

Dictamen nº **215/14**
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 concurso denominado “*Atención a personas mayores en centros residenciales (180 plazas)*” del que se adjudicaron cuarenta y cinco plazas a A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fechas 10 y 11 de mayo de 1999, se aprobaron respectivamente el Anteproyecto de Explotación del Contrato de Gestión de Servicio Público, “*Atención a personas mayores en centros residenciales (180 plazas)*” y el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP). Mediante Acuerdo de 24 de junio de 1999, del Consejo de Gobierno se autorizó la celebración del contrato y se aprobó el gasto correspondiente y su distribución en seis anualidades.

De acuerdo con el pliego, 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 180 plazas para prestar atención a personas mayores dependientes o asistidas, con financiación parcial de su coste por parte de la Administración de la

Comunidad de Madrid 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 Anteproyecto de Explotación). Según la cláusula II del Anteproyecto, 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.

Según el 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.

En virtud del Anexo I del PCAP, entre los criterios a tener en cuenta para la adjudicación, se valoran con un máximo de 30 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 Anteproyecto de Explotación 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 del PCAP establece:

“1. MODIFICACIÓN.”

El contrato podrá modificarse por las razones y con los límites señalados en el art. 164 en relación con el art. 102 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo.

2. INTERPRETACIÓN.

a) El Órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar el presente contrato con sujeción a lo dispuesto en el anteproyecto de explotación, el presente Pliego y a los requisitos señalados en la Ley 13/1995, de 18 de mayo.

b) Asimismo, la Administración conserva los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios.

3. CUMPLIMIENTO Y EFECTOS DEL CONTRATO.

En este aspecto será de aplicación con carácter general lo establecido en los arts. 165 y 166 de la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con las particularidades definidas en el presente Pliego y en el Anteproyecto de Explotación del servicio que forma parte del mismo.

4. EXTINCIÓN.

Además de lo señalado en el anteproyecto de explotación y en el apartado 10 del Anexo I que forma parte del presente Pliego se

aplicará la regulación establecida en los artículos 168 y s.s. de la Ley 13/1995, de 18 de mayo.

5. INCUMPLIMIENTO.

Si del incumplimiento por parte del contratista se derivase perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio público y la Administración no decidiese la resolución del contrato, podrá acordar la intervención del mismo hasta que aquella desaparezca. En todo caso, el contratista deberá abonar a la Administración los daños y perjuicios que efectivamente le haya irrogado”.

Mediante Orden de 7 de octubre de 1999 de la consejera de Servicios Sociales se acordó la adjudicación del contrato en relación con cuarenta y cinco plazas residenciales a la empresa A.

El día 29 de octubre de 1999 la adjudicataria constituye la garantía definitiva mediante aval por importe de 131.068,23 euros suscribiéndose el contrato el 2 de noviembre de 1999, con un plazo de ejecución de cinco años prorrogables por periodos de la misma duración hasta un máximo de 20 años. La prestación del servicio comenzará al día siguiente de la formalización del presente contrato. No obstante, de conformidad con el apartado 5 del Anexo I del PCAP, la ejecución del contrato no podrá iniciarse sin la previa formalización del documento contractual y, en todo caso, nunca antes del día 1 de octubre de 1999.

El día 28 de octubre de 2004 se aprobó la primera prórroga del contrato por un periodo de cinco años más, esto es, desde el 3 de noviembre de 2004 hasta el 2 de noviembre de 2009. Consta en el expediente que mediante Orden 2548/2009, de 23 de octubre, se aprobó la segunda prórroga del contrato hasta el 2 de noviembre de 2014.

El día 17 de julio de 2013 tiene entrada en la Consejería de Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid un escrito de la Agencia de Gestión de Licencias de Actividades del Ayuntamiento de Madrid, por el que se notifica que por Resolución de 12 de marzo de 2013 se ordenó el cese de la actividad de residencia de ancianos en la calle B número aaa, cuyo titular es la empresa A, por carecer de la preceptiva licencia urbanística y que pese a la anterior resolución, la actividad continúa ejerciéndose en el citado emplazamiento, de manera que, mediante Resolución de 21 de junio de 2013, se ha dispuesto el precinto de la actividad para el día 26 de julio de 2013.

El escrito se acompaña de la propuesta de resolución de precinto de actividades de 21 de junio de 2013 así como de la notificación del precinto de actividades de 9 de julio de 2013. También se adjunta la Orden de suspensión de actividades de 7 de marzo de 2013, en la que se indica que con fecha 25 de febrero de 2013 se notificó al interesado el trámite de audiencia previo a la Orden de cese y clausura, así como que éste formuló alegaciones el día 27 de febrero de 2013.

Mediante burofax notificado el 17 de julio de 2013 se comunica a la empresa contratista el escrito que se ha recibido del Ayuntamiento de Madrid, y se informa que, ante la situación, y la alarma suscitada entre los usuarios de las plazas públicas concertadas por la Comunidad de Madrid en el centro de titularidad de A, se procederá de inmediato a trasladar a los afectados a otros centros residenciales, donde se garantice la continuidad del servicio. Expresamente se indica que el hecho mencionado puede llevar aparejada la exigencia de responsabilidad de la empresa por incumplimiento contractual.

Consta en el expediente un escrito firmado por un representante de la empresa y fechado el día 17 de julio de 2013, aunque carece de registro de entrada, en el que se indica que la empresa está tramitando la obtención de la licencia de primera ocupación/funcionamiento de la actividad ejercida en el

centro residencial concertado con la Comunidad de Madrid así como que hasta el 2 de julio de 2013 no ha tenido conocimiento de ninguna deficiencia en las instalaciones y que tienen que realizar una serie de obras de acondicionamiento, con una duración estimada de un mes, para terminar con la tramitación de la licencia, por lo que se ha previsto el traslado de los residentes a otros centros y agradece la colaboración de la Consejería para la tramitación del traslado.

Al mismo tiempo, hace constar que disponen del correspondiente certificado emitido por la Comunidad de Madrid, sobre las instalaciones de protección contra incendios y con referencia al Plan de Autoprotección y Emergencia del Edificio, disponen del informe favorable del Área de Seguridad de Protección Civil emitido por la Sección Administrativa de Seguridad.

Por último manifiesta que para que las obras de acondicionamiento puedan llevarse a cabo, se ha previsto el traslado de los residentes a otros centros durante la ejecución de las mismas, “*por considerar que pueden afectar al funcionamiento normal del Centro*”.

SEGUNDO.- 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 112.g) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, (en adelante, LCAP). Se fundamenta en que el Ayuntamiento de Madrid, el día 26 de julio de 2013, procedió al precinto de la residencia en la que se venía prestando el servicio concertado con A, por carecer de la preceptiva licencia urbanística, y que ello había obligado a la Dirección General del Mayor a realizar, con carácter urgente, las gestiones necesarias para el traslado de los usuarios a otros centros residenciales. La propuesta considera que el precinto de la actividad acordado por las autoridades municipales por causas imputables a A, al no disponer de la

correspondiente licencia urbanística que autorice la actividad de residencia de ancianos, supone un incumplimiento de las obligaciones esenciales asumidas en el contrato consistentes en la prestación por la entidad que resultó adjudicataria, A, del servicio de atención a personas mayores en la Residencia C de la calle B, número aaa de Madrid.

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 Anteproyecto de Explotación. Finalmente se propone como efecto de la resolución la incautación de la garantía conforme a lo dispuesto en el artículo 114 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Por Orden de 15 noviembre de 2013 de la secretaría general técnica, en delegación del consejero de Asuntos Sociales conferida mediante la orden 1741/2001, de 10 de noviembre, se acuerda iniciar el expediente de resolución contractual de acuerdo con la propuesta de inicio formulada por la Dirección General del Mayor. Tramitado este procedimiento con audiencia del contratista y avalista, así como con el informe de la letrada jefa en la Consejería de Asuntos Sociales, mediante Orden 269/2014, de 17 de febrero, se declaró la caducidad del procedimiento de resolución contractual al haber transcurrido más de tres meses desde su inicio.

TERCERO.- Mediante Orden 315/2014, de 20 de febrero del consejero de Asuntos Sociales se acuerda el inicio del expediente de resolución contractual por incumplimiento del contratista, así como la conservación de los actos y trámites producidos con anterioridad a la Orden por la que se acordó el inicio del anterior procedimiento de resolución contractual caducado.

Consta en el expediente (folios 101, 103, 105 y 106) la notificación del trámite de audiencia a la empresa contratista y al avalista.

El día 10 de marzo de 2014 formula alegaciones la mercantil adjudicataria en las que indica que es cierto que el edificio en el que se realizó la adjudicación de plazas se encuentra en ese momento precintado como consecuencia de carecer de licencia de funcionamiento. Argumenta en su descargo que la citada licencia se encontraba en tramitación, habiendo sido denegada en repetidas ocasiones por el Ayuntamiento de Madrid al no poder justificar la situación del edificio existente con respecto a la licencia de obras y de apertura de actividad concedida en el año 2003. Sostiene que tras numerosos recursos al Ayuntamiento de Madrid, éste ha reconocido que el edificio dispone de la edificabilidad remanente cuestionada, según informe de los técnicos municipales de 28 de noviembre de 2013, por lo que considera inminente que se revoque la situación de precinto y que se conceda la licencia de primera ocupación/funcionamiento que permita al edificio volver de forma inmediata a su actividad anterior.

Consta que la entidad avalista el día 7 de marzo de 2014 participó a la Consejería de Asuntos Sociales su voluntad de hacer efectivo el importe garantizado en la carta de aval en caso de solicitud de ejecución.

Con fecha 18 de marzo de 2014 el Servicio Jurídico en la Consejería de Asuntos Sociales, la letrada jefa en la Consejería de Asuntos Sociales, informa favorablemente la propuesta de resolución del contrato por incumplimiento del contratista, así como la propuesta de incautación de la garantía.

Mediante Orden 804/2014, de 20 de marzo, del consejero de Asuntos Sociales, se acordó la suspensión del plazo máximo legal para resolver desde la fecha de petición de informe a la Intervención General de la Comunidad de

Madrid hasta la recepción de dicho informe. Esta Orden fue notificada a la empresa contratista y al avalista.

El día 10 de abril de 2014 el interventor general de la Comunidad de Madrid informa favorablemente la propuesta de resolución contractual.

CUARTO.- 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 189/14, 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 VI, presidida por el Excmo. Sr. D. Pedro Sabando Suárez, 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.

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, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, 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 este caso, los pliegos de contratación se aprobaron el 11 de mayo de 1999 y el contrato se adjudicó por Orden de la consejera de Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid de 7 octubre de 1999, por lo que resulta de aplicación la normativa contenida en la LCAP, en virtud de lo establecido en la Disposición Transitoria Primera del TRLCSP, citada.

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.

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 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 de 10 de marzo de

2014, ha manifestado su oposición a la resolución contractual proyectada, lo que hace preceptivo el dictamen de este Consejo Consultivo.

En cuanto al avalista, 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 han incorporado al procedimiento informes de la dirección General del Mayor, de la letrada jefe en la Consejería 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 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 315/2014, de 20 de febrero, del consejero de Asuntos Sociales, y que el 20 de marzo de 2014, también mediante orden del consejero, 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.

Es sabido que, 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, habiéndose notificado a los interesados el acuerdo de suspensión de 20 de marzo de 2014, puede considerarse correctamente suspendido el procedimiento, sin embargo no consta que se haya comunicado a la empresa contratista y al avalista la recepción del informe de la Intervención General determinante de la suspensión. Por otro lado 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 y considerar que ha estado suspendido entre los días 20 de marzo y 10 de abril de 2014.

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 112 LCAP (“*el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales*”). En concreto se entiende que, con el precinto de la residencia por carecer de las oportunas licencias, se ha vulnerado la obligación esencial, que constituye el objeto del contrato, cual es poner a disposición de la Comunidad de Madrid las 45 plazas que se ofertaron por la empresa A en la residencia de la calle B nº aaa, de Madrid. En este sentido se fundamenta que, en los pliegos que rigen la contratación, se establece expresamente que las empresas se obligan a poner a disposición de la Consejería las plazas ofertadas en las residencias, que deberán contar con las autorizaciones e inscripciones administrativas exigidas conforme a la correspondiente normativa. Además se subraya que uno de los criterios de adjudicación del contrato se fundamenta en las características de las residencias ofertadas (30 puntos de un total de 100). También se consideran vulneradas las obligaciones que la cláusula séptima del PPTP establece para la empresa adjudicataria en materia de coordinación, control, supervisión e información de la prestación del servicio (“*el adjudicatario viene obligado a informar a la Consejería de Familia y Asuntos Sociales, a través del responsable citado en el punto anterior, en el mismo día en que se produzca, sobre cualquier incidencia significativa que afecte a la prestación del servicio y a facilitar puntualmente cuanta información le sea requerida en relación con la misma*”).

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 en el artículo 155.1 LCAP como “*Los contratos mediante los que las Administraciones Públicas encomiendan a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio público*”, habiéndose elegido para dicha gestión, de las modalidades contempladas en el artículo 157 LCAP, la de concurso, 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 157.c) LCAP).

Por lo que se refiere a las causas de resolución, el artículo 112 LCAP, como ya hemos indicado, tipifica como tal en su apartado g) "*el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales*". La cláusula 16 del PCAP se remite a la legislación de contratos de las administraciones públicas para la fijación de las causas de resolución.

En anteriores dictámenes de este Consejo, interpretando el artículo 111.g) TRLCAP -de idéntico tenor al 112.g) LCAP-, se ha entendido que 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, la interpretación del citado precepto 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 (artículo 112.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 de 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 30 puntos de los 100 que pueden corresponder a la valoración de las ofertas. Resulta igualmente de los pliegos examinados que las residencias en las que se oferten las plazas deben contar con las inscripciones y autorizaciones administrativas correspondientes antes de la fecha de puesta a disposición de la Administración (cláusula VI del PPTP).

Resulta claro, también, de la documentación examinada, que la residencia puesta a disposición del contrato por la empresa A fue precintada el día 26 de julio de 2013, como consecuencia del incumplimiento por la empresa contratista de la orden de cese de la actividad de 7 de marzo de 2013, decretada por el Ayuntamiento de Madrid al carecer la adjudicataria de la preceptiva licencia urbanística. Según consta en el expediente, el cierre de la

residencia concertada con la Comunidad de Madrid para prestar el servicio de atención a personas mayores, obligó a la Consejería, de manera urgente, a buscar el realojo de los usuarios del servicio en otros centros residenciales. De la documentación que obra en el expediente se desprende que la empresa adjudicataria, conocedora desde el 25 de febrero de 2013, de la orden de cese de actividad, pues consta que formuló alegaciones a la misma el día 27 de febrero de 2013, no procedió de manera inmediata a comunicar dicha circunstancia a la Consejería, sino que la primera notificación del precinto de la actividad la recibió la Comunidad de Madrid el día 17 de julio de 2013 a través, no de la adjudicataria, sino del Ayuntamiento de Madrid.

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 el cierre de la residencia, por una causa que es imputable al contratista, pues carece de la oportuna licencia urbanística, 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, lo que obligó a la Administración a tomar medidas urgentes de realojo de los usuarios de la residencia, tan pronto como tuvo noticia del cierre de la residencia por la notificación del Ayuntamiento de Madrid.

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. Al contrario, la propia adjudicataria reconoce en sus alegaciones que carece de la oportuna licencia de primera ocupación/funcionamiento de la actividad ejercida en el centro residencial concertado, y si bien indica que a fecha de sus alegaciones, 10 de marzo de 2014, es inminente que se levante el precinto de la actividad, no acredita dicha circunstancia, y en todo caso, lo cierto es que el servicio ha dejado de prestarse por la empresa desde julio de 2013, fecha del precinto de la residencia, por causa únicamente imputable a la adjudicataria que no disponía de la oportuna licencia.

Por último, en cuanto a los efectos jurídicos de la resolución contractual, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 114.4 LCAP, precepto que resulta aplicable a tenor de lo establecido en la cláusula 16.5 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares cuando regula la resolución del contrato y los efectos de la misma. El mencionado precepto establece lo siguiente:

“cuando el contrato se resuelva 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”.

En relación con el mencionado precepto legal, el Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de diciembre de 2007 dijo 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 empresa 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 saber y 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