

Dictamen nº: **447/19**  
Consulta: **Alcaldesa de San Lorenzo de El Escorial**  
Asunto: **Contratación Administrativa**  
Aprobación: **30.10.19**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de San Lorenzo de El Escorial, aprobado por unanimidad, en su sesión de 30 de octubre de 2019, emitido ante la consulta formulada por la alcaldesa de San Lorenzo de El Escorial a través del vicepresidente, consejero de Presidencia y portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 5.3. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre resolución del contrato de concesión de servicio del Tren Turístico “Diligencia de El Escorial”, suscrito con RJ Autocares, S.L.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El 23 de septiembre de 2019 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid una solicitud de dictamen preceptivo formulada por la alcaldesa de San Lorenzo de El Escorial a través del consejero de Vivienda y Administración Local, sobre el expediente de resolución del contrato de concesión de servicio del Tren Turístico “Diligencia de El Escorial”.

A dicho expediente se le asignó el número 441/19 y el día señalado comenzó el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y

Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (en adelante, ROFCJA).

La ponencia correspondió, por reparto de asuntos, al letrado vocal D. Francisco Javier Izquierdo Fabre, quien formuló y firmó la propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora en la sesión celebrada el día 30 de octubre de 2019.

**SEGUNDO.-** Del expediente remitido, se extraen los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

El 26 de octubre de 2017 se aprobó el expediente de contratación por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, junto con el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) y el Pliego de Prescripciones Técnicas (en lo sucesivo, PPT) que debían regir el contrato.

La concesión tiene por objeto la gestión del servicio de tren turístico “Diligencia de El Escorial”, con el recorrido y las características que se señalaban en el PPT. Según los pliegos, el tipo de motorización del tren sería únicamente de gas natural (licuado o comprimido).

El 8 de marzo de 2018 la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento acordó adjudicar el contrato a la mercantil RJ Autocares, S.L.

El contrato de concesión del servicio se formalizó el 18 de abril de 2018. La cláusula segunda disponía que el contrato tendría una duración de cuatro años y daría comienzo al día siguiente a la firma del mismo *“es decir, dará comienzo el 19 de abril de 2018 y finalizará el 18 de abril de 2022”*. Según la cláusula tercera, el adjudicatario debería poner en funcionamiento y prestar efectivamente el servicio dentro del

plazo máximo de cuatro meses, contados desde el día siguiente de la firma del contrato.

El precio del contrato se fijó en 150.100 € anuales que se ingresarían dentro de los tres primeros meses de cada año, pero el ingreso correspondiente al primer año se abonaría a los treinta días siguientes de la firma del contrato.

Según la cláusula primera del PCAP, apartado 12, el adjudicatario debía consignar como garantía definitiva el 5 % del importe de adjudicación del contrato. La cláusula 15 del PCAP estipulaba que la garantía debería calcularse en función del importe total de adjudicación del contrato, IVA excluido. Por error de la Administración contratante se notificó que se debía abonar por este concepto la cantidad de 12.008 €, que el concesionario consignó.

El 6 de junio de 2018 el concesionario propuso modificar el contrato: dado que la gasinera más próxima al municipio era la de Aravaca, que distaba 40 kilómetros del municipio de San Lorenzo de El Escorial, proponía cambiar la cabeza tractora de gas natural por una propulsada por energía eléctrica para ser más respetuosos con el medio ambiente. El 12 de julio de 2018 la Junta de Gobierno Local accedió a modificar el contrato en los términos propuestos por el concesionario, de forma que el tren turístico sería eléctrico, sin modificar las restantes cláusulas del contrato, que deberían cumplirse en su totalidad.

El 19 de junio de 2018 el adjudicatario solicitó el fraccionamiento del pago por dificultades de tesorería transitorias y proponía su abono en 10 plazos de 10.568,69 € conforme al calendario de abono que acompañaba y según el cual el primer pago debería efectuarse el 30 de junio de 2018, y las restantes cuotas se ingresarían el día 30 de cada mes, hasta marzo de 2019.

El 8 de agosto de 2018 se dejó constancia de que no se había procedido al abono de ninguna de las cuotas que se proponían y, de conformidad con el artículo 51.2 de la Ley General Tributaria -que establece que, durante la tramitación de la solicitud el deudor, debería efectuar el pago del plazo, fracción o fracciones propuestos en aquella, y en caso de incumplimiento de cualquiera de dichos pagos, se podría denegar la solicitud por concurrir dificultades económico-financieras de carácter estructural-, la tesorera municipal propuso a la Alcaldía que denegase la solicitud de aplazamiento o fraccionamiento por estimar la concurrencia de dificultades económico-financieras de carácter estructural.

El 13 de septiembre de 2018 la Junta de Gobierno Local, teniendo en cuenta que el importe total de adjudicación del contrato ascendía a 600.400 €, requirió al adjudicatario para que completase el importe de la garantía hasta 30.020 € (que constituía el 5% del importe total de adjudicación del contrato, IVA excluido), dado que el importe de la fianza definitiva consignada (12.008 €) no alcanzaba el importe de la garantía establecida por el contrato y por el artículo 99.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP). Y advertía que si en el plazo de 15 días no procedía a reponer la garantía en la cantidad indicada, incurriría en causa de resolución del contrato. Consta la notificación de este acuerdo al interesado.

El 16 de octubre de 2018 se intimó al concesionario para que abonase el importe de los gastos de publicación en el BOCM, que ascendían a 571,08 €. De este oficio consta el registro de salida para notificar al concesionario, aunque no consta su recepción por el mismo. El 23 de octubre de 2018 un informe técnico dio cuenta de que, hasta la fecha, el tren turístico ni se había puesto en funcionamiento ni se prestaba efectivamente el servicio. Con esa misma fecha, un informe de Tesorería señaló que no se había completado el abono de la fianza

definitiva por su importe total.

El 24 de octubre de 2018 se emitió un informe jurídico por la Secretaría del municipio en la que proponía la resolución del contrato por incumplimiento del contratista al no haber consignado el importe íntegro de la garantía definitiva calculada sobre el importe total de adjudicación del contrato, por no haber abonado el canon estipulado y por no haberse empezado a prestar el servicio del tren turístico cuando, según la cláusula tercera del contrato, el adjudicatario debería ponerlo en funcionamiento y prestar efectivamente el servicio, dentro del plazo máximo de cuatro meses, contados desde el día siguiente a la firma del contrato, por lo que *“teniendo en cuenta que el contrato se firma el día 18.04.2018, el servicio debería haberse puesto en funcionamiento desde el día 19.08.2018”*. Señalaba que se podría incoar un procedimiento de resolución de contrato por cada uno de los incumplimientos producidos o hacerlo en un solo expediente acumulando en él todos los incumplimientos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

**TERCERO.-** El 25 de octubre de 2018, a propuesta del concejal delegado de Infraestructuras, Comercio y Turismo, se acordó el inicio de un expediente de resolución del contrato por cada uno de los incumplimientos del concesionario (falta de reposición de la garantía definitiva, impago del canon, falta de puesta en funcionamiento del servicio) de acuerdo con los artículos 223, 224 y 308, y con los efectos señalados en el artículo 225 del TRLCSP (incautación de la garantía y liquidación de los daños y perjuicios ocasionados por la Administración), que, por razones de economía y eficiencia, se tramitarían en un solo expediente, y señalaba el procedimiento a seguir.

Reseñaba que, de conformidad con el artículo 99.2 del TRLCSP, el incumplimiento de la reposición de la garantía definitiva en la cantidad

que faltaba hasta alcanzar el 5% del precio de adjudicación del contrato (excluido el IVA), suponía causa de resolución del contrato.

En cuanto al incumplimiento del abono del canon y el abandono o paralización del servicio sin causa justificada, recordaba que se configuraban en el punto 8.3.o) y el punto 8.3.g) del PPT como infracciones muy graves que, según el apartado 9 del PPT c), se sancionarían *“con multas de 1.501 a 3.000 euros, sin perjuicio de la procedencia de la resolución del contrato en los términos previstos en el pliego de cláusulas administrativas”*.

El acuerdo de incoación del procedimiento de resolución del contrato se notificó al contratista, al que se le dio un plazo de 10 días naturales para formular alegaciones. Consta también que el expediente se puso a disposición del Banco de Sabadell, al que también se le dio un plazo de 10 días para alegar lo que a su derecho conviniera.

También se acordó notificar el procedimiento de resolución del contrato al Ayuntamiento de El Escorial y a Patrimonio Nacional. Consta el registro de salida de los correspondientes registros y su recepción por el Ayuntamiento de El Escorial y se ha incorporado el justificante del envío a Patrimonio Nacional.

En el trámite de alegaciones concedido, el concesionario manifestó que la modificación aceptada de cambiar la cabecera tractora del tren turístico por propulsión eléctrica en lugar de una de gas requería un mayor marco temporal para la puesta en servicio al tratarse de un vehículo que se fabricaba sobre pedido y supondría un mayor coste, que debería dar lugar a una modificación del contrato. Proponía mientras tanto, la utilización de un tren de sustitución totalmente nuevo y disponible para empezar en cualquier momento, con monitorización híbrida de gasoil y gas licuado de petróleo. Indicaba que no le constaba ningún pronunciamiento ni la adopción de ningún acuerdo para solucionar los condicionantes (invalidantes) para la implantación del

servicio en los términos adjudicados, reiterando la voluntad de la empresa para obtener una solución razonable y sostenible que satisficiera equilibradamente el interés público y el del adjudicatario, y consideraba la incoación del expediente de resolución de contrato totalmente injustificado al no ser posible iniciar la ejecución del contrato en los términos de su adjudicación sin gran desequilibrio económico-financiero de la concesión. Concluía solicitando que se archivase el procedimiento de resolución del contrato y que se dejaran sin efecto las actuaciones administrativas de apremio para el ingreso del canon inicial y de la garantía definitiva hasta que se adoptasen los acuerdos correspondientes que garantizaran la viabilidad del servicio y su equilibrio económico-financiero.

El 20 de julio de 2018 el concejal delegado de Infraestructuras, Comercio y Turismo propuso desestimar las alegaciones del concesionario, que intentaba justificar el incumplimiento de su oferta por circunstancias que debió haber previsto al licitar y, en cuanto a las soluciones nuevas que planteaba, suponían variar el objeto y los plazos contractualmente pactados, lo que constituiría la discriminación de los demás licitadores.

La Junta de Gobierno Local, el 17 de enero de 2019, reprodujo el acuerdo de incoación del procedimiento con sus antecedentes, fundamentación jurídica y el procedimiento a seguir, acordó desestimar las alegaciones del contratista en los términos propuestos por el concejal delegado de Infraestructuras, Comercio y Turismo y, dada la oposición del contratista, remitir el expediente a esta Comisión, con suspensión del plazo para resolver en tanto se emitía el dictamen, y la notificación al concesionario.

Consta el oficio de notificación al concesionario que tuvo lugar el 24 de enero de 2019 y al avalista el día 7 de febrero.

Recibido el expediente por esta Comisión, se emitió Dictamen 97/19, de 14 de marzo, en el que se ordenaba *“retrotraer el procedimiento para que, previo informe de la Intervención y de la Secretaría del Ayuntamiento, se formule una propuesta de resolución en la que exponga la postura final de la Administración consultante en relación con los incumplimientos de la empresa concesionaria, esto es, la posible imposición de penalidades o la resolución del contrato, incardinándolos, en este caso, en una causa concreta de las citadas en el artículo 223 del TRLCSP”*.

En cumplimiento del citado Dictamen, que es recibido por la Entidad local el 18 de marzo de 2019, la Junta de Gobierno Local, por Acuerdo de 4 de abril de 2019, ordena la retroacción de actuaciones para que se emitan los informes requeridos, se abra nuevo trámite de audiencia a los interesados y se dicte nueva propuesta de resolución.

Con fecha 26 de abril de 2019 emite informe la Intervención municipal, que concluye:

*“PRIMERA.- Se aprecia como causa de resolución del contrato el hecho de no haber sido puesto en funcionamiento el servicio dentro del plazo máximo de cuatro meses, contados desde el día siguiente al de la firma del contrato, plazo que finalizó el 19 de agosto de 2018. Esta causa está contenida en el apartado 17, letra h), de la Cláusula 1 del Pliego de las Administrativas y la extinción de la concesión por este motivo conlleva de manera automática la pérdida de la fianza definitiva.*

*SEGUNDA.- También se considera como causa de resolución del contrato la falta de constitución de la garantía definitiva, puesto que, si dicha presentación es un requisito para la adjudicación del contrato, a tenor de lo dispuesto en los artículos 99 y 151 del R.D.L. 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (aplicable al*



*contrato en esta materia según la D.T. 1ª, apartado 2, en relación con la D.F. 16ª de la LCSP); de igual forma lo será para la extinción de un contrato que carece de los requisitos para su nacimiento.*

*(...)*

*QUINTA.- Al concurrir dos causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción, debe atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo. Resolver el contrato por incumplimiento culpable del contratista, por la causa prevista en el apartado 17, letra h), de la Cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas que rige el contrato, consistente en “no implantar el uso comprometido en el plazo comprometido”.*

El 16 de mayo de 2019 emite informe la Secretaría municipal, determinando que ante la opción que tiene el Ayuntamiento entre resolver el contrato e imponer penalidades, se opte por resolver el contrato administrativo de concesión del servicio de tren turístico “Diligencia de El Escorial” por el incumplimiento que supone el no haber puesto en funcionamiento ni prestar efectivamente el servicio en los cuatro meses siguientes a la firma del contrato (incumplimiento de la cláusula tercera del contrato) y propone incautar la garantía al tratarse de un incumplimiento culpable del contratista.

Por escrito de 21 de mayo de 2019, el concejal delegado de Infraestructuras, Comercio y Turismo acuerda la apertura del trámite de audiencia a los interesados, RJ Autocares y Banco de Sabadell, éste como entidad avalista, dándoles traslado de los informes emitidos para alegaciones. El adjudicatario presenta escrito de 31 de mayo de 2019 en el que manifiesta su disconformidad con el procedimiento y su resolución, que entiende carente de motivación, aludiendo a la necesidad de modificación del contrato para facilitar su viabilidad e

iniciando expediente de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos.

Finalmente, se emite propuesta de resolución del contrato por la concejal delegada de Turismo, de fecha 5 de julio de 2019, remitida a la dirección general de Administración Local el 1 de agosto de 2019, en la que se acuerda *“la resolución por el incumplimiento que supone el no haber puesto en funcionamiento ni prestar efectivamente el servicio en los cuatro meses siguientes a la firma del contrato (incumplimiento de la cláusula tercera del contrato). De igual modo, se acuerda incautar “de garantía” al tratarse de un incumplimiento culpable del contratista”*.

Con fecha 9 de julio de 2019 se acuerda la suspensión del procedimiento para emisión de Dictamen por la Comisión Jurídica Asesora, suspensión notificada al adjudicatario el 16 de julio de 2019. Se ha incorporado también justificante de su remisión a la entidad avalista y su entrega.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

### **CONSIDERACIONES DE DERECHO**

**PRIMERA.-** La petición de dictamen ha sido formulada por un órgano competente para ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.3.c) del ROFCJA (la alcaldesa de San Lorenzo de El Escorial a través del consejero de Vivienda y Administración Local y se ha de entender realizada al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.3.f) e. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, a cuyo tenor la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los expedientes tramitados por las entidades locales en los supuestos de *“interpretación, nulidad y extinción de*

*concesiones administrativas cuando se formule oposición por parte del concesionario”.*

Al formularse oposición a la resolución de la concesión por parte de la empresa concesionaria, resulta preceptivo el dictamen de esta Comisión, que ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 23.1 del ROFCJA.

**SEGUNDA.-** La normativa que resulta de aplicación a la presente concesión es el TRLCSP dado que el contrato cuya resolución se pretende se adjudicó el 8 de marzo de 2018, según lo dispuesto en la disposición transitoria primera, apartado 2, en relación con la disposición final decimosexta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LSCP/17).

Sin embargo, esta Comisión Jurídica Asesora ha señalado en numerosos dictámenes (272/17, de 29 de junio, 280/17, de 6 de julio, 399/17, de 5 de octubre y 191/18, de 26 de abril, entre otros) que la normativa que ha de regir el procedimiento de resolución contractual es la vigente en el momento de su inicio, en este caso, el 25 de octubre de 2018, lo que supone la aplicación de la LCSP/17.

En materia de procedimiento de resolución de contratos administrativos, ha de atenerse, por tanto, a lo previsto en el artículo 212.1 de la LCSP/17 a cuyo tenor *“la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta ley se establezca”*. Ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de estudio, debe considerarse, asimismo, lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las

Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), referido específicamente al “*procedimiento para la resolución de los contratos*” en lo que no se oponga a la ley.

Por lo que se refiere a la competencia para acordar la resolución los artículos 190 y 212 de la LCSP/17 la atribuyen al órgano de contratación.

En el presente caso el órgano de contratación es la alcaldesa conforme a lo dispuesto en la disposición adicional segunda del TRLCSP como de la LCSP/17, si bien, según consta en el expediente, tiene delegada la competencia en la Junta de Gobierno Local, que es quien adjudicó el contrato, por lo que le corresponde acordar la resolución contractual mientras persista la delegación.

El plazo para resolver, en los procedimientos de resolución de contratos iniciados de oficio, es de ocho meses, tras pasados los cuales se produce la caducidad del procedimiento (artículo 212.8 de la LCSP/17). El *dies a quo* para el cómputo del plazo es la fecha del acuerdo de iniciación, *ex* artículo 21.3.a) de la LPAC. En este caso, tomando en consideración los períodos de suspensión para emitir los correspondientes dictámenes, el plazo no ha transcurrido. No obstante, se insta de la entidad solicitante que imprima la adecuada celeridad al procedimiento para evitar su caducidad, teniendo en cuenta que su iniciación tuvo lugar mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de 25 de octubre de 2018.

El artículo 191.1 de la LCSP/17 requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Además debe tenerse en cuenta el artículo 112.2 de la citada ley cuando refiere que “*el avalista o asegurador será considerado parte interesada en los procedimientos que afecten a la garantía prestada, en los términos previstos en la legislación vigente en materia de procedimiento administrativo común*”.

De acuerdo con la normativa expuesta resulta que, en nuestro caso, se ha dado audiencia a la empresa contratista la cual ha manifestado su oposición a la resolución contractual proyectada, lo que hace preceptivo el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora. También se ha dado trámite de alegaciones a una entidad como avalista, aunque no consta en el expediente la forma en que se consignó la garantía definitiva.

En cuanto a la exigencia de otros trámites, de acuerdo con lo previsto en el artículo 114.3 del Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen local aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL), son necesarios los informes de Secretaría e Intervención municipales. Este precepto hay que conectarlo también con el apartado 8 de la disposición adicional tercera de la LCSP/17, según el cual, en los expedientes de resolución de contratos será preceptivo el informe jurídico del secretario.

Además, el artículo 172.1 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, exige que en los expedientes informe el Jefe de la Dependencia a la que corresponda tramitarlos, exponiendo los antecedentes y disposiciones legales o reglamentarias en que funde su criterio.

En el presente caso, una vez se retrotrajo el procedimiento de resolución del contrato, han emitido informe la Secretaría y la Intervención municipal y se ha dado nuevo trámite de audiencia al contratista.

Consta asimismo un informe de Tesorería, previo también a la incoación del procedimiento, en el que se mencionaba que el concesionario no había repuesto la garantía por el importe total del precio de adjudicación del contrato. Además, también se informó por el

responsable del contrato que la prestación del servicio no se había iniciado ni a los cuatro meses de la firma del contrato ni en el momento de emitir el informe, el día anterior al acuerdo de incoación.

**TERCERA.-** Como es sabido, la resolución de los contratos es una de las prerrogativas de las que dispone la Administración en la fase de ejecución de los contratos administrativos ligada a la obligación de la Administración por velar por la satisfacción del interés público que motivó la celebración del contrato.

Por ello la Administración puede, al igual que recoge el artículo 1124 del Código Civil, optar por exigir el cumplimiento del contrato (por ejemplo, mediante la imposición de penalidades) o bien proceder a su resolución, posibilidad por la que deberá optar tan solo en casos de incumplimientos graves, como ya declaró el Tribunal Supremo en las sentencias de 16 de mayo de 1997 (recurso 12.105/1991) y 29 de mayo de 2000 (recurso 5639/1994). Esa opción depende de la Administración que, con ella, ha de buscar que el incumplimiento contractual origine el menor daño posible al interés público –sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de septiembre de 2003 (recurso 1892/1995)-.

Para la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de marzo de 2017 (recurso 1053/2016) la resolución requiere un incumplimiento grave, básico, en cuanto no se ejecuta la conducta en que consiste la prestación, quedando frustrado el fin objetivo del contrato sin que baste el incumplimiento de obligaciones accesorias o complementarias. La sentencia concluye que la concurrencia de varios incumplimientos durante un extenso periodo pero que no afectan a la esencia de lo pactado no permite la resolución sino la adopción de medidas menos gravosas.

En su reciente sentencia de 8 de marzo de 2018 (recurso 921/2015) el Tribunal Superior de Justicia de Madrid recuerda la

doctrina fijada en la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2004 en cuanto a que:

*“(...) la resolución implica una extinción anticipada de un contrato perfeccionado, que constituye un modo anormal de terminación de la relación contractual por la concurrencia de alguna circunstancia en la vida del contrato que impide o hace inconveniente su prosecución hasta su extinción normal. De acuerdo con dicha naturaleza el incumplimiento que justifica la resolución ha de ser sustancial, no basta con cualquier apartamiento de las obligaciones asumidas en el contrato, sino que ha de afectar a la obligación esencial de una de las partes en el caso de obligaciones bilaterales o recíprocas. Esto es, de acuerdo con la jurisprudencia, tanto de la Sala Tercera como de la Primera del Tribunal Supremo, ha de tratarse de incumplimiento básico, grave, de la obligación, en el sentido de que no se realiza la conducta en qué consiste la prestación, quedando frustrado el fin objetivo del contrato o haciendo imposible la realización de la prestación por parte del contratista. O, dicho en otros términos, también en este ámbito de la resolución contractual ha de observarse el principio de proporcionalidad que exige para resolver el que el incumplimiento afecte a la esencia de lo pactado, no bastando aducir la no realización de prestaciones, que no impidan por su entidad alcanzar el fin del contrato”.*

**CUARTA.-** Para analizar si existe ese incumplimiento ha de partirse de los pliegos contractuales que, según reiterada jurisprudencia, constituyen la ley del contrato y que, tras su aprobación, vinculan tanto a los contratistas como a la propia Administración cuyas actuaciones en relación con el contrato pasan a ser regladas –sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de diciembre de 2017 (recurso 1069/2016).

Como ya manifestamos en el Dictamen 97/2019, de 14 de marzo, a la vista del contenido de la propuesta de resolución remitida *“iniciado el procedimiento de resolución contractual en virtud del incumplimiento de varias obligaciones contractuales por parte de la empresa contratista, tanto el acuerdo de inicio como la propuesta hacen mención a que los referidos incumplimientos vienen contemplados en el PPT como infracciones muy graves (punto 8.3.o) y el punto 8.3.g) del PPT) que, según el apartado 9 del PPT c), se sancionarían “con multas de 1.501 a 3.000 euros, sin perjuicio de la procedencia de la resolución del contrato en los términos previstos en el pliego de cláusulas administrativas”.*

Llegados a este punto, hay que acudir a la cláusula 24 del PCAP, que se refiere a las penalidades por incumplimiento de las obligaciones contractuales y dispone, con remisión al apartado 16 de la cláusula 1ª del PCAP (que a su vez remite a los puntos 8 y 9 del PPT ya citados) que, en caso de incumplimiento del plazo total o de los plazos parciales si estos se hubieran previsto, o en caso de incumplimiento de la ejecución parcial de las prestaciones definidas en el contrato por parte del contratista, la Administración podrá optar por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 212 del TRLCSP, que recoge esta misma opción entre imposición de penalidades o la resolución del contrato. Por tanto, el punto 9,c) del PPT habría de ser interpretado a la luz de la cláusula 24 del PCAP y del artículo 212 del TRLCSP.

Como señalamos en nuestro Dictamen 310/17, de 27 de julio, de la dicción de este precepto se desprende que el empleo de la preposición disyuntiva impide el ejercicio conjunto de ambas facultades, de manera que si la Administración opta por la imposición de penalidades no puede proceder a la resolución contractual. En este sentido, en nuestro Acuerdo 1/19, de 17 de enero, nos hacíamos eco de la Sentencia de 30 de marzo de 2017 (núm. rec. 1053/2016) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que señalaba que, por los mismos hechos, no



pueden simultáneamente incoarse procedimientos sancionadores y de resolución del contrato. Y ello porque, como recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 18 de mayo de 2016 la finalidad de las penalidades “*es intimar el debido cumplimiento del contrato y corregir los eventuales incumplimientos contractuales y no castigar conductas*”. Esto es, supone que la Administración opta por la continuación de la ejecución del contrato, no por su resolución.

Partiendo de todo ello, si la Administración opta por resolver el contrato y no por imponer penalidades, también hay que tener en cuenta, que, en el caso de existan varios incumplimientos de un contratista en la ejecución del contrato, es doctrina del Consejo de Estado (Dictamen 1252/2009, de 23 de julio) y del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (Dictámenes 505/09 y 532/09) que ha hecho suya esta Comisión Jurídica Asesora en numerosos dictámenes (como el 132/16, de 26 de mayo, el 191/16, de 9 de junio, el 269/16, de 30 de junio, el 332/16, de 21 de junio y el 272/17, de 29 de junio), que en el supuesto de concurrencia de varias causas de resolución se aplica aquella que se hubiera producido antes en el tiempo.

En este procedimiento se han expuesto varios incumplimientos del concesionario: falta de reposición de la garantía, falta de abono del canon, falta de puesta en ejecución del tren turístico y, según la última propuesta remitida, la falta de abono por parte del contratista de los gastos de publicidad.

La propuesta de resolución, siguiendo en este punto el informe de la Intervención municipal, considera prioritaria en el tiempo la causa de resolución contemplada en el apartado h del punto 17 de la cláusula 1<sup>a</sup> del PCAP, a saber “h) *No implantar el uso comprometido en el plazo comprometido*”.

*“La extinción de la concesión por las causas señaladas en las letras b) g) h) e i) conllevará la pérdida de la fianza definitiva y no dará derecho a indemnización alguna”.*

Según se deriva del expediente y se recoge en el propio informe de la Intervención municipal, la cláusula tercera del contrato recoge expresamente que *“el adjudicatario deberá poner en funcionamiento y prestar efectivamente el servicio, dentro del plazo máximo de cuatro meses, contados desde el día siguiente a la firma del contrato”.*

*“Teniendo en cuenta que el contrato se firma el día 18.04.2018, el servicio debería haberse puesto en funcionamiento desde el día 19.08.2018, siendo que a esa fecha, y aún a la de emisión de este informe no hay atisbo alguno de la citada “Diligencia de El Escorial”:* así se recoge expresamente en el Informe de fecha 23 de octubre de 2018 realizado por el responsable del contrato.

En este sentido, como ya señalábamos anteriormente y recogíamos en nuestros dictámenes 516/16, de 17 de noviembre, 162/17, de 20 de abril y 272/17, de 29 de junio, cabe recordar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de junio de 2016 (recurso 19/2015) que afirma *“el carácter vinculante de los Pliegos que rigen la adjudicación de los contratos y que constituyen la contractus lex”.* La referida sentencia cita la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, la Sentencia de 4 de mayo de 2005 (recurso 1607/2003) y 19 de septiembre de 2000 (recurso 632/1993) donde se sostiene que: *“el Pliego de Condiciones es la Ley del Contrato por lo que ha de estarse siempre a lo que se consigne en él”.* En tal sentido, también puede recordarse la doctrina recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1975, según la cual: *“...al haber sido aceptada, ante la ausencia de impugnación, la regla de que el pliego de condiciones es la ley del contrato con fuerza para ambas partes es irrefragable, e impide a quien ha aceptado el pliego impugnar a posteriori sus consecuencias o*

*determinaciones, ya que quien presenta una solicitud acepta e implícitamente da validez a todo lo actuado, unido a que en aras a la lealtad, buena fe, etc., que ha de presidir las relaciones jurídicas, resulta obligado al respeto a las bases del concurso cuando éstas son firmes y consentidas y como tales transformadas en Ley del contrato”.*

En el ámbito normativo el artículo 145 TRLCSP (artículo 139 de la LCSP/179 dispone: “1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”. Por lo expuesto, no pueden aceptarse las argumentaciones efectuadas por la contratista para justificar que el incumplimiento del contrato no le es imputable al referir que tiene voluntad de cumplirlo si bien precisa una modificación del contrato. Podemos concluir que el proyecto fue aceptado incondicionadamente por la empresa y que la demora en los plazos ya existía desde el principio de la ejecución. Todo ello, evidencia su voluntad unilateral de incumplir el contrato, o cuanto menos, su necesario conocimiento de que no estaba ejecutando los trabajos en forma y tiempo para cumplir el contrato en el plazo total estipulado.

**SEXTA.-** Vista la procedencia de la resolución contractual, debemos analizar seguidamente los efectos que se siguen de esta resolución.

En particular y por lo que se refiere a la garantía definitiva, debe recordarse que esta cuestión pertenece al régimen jurídico sustantivo del contrato (efectos de la causa de resolución) y no a la regulación del procedimiento, por ello habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 225.3 del TRLCSP:

*“Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada”.*

No obstante, el artículo 225.4 del TRLCSP establece que *“en todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida”.*

Esta incautación de garantía opera de modo automático. En este sentido, cabe hacer referencia a la doctrina emanada de la reciente Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo 1277/2019, de 30 de septiembre, conforme a la cual *“no puede atenderse a la pretensión ejercitada de que la garantía definitiva solo puede quedar afecta al pago del importe de los daños y perjuicios ocasionados a la administración contratante, una vez determinado su importe en proceso contradictorio. La previsión normativa es justamente contraria a lo pretendido por la entidad aseguradora aquí recurrente. La incautación constituye una medida de la administración en aras a garantizar el pago del importe de los daños y perjuicios causados en los casos de resolución del contrato, amparada por el art. 88 de la Ley 30/2007, del 30 de octubre, y actualmente el art. 110, d) de Contratos del Sector Público, Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por lo que no resulta preciso la valoración previa de los daños para acordar aquella”.*

En atención a lo expuesto, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

## CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato por la causa d) del artículo 211 de la LCSP, dada la demora del contratista en el establecimiento del servicio del Tren Turístico “Diligencia de El Escorial”.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 30 de octubre de 2019

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 447/19

Sra. Alcaldesa de San Lorenzo de El Escorial

Pza. de la Constitución, 3 – 28200 San Lorenzo de El Escorial