

Dictamen n^o: **212/14**
Consulta: **Consejero de Asuntos Sociales**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **21.05.14**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 21 de mayo de 2014, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Asuntos Sociales, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en relación con el expediente sobre resolución del contrato de gestión de servicio público en la modalidad de concierto denominado *“Atención a personas mayores en plazas residenciales subvencionadas por la Consejería de Familia y Asuntos Sociales. Año 2005”* del que se adjudicaron treinta y cinco plazas a la Unión Temporal de Empresas (UTE) A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 22 de abril de 2014 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo formulada por el consejero de Asuntos Sociales, el día 11 del mismo mes, acerca del expediente de resolución del contrato referenciado.

Admitida a trámite con esa misma fecha se procedió a dar entrada en el registro de expedientes con el número 188/14, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 34 apartado 1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la

Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 26/2008, de 10 de abril.

Ha correspondido su ponencia a la Sección V, presidida por el Excmo. Sr. D. Ismael Bardisa Jordá, quien firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 21 de mayo de 2014.

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

El 10 de mayo de 2005, se aprobaron los pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT) del contrato de gestión de servicio público en la modalidad de concierto titulado “*Atención a personas mayores en plazas residenciales subvencionadas por la Consejería de Familia y Asuntos Sociales. Año 2005*”, para su adjudicación por procedimiento abierto, mediante concurso.

De acuerdo con los pliegos, el objeto del procedimiento de licitación consistía en seleccionar, mediante concurso público, las residencias de mayores que pusieran a disposición de la Comunidad de Madrid un total de 675 plazas residenciales cuyo coste sería sufragado por los usuarios o sus familiares y la Administración. Las residencias en las que se ofertaran las plazas debían contar con las autorizaciones e inscripciones administrativas correspondientes antes de la fecha de finalización del plazo para la presentación de ofertas (cláusula VI del PPT). Según la cláusula II del PPT el servicio se prestaría de forma ininterrumpida durante las veinticuatro horas del día, todos los días del año y consiste en la prestación de alojamiento y atención de aquellas personas que precisan asistencia continuada en la realización de las actividades de la vida diaria, por sus circunstancias personales, familiares y sociales.

A tenor del PCAP los licitadores debían aportar, dentro de la documentación técnica precisa para participar en la licitación, una descripción detallada de la residencia en la que se ofertaran las plazas, acompañada de planos, fotografías o cualquier otro medio que permitiera apreciar las características de la misma, contemplando, entre otros, los siguientes aspectos: ubicación, número y tipología de las plazas, características de las habitaciones; zonas ajardinadas y medios de transporte.

De acuerdo con el Anexo I del PCAP, entre los criterios a tener en cuenta para la adjudicación, se valoran con un máximo de 36 puntos determinados aspectos de la residencia en que oferten las plazas, incluida la ubicación; las condiciones de las habitaciones; espacios específicos para enfermería, sala de exploración, de curas, de fisioterapia, de terapia ocupacional, podología, peluquería y otros; espacios comunes y servicios; equipamiento y confort; accesibilidad; entorno y zonas de esparcimiento; y circunstancias del edificio.

Por otra parte, en la cláusula VIII del PPTP se establece la obligación del adjudicatario de designar un responsable del servicio para la coordinación y supervisión de la prestación, así como la de informar a la Consejería, a través del responsable citado, sobre cualquier incidencia significativa que afectara a la prestación del servicio, en el mismo día en que se produjera, y a facilitar puntualmente cuanta información le fuera requerida en relación con la misma.

En cuanto a la posible resolución del contrato y los efectos de dicha resolución, la cláusula 16.5 del PCAP establece:

“Son causas de resolución del contrato las recogidas en el artículo 111 excepto sus letras e) y f), las del artículo 167 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas así como las señaladas

en el Pliego de Prescripciones Técnicas, en el apartado diez del Anexo 1 de este Pliego y las siguientes:

- La pérdida sobrevenida de los requisitos para contratar con la Administración.*
- El incumplimiento de las limitaciones establecidas en materia de subcontratación, establecidas en el artículo 170 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.*
- La obstrucción de las facultades de dirección e inspección de la Administración.*
- El incumplimiento de la obligación del contratista de guardar sigilo respecto a los datos o antecedentes, que no siendo públicos o notorios, estén relacionados con el objeto del contrato, de los que tenga conocimiento con ocasión del mismo, de conformidad con el artículo 112, apartado 2 del Reglamento de Contratos.*

La resolución del contrato se acordará por el Órgano de Contratación de oficio o a instancia del contratista, en su caso, mediante procedimiento tramitado en la forma reglamentariamente establecida con cumplimiento, en todo caso, de lo establecido en el artículo 109 del Reglamento de Contratos.

En los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada. La determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar el contratista se llevará a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada previa audiencia del mismo, atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración.

Para la aplicación de las causas de resolución se estará a lo dispuesto en los artículos 112 y 168 de la LCAP y 110 de su Reglamento y para sus efectos a lo dispuesto en los artículos 113 y 169 de la LCAP.

Por razones de interés público la Administración podrá acordar el rescate del servicio para gestionarlo directamente”.

Por Orden 1902/2005, de 18 de octubre, de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales, se adjudicaron 35 plazas del contrato anteriormente citado a la UTE A. El 24 de octubre de 2005 se presta garantía definitiva, mediante aval, por importe de 70.927,50 euros, suscribiéndose el contrato el 27 de octubre de 2005, con un plazo de ejecución de tres años

“prorrogables por periodos, como máximo, de la misma duración, sin que la duración inicial del contrato más la de sus prórrogas pueda rebasar los 21 años. No obstante, de conformidad con el apartado 5 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, la ejecución del contrato se iniciará el día 1 de noviembre de 2005, finalizando el 30 de septiembre de 2008”.

En caso de prórroga, ésta se computará respecto al día inicialmente previsto para el comienzo de la ejecución, 1 de octubre de 2005, con independencia del comienzo efectivo de esta última.

El 17 de septiembre de 2008, por Orden 1781 de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales se aprueba la prórroga del contrato anterior hasta el 30 de septiembre de 2011. Por Orden 1444 de 8 de septiembre de 2011 se aprueba modificar el contrato, reduciendo en un 5% el precio de adjudicación. La modificación surtiría efectos desde el 1 de octubre de 2011. Mediante la Orden 1558/2011, de 30 de septiembre se aprueba

la prórroga del contrato desde el día 1 de octubre de 2011 hasta el día 30 de septiembre de 2014.

La Subdirección General de Control de Calidad, Inspección, Registro y Autorizaciones de la Consejería de Asuntos Sociales procede a realizar visita de inspección en la residencia B el 7 de febrero de 2012.

Por escrito fechado el 15 de febrero de 2012, el Servicio de Disciplina Ambiental del Ayuntamiento de Madrid, notifica a la contratista el acuerdo de inicio del expediente de subsanación de las deficiencias detectadas en la residencia ubicada en el paseo de C, número aaa, para que en el plazo de dos meses adopte las medidas correctoras en adecuación a la Ordenación General de Protección del Medio Ambiente Urbano (OGPMAU):

- Identificación del uso de cada chimenea.
- Las chimeneas existentes en la cubierta, deberían sobrepasar 1 metro la altura del edificio propio y de los próximos en un radio de 15 metros en cumplimiento de la OGPMAU.

Con el fin de adecuar el edificio a los requerimientos de la inspección de la Comunidad de Madrid, al Ayuntamiento y a las normas vigentes, la contratista, tiene previsto acometer una reforma integral del mismo, motivo por el cual, con fecha 1 de marzo de 2012, el representante de la contratista solicita autorización para trasladar a los cincuenta residentes, de los cuales treinta y cinco son objeto del concierto que nos ocupa, a la residencia D situada también en Madrid, y gestionada por la sociedad E, comprometiéndose a mantener las mismas condiciones económicas y de servicios de las plazas, por lo que la modificación temporal no conlleva ninguna carga económica o de otro tipo para los usuarios o la Comunidad de Madrid. Asimismo manifiesta que una vez ejecutadas las obras de reforma y obtenidos los permisos correspondientes, lo que estiman en un

plazo de entre siete y diez meses, los usuarios serían retornados de nuevo al centro.

Con base en la propuesta efectuada por la Dirección General del Mayor, por Orden 692/2012, de 6 de junio, de la Consejería de Asuntos Sociales, se autoriza el traslado temporal de las 35 plazas desde la Residencia B, Pº de C número aaa, de Madrid, a la Residencia D, calle F núm. bbb Madrid. La duración de dicho traslado temporal no podía exceder de 10 meses, contados a partir de la notificación de la Orden y, finalizado dicho plazo los usuarios debían reingresar en la Residencia B. Las restantes condiciones contractuales no se ven afectadas por esta autorización de traslado temporal.

El Área de Inspección de la Subdirección General de Calidad, Inspección, Registro y Autorizaciones de la Consejería de Asuntos Sociales, gira visita de inspección al edificio de la adjudicataria, levantándose el acta 156/2013, de 2 de agosto de 2013, en el que se hace constar que el edificio se encuentra demolido.

El día 7 de noviembre de 2013, por la Dirección General del Mayor de la Comunidad de Madrid se formula propuesta de inicio del procedimiento de resolución del contrato al amparo de lo establecido en el artículo 111.g) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante, TRLCAP). Se fundamenta en que, conforme a la solicitud efectuada por la entidad adjudicataria, por Orden 692/2012, de 6 de junio, de la Consejería de Asuntos Sociales, se autorizó el traslado temporal de las 35 plazas desde la Residencia B, en la que debía prestarse el servicio, a la Residencia D, por un periodo máximo de 10 meses, contados a partir del día 8 de junio de 2012, fecha en la que fue notificada la referida Orden, plazo que venció el día 8 de abril de 2013, fecha en la que debieron reingresar los usuarios de las 35 plazas

objeto de contrato en la Residencia B. Según la propuesta, dicho plazo no se ha cumplido, tal y como resulta del informe referido a la actuación Inspectora Acta 156/2013, de 2 de agosto de 2013, del Área de Inspección de la Subdirección General de Calidad, Inspección, Registro y Autorizaciones, que constata que a fecha 2 de agosto de 2013 el edificio está derruido, sin que la entidad adjudicataria haya informado al respecto, ni solicitado prórroga del traslado autorizado por retraso de las obras o por cualquier otra circunstancia.

Según el citado informe, más allá del tiempo autorizado para el traslado temporal, constituye obligación esencial del contrato la prestación por la entidad que resultó adjudicataria, UTE A, del servicio de atención a personas mayores en la Residencia B, no pudiendo continuarse su ejecución con un contratista diferente al adjudicatario, como es Residencia E, y en un centro residencial que no fue el considerado para la adjudicación, sin que se haya sustanciado procedimiento alguno de los legalmente previstos como los de cesión del contrato o sucesión del contratista.

Asimismo, la propuesta considera que se han incumplido por el adjudicatario las obligaciones que le corresponden en materia de coordinación, control, supervisión, e información de la prestación del servicio establecidas en la cláusula VIII del Pliego de Prescripciones Técnicas. Finalmente se propone como efecto de la resolución la incautación de la garantía conforme a lo dispuesto en el artículo 113.4 del TRLCAP.

Como consecuencia de lo anterior, mediante la Orden 2076, de 15 de noviembre de 2013 de la Consejería de Asuntos Sociales, se acuerda iniciar expediente de resolución por incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato, con declaración expresa de la incautación de la garantía definitiva.

Mediante escritos de 29 de noviembre de 2013, se notifica a la contratista y al avalista el inicio de expediente de resolución del contrato y la apertura del trámite de audiencia, a fin de que puedan realizar las alegaciones que consideren y aportar la documentación que estimen conveniente.

El representante de la contratista, formula alegaciones por escrito presentado el 16 de diciembre de 2013 en las que aduce que el derribo del edificio se llevó a cabo basándose en el informe de un arquitecto que certificó que en el inmueble se percibieron numerosas deficiencias en aspectos estructurales y vicios constructivos que determinaron claramente aconsejar su demolición. Al mismo tiempo manifiesta que la residencia a la que han sido trasladados los ingresados en la residencia demolida, pertenece al mismo grupo que la contratista, que se encuentran perfectamente acoplados en el nuevo edificio y que el personal originario mantiene su puesto de trabajo.

Consideran que el derribo de la sede original se debe únicamente a razones técnicas, por lo que es un supuesto de fuerza mayor que ampararía el incumplimiento que se alega en la resolución. Por todo ello solicita que:

“debería reconsiderarse la decisión adoptada, prorrogando, al menos en este momento, la adjudicación de plazas conforme al traslado temporal realizado, hasta que pueda valorarse adecuadamente la situación futura del edificio derruido. Esta solución es la única viable para no afectar a la situación de los residentes y del propio personal destinado a su atención”.

Presenta copia del informe del arquitecto al que hace referencia en las alegaciones.

El 3 de enero de 2014, el representante de la contratista presenta recurso potestativo de reposición contra la Orden de 15 de noviembre de 2013 que acordaba la incoación del expediente de resolución de contrato. En este escrito se reiteran los argumentos ofrecidos en el escrito de alegaciones anterior. Dado que la incoación del expediente de resolución del contrato es un acto de trámite no cualificado y por tanto no susceptible de recurso de reposición de acuerdo con el artículo 116 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el recurso es tenido en cuenta como escrito de alegaciones.

El 20 de enero de 2014, el director general del Mayor informa sobre las alegaciones presentadas por la contratista, proponiendo que se acuerde la resolución del contrato suscrito entre la Consejería de Familia y Asuntos Sociales y la adjudicataria el 27 de octubre de 2005 para la ejecución de 35 plazas del contrato determinado “*Atención a personas mayores en plazas residenciales subvencionadas por la Consejería de Familia y Asuntos Sociales. Año 2005*”. La Abogacía General de la Comunidad de Madrid informa favorablemente la resolución del contrato el 3 de febrero de 2014.

Mediante Orden 268/2014, de 17 de febrero, el Consejero de Asuntos Sociales declara la caducidad del procedimiento de resolución del contrato al haber transcurrido más de tres meses desde la fecha de su inicio, lo que se ha comunicado a la contratista y el avalista.

TERCERO.- Por Orden 314/2014, de 20 de febrero, se acuerda iniciar la tramitación de un nuevo expediente de resolución del contrato y la conservación de los actos administrativos y trámites producidos con anterioridad a la Orden 2076/2013, y en su caso, aquellos cuya incorporación solicite el contratista.

En trámite de audiencia, el contratista reproduce su oposición con idénticos argumentos a los manifestados en el procedimiento anterior y la entidad avalista manifiesta su voluntad de hacer efectivo el importe garantizado en la carta de aval, en caso de solicitud de ejecución por parte de la Administración.

La Abogacía General de la Comunidad de Madrid, con fecha 18 de marzo de 2014, informa favorablemente la resolución del contrato.

Mediante Orden 841/2014, de 26 de marzo, se acuerda la suspensión del plazo máximo legal de tres meses para resolver el procedimiento relativo al contrato “*Atención a personas mayores en plazas residenciales subvencionadas por la Consejería de Familia y Asuntos Sociales. Año 2005*”, del que se adjudicaron 35 plazas a la contratista, desde el día 26 de marzo de 2014, fecha de la petición del informe a la Intervención General y la recepción del mismo. Se ha procedido a notificar la suspensión a la contratista y al avalista.

Con fecha 10 de abril de 2014, la Intervención General informa favorablemente la resolución del contrato.

Instruido el procedimiento, se formula propuesta de resolución del contrato suscrito con la UTE A, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 167 y 111.g) del TRLCAP con incautación de la garantía constituida.

El 11 de abril de 2014 el consejero de Asuntos Sociales formula la petición de dictamen al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, sobre la propuesta de resolución contractual por incumplimiento del contratista con incautación de la garantía definitiva constituida.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 13.1.f).4º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de la Comunidad de Madrid (en adelante LCC), conforme al cual:

“1. El Consejo Consultivo deberá ser consultado por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: (...) 4.º Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de Contratos de las Administraciones públicas”.

El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), establece en su disposición transitoria primera:

“1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

En el presente caso, los pliegos de contratación se aprobaron el 10 de mayo de 2005 y el contrato se adjudicó por Orden de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid de 18 de octubre de 2005, por lo que resulta de aplicación la normativa contenida en el TRLCAP, en virtud de lo establecido en la Disposición Transitoria Primera de dicho texto legal.

Respecto al procedimiento a seguir para la resolución, debe acomodarse a las prevenciones del TRLCSP, al ser el texto vigente al momento de iniciarse la resolución del contrato, según doctrina de este Consejo Consultivo, así como a lo dispuesto en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, (en adelante RGLCAP).

Al formularse oposición a la resolución del contrato por parte de la empresa contratista, resulta preceptivo el dictamen de este Consejo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 211.3 del TRLCSP.

La solicitud de dictamen al Consejo Consultivo se ha formulado por el consejero de Asuntos Sociales, órgano legitimado para ello en aplicación de lo dispuesto en el artículo 14.1 de la LCC.

SEGUNDA.- En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en el artículo 210 TRLCSP, a cuyo tenor *“dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, (...) acordar su resolución y determinar los efectos de ésta”*.

El artículo 211.1 TRLCSP requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Además debe tenerse en cuenta el artículo 109 del RGCAP, vigente a falta de una disposición reglamentaria que desarrolle estos procedimientos, que exige la audiencia al avalista o asegurador “*si se propone la incautación de la garantía*”. Por otro lado, el apartado tercero de dicho artículo 211 dispone, como ya se ha indicado, que es preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista.

De acuerdo con la normativa expuesta resulta que, en nuestro caso, se ha dado audiencia al contratista el cual, mediante escrito presentado el 10 de marzo de 2014, ha manifestado su oposición a la resolución contractual proyectada, lo que hace preceptivo el dictamen de este Consejo Consultivo.

Asimismo, se ha dado audiencia al avalista que, como hemos señalado en antecedentes, el día 10 de marzo de 2014 presentó un escrito en el que manifestaba su voluntad de hacer efectivo el importe garantizado en la carta de aval en caso de solicitud de ejecución.

Tras la audiencia a la empresa contratista y al avalista, se observa que se ha incorporado al procedimiento el informe del Servicio Jurídico y de la Intervención General de la Comunidad. Sobre esta forma de proceder es doctrina de este Consejo Consultivo que, al no aportar dichos informes hechos nuevos o cuestiones nuevas para la resolución, no generan indefensión a los interesados que obligue a la retroacción del procedimiento (así nuestro Dictamen 410/2013, de 25 de septiembre, entre otros).

Respecto al plazo en que la Administración tiene que resolver los expedientes de resolución de contratos, ni el TRLCSP -del mismo modo

que su antecesora la LCAP- ni el RGCAP establecen nada al respecto, por lo que resulta de aplicación la LRJ-PAC, pues a tenor de la disposición final tercera, apartado 1, del TRLCSP, a los procedimientos regulados en esta ley se aplica con carácter subsidiario los preceptos de la LRJ-PAC, que establece un plazo de caducidad de 3 meses para los procedimientos iniciados de oficio.

En este caso, debe observarse que el procedimiento se inició mediante Orden 314/2014, de 20 de febrero, de la Consejería de Asuntos Sociales, y que el 26 de marzo de 2014, también mediante Orden, se acordó la suspensión del plazo máximo legal para resolver, desde la petición de informe a la Intervención General de la Comunidad de Madrid hasta la recepción de dicho informe. Consta en el expediente que la Orden de suspensión del procedimiento se notificó a la empresa contratista y al avalista, aunque no consta que se les haya comunicado el alzamiento de la suspensión tras la recepción del informe emitido por el interventor general de la Comunidad de Madrid el día 10 de abril de 2014. Resulta relevante, en orden a determinar la fecha de caducidad del procedimiento, analizar si ha sido suspendido debidamente el procedimiento.

Como es sabido, el artículo 42.5.c) de la LRJ-PAC, permite la suspensión del plazo máximo legal para resolver el procedimiento, cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución, a 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 el presente caso, se ha notificado el acuerdo de suspensión de 26 de marzo de 2014 y, por tanto, está correctamente suspendido, si bien no

consta en el procedimiento que se haya comunicado a los interesados la recepción del informe determinante de la suspensión. No figura en el expediente remitido que se haya acordado la suspensión del procedimiento para la solicitud de Dictamen al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, sin que pueda considerarse que el procedimiento continúa suspendido desde el 20 de marzo de 2014.

Así, la suspensión está sujeta a un término fijo e incierto, cual es la fecha de la recepción del informe solicitado. En el presente caso, el informe de la Intervención fue emitido el día 10 de abril, por lo que en esta fecha debe reanudarse el cómputo del plazo de caducidad.

TERCERA.- Una vez analizado el procedimiento, debemos estudiar si concurre o no causa de resolución del contrato en los términos manifestados en la propuesta de resolución remitida para dictamen de este Consejo Consultivo. Dicha propuesta de resolución se fundamenta en la causa prevista en el apartado g) del artículo 111 del TRLCAP (“*el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales*”). En concreto, se entiende que dicho plazo no se ha cumplido, tal y como resulta del informe referido a la actuación Inspectora Acta 156/2013, de 2 de agosto de 2013, del Área de Inspección de la Subdirección General de Calidad, Inspección, Registro y Autorizaciones, que constata que a fecha 2 de agosto de 2013 el edificio está derruido, sin que la entidad adjudicataria haya informado al respecto, ni solicitado prórroga del traslado autorizado por retraso de las obras o por cualquier otra circunstancia.

Según el citado informe, más allá del tiempo autorizado para el traslado temporal, constituye obligación esencial del contrato la prestación por la unión temporal de empresas que resultó adjudicataria del servicio de atención a personas mayores en la Residencia B, no pudiendo continuarse su ejecución con un contratista diferente al

adjudicatario, como es Residencia E, y en un centro residencial que no fue el considerado para la adjudicación, sin que se haya sustanciado procedimiento alguno de los legalmente previstos como los de cesión del contrato o sucesión del contratista.

Asimismo, la propuesta considera que se han incumplido por el adjudicatario las obligaciones que le corresponden en materia de coordinación, control, supervisión, e información de la prestación del servicio establecidas en la cláusula VIII del Pliego de Prescripciones Técnicas.

En relación con el contrato cuya resolución se pretende, cabe recordar, en primer lugar, que se trata de un contrato de gestión de servicio público, definido como aquel por el que la Administración gestiona indirectamente servicios de su competencia, con un contenido económico que los hace susceptibles de explotación por empresarios particulares (artículo 154 del TRLCAP), habiéndose elegido para dicha gestión, de las modalidades contempladas en el artículo 156 del TRLCAP, la de concierto, en virtud de la cual el servicio público se presta por una *“persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trata ”* (artículo 156.c) del TRLCAP).

Al tratarse de un contrato administrativo de gestión de servicio público se rige, además de por lo establecido en el TRLCAP, en particular por las disposiciones contenidas en el Título II del Libro II (relativo al contrato de gestión de servicios públicos), por los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, conforme al artículo 94 del TRLCAP, según el cual *“los efectos de los contratos administrativos se regirán por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo, y por los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, generales y particulares”*.

Por lo que se refiere a las causas de resolución, el artículo 111 del TRLCAP, como ya hemos indicado, tipifica como tal en su apartado g) *“el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales”*. En anteriores dictámenes de este Consejo, interpretando el artículo 111.g) TRLCAP, se ha entendido que las cláusulas contractuales esenciales son aquéllas que tienden a la determinación y concreción del objeto del contrato y que, por tanto, derivan del mismo, de forma que su incumplimiento determinaría que no se alcanzara el fin perseguido por el contrato. Así, se ha dicho, que la interpretación del artículo 111.g) de la LCAP debe hacerse bajo el prisma de la jurisprudencia que considera que para apreciar la existencia de una causa de resolución *“el incumplimiento ha de ser grave y de naturaleza sustancial”*.

En este punto, la indiscutida exigencia legal (art. 111.g)) y jurisprudencial (SSTS, Sala 3^a, de 26/1/01, 14/6/02 y 25/5/04) de que los incumplimientos se refieran a obligaciones *“esenciales”* del contrato limita en buena medida la potestad resolutoria de la Administración. Como ha señalado el Tribunal Supremo en numerosas sentencias, (así por ejemplo SSTS, Sala 3^a, de 6/4/87 y 14/11/00), en su determinación deben ponderarse las circunstancias concurrentes, al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos y sus consecuencias, valorando, conforme a la buena fe y la equidad, el grado de infracción de las condiciones estipuladas y la intención del contratista. Además, se impone que por parte de la Administración se lleve a cabo una adecuada justificación del carácter esencial de cada uno de los incumplimientos alegados.

De lo expuesto hasta ahora puede extraerse una conclusión esencial a los efectos que aquí interesan y es que, la potestad administrativa de resolución de un contrato administrativo ha de sujetarse a unos límites derivados del respeto a la legalidad y del principio de buena fe

contractual, tal y como viene siendo entendido por la jurisprudencia cuando se trata de extinguir un vínculo de esta clase.

Según resulta de los antecedentes, el contrato cuya resolución se interesa tiene por objeto la prestación a personas mayores dependientes o asistidas, de los servicios de alojamiento, cuidado personal, control y protección del usuario, atención geriátrica y rehabilitadora, atención social, asistencia religiosa a petición del usuario o familiares, y otros servicios, tales como peluquería, podología o funerarios, servicios cuya descripción detallada consta en los pliegos examinados. También conforme a lo establecido en los pliegos que rigen la contratación, la prestación del servicio ha de llevarse a cabo precisamente en las residencias ofertadas por las empresas (cláusula II del PPTP), cuyas características (diseño arquitectónico, zonas ajardinadas, superficie de las habitaciones...) son tenidas en cuenta en orden a la adjudicación del contrato (apartado II del Anexo I del PCAP), mereciendo dicho criterio 36 puntos de los 100 que pueden corresponder a la valoración de las ofertas.

Por tanto, la prestación del servicio en una residencia concreta y determinada constituye, no sólo una obligación esencial del contrato, sino que puede afirmarse, siguiendo el informe de los Servicios Jurídicos, que es su obligación primordial.

Resulta acreditado en el expediente por la documentación aportada, que el adjudicatario ha incumplido esta obligación, puesto que, girada visita de la Inspección el día 2 de agosto de 2013, pudo comprobarse que el edificio se encontraba totalmente demolido.

Es cierto que había obtenido autorización para trasladar las plazas a otro centro, pero no lo es menos que la autorización fue para una reforma, aunque fuera integral, y que la Orden que lo autorizó, expresamente, dispuso que se trataba de un traslado temporal, cuya

duración no podía exceder de diez meses, transcurridos los cuales los usuarios regresarían a la Residencia B; decisión que no consta fuese recurrida por el adjudicatario.

Tampoco consta que solicitara prórroga alguna respecto del plazo concedido, ni que proporcionara ningún tipo de información a la Administración sobre la evolución de lo que, aparentemente, era una reforma, lo que supone un incumplimiento de las obligaciones descritas en el apartado VIII del pliego de prescripciones técnicas.

En definitiva, de lo expuesto resulta claro y no requiere de mayor interpretación que el incumplimiento alegado como fundamento de la resolución contractual lo es de la prestación que constituye, no solo una obligación esencial del contrato, sino el objeto mismo del contrato, de manera que la demolición de la residencia impide que el contrato alcance su fin, que no es otro que los usuarios del servicio, esto es, las personas mayores asistidas o dependientes, reciban alojamiento y otros servicios en la residencia ofertada, de acuerdo con lo exigido en los documentos contractuales y en la normativa de aplicación. Igualmente resulta acreditado el incumplimiento de la obligación que la cláusula VIII del pliego impone a la empresa contratista de informar sobre cualquier incidencia significativa que afecte a la prestación del servicio, y por supuesto es suficientemente significativo el hecho de que la residencia fuera demolida.

Además, debe observarse que la empresa titular de la residencia “D”, centro que está prestando el servicio de las 35 plazas objeto del contrato cuya resolución se pretende, no es la unión temporal de empresas adjudicataria del contrato, sino la empresa Residencial E, constituyendo obligación esencial del contrato la prestación del servicio por la adjudicataria del mismo y que, con carácter previo, acreditó su solvencia económica, financiera y técnica. La prestación del servicio por un

tercero sin autorización de la Administración, como sucede en el presente caso, constituye un incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato por parte de la contratista, por lo que procede la resolución del contrato.

De lo dicho cabe considerar que los mencionados incumplimientos revisten entidad suficiente para permitir que la Administración pueda hacer uso de su facultad de resolución, sin que el motivo de la resolución haya quedado desmentido por las alegaciones de la empresa.

Por último, en cuanto a los efectos jurídicos de la resolución contractual, habrá que estar a lo dispuesto en la cláusula 16.5 del PCAP, que establece lo siguiente:

“En los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada”.

Esta cláusula es sustancialmente coincidente con el artículo 113.4 del TRLCAP, en relación al cual el Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de diciembre de 2007 (recurso de casación 10262/2004) señaló que:

“establece claramente que la incautación de la garantía parte de la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista. [...] La conclusión acerca de la culpa se obtiene contraponiendo el comportamiento del contratista con un patrón de diligencia común al estándar ordinario de las obligaciones impuestas en el contrato. Son, por tanto, esenciales las condiciones que han concurrido en el desarrollo del contrato a fin de valorar si hubo ausencia de previsión de acuerdo con la naturaleza de las obligaciones y las circunstancias concretas de tiempo y lugar. [...] Por ello, la Administración que acuerda resolver un contrato debe probar la

existencia de una situación objetiva de incumplimiento por parte del contratista. Por su parte el contratista deberá acreditar la existencia de una causa exoneradora de su responsabilidad”.

Por lo tanto, y de acuerdo con la doctrina citada para que proceda incautar la fianza, ha de existir un incumplimiento culpable. En el presente supuesto, conforme ha quedado expuesto, se ha acreditado que el incumplimiento contractual se debe a culpa del contratista, por lo que de acuerdo con la propuesta de resolución, el Consejo Consultivo considera que procede la resolución del contrato por incumplimiento de la contratista, con incautación de la garantía.

En mérito a lo que antecede este Consejo Consultivo extrae la siguiente,



CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato suscrito con la unión temporal de empresas A por incumplimiento del contratista, con incautación de la garantía constituida.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto y saber entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 21 de mayo de 2014