

Dictamen nº: **219/14**
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 Sanidad y Servicios Sociales. Año 1999*” del que se adjudicaron cinco plazas a 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 190/14, 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 VII, presidida por la Excmo. Sra. Dª. María José Campos Bucé, 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:

Los días 10 y 7 de mayo de 1999, se aprobaron, respectivamente, los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y el Anteproyecto de Explotación del Contrato de Gestión de Servicio Público, modalidad concurso, titulado “*Atención a personas mayores en plazas residenciales subvencionadas por la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales (300 plazas)*”, 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 300 plazas residenciales cuyo coste sería sufragado parcialmente por la Administración de la Comunidad de Madrid.

A tenor de la cláusula III del Proyecto de Explotación el servicio a prestar por la contratista incluye el alojamiento y manutención, asistencia necesaria para la realización de las actividades elementales de la vida diaria, atención geriátrica y rehabilitadora, atención social, asistencia religiosa y otros servicios como peluquería, podología y servicios funerarios. Las residencias en las que se ofertaran las plazas debían contar con las autorizaciones e inscripciones administrativas correspondientes (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.

De acuerdo con el Anexo I del PCAP, entre los criterios a tener en cuenta para la adjudicación, se valoran con un máximo de 30 puntos sobre 100 determinados aspectos de la residencia en que oferten las plazas, que rebasen los exigidos por la correspondiente autorización administrativa de funcionamiento, tales como el diseño arquitectónico, zonas ajardinadas, superficie de las habitaciones, número de plazas ofertadas en habitación individual, confort, equipamiento, ubicación, accesibilidad y otras características funcionales.

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, 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, el apartado 10 del Anexo I del PCAP remite a lo dispuesto en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y en el Anteproyecto de Explotación, en su caso.

Por Orden 231/1999, de 13 de octubre, de la Consejería de Servicios Sociales, se adjudicaron 5 plazas del contrato anteriormente citado a la empresa A. El 3 de noviembre de 1999 se presta garantía definitiva, mediante aval, por importe de 14.354,91 euros, suscribiéndose el contrato el 3 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. El 28 de octubre de 2004, por Orden 1421 de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales se aprueba la prórroga del contrato anterior

hasta el 3 de noviembre de 2009 y mediante la Orden 2592/09, de 29 de octubre se aprueba una nueva prórroga del contrato hasta el día 3 de noviembre de 2014.

El día 26 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 núm. 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 de 17 de julio de 2013, el director general del Mayor comunica al representante legal de la adjudicataria, la notificación recibida del Ayuntamiento de Madrid y que, como consecuencia de la misma, se procederá al traslado inmediato de los usuarios de plazas públicas concertadas por la Comunidad de Madrid en ese centro a otros centros residenciales donde se les garantice la continuidad de la prestación del servicio.

Asimismo, manifiesta que un hecho como éste supone la terminación de la prestación del servicio acordado por causa ajena a la Comunidad de

Madrid con las consecuencias que puedan derivarse de este incumplimiento contractual.

Consta en el expediente un escrito firmado por el representante de la empresa y fechado el día 17 de julio de 2013, aunque carece de registro de entrada, por el que la adjudicataria comunica a la Dirección General del Mayor, entre otros extremos, que se encuentran en tramitación de la licencia de Primera Ocupación/Funcionamiento de la actividad ejercida en el centro C, de la calle B, número aaa de Madrid, y que para la misma, se les ha solicitado por el Ayuntamiento la realización de unas obras de acondicionamiento, cuya duración estiman en un mes, siendo necesario el traslado de los residentes a otros centros. Al mismo tiempo indica no tener constancia de la existencia de ningún requerimiento de subsanación, “*ni la concesión de ningún plazo para ello, ni la apertura de ningún expediente en este sentido*”.

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*”.

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,

la obligación esencial asumida por la entidad adjudicataria y que es objeto del contrato, es su ejecución 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.

Como consecuencia de lo anterior, mediante la Orden 2078, 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 formular las alegaciones que consideren y aportar la documentación que estimen conveniente.

El representante de la contratista, expone alegaciones por escrito presentado el 16 de diciembre de 2013 en las que aduce que el precinto de la actividad por parte del Ayuntamiento de Madrid tiene su origen en la falta de licencia de funcionamiento y que la misma les había sido denegada en repetidas ocasiones por no poder justificar la situación del edificio existente “*con respecto a la licencia de obras y licencia de apertura de actividad*” concedida en el año 2003. Añade que tras numerosos recursos sobre la licencia el Ayuntamiento ha reconocido que el edificio dispone de la edificabilidad remanente cuestionada, por lo que

“es inminente que se revoque la situación actual de precinto de actividad del edificio”. Al escrito acompaña informe de edificabilidad remanente de la Dirección General de Control de la Edificación del Ayuntamiento de Madrid.

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 16 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 Sanidad y Servicios Sociales y la adjudicataria el 3 de noviembre de 1999 para la ejecución de 5 plazas del contrato denominado *“Atención a personas mayores en plazas residenciales subvencionadas por la Consejería de Familia y Asuntos Sociales. Año 1999”*. La Abogacía General de la Comunidad de Madrid informa favorablemente la resolución del contrato el 3 de febrero de 2014.

Mediante Orden 270/2014, 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 316/2014, 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 2078/2013, y en su caso, aquellos cuya incorporación solicite el contratista.

En trámite de audiencia, el contratista, por escrito de 10 de marzo de 2014, 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 805/2014, de 20 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 Sanidad y Servicios Sociales. Año 1999*”, del que se adjudicaron 5 plazas a la contratista, desde el día 20 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 contratista, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 168 y 112 de la LCAP 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, el contrato se adjudicó por Orden de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid de 13 de 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 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 por parte de la Administración.

Tras la audiencia a la empresa contratista y al avalista, se observa que se ha incorporado al procedimiento el informe de la Abogacía General 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 316/2014, de 20 de febrero, de la Consejería de Asuntos Sociales, y que el 20 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 20 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 112 de la 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 30 plazas que se ofertaron por la empresa A en la Residencia C 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 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 156.1 de la LCAP), habiéndose elegido para dicha gestión, de las modalidades contempladas en el artículo 157 de la LCAP, 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”* (apartado c) del citado artículo 157.

Por lo que se refiere a las causas de resolución, el artículo 112 de la LCAP, 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, 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 de esta causa de resolución 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 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, 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 Proyecto de Explotación), 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.

Por tanto, la prestación del servicio en una residencia concreta y determinada constituye, no sólo una obligación esencial del contrato, sino que puede afirmarse que es su obligación primordial.

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 12 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 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 de la LCAP, precepto que resulta aplicable a tenor de lo establecido en el apartado 10 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares cuando regula la resolución del contrato. 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 a esta norma, 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 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 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

