo la resolución unilateral y anticipada del contrato EPC.
- La indemnización de daños y perjuicios que la Sociedad deberá satisfacer a la compañía IDOM como consecuencia de la resolución anticipada del contrato de la Dirección Facultativa de las obras de construcción del Proyecto, indemnización que representaría el 10% del importe del contrato (115.679,27 euros), esto es, **11.567,93 euros**.
- Las inversiones específicas que AC JESSICA hubiera realizado confiando en el cumplimiento del contrato. En este sentido, conviene aclarar que en la medida en que ACF deberá devolver al BEI el total del principal del préstamo del Proyecto (15 millones de euros), a los efectos de reembolsar los 4.738.608 euros invertidos en el capital social de la Sociedad, IMPULSA podría verse obligado a comprar las participaciones de AC JESSICA en la Sociedad de conformidad con lo dispuesto en la Cláusula 8.3.2 del Contrato de Socios²¹.
- De igual modo, IMPULSA deberá resarcir los daños y perjuicios que se pudieran causar a ACF en sus relaciones con el BEI y a propósito del cumplimiento de las obligaciones derivadas del Contrato de Operación, Gestión y Crédito, incluidos los daños reputacionales, máxime teniendo en cuenta que IMPULSA es plenamente consciente de la existencia y alcance de las obligaciones que resultan de la condición de la Sociedad como destinatario final de los fondos JESSICA, así como de las posibles consecuencias de la pérdida de dichos fondos²². En su virtud, en concepto de daño, IMPULSA deberá resarcir a ACF el importe de los gastos de evaluación y supervisión FEDER devengados durante los últimos 4 años, que en caso de cancelación del Proyecto ACF debería reembolsar, en particular: (i) por la evaluación del Proyecto (que asciende a 35.539,56 euros), y (ii) por la supervisión de fondos estructurales, que asciende a 53.309,34 euros.
- Adicionalmente, IMPULSA deberá asumir el importe total de los gastos incurridos por la Sociedad hasta la fecha que, de conformidad con la información suministrada por ACF y a la vista de las cuentas anuales de la Sociedad, ascienden a día de hoy a

²⁰ Borrador de carta de reclamación remitida por GYOCIVIL a ACF mediante correo electrónico de 1 junio de 2015.

²¹ “(...) sin perjuicio de lo establecido en la presente Cláusula 8.3, el Promotor se compromete a realizar sus mejores esfuerzos para que se adquieran las participaciones del Fondo y se compre el Crédito Participativo en el caso de que, por cualquier motivo, el Proyecto se declare inelegible por parte de la Comisión Europea, la Junta de Andalucía, el BEI u otro organismo competente en la materia y el Inversor deba devolver los fondos invertidos en el Proyecto. Tales esfuerzos podrían incluir, entre otros, la negociación de la compra por parte del Promotor de las participaciones y del Crédito Participativo del Fondo en condiciones satisfactorias para todas las Partes”.

²² En este sentido, vid. Cláusula 2 (Iniciativa JESSICA) y Anexo 13.1 (“Manifestaciones y Garantías del Promotor”), apartado 9 (“Declaraciones adicionales”) del Contrato de Socios: “**El Promotor declara y garantiza que es conocedor de las consecuencias que tendría para la Sociedad y el Proyecto en el caso de que el BEI resuelva el Contrato de Operación, Gestión y Crédito**”.

1.697.326,04 euros²³. Conviene precisar que este importe se irá incrementando a medida en que la Sociedad incurra en nuevos gastos derivados del ejercicio de su actividad hasta la paralización efectiva del Proyecto (i.e. los importes de **251.307,55** y **250.018,33** euros reclamados por el propio Ayuntamiento de El Puerto de Santa María a la Sociedad en concepto de ICIO al entender que no procede la bonificación inicialmente aplicada²⁴).

- De igual modo, aun cuando no se trate de un concepto indemnizable a favor de AC JESSICA, resulta preciso advertir que en el caso de que se acordase la cancelación del Proyecto IMPULSA, deberá asumir como propios el total de los gastos previos al Contrato de Socios incurridos por la empresa municipal en su condición de promotor del Proyecto en nombre de la Sociedad por importe de **548.518,23 euros**, sin derecho a ser reembolsado de los mismos a cargo de la Sociedad.

Adicionalmente, con relación a los terrenos aportados por la corporación municipal al patrimonio de la Sociedad, IMPULSA deberá asumir el quebranto patrimonial derivado de la devaluación que experimentarían los subsuelos donde se ubican los aparcamientos objeto del Proyecto (tasados por un valor de **4.738.608 euros**) como consecuencia de no ejecutarse el Proyecto para el que precisamente fueron tasados.

Y, asimismo, habida cuenta del estado actual de los referidos terrenos, IMPULSA debería hacerse cargo del coste de reponer la urbanización de los emplazamientos al estado en el que se encontraban antes del comienzo de la ejecución de las obras.

En virtud de lo anterior, con independencia de los gastos y pérdidas que IMPULSA debería asumir como propios –que, según hemos expuesto, podrían ascender a **5.287.126,23 euros** (sin computar el coste que supondría reponer la urbanización de los emplazamientos a su estado anterior)–, las eventuales indemnizaciones que en caso de cancelación del Proyecto debería satisfacer el Ayuntamiento de El Puerto de Santa María en concepto de **daño emergente ascenderían a un mínimo de 7.280.301,37 euros**. No obstante, teniendo en cuenta que a la fecha la Sociedad tiene una tesorería disponible de 3.041.281,96 euros, el desembolso en términos de caja que debería afrontar el Ayuntamiento de El Puerto de Santa María para satisfacer el mencionado daño emergente, ascendería a un mínimo de **4.239.019,41 euros**.

Por lo tanto, en conjunto, el quebranto patrimonial para el Ayuntamiento de El Puerto de Santa María en concepto de gastos y pérdidas propios más la restitución del daño emergente superaría los **9,5 millones de euros**, a lo que habría que añadir los costes de reponer la urbanización de los emplazamientos a su estado original.

²³ Los gastos incurridos por la Sociedad responden a diversos conceptos rigurosamente reflejados en las cuentas de la Sociedad (certificaciones de obra abonadas a GYOCIVIL desde agosto de 2014 a febrero de 2015; valoración de ofertas IDOM; nuevos ICIO y nuevas tasas correspondientes a las dos construcciones; dirección de obra; asistencia técnica; factura Fundación Bahía Cádiz; DO Arqueología; estudio tráfico IDOM; visado DO IDOM; auditoría E&Y; asesoramiento PWC-DD Elegibilidad; asesoramiento PWC - asesoramiento jurídico).

²⁴ De conformidad con la información suministrada por ACF, la obligación de proceder al abono de los importes de 251.307,55 y 250.018,33 euros reclamados por el propio Ayuntamiento de El Puerto de Santa María a la Sociedad en concepto de ICIO se encuentra *sub iudice* una vez interpuesto el correspondiente recurso contencioso-administrativo ante los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Cádiz.

2) En segundo lugar, el **lucro cesante** o "**ganancia dejada de obtener**" por AC JESSICA como consecuencia de la cancelación del Proyecto, concepto que hace referencia a la indemnización por las rentabilidades que AC JESSICA esperaba obtener a resultas de la ejecución del Proyecto y que se verían frustrados por la actuación incumplidora de IMPULSA, siendo así que en el presente caso esas rentabilidades previstas están minuciosamente documentadas en el Caso Base del Proyecto que fue expresamente convenido por AC JESSICA e IMPULSA²⁵, constituyendo una "posibilidad cierta y objetiva de que resulte una ganancia" "en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso", de donde resulta "la necesidad de reponer al perjudicado en la situación en que se hallaría si el suceso dañoso no se hubiera producido, lo que exige, como dice el art. 1106, que se le indemnice también la ganancia dejada de obtener" (Sentencia 617/1998, de 26 de junio de 1998, del Tribunal Supremo).

A la luz de lo anterior, a título meramente ejemplificativo y sin ningún ánimo de exhaustividad, algunos de los conceptos que tendrían cabida dentro del lucro cesante que IMPULSA debería resarcir a AC JESSICA son los siguientes:

- Los dividendos y/o plusvalías que razonablemente hubiera generado el Proyecto, teniendo en cuenta que la rentabilidad esperada del Proyecto conforme a las previsiones del Caso Base pactado entre AC JESSICA e IMPULSA oscila entre **497.793,13 euros** y **3.280.883,63 euros** en función del momento en que se produzca la desinversión en el Proyecto por parte de AC JESSICA, siendo así que el compromiso de permanencia mínima de AC JESSICA en la Sociedad es de 3 años a partir de la firma y el plazo máximo de permanencia está limitado al año 2030.
- Los importes que hubiera recibido AC JESSICA por el crédito participativo de haberse ejecutado y desarrollado el Proyecto en su integridad, teniendo en cuenta que la rentabilidad esperada por la venta de dicho crédito participativo a partir del tercer año ascendería a **un mínimo de 1.485.692,33 euros** conforme a las previsiones del Caso Base pactado entre AC JESSICA e IMPULSA.
- Adicionalmente, con relación al lucro cesante que perdería ACF en su condición de gestor del fondo, IMPULSA debería asumir (i) el resarcimiento de la comisión de administración del fondo que en caso de cancelación del Proyecto ACF dejaría de percibir (cuyo importe podría oscilar entre un mínimo de **337.500,00 euros** y un máximo significativamente superior sin que en este momento resulte posible su estimación al depender del momento en que se produzca la desinversión en el Proyecto por parte de AC JESSICA); y (ii) el resarcimiento de todas las comisiones de gestión que ACF dejaría de percibir por la evaluación, supervisión y administración de todos los proyectos vinculados con el Fondo de Desarrollo Urbano AC JESSICA ANDALUCÍA al amparo del Contrato de Operación, Gestión y

²⁵ El Caso Base del Proyecto fue pactado por AC JESSICA e IMPULSA (la versión definitiva figura en el documento "Modelo_Impulsa_v36_AC JESSICA_Caso base_Oferta Contratista.xlsx" remitido mediante correo electrónico de 27 de noviembre de 2013) como parte de las negociaciones previas a la formalización de la operación de financiación para la realización del Proyecto, sirviendo de base para la redacción del Contrato de Inversión y Socios y del Crédito Participativo.

Crédito²⁶, si como consecuencia de la cancelación del Proyecto tuviera lugar una cancelación del Contrato de Operación, Gestión y Crédito formalizado con el BEI.

En virtud de lo anterior, las eventuales indemnizaciones que en caso de cancelación del Proyecto debería satisfacer el Ayuntamiento de El Puerto de Santa María en concepto de lucro cesante ascenderían a un mínimo garantizado —al amparo de las previsiones del Caso Base pactado entre AC JESSICA e IMPULSA— de 2.320.985,46 euros, siendo así que dicha indemnización podría alcanzar una cifra significativamente muy superior, cuyo importe sólo podría calcularse en el momento en que se produjera la cancelación del Proyecto.

b) *Indemnización a GYOCIVIL, al amparo del principio de reparación integral del contratista en caso de desistimiento unilateral del dueño de la obra (artículo 1.594 del Código Civil)*

Según hemos expuesto en el apartado 1.3 de este Informe, no resultaría ni legal ni contractualmente viable una eventual cancelación unilateral del contrato EPC prescindiendo del consentimiento de AC JESSICA. Ahora bien, en el hipotético caso de que en cumplimiento de lo dispuesto en el Contrato de Socios y en los Estatutos de la Sociedad se adoptara la decisión de desistir o resolver anticipadamente el contrato EPC, es preciso advertir que, en todo caso, tal como hemos adelantado en el apartado anterior, **GYOCIVIL tendría derecho a ser compensado mediante la correspondiente indemnización**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.594 del Código Civil, que consagra el **principio de reparación integral del contratista** en caso de cancelación unilateral del contrato por el dueño de una obra, debiendo compensarle por (sic) "*todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella*".

En su virtud, al amparo de lo dispuesto en las Cláusulas 22 (caso de desistimiento)²⁷ y 23.1.1 (caso de resolución del contrato sin culpa del contratista)²⁸ del contrato EPC y en el artículo 1.594 del Código Civil, la indemnización a la que tendría derecho GYOCIVIL en caso de cancelación del Proyecto deberá cubrir, al menos, los siguientes conceptos:

²⁶ Cláusula 11 del Contrato de Operación, Gestión y Crédito, OMFA.

²⁷ "*La Propiedad podrá desistir unilateralmente en cualquier momento y por su sola voluntad, de la ejecución total de los Trabajos, aunque ya se hubiesen comenzado los mismos, mediante el abono al Contratista de los Trabajos correctamente realizados hasta ese momento, más un CINCO por ciento (5%) de la parte de los Trabajos pendiente de ejecutar en concepto de indemnización total fijada de común acuerdo, al amparo de lo previsto en el artículo 1.594 del Código Civil, renunciando por tanto expresamente el Contratista, en este mismo acto, a cualesquiera otras indemnizaciones por la interrupción definitiva de los Trabajos. En este supuesto, el Contratista tendrá derecho al cobro de los materiales depositados en los Emplazamientos en la fecha del desistimiento, que estén debidamente acreditados y que fueran de utilidad para los Trabajos*" (Cláusula 22 EPC).

²⁸ "*A los efectos aclaratorios oportunos, las Partes acuerdan que en el caso de que por causas no imputables al Contratista, la Propiedad optase por declarar la resolución anticipada del presente Contrato en aplicación del párrafo (k) anterior, el Contratista quedará facultado para reclamar contra la Propiedad las cantidades que se le adeuden en virtud del presente Contrato por los trabajos efectivamente realizados hasta la fecha, así como reclamar la indemnización por desistimiento estipulada en la cláusula 22 del presente Contrato, sin que pueda reclamar ninguna cantidad adicional a las expresamente indicadas en el presente párrafo. En este sentido, el Contratista renuncia de forma expresa e irrevocable a reclamar cualquier indemnización por daños y perjuicios (incluido lucro cesante) contra los socios de la Propiedad o sus administradores, derivado de la declaración de inelegibilidad del Proyecto por el BEI y de la resolución del presente Contrato*" (Cláusula 23.1.1 EPC).

- En primer lugar, en concepto de "**gastos y trabajos ya realizados**", **todos los gastos en los que GYOCIVIL hubiera incurrido y el importe correspondiente a los trabajos correctamente realizados** hasta la fecha del desistimiento o resolución anticipada.

En este momento, de acuerdo con la información remitida por GYOCIVIL a ACF²⁹, el importe de la indemnización correspondiente al concepto "*gastos y trabajos ya realizados*" ascendería a **1.459.700 euros** (principalmente, por "*trabajos adicionales realizados desde la fecha de firma del contrato para la redacción de distintos proyectos, soluciones alternativas y gabinete técnico*", así como por "*sobrecostes en arqueología y paradas de obra en ejecución de servicios afectados*").

- En segundo lugar, en concepto de "**utilidad de la obra**" o lucro cesante por los trabajos no ejecutados, una **indemnización equivalente al "cinco por ciento (5%) de la parte de los Trabajos pendiente de ejecutar en concepto de indemnización total fijada de común acuerdo, al amparo de lo previsto en el artículo 1.594 del Código Civil"**. En el momento actual, el montante de esta indemnización ascendería a **750.572,54 euros** (equivalente al 5 % del precio del contrato pendiente de ejecutar [15.011.450,77 euros]);
- Y, en fin, el **importe de liquidación del crédito concedido por GYOCIVIL a la Sociedad**. En efecto, en caso de resolución anticipada del contrato EPC, deberá procederse a la amortización anticipada de la totalidad del crédito concedido por el contratista a la Sociedad (Cláusula 22 del contrato EPC), de modo que la Sociedad deberá abonar al contratista el importe de liquidación del crédito, calculado a la fecha de la resolución anticipada según el principal dispuesto más los intereses devengados hasta dicha fecha.

A fecha 31 de mayo de 2015, de acuerdo con la información remitida por GYOCIVIL a ACF, la indemnización correspondiente a los costes financieros incurridos y a los intereses capitalizados vinculados al crédito concedido por GYOCIVIL a la Sociedad, asciende a **231.004 euros**.

De acuerdo con lo anterior, a la luz de la información remitida por GYOCIVIL a ACF, el **importe mínimo de la indemnización** a que tendría derecho GYOCIVIL en caso de resolución anticipada del contrato EPC ascendería a **2.441.276,54 euros**

Sin perjuicio de lo anterior, conviene advertir que a la vista del estado actual de la tramitación de las autorizaciones y permisos municipales necesarios para la ejecución del Proyecto, un eventual desistimiento del contrato EPC por parte de la Sociedad en este preciso momento podría dar lugar a que GYOCIVIL opusiera como excepción a dicha pretensión un incumplimiento previo de la Sociedad, ejercitando simultáneamente una acción de reclamación de daños y perjuicios al amparo del artículo 1.101 del Código Civil y/o, en su caso, una acción de resolución del contrato EPC *ex* artículo 1124 del Código Civil, lo que facultaría al contratista a reclamar frente a la Sociedad una indemnización de daños y perjuicios muy superior al "5 % de la parte de los Trabajos pendiente de

²⁹ Borrador de carta de reclamación remitida por GYOCIVIL a ACF mediante correo electrónico de 1 junio de 2015.

ejecutar" (Cláusula 22 del contrato EPC), pudiendo alcanzar según la jurisprudencia del Tribunal Supremo hasta un 20 % del precio del contrato pendiente de ejecutar en concepto de beneficio industrial o lucro cesante (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1993, RJ 1993\5798) lo que representaría en este caso **3.002.290,15** euros.

En efecto, si bien es cierto que desde un punto de vista estrictamente formal ninguna de las partes del contrato EPC ha incurrido en un retraso culpable en el cumplimiento de sus obligaciones motivando el retraso de la ejecución del Proyecto –tal como se pone de manifiesto en las sucesivas adendas que recogen las distintas novaciones modificativas del contrato EPC–, en realidad, no podemos obviar que IMPULSA es una sociedad instrumental del Ayuntamiento participada al 100 % por la propia Corporación municipal, de modo que la evidente actuación dilatoria por parte de los funcionarios del Ayuntamiento de El Puerto de Santa María en la tramitación de los permisos, autorizaciones y licencias necesarios para la ejecución del Proyecto constituye un supuesto de mora indemnizable *ex* artículo 1.101 del Código Civil y, adicionalmente, podría constituir una causa de incumplimiento del contrato EPC imputable a la Sociedad –en la medida en que dicho retraso (del que la Sociedad, y en particular IMPULSA, son plenamente conscientes) podría desencadenar la imposibilidad material de ejecutar el Proyecto dentro de los plazos comprometidos con la consiguiente pérdida de la financiación con cargo a los fondos JESSICA–, lo que habilitaría a GYOCIVIL a instar la resolución del contrato –o, en su caso, a oponerse a un desistimiento o resolución anticipada con el alcance indemnizatorio limitado previsto en la Cláusula 22 del contrato EPC – *ex* artículo 1.124 del Código Civil³⁰.

En virtud de lo anterior, el importe de **la indemnización a que tendría derecho GYOCIVIL en caso de resolución anticipada del contrato EPC** podría oscilar **entre un mínimo de 2.441.276,54 euros y un máximo de 4.692.994,15 euros.**

2.2. Responsabilidades personales de quienes decidan como autoridades, funcionarios o administradores

³⁰ En este punto, conviene recordar que de conformidad con la Cláusula 4.1 del contrato EPC, "El Propietario se compromete a actuar con la máxima diligencia a efectos de tramitar las preceptivas licencias y aprobaciones una vez el Contratista le haya facilitado la información y documentación necesaria a tal efecto". Y que en virtud de la Cláusula 6 del contrato EPC (Obligaciones generales del propietario), "para posibilitar el cumplimiento de las obligaciones del Contratista, el Propietario toma a su cargo las siguientes obligaciones: (...)

- 6.2. *Diligencia. A fin de no incidir negativamente en el desarrollo de los Trabajos, el Propietario se responsabilizará de la diligente ejecución de las actividades de su competencia recogidas en este Contrato que se interrelacionan con los Trabajos.*
- 6.5. *Permisos, autorizaciones y licencias. Sin perjuicio de la obligación del Contratista prevista en la Cláusula 4.9 anterior, el Propietario será el interlocutor único con las autoridades competentes de las diversas Administraciones para la tramitación y obtención de los permisos, autorizaciones y licencias para cumplir con las leyes y disposiciones aplicables que se deriven del presente Contrato y que sean responsabilidad de la Propiedad.*

a) *Posibles responsabilidades económicas personales de quienes decidan como autoridades o funcionarios (repetición de daños) o como administradores (responsabilidad de administradores)*

Adicionalmente, debemos advertir que dado que la decisión de cancelar el Proyecto correspondería en última instancia a los miembros de la nueva corporación municipal, todos aquellos funcionarios y autoridades que directa o indirectamente intervinieran en la adopción de los actos y resoluciones necesarios para hacer efectiva dicha cancelación –o provocarla *de facto* mediante, por ejemplo, el retraso en la tramitación y/o concesión de los permisos, licencias y autorizaciones oportunas– deberán asumir personalmente la responsabilidad de los daños y perjuicios de cuya indemnización deba hacerse cargo la propia corporación municipal (directamente o a través de IMPULSA EL PUERTO), responsabilidad que no sólo tendrá un alcance civil o patrimonial sino también, en su caso, disciplinario e incluso penal.

En efecto, el artículo 145.2 de la Ley 30/1992, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) impone la obligación de la Administración de repetir contra el funcionario o autoridad causante del daño, cuando haya actuado con negligencia o intencionalidad, estableciendo que una vez satisfecha la indemnización por parte de la Administración (en este caso, el Ayuntamiento de El Puerto de Santa María), dicha Administración "*exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves*".

La Administración está, por tanto, obligada a repetir contra el funcionario o autoridad causante de los daños y perjuicios que se haya visto obligada a indemnizar, a quien deberá exigir el reembolso de la indemnización que hubo de satisfacer por su culpa dentro del año siguiente al pago de dicha indemnización, tal como han tenido ocasión de recordar nuestros Tribunales (v.gr. Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de diciembre de 1999).

Sin perjuicio de lo anterior, huelga recordar que, en cualquier caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 236.1 y 3 LSC, aquellos administradores de IMPULSA APARCA que formalmente ocupen tal posición en el Consejo como aquellos otros que puedan considerarse "*administradores de hecho*" de la citada sociedad –es decir, aquellas personas bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de IMPULSA APARCA–, podrán ser responsables ante la Sociedad, sus accionistas, los acreedores sociales y otros terceros por los daños o lesiones que causen cuando actúen en contra de los deberes a los que están obligados en el ejercicio de su cargo.

Estos deberes, que se encuentran regulados en los artículos 225 a 232 de la LSC y que se refieren fundamentalmente al deber de los administradores de actuar con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal³¹, han sido recientemente reformados

³¹ En esta misma línea se pronuncian los Estatutos de IMPULSA APARCA al disponer que "*Los miembros del Consejo de Administración desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal, estando sujetos a los deberes de fidelidad, lealtad y secreto regulados en las disposiciones legales, respondiendo por los daños que causen por actos u omisiones contrarios a la ley, los presentes Estatutos o por los incumplimientos de los deberes inherentes al cargo*".

por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, que ha venido a tipificarlos de manera más precisa, especialmente en cuanto al deber de lealtad. Así, se considerarán obligaciones básicas del deber de lealtad, entre otras, "*desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad*"³², "*desempeñar sus funciones bajo el principio de **responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros***"³³ y "*adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad*"³⁴.

A la luz de lo anterior, tanto aquellos administradores de IMPULSA APARCA que participen en actos y resoluciones necesarios para hacer efectiva la cancelación del Proyecto —i.e. siguiendo instrucciones de instancias superiores en contra del interés social de dicha compañía e incumpliendo con su deber de lealtad hacia la misma— como aquellas personas de IMPULSA EL PUERTO y AC JESSICA y, en última instancia, del propio Ayuntamiento de El Puerto de Santa María y ACF que colaboren en la adopción de dichos actos y resoluciones actuando así como administradores de hecho, podrán ser considerados responsables frente a IMPULSA APARCA³⁵, sus respectivos socios y terceros —esencialmente, GYOCIVIL— de los daños que causen en sus respectivos patrimonios.

b) *Posibles responsabilidades penales de quienes decidan como autoridades, funcionarios o administradores: los delitos de prevaricación y administración desleal*

La depuración de la responsabilidad en la que potencialmente podrán incurrir los funcionarios y/o autoridades del Ayuntamiento de El Puerto de Santa María que intervengan en la adopción de los actos y resoluciones conducentes a la cancelación del Proyecto no se limita al ámbito de la responsabilidad patrimonial o civil, sino que, tal como establecen los artículos 145.5 y 146 de la LRJPAC, la eventual responsabilidad patrimonial de los funcionarios o autoridades causantes de un daño, se entenderá **sin perjuicio de la posible responsabilidad penal si la actuación dolosa y/o negligente del funcionario o autoridad pudiera ser constitutiva de delito o falta.**

En este sentido, resulta preciso advertir que la cancelación unilateral de contratos por una autoridad o funcionario ***aun a sabiendas de su ilegalidad*** podría ser constitutiva de "**prevaricación administrativa**", aplicable (sic) "***a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo***" (artículo 404 del Código Penal), siendo así que,

³² Artículo 227.1 LSC.

³³ Artículo 228 d) LSC.

³⁴ Artículo 228 e) LSC.

³⁵ A este respecto, hay que recordar que estarán facultados para ejercitar la acción social de responsabilidad frente a los administradores en nombre de la sociedad aquellos socios que individual o conjuntamente posean, al menos, el 5 % del capital social cuando dicha acción se fundamente en la infracción del deber de lealtad sin necesidad de someter la decisión a la Junta General (artículo 239.1 2º párrafo LSC).

con efectos a partir del pasado 1 de julio, las "**penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo**" previstas para este tipo penal ascienden a un periodo de tiempo de **"nueve a quince años"**.

Así las cosas, resulta evidente que, a la vista de las circunstancias concurrentes en el presente caso –analizadas en este informe–, una eventual cancelación del Proyecto sin más justificación que la voluntad política del nuevo gobierno municipal prescindiendo de los cauces formales y materiales previstos en el ordenamiento jurídico para hacer efectiva dicha voluntad (que necesariamente exigiría el acuerdo con AC JESSICA) constituiría **una actuación "injusta y arbitraria, "objetivamente contraria al Derecho" en la que concurren los requisitos esenciales del tipo penal de la prevaricación** por cuanto esa eventual cancelación "*desborda la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso*", siendo así que "*esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución*" es "*de tal entidad que no puede ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable*", sino que muy al contrario es **"pura y simplemente, producto de esa voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad"** (STS núm. 1021/2013 de 26 noviembre), "*sin otro fundamento técnico-jurídico distinto de la voluntad de su autor*" (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo).

De igual modo, a la vista del contenido del Contrato de Socios –y en particular de las manifestaciones y garantías otorgadas por IMPULSA–, así como de la celebración de varias reuniones entre representantes de todas las partes involucradas en el Proyecto a los efectos de evaluar la legalidad y las posibles consecuencias de una eventual cancelación del mismo, en el presente caso resulta indiscutible la concurrencia del elemento subjetivo exigible en la comisión de un delito de prevaricación. En efecto, como señala la Sentencia núm. 815/2014, de 24 noviembre, del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), RJ 2015\24, "**el tipo subjetivo del delito exige que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución**", de modo que "**se puede decir que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal, cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración**".

Adicionalmente, resulta preciso advertir que los miembros del Consejo de Administración de IMPULSA APARCA que votaren a favor de la cancelación ilegal de contratos, podrían incurrir en el nuevo delito de administración desleal de administradores tipificado en el artículo 252 del Código Penal, sin perjuicio de la posible responsabilidad penal en que podrían incurrir por la comisión de delitos societarios ex artículos 290 a 297 del Código Penal.

2.3. Consecuencias de la cancelación unilateral de contratos en relación a los fondos estructurales FEDER y a las relaciones con el Banco Europeo de Inversiones

a) *Riesgo de pérdida de los 15 millones de euros de fondos JESSICA destinados al Proyecto*

Finalmente, debemos hacer referencia a las consecuencias que una eventual cancelación unilateral del Proyecto podría ocasionar con relación a los fondos estructurales FEDER y a las relaciones de ACF y del propio Ayuntamiento de El Puerto de Santa María con el Banco Europeo de Inversiones ("**BEI**").

En efecto, tal como hemos expuesto en los antecedentes del presente Informe, la financiación del Proyecto se ha canalizado en su mayor parte a través del Fondo de Desarrollo Urbano (FDU) AC JESSICA, cuyo patrimonio proviene de la iniciativa JESSICA y cuyo marco jurídico principal está constituido por el denominado "**Contrato de Operación, Gestión y Crédito**" (en su denominación en idioma inglés, "*Operational, Management and Financing Agreement*", "**OMFA**"), suscrito entre el BEI, ACF y AC JESSICA S.A. el día 17 de mayo de 2011.

A la vista de lo anterior, una eventual cancelación del Proyecto por parte del Ayuntamiento de El Puerto de Santa María, o una mera actuación dilatoria que demorase aún más la puesta en marcha del Proyecto (v.gr. la no concesión de forma inmediata de la licencia de obra relativa a la construcción del aparcamiento de Pozos Dulces, pendiente únicamente del requisito formal de su otorgamiento), impediría cumplir el plazo comprometido con el BEI para proceder al desembolso efectivo del 100% de los fondos destinados al Proyecto³⁶ (prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2015), circunstancia que constituye una causa de "vencimiento anticipado obligatorio" del préstamo del Proyecto (cláusula 5.2.1.b) del OMFA), lo que, a su vez, podría constituir una causa de cancelación del OMFA (Cláusula 3.7).

De acuerdo con ello, la cancelación unilateral del Proyecto tendría como **primera consecuencia ineludible la pérdida con carácter irreversible de los fondos JESSICA para la realización del Proyecto, sin que dichos fondos puedan reasignarse directa y automáticamente a otro proyecto alternativo que proponga el Ayuntamiento de El Puerto de Santa María**, dado que, en todo caso, se deben respetar de forma ineludible las solicitudes previas relativas a aquellos proyectos que configuran la Cartera de Proyectos Alternativos conformada por ACF.

b) *Imposibilidad de reasignación de los fondos JESSICA a otros proyectos de índole social*

En efecto, **los fondos procedentes de la iniciativa JESSICA destinados a la financiación del Proyecto tienen un carácter finalista, de modo que están vinculados exclusivamente a la realización del Proyecto y no pueden ser destinados ni por la Sociedad ni, evidentemente, por el Ayuntamiento de El Puerto de Santa María a la realización de ningún otro objetivo, iniciativa o proyectos alternativos**. En este sentido, resulta preciso subrayar, en primer lugar, que la decisión sobre el destino de los fondos JESSICA no corresponde a los beneficiarios de la financiación. Según apuntábamos en los antecedentes del presente Informe, la iniciativa JESSICA fue puesta en marcha por la Junta de Andalucía para proporcionar apoyo financiero a proyectos de regeneración o

³⁶ Cláusula 10.1.3 (g) (iii) del OMFA.

desarrollo urbano con cargo al Programa Operativo FEDER de Andalucía 2007-2013, a cuyos efectos la Junta de Andalucía y el BEI constituyeron el Fondo de Cartera JESSICA para la región española de Andalucía (FCJA) y seleccionaron al Fondo de Desarrollo Urbano AC JESSICA ANDALUCÍA, gestionado por el grupo Ahorro Corporación, para canalizar el destino de las inversiones. De este modo, **la evaluación y selección de los concretos proyectos urbanos beneficiarios de los fondos corresponde a AC JESSICA**³⁷, y precisamente en virtud de esta facultad, atendiendo al cumplimiento de los criterios de elegibilidad, al orden temporal de las solicitudes presentadas, a la viabilidad financiera de los proyectos y al factor determinante de la generación de empleo, AC JESSICA seleccionó el Proyecto promovido por el Ayuntamiento de El Puerto de Santamaría como uno de los destinatarios finales de los fondos JESSICA.

Adicionalmente, debe recordarse que, en virtud de lo dispuesto en la Cláusula 2.2 del OMFA³⁸, a los efectos de evaluar y seleccionar los proyectos urbanos que potencialmente pueden resultar beneficiarios de los fondos JESSICA con cargo al Programa Operativo FEDER de Andalucía 2007-2013, ACF debe presentar al BEI una Cartera Definitiva de Proyectos Urbanos Elegibles, que incluye adicionalmente una Cartera de Proyectos Alternativos que actualiza periódicamente, de modo que ante la eventualidad de que uno de los proyectos que componen la Cartera Definitiva resultara inelegible o no pudiera ser materialmente ejecutado, ACF está obligado a sustituirlo en primer lugar por uno de los proyectos identificados en dicha Cartera de Proyectos Alternativos. A lo que debe añadirse que, tal como hemos expuesto en el apartado anterior, también existe una fecha límite para proceder al desembolso efectivo del 100% de los fondos procedentes de la iniciativa JESSICA canalizados a través del OMFA (31 de diciembre de 2015), de modo que aunque fuera posible sustituir el Proyecto por un proyecto nuevo alternativo, la efectiva ejecución del nuevo proyecto resultaría prácticamente inviable desde un punto de vista temporal habida cuenta del tiempo necesario para la tramitación de una solicitud de financiación de tal envergadura: preparación del proyecto, solicitud, análisis y evaluación, comparativa con otros proyectos, negociación de la financiación, etc. (baste recordar que la solicitud de financiación del Proyecto por parte del Ayuntamiento de El Puerto de Santa María a AC JESSICA se remonta al año 2011).

Con independencia de lo anterior, a la vista de las consecuencias económicas que podría tener la cancelación unilateral del Proyecto y, en particular, del impacto negativo que una decisión política de esta naturaleza tendría tanto para la Junta de Andalucía como para el BEI y todas aquellas instituciones comunitarias y entidades a quien corresponde la decisión de seleccionar los proyectos susceptibles de recibir financiación con cargo a fondos FEDER, resulta ciertamente contradictorio y paradójico que en el "Pacto y programa de gobierno progresista y social" del nuevo gobierno municipal se identifiquen entre las "medidas a instar a la Unión Europea" (apartado 7.4.6) la "*captación de Fondos*

³⁷ Así se refleja en el documento "Estrategia de Inversión", apartado D), "El sistema de selección y diversificación de los futuros Proyectos Urbanos", elaborado y publicado por ACF junto con la "Guía del Solicitante JESSICA Andalucía" (http://www.acjessicaandalucia.com/ac_jessica/pdf/ac_jessica_andalucia_estrategia_de_inversion.pdf)

³⁸ Cláusula 2.2 del OMFA ("Cartera Definitiva de Proyectos Urbanos Elegibles y Plan de Negocio"): "*El prestatario y la Gestora deberán, antes del 15 de diciembre de 2013, inclusive, presentar conjuntamente al BEI una cartera definitiva de Proyectos Urbanos Elegibles para su financiación mediante fondos del Primer Préstamo Contingente y del Segundo Préstamo Contingente (la "Cartera Definitiva de Proyectos Urbanos Elegibles")*".

Europeos" y, en concreto, la financiación del denominado "*Plan Urbano para Barrio Alto*".

IV. CONCLUSIONES

1. El Proyecto objeto de este análisis no puede cancelarse legalmente en virtud de la mera voluntad unilateral del Ayuntamiento de El Puerto de Santa María pues el Ayuntamiento –y su sociedad municipal, IMPULSA EL PUERTO, que no es sino una simple forma de organización y manifestación externa o personificación de la corporación municipal, de modo que es, en definitiva, el propio Ayuntamiento el que adopta las decisiones y actúa a través de esta entidad instrumental– están obligados a cumplir los contratos formalizados por el equipo de gobierno anterior, y ello en virtud del principio *pacta sunt servanda* de plena aplicación a la contratación de las entidades del Sector Público (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2008). En particular, los Tribunales de Justicia recuerdan insistentemente la imposibilidad de un nuevo equipo de gobierno de desligarse de los contratos concertados por el anterior, no pudiendo la Administración "*plegarse sin más al cambio de voluntad municipal exclusivamente respaldada por un cambio político*" (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2009).

Excepcionalmente, la cancelación unilateral de los contratos sólo resultaría posible si (i) hubiera un interés público debidamente acreditado en la cancelación (que no existe en los contratos del Proyecto; al contrario, hay un interés público en su realización, tal como resulta de su expresa inclusión en el PGOU del municipio –precisamente como una de las actuaciones prioritarias del Plan de Movilidad Sostenible y Accesibilidad–, y de su elección como proyecto susceptible de financiación por los fondos FEDER al amparo del programa JESSICA); y (ii) sólo respecto a contratos administrativos, siendo así que los contratos del Proyecto son contratos privados (al ser contratos de servicios financieros y/o otorgados por una entidad, IMPULSA APARCA, que no pertenece al sector público).

2. No resulta legalmente viable ni la disolución de la sociedad limitada creada por el Contrato de Socios, IMPULSA APARCA, ni la separación del socio municipal (IMPULSA EL PUERTO), por cuanto en el presente caso no concurren, respectivamente, ninguna de las causas de disolución previstas en el artículo 363 de la LCS (al que se remite el artículo 32 de los Estatutos de IMPULSA APARCA), ni ninguna de las causas de separación legal establecidas en el artículo 346 de la LCS.

Aun cuando IMPULSA EL PUERTO pretendiera bloquear el funcionamiento de la Sociedad, dicho bloqueo no daría lugar *per se* a la disolución de la Sociedad en virtud de la causa de disolución del artículo 363 d) LCS ("*paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento*"), toda vez que (i) las situaciones de bloqueo han de resolverse mediante la venta organizada del 100% de la Sociedad a un tercero, de conformidad con lo dispuesto en la Cláusula 7.2.1.4 del Contrato de Socios (cláusula anti-bloqueo); y (ii) el bloqueo intencional, dirigido a la cancelación del Proyecto, se reputaría abusivo y fraudulento y, por ende, ilegal, debiendo ser rechazado (artículos 6.3 y 7.2 del Código Civil y jurisprudencia del Tribunal Supremo).

En consecuencia, lo único que podría hacer IMPULSA EL PUERTO para desvincularse del Proyecto es vender a un tercero su participación en la Sociedad, en los términos establecidos en la Cláusula 8 del Contrato de Socios ("Régimen de transmisión de las participaciones sociales de la sociedad"), lo que podría dar lugar a la aplicación de los derechos de arrastre, acompañamiento y adquisición preferente estipulados en la mencionada Cláusula 8; todo ello sin perjuicio de que dicha transmisión **no conllevaría en ningún caso la paralización y/o cancelación del Proyecto, cuya ejecución y desarrollo sería asumida por el comprador.**

3. Una eventual cancelación del Proyecto implicaría necesariamente la **resolución anticipada del contrato EPC con GYOCIVIL**, a cuyos efectos debería adoptarse un acuerdo en tal sentido en el seno del Consejo de Administración de IMPULSA APARCA, siendo para ello **imprescindible un acuerdo entre los dos socios de la Sociedad, IMPULSA y AC JESSICA**, dada la estructura estatutaria al 50 % entre dichos socios (siendo, por tanto, necesaria la asistencia y el voto favorable de al menos un Consejero designado por AC JESSICA).

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que un eventual acuerdo de terminación del contrato EPC con la finalidad de cancelar el Proyecto infringiría los compromisos adquiridos por los socios en el Contrato de Socios e Inversión, debiendo reputarse contrario al principio de buena fe contractual, con la consiguiente depuración de las responsabilidades personales (cese y sustitución de los consejeros que ejercitaran su derecho de voto en tal sentido) y patrimoniales (resarcimiento de los daños y perjuicios que una decisión de este tipo pudiera ocasionar).

4. Sin perjuicio de lo anterior, **AC JESSICA tiene derecho a ser resarcida íntegramente de todos los daños y perjuicios que pudieran derivarse de la cancelación del Proyecto** sobre la base de un doble fundamento (i) la cláusula de indemnidad prevista en la Cláusula 13 del Contrato de Socios (por cuanto la cancelación del Proyecto representa un flagrante incumplimiento de las manifestaciones y garantías otorgadas por el socio municipal a favor de AC JESSICA); y (ii) la responsabilidad contractual en que incurriría IMPULSA EL PUERTO *ex* artículos 1.101 y 1.124 del Código Civil derivada del incumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud del Contrato de Socios.

Los daños y perjuicios indemnizables comprenderán tanto (i) el **daño emergente**, esto es, las pérdidas sufridas por AC JESSICA a resultas de la cancelación del Proyecto, cuyo montante ascendería a un **mínimo de 4.827.456,90 euros** (a lo que habría que añadir las indemnizaciones a favor de GYOCIVIL –por un importe **mínimo de 2.441.276,54 euros**– y a favor de IDOM –por una cuantía de **11.567,93 euros**–, lo que ascendería a un **total mínimo de 7.280.301,37 euros**); como (ii) el **lucro cesante**, es decir las ganancias proyectadas y/o previsibles dejadas de obtener a resultas de los incumplimientos contractuales, cuyo importe ascenderían a un **mínimo garantizado de 2.320.985,46 euros**, pudiendo alcanzar una cifra muy superior cuyo importe sólo podría calcularse en el momento en que se produjera la cancelación del Proyecto.

Además, la mala fe del Ayuntamiento/IMPULSA EL PUERTO al incumplir intencionadamente los contratos en su día suscritos, permite un mayor alcance de los daños y perjuicios indemnizables al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.107 del Código Civil, comprendiendo no sólo los directos o intrínsecos, producidos en el marco del propio contrato incumplido, sino **también los indirectos o extrínsecos a dicho contrato, pero que "conocidamente se deriven de su incumplimiento"** (así, por ejemplo, los daños y perjuicios que se pudieran derivar para el grupo Ahorro Corporación en sus relaciones contractuales con el BEI, la Junta de Andalucía y demás instituciones públicas vinculadas con el Proyecto).

5. Todos aquellos funcionarios y/o autoridades que directa o indirectamente intervinieran en la adopción de los actos y resoluciones necesarios para hacer efectiva la cancelación del Proyecto deberán **asumir personalmente (artículo 145.2 LRJPAC) la responsabilidad de los daños y perjuicios** de cuya indemnización deba hacerse cargo la propia corporación municipal (directamente o a través de IMPULSA EL PUERTO), responsabilidad que no sólo tendrá un alcance civil o patrimonial sino también disciplinario e incluso penal.

En este sentido, la cancelación unilateral de contratos por una autoridad o funcionario aun a sabiendas de su ilegalidad podría ser constitutiva de "**prevaricación administrativa**" (artículo 404 del Código Penal), delito que lleva aparejada la "**pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años**".

6. Adicionalmente, tanto aquellos administradores de IMPULSA APARCA que participen en actos y resoluciones necesarios para hacer efectiva la cancelación del Proyecto —i.e. siguiendo instrucciones de instancias superiores en contra del interés social de dicha compañía e incumpliendo con su deber de lealtad hacia la misma— como aquellas personas de IMPULSA EL PUERTO y AC JESSICA y, en última instancia, del propio Ayuntamiento de El Puerto de Santa María y ACF que colaboren en la adopción de dichos actos y resoluciones actuando así como administradores de hecho, podrán ser considerados responsables frente a IMPULSA APARCA, sus respectivos socios y terceros —esencialmente, GYOCIVIL— de los daños que causen en su patrimonio. Todo ello, sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal en que podrían incurrir por la comisión del nuevo delito de administración desleal de administradores tipificado en el artículo 252 del Código Penal y de los delitos societarios tipificados en los artículos 290 a 297 del Código Penal.
7. La cancelación unilateral del Proyecto tendría como consecuencia ineludible la **pérdida con carácter irreversible de los fondos JESSICA para la realización del Proyecto, sin que dichos fondos puedan reasignarse directa y automáticamente ni por IMPULSA APARCA ni por el Ayuntamiento a ningún otro proyecto alternativo**: los fondos JESSICA tienen un carácter finalista y no es posible su reasignación a otros eventuales proyectos urbanos o de índole social alternativos distintos sin respetar la Cartera de Proyectos Alternativos compuesta por aquellos proyectos, que ya han sido evaluados y seleccionados previamente por AC JESSICA y cuya finalidad precisamente es la de sustituir aquellos proyectos que eventualmente pudieran ser declarados ineludibles.

Sin perjuicio de lo anterior, el Ayuntamiento puede presentar cualquier nuevo proyecto alternativo que considere conveniente, aunque su ejecución efectiva resultaría muy complicada, tanto desde un punto de vista material como temporal, habida cuenta de que se debe respetar la Cartera de Proyectos y que el tiempo medio de tramitación de un proyecto de estas características e importe suele superar los 12 meses, siendo la fecha límite para disponer de los fondos el 31 de diciembre de 2015.