



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **30/2017**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 13 de febrero de 2017, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Bullas, mediante oficio registrado el día 16 de diciembre de 2016, sobre resolución del contrato de *"Gestión del Servicio Deportivo Municipal de La Rafa"* (expte. **350/16**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 10 de octubre de 2012, el Alcalde del Ayuntamiento de Bullas, por delegación del Pleno, adjudicó a "--" (--) el contrato de gestión del servicio deportivo municipal a prestar en sus instalaciones de *"La Rafa"*, mediante concesión, por un plazo de 25 años, con sujeción a lo establecido en los pliegos de cláusulas administrativas y técnicas del contrato y la oferta del adjudicatario.

SEGUNDO.- Decidida por -- la aportación a otra empresa de nueva creación, "--", la rama de actividad consistente en la gestión del referido servicio público, el 8 de abril de 2013 solicitó al Ayuntamiento que aprobase la sucesión en su posición de contratista en favor de dicha nueva empresa, a lo que el Ayuntamiento, en aplicación de lo previsto en el artículo 85 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), requirió a la primera para que presentase escrito en el que declarase que se responsabilizaba solidariamente con la nueva empresa en la ejecución del contrato, lo que aquélla cumplimentó mediante escrito de 6 de junio de 2013, tras lo cual el Pleno municipal acordó el 31 de julio siguiente aprobar la sucesión de "--" en la posición de la anterior empresa contratista.

TERCERO.- El 2 de octubre de 2013, el Alcalde y los representantes de las indicadas empresas formalizaron el correspondiente contrato, en el que, entre otros aspectos, se refleja lo anteriormente expuesto sobre dicha sucesión y la responsabilidad solidaria, además de las cláusulas de dicho contrato (provenientes, según se dice en el mismo, de los pliegos antes mencionados), incluyendo las tarifas a cobrar por el concesionario a los usuarios de las instalaciones, estableciéndose que el comienzo de la ejecución del contrato sería a partir del día siguiente a su firma.

CUARTO.- El 29 de agosto de 2016 la contratista presenta un escrito ante el Ayuntamiento en el que expresa que *"dada la situación económica de la explotación ya expuesta en nuestro comunicado efectuado en diciembre de 2015, sin que hasta el día de la fecha se haya producido la liquidación ni ratificación por parte del Ayuntamiento"*

de los convenios con los diferentes colectivos y sobre consumos, ANUNCIAMOS que nos vemos en la obligación de suspender el servicio a partir del 1 de septiembre de 2016 hasta que se proceda al cumplimiento de dichos acuerdos o se resuelva el contrato, todo ello sin perjuicio del ejercicio de las acciones que amparan nuestro derecho".

QUINTO.- Obran en el expediente varios informes de la Policía Local, emitidos los días 6 a 8 de octubre de 2016, en los que expresa que, personados los agentes en las instalaciones de referencia (gimnasio y pistas deportivas contiguas), se comprueba que se encuentran cerradas, sin actividad ni personal alguno.

SEXTO.- Previa solicitud de la Alcaldesa de un informe sobre las actuaciones a adoptar en relación con la posible resolución del contrato, el 19 de octubre de 2016 es emitido por el Secretario municipal; informe en el que, tras exponer los antecedentes del contrato, señala que la empresa ha paralizado o interrumpido la prestación del servicio sin causa que justifique tal medida (considerando que la suspensión del contrato por incumplimiento del Ayuntamiento sólo procedería en el caso del artículo 216.5 TRLCSP, lo que no concurre), por lo que estima que existe motivo para acordar la resolución del contrato por culpa imputable al contratista, conforme con lo previsto en las cláusulas 19ª y 23ª del contrato y en el artículo 223, f) y h) TRLCSP. Añade que, conforme a la cláusula 24ª del contrato, en caso de acordarse dicha resolución procederá la incautación de la garantía, sin perjuicio del deber del contratista de indemnizar a la Administración por los perjuicios que excedan del importe de aquélla.

SÉPTIMO.- El 20 de octubre de 2016 (según diligencia sobre la fecha de su firma electrónica, aunque en el encabezamiento del escrito se consigne el 6 de tal mes y año), la Alcaldesa, con remisión a lo expresado en el citado informe, acuerda la iniciación de un procedimiento para resolver el contrato de referencia y otorga un plazo de diez días para audiencia de los interesados, siendo notificado dicho acto a la contratista, a -- y a la entidad que prestó la garantía.

OCTAVO.- El 10 de noviembre de 2016 la contratista alega que no ha incurrido en ningún incumplimiento, y que si ha dejado de prestar el servicio se debe a varios incumplimientos del Ayuntamiento: a) incumplimiento del convenio aprobado por la Junta de Gobierno el 29 de abril de 2015, por el que el Ayuntamiento se comprometía a abonar mensualmente 440 euros a la contratista para la promoción de la práctica deportiva en dichas instalaciones de los miembros de la Policía Local y del servicio de protección civil del municipio; b) el Ayuntamiento ha venido utilizando las instalaciones no sólo para ocasionales actividades deportivas promovidas por el mismo, sino con carácter regular, sin efectuar la correspondiente compensación económica; y c) no ha acondicionado adecuadamente el servicio de abastecimiento de agua, teniendo la empresa que sufragar el consumo realizado por instalaciones ajenas a la concesión, que no se han desconectado de la red de abastecimiento que sirve a las instalaciones incluidas en la misma, sin que se le haya resarcido nunca de dicho sobrecoste.

Considera la contratista que todo ello ha ocasionado la mala situación económica de la concesión, haciéndola inviable, motivando el incumplimiento de sus obligaciones económicas y laborales, como ya había manifestado en varias ocasiones verbalmente y por escrito al Ayuntamiento. Por ello, se opone a la resolución del contrato por la causa alegada por éste, solicitando su resolución por incumplimiento de aquél, con devolución de la garantía e indemnización de los daños y perjuicios causados (sin mayor concreción).

NOVENO.- El 11 de noviembre de 2016 la "--" presentó escrito en el que, en síntesis, alega que no le consta haber otorgado ninguna garantía a favor de "--"; que en su momento prestó una garantía a favor de -- que no puede ser incautada por el Ayuntamiento, porque como se le ha informado verbalmente por aquél, el contrato para el que fue prestada fue objeto de cesión a la primera de las citadas mercantiles, al quedar la empresa cesionaria

subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, según los artículos 114.3 y 226.3 TRLCSP, la mencionada garantía, según la compareciente, quedó extinguida en el momento de efectuarse dicha subrogación.

DÉCIMO.- A solicitud de la Alcaldesa, el 9 de diciembre de 2016 el Secretario municipal emite informe en el que, tras exponer los antecedentes, reitera que procede resolver el contrato por abandono o paralización del servicio imputable al contratista. En lo que se refiere a las alegaciones de la contratista, señala lo siguiente.

En cuanto al convenio al que se refiere la empresa, indica que fue aprobado por Acuerdo plenario de 29 de abril de 2015 (en que se facultó al Alcalde para su formalización), reproduciendo su contenido; en síntesis, en dicho convenio el Ayuntamiento se comprometía a abonar a la empresa 440 euros mensuales a cambio de que la tarifa a cobrar a los miembros de la Policía Local y del servicio de protección civil municipal fuera de 14 euros mensuales, y que los centros docentes de educación infantil y primaria y las escuelas deportivas municipales tuvieran preferencia de uso y elección horaria, estableciendo un precio por el uso de la pista de pádel y de tenis de 12 y 6 euros/hora, respectivamente. Indica el informante que tal convenio es ajeno al contrato porque tenía como objeto subvencionar indirectamente a los colectivos indicados y, en todo caso, que dicho convenio no llegó a ejecutarse porque no llegó a ser firmado por empresa y Alcalde.

En cuanto al uso de las instalaciones por el Ayuntamiento, señala que la cláusula 6ª.1 del contrato establece que las actividades promovidas por el Ayuntamiento están exentas del pago de las tarifas allí previstas.

Considera el informante que el Ayuntamiento no ha incumplido ninguna de sus obligaciones pero, incluso en la hipótesis de que así fuera, el contratista sólo está habilitado a suspender la prestación del servicio público en el caso del artículo 216.5 TRLCSP (demora en el pago de las prestaciones económicas objeto del contrato por más de cuatro meses), mediante acta de suspensión, lo que no concurre, y no es admisible que ante un pretendido incumplimiento municipal se paralice sin más el servicio sin haber agotado la contratista la vía administrativa (de reclamación de las hipotéticas cantidades adeudadas, se deduce). Concluye que existe causa de resolución del contrato por culpa del contratista, lo que, en su caso, habría de acordarse por el Pleno (al que considera órgano competente para resolver, por tratarse de un contrato de gestión de servicios públicos por plazo superior a cuatro años).

UNDÉCIMO.- El 12 de diciembre de 2016 la Alcaldesa dicta resolución en la que, realizando una síntesis de lo expresado en el anterior informe, propone al Pleno la resolución del contrato por las razones expresadas en aquél, añadiendo que procede la retención de la garantía prestada en favor de -- porque ésta quedó obligada solidariamente con la contratista en el cumplimiento del contrato, según acuerdo del Pleno de 31 de julio de 2013. Asimismo, acuerda que se suspenda el plazo máximo de resolución del procedimiento, conforme con lo previsto en el artículo 80 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), comunicando dicho acuerdo a los interesados.

DUODÉCIMO.- El 29 de septiembre de 2015 se registra de salida en el citado Ayuntamiento un escrito de su Alcaldesa, dirigido a este Consejo Jurídico, en el que solicita la emisión de Dictamen con carácter preceptivo.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre un procedimiento en el que se pretende declarar la resolución de un contrato administrativo suscrito por un Ayuntamiento de esta Comunidad Autónoma habiendo formulado el contratista su oposición a tal resolución por los motivos y con las consecuencias pretendidas por dicha Administración Pública, concurriendo así el supuesto establecido en el artículo 211.3, a) TRLCSP, norma adjetiva aplicable al procedimiento que nos ocupa por estar vigente en la fecha de su iniciación (como ha señalado este Consejo Jurídico en anteriores y numerosos Dictámenes), y en el artículo 12.7 de la Ley regional 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Cuestiones formales y de procedimiento.

I. En lo que se refiere a la documentación remitida a este Consejo Jurídico, se advierte que no obran entre la misma los pliegos de cláusulas administrativas particulares y técnicas del contrato, la documentación relativa a la aprobación de la sucesión del contratista, la atinente al convenio aprobado por el Pleno el 29 de abril de 2015 ni, en su caso, los escritos a que se refiere la contratista en su escrito de alegaciones. No obstante, dado el carácter urgente del procedimiento y el hecho de que parte del contenido de dicha documentación se refleje ya en los documentos remitidos, así como la posición de las partes sobre los hechos relativos a alguno de los extremos a que se refiere dicha documentación, se considera que no es imprescindible para abordar adecuadamente el fondo del asunto requerir al consultante para que remita dichos documentos, sin perjuicio de que se recuerde la obligación de los órganos consultantes de remitir a este Consejo Jurídico el expediente completo, lo que, en el presente caso, hubiera incluido los documentos antes reseñados.

II. Régimen jurídico aplicable al contrato. El plazo máximo de resolución del procedimiento y su eventual caducidad.

Como hemos reiterado en numerosos Dictámenes (por todos, el nº 150/2014, de 26 de mayo), el régimen sustantivo aplicable a la resolución de un contrato administrativo es el vigente en la fecha de su adjudicación, y el régimen adjetivo o sobre procedimiento al efecto es el vigente en la fecha de iniciación de éste. Por tanto, en el presente caso, y por lo que atañe al primero de los aspectos citados, es aplicable el TRLCSP y el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por RD 1098/2001, de octubre; en lo que atañe al segundo aspecto, es aplicable dicho TRLCSP, el referido Reglamento y, además, supletoriamente la nueva LPAC, ya vigente en la fecha de iniciación del procedimiento.

Asimismo, como hemos reiterado en numerosos Dictámenes, la jurisprudencia y doctrina consultiva considera que a los procedimientos de resolución de contratos administrativos que son iniciados de oficio les es aplicable un plazo máximo de tres meses (a contar desde su iniciación) para dictar y notificar la resolución procedente, transcurrido el cual sin haber cumplido lo anterior queda incurso en caducidad (vid. hoy los artículos 21,3, b) y 25.1, b) de la nueva LPAC). No obstante, dicho plazo puede ser suspendido con fundamento, entre otras causas, en la solicitud a este Consejo Jurídico de su Dictamen cuando resulte preceptivo, como sucede en el presente

caso, según se dijo. Así, el artículo 22.1, d) LPAC establece que se podrá acordar tal suspensión del plazo *"cuando se soliciten informes preceptivos a un órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses. En caso de no recibirse el informe en el plazo indicado, proseguirá el procedimiento"*. Tal suspensión fue acordada en el escrito reseñado en el Antecedente Undécimo.

Considerando que, en el presente caso, el citado plazo de tres meses se inició el 20 de octubre de 2016 (Antecedente Séptimo), el mismo habría vencido, en principio, el 20 de enero de 2017 (al ser un plazo por meses su cómputo se efectúa de fecha a fecha, lo que incluye los días naturales). Pero dicho plazo quedó efectivamente suspendido, conforme a reiterada doctrina de este Consejo Jurídico, en la fecha en que se registró de salida el escrito municipal de solicitud o petición de Dictamen dirigido a este órgano, es decir, el 14 de diciembre de 2016, fecha en la que restaban 38 días naturales para el vencimiento de dicho plazo de tres meses; por ello, una vez que se reanude tal plazo con motivo de la recepción del presente Dictamen, desde el día siguiente a aquélla el Ayuntamiento dispondrá de dichos 38 días naturales para dictar y notificar la resolución que proceda sobre el fondo del asunto. Ello sin perjuicio de que eventualmente se llegase a producir la caducidad del presente procedimiento y la posibilidad de iniciar otro.

III. En cuanto al procedimiento tramitado, se observa que se han seguido los trámites exigibles para este tipo de procedimientos, constando especialmente la audiencia de los interesados y el informe de la Secretaría municipal (art. 109 del antes citado Reglamento y art. 82.1 LPAC).

No obstante, debe advertirse que la propuesta de resolución, contenida formalmente en el acuerdo de la Alcaldesa reseñado en el Antecedente Undécimo, resulta insuficiente para recoger adecuadamente los antecedentes y fundamentos jurídicos de la resolución final, por lo que deberá elaborarse una propuesta más completa, integrando en la misma, al menos, el contenido que proceda del informe del Secretario municipal reseñado en el Antecedente Décimo, sin perjuicio de lo que se considere procedente incorporar del presente Dictamen.

TERCERA.- La resolución del contrato por culpa del contratista. Procedencia.

I. Como se desprende de los Antecedentes, no hay duda de que el contrato de que se trata, calificado en los pliegos rectores del mismo como de gestión de servicio público (de prestación de servicios deportivos en instalaciones municipales, se entiende), fue incumplido por la contratista al cesar su actividad y cerrar dichas instalaciones al menos en octubre de 2016 (si no antes, pues el 29 de agosto de 2016 presentó un escrito anunciando tal proceder con efectos de 1 de septiembre de tal año), es decir, cuando apenas habían transcurrido tres de los veinticinco años a que se comprometió al suscribir dicho contrato.

En primer lugar, es necesario recordar que el TRLCSP no contempla la suspensión o abandono del contrato de gestión de servicios públicos por un eventual incumplimiento de la Administración en el pago al contratista de la contraprestación económica a que se hubiera obligado en el contrato. Su artículo 284, dedicado específicamente a regular las consecuencias de tal falta de contraprestación, establece que en tales casos el contratista tendrá derecho al interés de demora de las correspondientes cantidades, de conformidad con lo establecido en el artículo 216. La remisión hecha a este último artículo a los únicos efectos del devengo de intereses de las cantidades adeudadas por la Administración, sin mención alguna al otro efecto previsto en dicho artículo 216, es decir, a la suspensión del contrato cuando la demora en el pago supere cuatro meses, prevista con carácter general en su

número 5, permite sostener que el TRLCSP, en coherencia con el principio y obligación general de que el contratista debe prestar el servicio con la continuidad convenida (art. 280, a), no permite dicha suspensión. Y si bien es cierto que el artículo 276, dedicado al régimen jurídico de este tipo de contratos, no excluye expresamente de su aplicación a éstos al mencionado artículo 216.5, ese mismo artículo 276 establece expresamente la inaplicabilidad del artículo 220, regulador precisamente de la suspensión de los contratos administrativos en general. Si el TRLCSP hubiera querido admitir para los contratos de gestión de servicios públicos la posibilidad de su suspensión ex artículo 216, además de haberlo referido en el citado artículo 284, no habría establecido la inaplicabilidad de dicho artículo 220, que contempla entre los supuestos de suspensión de los contratos administrativos el caso previsto en el citado artículo 216.5. Buena muestra de que el artículo 276 no es exhaustivo en cuanto a los preceptos generales del TRLCSP que no son aplicables al contrato de gestión de servicios públicos es que tal artículo se "olvida" de incluir entre los inaplicables a tales contratos no sólo al comentado artículo 216.5, sino también al número 6 de éste, siendo claro que no le resulta aplicable porque, estableciendo como causa de resolución de los contratos administrativos el impago al contratista cuando la demora supere ocho meses, el artículo 286, a) establece, como causa de resolución específica de este tipo de contratos, la demora de la Administración superior a seis meses (y no a ocho, como resulta con carácter general) en el pago de las contraprestaciones al contratista.

Por todo ello, ante un impago de la Administración al contratista de cantidades económicas a que estuviera obligada según el contrato, éste, al margen de solicitar su pago conforme a lo establecido en el TRLCSP y poder acudir, si así lo estima, al mecanismo especial previsto a efectos de su cobro en su artículo 217 TRLCSP (éste sí plenamente aplicable al contrato de gestión de servicios públicos), puede también instar la resolución del contrato si la demora en el pago es superior a seis meses.

De ello resulta, a los efectos que aquí interesan, que en el caso de que la Administración contratante y el contratista aduzcan como respectivos motivos de resolución del contrato el incumplimiento contractual de la otra parte, como sucede en el caso planteado, ha de determinarse si existen tales motivos de resolución y, en caso afirmativo, la resolución contractual procederá por la causa anterior en el tiempo, según el consolidado criterio jurisprudencial y doctrinal.

II. En el presente caso, no hay duda de que el abandono en la prestación del servicio por la contratista en octubre de 2016, constatado por el Ayuntamiento, constituye una causa de resolución del contrato, conforme con lo establecido en los artículos 223, f) y h) TRLCSP en relación con las cláusulas 23ª, Uno, a) y Dos y 24ª de dicho contrato. Habrá de analizarse, pues, si existen los incumplimientos municipales alegados por la contratista y, en caso afirmativo, determinar si constituyen una causa de resolución del contrato preferente a la que es imputable a la contratista. A tal efecto, hemos de recordar que son dos los requisitos legales imprescindibles y concurrentes para que exista causa de resolución invocable por el contratista: a) que haya un incumplimiento de pago por parte del órgano de contratación de cantidades que puedan ser calificadas como contraprestaciones económicas (o ayudas auxiliares) previstas en el contrato (pero no de cualquier cantidad que, por otro concepto, pueda ser exigible al órgano de contratación, como seguidamente veremos); y b) que tal impago se prolongue por un plazo superior a seis meses. Como veremos seguidamente, en el caso que nos ocupa no se acredita que exista tal incumplimiento municipal.

A) En primer lugar deben analizarse las alegaciones relativas al incumplimiento por el Ayuntamiento de lo establecido en el convenio cuyo texto, según se expresa en el expediente y no niega el contratista, fue aprobado por la Junta de Gobierno municipal el 29 de abril de 2015 sin que tal convenio fuera formalizado por el Alcalde (a lo que dicha Junta le habilitaba en su acuerdo de tal fecha) y la contratista.

A este respecto, debe decirse que, aun no pudiendo compartir el criterio del informe del Secretario municipal en

el sentido de que el objeto de lo previsto en tal convenio fuera ajeno al contrato en cuestión (pues su indudable finalidad indirectamente subvencionadora de la actividad deportiva de diversos colectivos no desvirtúa el que en dicho convenio se previera un régimen tarifario especial, para dichos colectivos, distinto al régimen general establecido en el contrato formalizado el 2 de octubre de 2013, lo que implicaba una verdadera modificación puntual del mismo, aun no calificándose ni tramitándose como tal), lo cierto es que el que no llegara a formalizarse tal convenio implicó que la modificación contractual no se llegase a perfeccionar. Como señala el informe nº 18/2013, de 25 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, *"en la actualidad, fruto de la modificación de la LCSP operada por Ley 34/2010, la formalización de los contratos ha pasado a ser un elemento constitutivo, produciéndose su perfección desde la formalización (artículo 27 TRLCSP). Al igual que el contrato se perfecciona con su formalización, la modificación también se perfecciona con ésta y, salvo en el supuesto del artículo 234.4 TRLCSP, no pueden comenzar a ejecutarse las nuevas prestaciones sin la formalización"*. No obstante, la realidad demuestra que pueden darse casos en que, aun sin la necesaria formalización, se presten efectivamente los servicios en que consista la pretendida modificación, en cuyo caso habrán de retribuirse al contratista para evitar un enriquecimiento injusto de la Administración.

En el presente caso, el contratista no acredita que, aun sin la formalización del referido convenio, se hubieran ejecutado las previsiones del mismo, es decir, no consta que los beneficiarios del régimen tarifario especial allí previsto hubieran hecho uso, como tales beneficiarios, de las instalaciones objeto de la concesión y que el contratista hubiera tenido por ello que cobrarles la tarifa especial, pues sólo si esto se hubiera producido se habría generado la obligación municipal de abonarle los 440 euros mensuales que se preveían en compensación por la aplicación del régimen tarifario especial. No hay, pues, incumplimiento de una obligación de pago, la relativa a los 440 euros mensuales, puesto que dicha obligación no llegó nunca a generarse.

B) Por lo que se refiere a la segunda circunstancia alegada por la contratista, es decir, que el Ayuntamiento había utilizado las instalaciones de forma regular y no ocasional, sin compensación económica, debe recordarse que la cláusula sexta del contrato (*"Tarifas del servicio"*) expresa que están exentas de pago las *"actividades promovidas por el Ayuntamiento"*, sin salvedad o precisión alguna según la frecuencia o el número de actividades deportivas que el Ayuntamiento pudiera promover en dichas instalaciones. La contratista conocía y aceptaba la referida condición económica al formalizar el contrato (si no antes, pues tal determinación habría de estar ya en los pliegos rectores del mismo), y si alguna duda le podía caber respecto al alcance de la misma, debía haber requerido al Ayuntamiento en el momento oportuno para que se lo aclarase, a fin de adoptar la decisión que estimase pertinente en orden a presentar su oferta o a formalizar el contrato. Al no hacerlo así y no realizar la referida cláusula ninguna distinción o salvedad al respecto, no procedía que el Ayuntamiento le abonase cantidad alguna por las referidas actividades, por lo que no cabe hablar de incumplimiento de pago por su parte.

Sin perjuicio de lo anterior, conviene añadir que en el hipotético caso de que la empresa hubiera considerado que la frecuencia con la que el Ayuntamiento utilizaba las instalaciones, sin retribución alguna, era tan alta que los costes que ello le generaba producían un desequilibrio tal que determinaba la ruptura del equilibrio económico de la concesión (art. 282.4, b) TRLCSP) debía haberle presentado un análisis económico justificativo al respecto y una propuesta sobre la que el órgano de contratación pudiera adoptar la decisión que procediera sobre el pretendido reequilibrio económico del contrato, lo que no consta que se hubiera presentado.

C) En lo atinente a la tercera alegación formulada, es decir, que existían instalaciones ajenas al objeto de la concesión que no habían sido *"desconectadas"* de la red de abastecimiento de agua que servía a las instalaciones concedidas, lo que generaba un sobrecoste en el consumo que no debía ser soportado por la contratista, debe decirse que tal circunstancia, de ser cierta (y así hemos de considerarlo porque el Ayuntamiento no lo niega), no justificaba en modo alguno el abandono en la prestación del servicio.

Como expusimos anteriormente, sólo el incumplimiento de pago del precio del contrato por parte del órgano de contratación (y en un determinado lapso de tiempo, seis meses), constituye causa de resolución imputable a la Administración. La compensación económica que la contratista debiera percibir por el sobrecoste de consumo de agua debido a la falta de desconexión de la red de agua de determinadas instalaciones ajenas al contrato no puede calificarse como una prestación económica que forme parte del precio del contrato, es decir, de la retribución que la contratista debe percibir del órgano de contratación por la prestación de los servicios contratados, sino un crédito, ajeno al cumplimiento del contrato, que la contratista tendría contra el Ayuntamiento, fundado en el enriquecimiento injusto que supone que la empresa estuviera abonando a la suministradora del servicio de agua unas cantidades por un agua utilizada en beneficio del Ayuntamiento y desvinculada de las instalaciones concedidas.

Por ello, la anterior circunstancia no legitimaba a la contratista para el abandono del servicio. En su lugar, y sin perjuicio de lo que hubiera podido preverse entre las partes antes del comienzo en la prestación de los servicios (nada consta al efecto, lo que hubiera debido reflejarse en el acta de entrega de las instalaciones), la contratista podía: a) mientras no se produjese la desconexión de las instalaciones pertinentes, reclamar al Ayuntamiento el pago de las concretas cantidades en que evaluase el coste del agua que servía a las instalaciones ajenas al contrato; reclamación que, por otra parte, no consta que hiciera y que, en caso de haberlo hecho y no hubiera sido atendida, le permitía acudir a la vía contencioso-administrativa, pero sin que, como decimos, el eventual incumplimiento de pago por el Ayuntamiento justificara el abandono en la ejecución del contrato; y b) sin perjuicio de lo anterior, podía presentar al Ayuntamiento una formal solicitud para que realizase las obras necesarias de desconexión de las referidas instalaciones o para que le autorizase a ello, lo que tampoco consta que hiciera (sin que la eventual desestimación de tal solicitud constituya tampoco, obviamente, un incumplimiento de pago del precio contractual que legitimase el abandono del servicio).

III. De todo lo anterior se infiere con claridad que la alegada inviabilidad económica de la concesión, de existir, no sería imputable a incumplimiento alguno del Ayuntamiento, y menos a uno que legitimase el abandono del contrato, situación que ha de entenderse que decidió la empresa ante la posibilidad de soportar mayores pérdidas económicas. Ello determina que el contrato deba resolverse por incumplimiento culpable de la contratista, con fundamento en el artículo 223, f) y h) TRLCSP, en relación con las cláusulas 23ª, Uno, a) y Dos y 24ª de dicho contrato.

CUARTA.- La incautación o pérdida de la garantía.

I. El informe reseñado en el Antecedente Sexto expresa que, conforme a la cláusula 24ª del contrato, en caso de acordarse su resolución por incumplimiento culpable del contratista procederá la incautación de la garantía, sin perjuicio del deber de éste de indemnizar a la Administración por los perjuicios que excedan del importe de aquella, lo que se corrobora si se examina la referida cláusula 24ª, apartado tercero.

El artículo 100, c) TRLCSP establece que la garantía responderá *"de la incautación que puede decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo que en él o en esta Ley esté establecido"*. La referida previsión contractual sobre la garantía constituye *"ley particular"* que rige el vínculo contractual de que se trata, aceptada por el contratista, y su existencia determina que la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista lleve aparejada la pérdida de la garantía, sin perjuicio de su eventual mayor responsabilidad por daños a la Administración, acreditados en el procedimiento *"ad hoc"*, que superasen el importe de tal garantía, tal y como establecía la jurisprudencia del Tribunal Supremo en aplicación de los artículos 114 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, y 113 de su posterior Texto Refundido (RDL 2/2000, de 16 de junio), preceptos de idéntico tenor a lo establecido sobre la garantía en la mencionada cláusula 24ª, apartado 3 (vid. SSTs, Sala 3ª, de 4 de octubre de 2005, y de 17 de noviembre de 2011).

Por ello, la resolución final no ha de acordar meramente la retención de la garantía a resultados de la determinación posterior de eventuales daños y perjuicios, como parece desprenderse del apartado cuarto de la resolución de la Alcaldesa reseñada en el Antecedente Undécimo sino, de conformidad con lo expresado en la referida cláusula 24ª, apartado 3, acordar su incautación y pérdida, sin perjuicio del deber del contratista de indemnizar al Ayuntamiento por los daños y perjuicios que se acreditasen, en la cantidad que superase, en su caso, al importe de la garantía (y asimismo sin perjuicio de lo que resulte de la liquidación del contrato en un procedimiento, posterior al de la resolución contractual e incautación y ejecución de la garantía, en donde pudieren realizarse las compensaciones económicas que en su caso procedieren).

II. Frente a la pretensión municipal de incautar o retener la garantía prestada por -- tras resultar adjudicataria del contrato mediante resolución del Alcalde de 10 de octubre de 2012, la entidad aseguradora prestataria de dicha garantía (en forma de seguro de caución) se opone a ello alegando que la incautación o retención no es posible porque aquélla quedó extinguida tras la cesión del contrato efectuada por dicha mercantil a favor de "--", citando a tal efecto el artículo 226.3 TRLCSP, que establece que en el caso de cesión del contrato el cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al cedente.

Sin embargo, ello no puede admitirse, pues, como vamos a ver, lo producido no fue una cesión del contrato, sino una sucesión en la persona del contratista, operación que tiene algunos efectos jurídicos distintos de los derivados de la cesión, especialmente en lo que atañe a la garantía; y, en todo caso, ni la sucesión del contratista ni una eventual cesión del contrato implicarían la extinción automática de la garantía prestada por el cedente.

Así, en el apartado 2.3 del exponendo tercero del contrato se refleja que, solicitada por -- al Ayuntamiento la aprobación de la sucesión de su posición como contratista en favor de "--", por causa de aportación a esta última empresa de la rama de actividad de la primera que estaba afecta o vinculada con el contrato en cuestión, el Ayuntamiento condicionó tal aprobación a la prestación por la primera de su compromiso de responsabilizarse solidariamente con la segunda en la ejecución del contrato, condición que se desprende del artículo 85 TRLCSP. Compromiso que la primera plasmó en escrito de 6 de junio de 2013, tras lo cual el Pleno municipal acordó aprobar tal sucesión.

Como se desprende del Anexo VI del Reglamento de la LCAP, la garantía prestada en forma de seguro de caución, como es el caso, se presta *"en los términos y condiciones establecidos en la LCAP (hoy TRLCSP), normativa de desarrollo y pliego de cláusulas administrativas particulares..."*, asumiendo el asegurador *"el compromiso de indemnizar al asegurado (el órgano de contratación) al primer requerimiento de la Caja General de Depósitos u órgano equivalente de las restantes Administraciones Públicas..."*, sin que pueda *"oponer al asegurado las excepciones que pudieran corresponderle contra el tomador del seguro (el contratista)"*, estando el seguro de caución *"vigente hasta que el órgano de contratación... autorice su cancelación o devolución, de acuerdo con lo establecido en la LCAP (hoy TRLCSP) y legislación complementaria"*.

De este modo, al garantizar la compañía aseguradora las responsabilidades a que estuviera afecta -- por razón de la ejecución del contrato administrativo de que se trata, asumió que su garantía estaba afecta a todas las vicisitudes que pudieran acaecer en dicha ejecución. Y no constando que la garantía de la primera hubiera sido cancelada y sustituida por otra prestada por la segunda (lo que no se prohíbe por el TRLCS pero tampoco se impone, lo que se explica precisamente cuando la primera contratista se obliga solidariamente con su sucesora), no sólo no puede admitirse que tal garantía se hubiera extinguido, sino que, al resultar -- responsable solidaria con su sucesora "--", la aseguradora no puede negarse a la ejecución de la garantía cuando ello venga habilitado por una previa resolución municipal que acuerde la resolución del contrato por culpa del contratista sucesor y la

incautación o pérdida de la garantía prestada; garantía, pues, que, en virtud de la solidaridad exigida por el citado artículo 85 TRLCSP, está afecta a las responsabilidades en que pudiera incurrir la empresa ejecutora del contrato, como es el caso.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Procede acordar la resolución del contrato de referencia por incumplimiento culpable del contratista (abandono del servicio) y la incautación y pérdida de la garantía prestada por --, por las razones expresadas en las Consideraciones Tercera y Cuarta del presente Dictamen.

SEGUNDA.- En consecuencia, se dictamina favorablemente la pretensión municipal de resolver dicho contrato por la mencionada causa, si bien deberá formularse una propuesta de resolución que incluya en su parte dispositiva la incautación y pérdida de la garantía prestada, así como una exposición de antecedentes y una fundamentación jurídica más completas que las contenidas en el escrito reseñado en el Antecedente Undécimo del presente Dictamen.

TERCERA.- Debe tenerse en cuenta lo expresado en la Consideración Segunda, II, del presente Dictamen sobre la eventual caducidad del procedimiento de referencia.

No obstante, V.S. resolverá.