

Dictamen nº: **97/19**
Consulta: **Alcaldesa de San Lorenzo de El Escorial**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **14.03.19**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de San Lorenzo de El Escorial, aprobado por unanimidad, en su sesión de 14 de marzo 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 11 de febrero 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 vicepresidente, consejero de Presidencia y portavoz del Gobierno, 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 67/19 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, a la letrada vocal Dña. M.^a Dolores Sánchez Delgado, 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 14 de marzo 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. No consta en el expediente remitido que la Alcaldía adoptase esta propuesta ni que se notificase al interesado.

El 13 de septiembre de 2018 la Junta de Gobierno Local, teniendo en cuenta que el importe total de adjudicación del contrato ascendía 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, 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 pero no su recepción.

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 dejasen 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 con registro de salida, sin que figure su recepción.

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 vicepresidente, consejero de Presidencia y portavoz del Gobierno), 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 atenderse, 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). En este caso, el procedimiento se inició mediante Resolución de 25 de octubre de 2018. Además, el plazo para resolver el procedimiento se ha suspendido por el tiempo que medie entre la solicitud y la emisión del dictamen a esta Comisión. Esta suspensión, si bien consta el oficio de notificación al contratista con registro de salida (aunque no figura su recepción), no se ha notificado al avalista. No obstante, no habiendo transcurrido el plazo de ocho meses legalmente establecido, el procedimiento no ha caducado.

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 incoado el procedimiento de resolución del contrato, no se ha emitido informe ni por la Secretaría ni por la Intervención municipal. El único acto de instrucción del procedimiento además de la audiencia al concesionario y al avalista ha consistido en un informe del concejal delegado de Infraestructuras, Comercio y Turismo que proponía la desestimación de las alegaciones presentadas, sin que conste que haya sido visado por la Secretaría Municipal.

Cierto es que el acuerdo de incoación se dictó una vez emitido un informe por la Secretaría municipal, es decir, con carácter previo al inicio del expediente de resolución contractual, y en dicho informe se exponían los distintos incumplimientos del concesionario, el procedimiento a seguir (mencionándose los informes necesarios que en este expediente han sido omitidos) y la propuesta de incoación. 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.

Sin embargo, esos informes que se emitieron antes de la incoación del procedimiento y que sirvieron para adoptar esa resolución de inicio no sirven para adoptar la propuesta de resolución del procedimiento. De hecho, aunque formalmente haya una propuesta de resolución, materialmente dicha propuesta no finaliza el procedimiento puesto que se circunscribe a reproducir lo señalado en el acuerdo de incoación en cuanto a los incumplimientos allí reseñados -que enumera sin incardinarlos en una causa concreta de las citadas en los preceptos que describen los incumplimientos-, limitándose a citarlos genéricamente (artículos 223 y 224 del TRLCSP); a referir el procedimiento a seguir -y que no se ha seguido- y a desestimar las alegaciones del contratista. También señala el precepto que regula los efectos de la resolución de los contratos (artículo 225 del TRLCSP), esto es, la incautación de la garantía y la liquidación de los perjuicios ocasionados a la Administración, pero ni acuerda la incautación de la garantía ni existe cuantificación de los perjuicios. Lo único que resuelve la Junta de Gobierno Local en esa propuesta es desestimar las alegaciones del contratista, remitir a la Comisión el expediente para que se emita dictamen y suspender el plazo de instrucción del expediente mientras tanto.

La propuesta de resolución de un procedimiento para resolver un contrato no puede limitarse a exponer la legislación aplicable, el procedimiento a seguir y los posibles efectos, sino que debe aplicarse esa legislación al caso concreto de forma que recoja motivadamente la posición de la Administración una vez tramitado el procedimiento y examinados los incumplimientos expuestos en la orden de incoación, y determinando los efectos concretos que la resolución pueda ocasionar, esto es, si se incauta o no la garantía y si existen o no perjuicios a la Administración y en qué cuantía.

Ya en nuestro Dictamen 294/17, de 13 de julio, manifestamos que aunque formalmente entendiéramos que se había dictado una propuesta de resolución, materialmente no se podría entender cumplido el trámite por cuanto adolecía de los elementos necesarios para que esta Comisión pudiera pronunciarse al respecto, conociendo cuál era la postura de la Administración. En aquel caso la llamada propuesta refería de manera genérica los incumplimientos del contrato, hacía referencia a procedimientos de imposición de penalidades y reflejaba en términos hipotéticos el tipo de resolución adecuada y la determinación de los efectos subsiguientes.

El conocimiento de la postura final de la Administración consultante a través de la propuesta de resolución resulta relevante en este caso toda vez que, 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”*.

En este caso se ignora si ante los incumplimientos de la empresa se han incoado también procedimientos sancionadores, si se contemplan como alternativos a la resolución del contrato o si solo se pretende resolver el contrato sin imponer penalidades, por lo que se hace preciso retrotraer el procedimiento para conocer cuál es la propuesta que finalmente formula el órgano competente ante los incumplimientos del concesionario, toda vez que este órgano consultivo no está llamado a elaborar propuestas de resolución, sino a valorar las elaboradas por la Administración consultante, ratificándolas o

desautorizándolas aportando en este caso, explícita o implícitamente, una solución alternativa.

Para formular esa propuesta de resolución habrán de tener en cuenta varias observaciones al hilo del examen del expediente remitido.

En lo que se refiere a la posibilidad de imponer penalidades por incumplimientos que pueden ser causa de resolución, 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.

Esto sentado, 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 y falta de puesta en ejecución del tren turístico. La propuesta de resolución habrá de tener en cuenta tanto los pliegos como la legislación aplicable para determinar si procede o no la resolución del contrato o la imposición de penalidades por dichos incumplimientos.

Para ello habrá que acudir a las causas de resolución que se contemplan en el punto 17 de la cláusula 1ª del PCAP -que no se ha mencionado ni en el acuerdo de inicio del procedimiento ni en la pretendida propuesta de resolución-. Entre las causas de resolución que se enumeran se mencionan, entre otras, las siguientes:

“g) *La falta de pago del canon por más de una anualidad o cualquier otro incumplimiento grave de las obligaciones del titular*

de la concesión, declarados por el órgano que otorgó la concesión o autorización.

h) No implantar el uso comprometido en el plazo comprometido.

i) La acumulación de más de dos faltas graves o muy graves en un año”.

Respecto del incumplimiento de reponer la garantía en cuantía suficiente para alcanzar el 5% del importe total de la adjudicación del contrato, la “propuesta” se refiere al artículo 99 del TRLSCP, que regula la constitución, reposición y reajuste de garantías y establece en su apartado 1 la no adjudicación del contrato en caso de que no se constituya. El apartado 2 se refiere a la reposición de las garantías, que se produce cuando se hacen efectivas sobre la garantía las penalidades o indemnizaciones exigibles al adjudicatario, y estipula que en caso de que no se repongan en la cuantía que corresponda en el plazo de quince días desde la ejecución, se incurrirá en causa de resolución. No es este el caso que se produce en este contrato puesto que la insuficiente garantía trae su causa no de un procedimiento sancionador en el que la garantía haya satisfecho las penalidades que se hubieran impuesto, sino de un error de la Administración, que cuantificó la garantía a constituir en una cuantía inferior a la que correspondía.

Por su parte, el apartado 3 del artículo 99 del TRLCSP se refiere al reajuste de la garantía en caso de modificación del contrato que suponga variación del precio, para que aquella guarde proporción con este, sin que al incumplimiento de dicha obligación de reajuste se apareje la resolución del contrato.

En cuanto al incumplimiento relativo a la falta de abono del canon, deberán valorar la causa de resolución señalada en el punto 17.g) de la cláusula 1ª del PCAP (*“la falta de pago del canon por más de*

una anualidad o cualquier otro incumplimiento grave de las obligaciones del titular de la concesión, declarados por el órgano que otorgó la concesión o autorización”), con la infracción muy grave del punto 8.3,o) del PPT (impago del canon), lo dispuesto en la cláusula cuarta del contrato y el apartado 20 del PCAP (el canon “se abonará la parte correspondiente del primer año del contrato dentro de los treinta días siguientes a la firma del mismo” y lo ordenado en el artículo 51.2 de la LGT sobre el incumplimiento de los plazos señalados en la solicitud del fraccionamiento del pago del canon.

Por último, si se opta por la resolución del contrato, el artículo 225.4 del TRLCSP (al igual que el artículo 213.5 de la LCSP/17) dispone que 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.

Del artículo 225.3 del TRLCSP no se infiere la incautación de la garantía como un efecto automático inherente a la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista sino que solo procedería la incautación de la garantía para indemnizar los daños y perjuicios, lo cual supondría que estos estuvieran determinados.

En el mismo sentido se pronuncia la cláusula 40 del PCAP que dispone, en relación con la fianza, que en los casos de resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, este deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados y la indemnización se hará efectiva sobre la garantía, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en los que se refiere al importe que exceda de la garantía incautada.

En mérito cuanto antecede, esta Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede 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.

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 14 de marzo de 2019

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 97/19

Sra. Alcaldesa de San Lorenzo de El Escorial

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