



Sra. Salgueiro Cortiñas, Presidenta

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, Consejero

Sr. Quijano González, Consejero

Sr. Madrid López, Consejero y

Ponente

Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 26 de octubre de 2006, ha examinado el *expediente de resolución del contrato administrativo suscrito entre el Ayuntamiento de xxxxx y la entidad rrrr* y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 29 de mayo de 2006 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente de resolución del contrato administrativo suscrito entre el Ayuntamiento de xxxxx y la entidad mercantil rrrr para la gestión de una residencia de la tercera edad*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 31 de mayo de 2006, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 583/2006, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por la Sra. Presidenta del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Madrid López.

Primero.- Con fecha 28 de septiembre de 1994 se formaliza mediante escritura pública el contrato administrativo suscrito entre el Ayuntamiento de xxxxx y la entidad mercantil rrrr para la gestión de una residencia de la tercera edad.



Segundo.- Consta en el expediente acta de la sesión ordinaria del Pleno del Ayuntamiento de xxxxx, celebrada el 19 de enero de 2004, en el que se señala que el Alcalde informa de que “la Junta de Castilla y León ha retirado el concierto a la Residencia rrrrr, por las infracciones detectadas en las visitas de inspección giradas con fecha 21 de febrero y 26 de junio de 2003 (...) en ambas visitas de inspección se detectaron anomalías tales que motivaron se dictaran resoluciones sancionadoras, tales anomalías tal y como consta en dichas resoluciones consisten básicamente en: la ausencia de servicios de fisioterapia y terapeuta ocupacional, falta el contrato del médico, no hay contrato de directora desde hace más de un año, faltas de higiene, salud y seguridad, estado deficiente en general de todo el mobiliario y servicios, se han modificado sin autorización las características y condiciones del centro, no están al día los libros que deben llevarse en un centro asistencial (...)”.

Tercero.- En la sesión extraordinaria celebrada el 24 de enero de 2004 por el Pleno del Ayuntamiento de xxxxx, se acuerda iniciar el procedimiento de resolución del contrato de concesión administrativa entre el citado Ayuntamiento y la Residencia rrrrr así como el nombramiento de instructor del expediente, que es notificado tanto a la Junta de Castilla y León como al concesionario, así como a la entidad bbbbb.

Cuarto.- Consta en el expediente acta de inspección, levantada el 19 de enero de 2004, en el que se requiere a la empresa concesionaria una documentación relacionada con el servicio que gestiona. Asimismo, se levanta nueva acta de inspección, con fecha 1 de marzo de 2004, en la que se recogen una serie de posibles incumplimientos por parte de la concesionaria.

Quinto.- Mediante escrito de fecha 3 de marzo de 2004, el instructor del expediente requiere a la concesionaria para que presente, en el plazo de diez días, documentación en torno a la viabilidad económica de la gestión, composición de la plantilla de trabajadores y funcionamiento diario de la residencia, asimismo le da trámite de alegaciones.

El administrador de la residencia presenta un escrito de alegaciones el 10 de marzo de 2004, en el que señala que los procedimientos sancionadores iniciados como consecuencia de la visita de inspección del 21 de febrero de 2003 por la Junta de Castilla y León han concluido o van a concluir con una declaración de caducidad. Y por lo que se refiere a los procedimientos



sancionadores derivados de la visita de inspección del 26 de junio de 2003, de los que sólo uno de ellos se debe a hechos calificados como muy graves, no han adquirido firmeza aún. Asimismo, manifiesta la falta de claridad del Ayuntamiento en cuanto a las supuestas infracciones de la concesionaria, proponiendo la práctica de una serie de pruebas, así como la recusación del instructor.

Sexto.- Con fecha 6 de abril de 2004, tiene entrada en el registro del Ayuntamiento de xxxxx escrito de alegaciones del administrador de la entidad concesionaria, en el que declara que existen irregularidades en la tramitación del procedimiento de resolución que constituyen nulidad de pleno derecho.

Séptimo.- Constan en el expediente diversos escritos que contienen declaraciones de trabajadores de la residencia, donde ponen de manifiesto diversas irregularidades, así como de familiares de personas mayores que se encontraban ingresadas en la residencia donde manifiestan el indebido trato que recibían aquéllas.

Octavo.- La Gerencia de Servicios Sociales de la Junta de Castilla y León, mediante escrito de fecha 18 de agosto de 2004, informa al Ayuntamiento de xxxxx que “la rescisión de concierto, adoptada mediante Resolución de 20 de mayo de 2003, del Presidente del Consejo de Administración de la Gerencia de Servicios Sociales, se fundamentó en la constatación de que no se prestaba un servicio adecuado a los usuarios, que existieron problemas de facturación inadecuada a residentes concertados, que el centro presentaba deficiencias de limpieza en paredes, que no contaba con la prestación de servicios como fisioterapia y terapia ocupacional, así como que incumplía los mismos en cuanto a servicios y personal de atención directa (...). Se trata de personas asistidas, esto es, que necesitan ayuda de 3ª persona para la realización de las tareas básicas de la vida diaria (alimentarse, vestirse, incontinentes...), o bien psicogerítricos que son personas asistidas, que presentan trastornos de conducta derivados o compatibles con la situación clínica de demencia y que imposibilita un régimen normal de convivencia”.

Noveno.- El instructor del expediente, mediante escrito de fecha 6 de octubre de 2004, resuelve denegar la práctica de los medios de prueba propuestos por la entidad concesionaria, toda vez que la existencia de negociaciones, o no, entre dos de los socios de la misma es completamente



ajena, innecesaria e impertinente para determinar si existe viabilidad económica en la gestión del centro, si se cumplen en la plantilla existente los mínimos laborales exigidos sectorialmente y si el trato dispensado a los residentes es el adecuado. Intentada la notificación del citado escrito personalmente en la residencia, ésta resulta infructuosa al negarse su personal a hacerse cargo de la misma.

Décimo.- Con fecha 6 de octubre de 2004, el instructor formula la propuesta de resolución en el sentido de “resolver y dar por concluida a todos los efectos la concesión de la gestión de la Residencia de xxxxx a la Mercantil rrrrr por falta de viabilidad económica, por incumplimiento gravísimo de sus deberes de acreditación documental, por tener una plantilla por debajo de los mínimos legales, por el inadmisibles trato dispensado a los residentes y por los demás motivos expresados en el cuerpo de esta Propuesta”.

Propuesta que es notificada a la Residencia rrrrr y a bbbbb; entidades a las que se notifica posteriormente que con fecha 9 de noviembre de 2004 el Pleno Municipal del Ayuntamiento adoptó el acuerdo de resolución de la concesión de la gestión de la residencia de xxxxx a la mercantil rrrrr

Undécimo.- Consta en el expediente copia de diversas actuaciones correspondientes a expedientes sancionadores seguidos desde la Gerencia de Servicios Sociales frente a la empresa rrrrr y el Ayuntamiento de xxxxx; así como un informe elaborado por aquélla en relación con los mismos, de fecha 30 de agosto de 2006, del que se deduce que la mayoría de dichos expedientes han sido declarados caducados, remitiéndonos al contenido de dicho informe dada su extensión.

Duodécimo.- Frente a la citada resolución la entidad mercantil interpuso recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de xxxxx, que fue resuelto mediante sentencia de fecha 16 de enero de 2006 por el Juzgado de lo Contenciosos-Administrativo nº 1 de xxxxx. En el fallo de la sentencia se declara que el Acuerdo de fecha 9 de noviembre de 2004 del Pleno del Ayuntamiento de xxxxx, por el que se acuerda la resolución del contrato concesional de finalización de obras y gestión de la residencia de ancianos de dicha localidad, no es conforme a derecho, por lo que se anula la misma al haberse omitido el preceptivo informe previo de la Asesoría Jurídica y el dictamen preceptivo del Consejo Consultivo de Castilla y León, así como por no



hacerse referencia en la citada resolución a la liquidación del contrato ni a la fórmula para calcular la posible indemnización de daños y perjuicios, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento de su comisión.

Decimotercero.- En la sesión extraordinaria celebrada por el Pleno Municipal con fecha 27 de abril de 2006 se acuerda proceder a la ejecución de la citada sentencia.

Decimocuarto.- Con fecha 2 de mayo de 2006 se dicta nueva propuesta de resolución por parte del instructor del expediente, en la que se señala que se propone "resolver a todos los efectos el contrato de concesión de la gestión de la residencia de xxxxx a la mercantil rrrrr por falta de viabilidad económica, por incumplimiento gravísimo de sus deberes de acreditación documental, por tener una plantilla por debajo de los mínimos legales, por el inadmisibles trato dispensado a los residentes y por los demás motivos expresados en el cuerpo de esta Propuesta, dejando para una ulterior pieza separada la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, asistan a todas las partes implicadas en la relación concesional".

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

Decimoquinto.- Mediante Acuerdo de la Presidenta del Consejo Consultivo de Castilla y León de fecha 19 de junio de 2006, se solicita al Ayuntamiento de xxxxx documentación complementaria consistente en una copia del contrato administrativo completo, así como los pliegos de cláusulas que sirvieron de base al mismo e informe sobre los expedientes sancionadores abiertos por la Junta de Castilla y León a la citada entidad mercantil, quedando suspenso el plazo para la emisión del preceptivo dictamen. Dicha documentación tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo el 26 de julio de 2006.

Decimosexto.- A la luz de la documentación remitida se dicta nuevo Acuerdo de la Presidenta del Consejo Consultivo, de fecha 2 de agosto de 2006, solicitando nueva documentación tanto al Ayuntamiento, sobre las licencias otorgadas a la residencia de ancianos, como a la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de la Junta de Castilla y León, sobre la situación de



los expedientes sancionadores incoados a la citada entidad mercantil. Dicha documentación tiene entrada en el registro del Consejo Consultivo, respectivamente, el 30 de agosto de 2006 y el 22 de septiembre de 2006.

Decimoséptimo.- Mediante Acuerdo de la Presidenta del Consejo Consultivo, de fecha 20 de octubre de 2006, se levanta la suspensión del plazo para la emisión del preceptivo dictamen.

II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente, con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.h), 3º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Primera emitir el dictamen según lo establecido en el punto 4º, regla A), apartado e), del Acuerdo de 30 de octubre de 2003, del Pleno del Consejo, por el que se determina el número, orden, composición y competencias de las Secciones.

2ª.- La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, esto es, en el presente caso, de acuerdo con el contrato suscrito el 28 de septiembre de 1994, al Pleno del Ayuntamiento de xxxxx, conforme dispone el artículo 18 del texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, aprobado mediante Decreto 923/1965, de 8 de abril, en vigor en el momento de la firma del contrato y de aplicación en el presente caso. Al respecto la disposición transitoria primera de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, señalaba que "los expedientes de contratación en curso en los que no se haya producido la adjudicación se regirán por lo dispuesto en la presente Ley, sin que, no obstante, en ningún caso sea obligatorio el reajuste a la presente Ley de las actuaciones ya realizadas".

No obstante, en lo que se refiere a la normativa aplicable al procedimiento de resolución contractual, hemos de realizar una serie de consideraciones de derecho transitorio.



El contrato cuya resolución se pretende fue adjudicado el 28 de julio de 1994, bajo la vigencia de la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965 referida, y el Reglamento General de Contratación, cuyo texto refundido fue aprobado por el Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre.

La Ley de Contratos del Estado de 1965 fue derogada por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo, la "LCAP de 1995"), que, a su vez, fue modificada mediante la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, y ésta posteriormente derogada por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, TRLCAP). Por ello, resulta necesario determinar qué preceptos son de aplicación a este expediente de resolución contractual, en cuanto al procedimiento a seguir. La disposición transitoria primera del TRLCAP dispone:

"Los expedientes de contratación iniciados y los contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 53/1999, de 28 de noviembre, se registrarán por la normativa anterior. A estos efectos, se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria de adjudicación del concurso".

Por consiguiente, será de aplicación para determinar el contenido del contrato y las causas y efectos de su resolución la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965.

No obstante, y de acuerdo con reiterada doctrina del Consejo de Estado (entre otros, Dictámenes 142/2003, 8/2003, 1598/2002, 1077/2002, 527/2000 y 3437/1999), la determinación de la ley aplicable al procedimiento de modificación del contrato –que se ha de hacer extensible al de resolución– se rige por criterios diferentes. Para resolver la situación hemos de acudir a lo dispuesto en la disposición transitoria segunda de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y ponerlo en relación con la disposición adicional séptima del TRLCAP.

Dicha disposición transitoria segunda, bajo el título de régimen transitorio de los procedimientos, establece:



“1. A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la presente Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior.

»2. Los procedimientos iniciados durante el plazo de adecuación contemplado en la Disposición Adicional Tercera se regirán por lo dispuesto en la normativa anterior que les sea de aplicación, salvo que con anterioridad a la expiración de tal plazo haya entrado en vigor la normativa de adecuación correspondiente, en cuyo caso, los procedimientos iniciados con posterioridad a su entrada en vigor, se regularán por la citada normativa.

»3. A los procedimientos iniciados con posterioridad al término del plazo a que se refiere la Disposición Adicional Tercera les será de aplicación, en todo caso, lo dispuesto en la presente Ley”.

Por su parte la disposición adicional séptima aludida, bajo la rúbrica de normas de procedimiento, establece que “los procedimientos en materia de contratación administrativa se regirán por los preceptos contenidos en esta Ley y en sus normas de desarrollo, siendo de aplicación supletoria los de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

Dado que el expediente de resolución se inició después de la entrada en vigor del TRLCAP, será de aplicación al procedimiento el mencionado Real Decreto Legislativo y el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que prevé, en lo relativo al *iter* procedimental para resolver un contrato, la necesidad de cumplir los siguientes requisitos:

a) Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio.

b) Audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.

c) Informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos de los artículos 41 y 96 de la Ley.



d) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista.

En el presente caso, dichos trámites han de entenderse cumplidos, lo cual aparece recogido igualmente por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de xxxxx, en su sentencia de 16 de enero de 2006.

3ª.- En cuanto al fondo de la cuestión planteada, estima este Consejo Consultivo que debe realizarse un análisis de las alegaciones vertidas por el contratista en su escrito de oposición, así como de las causas de incumplimiento alegadas por la Administración contratante.

Por lo tanto, el presente dictamen se centrará esencialmente en esa resolución propuesta y si los incumplimientos contractuales pueden considerarse imputables al contratista, al objeto de sopesar lo fundado de la pretensión resolutoria de la Administración, a la vista del contenido de la oposición del contratista, sin perjuicio de tener en cuenta el resto de las cuestiones suscitadas en los antecedentes y de abordarlas en la medida en que sea necesario para poder brindar una opinión completa sobre el expediente.

Ha de tenerse en cuenta la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo expresiva de que cada parte ha de probar el supuesto de hecho de la norma que invoca a su favor, a parte la presunción de legalidad de los actos que realizan las Administraciones Públicas dentro de sus competencias; así lo proclaman las Sentencias de 10 de febrero de 2001, 27 de abril de 2000 y 27 de mayo y 6 de marzo de 1999.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1999 ha declarado que "a los efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución, lo determinante debe ser: que afecte a la prestación principal del contrato, y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación". Más aún, dice la Sentencia de 26 de marzo de 1987, también del Tribunal Supremo, que existen razones suficientes para que las penalidades o resoluciones contractuales "sólo se adopten cuando están plenamente justificadas puesto que la prudencia aconseja, salvo en casos extremos, no romper la atmósfera de concordia y colaboración que debe reinar en las relaciones contractuales administrativas, teniendo siempre presente la



proporcionalidad entre el plazo pactado para la ejecución de la obra y el de la prórroga o prórrogas interesadas por los contratistas”, pues, como añade esta misma Sentencia, “lo peor para todos, es una resolución del contrato y una vuelta a empezar en la selección de un nuevo contratista”.

El Consejo de Estado, al tratar el poder resolutorio de la Administración, ha mantenido en su Dictamen 41.941, de 1 de marzo de 1979, que “la facultad de resolución constituye de suyo una consecuencia tan grave que obliga a estimarla aplicable tan sólo en los casos más graves de incumplimiento, pues resultaría notoriamente desproporcionado e injusto que cualquier incumplimiento, aún mínimo, supusiera tal resolución, ya que ésta constituye una opción que la Administración ha de ejercer siempre con obligada medida”. Manteniendo además, en su Dictamen 42.000, de 22 de febrero de 1979, que “es justamente el principio de buena fe el que debe servir de guía capital para determinar la causa de resolución aplicable y las consecuencias económicas de la misma, partiendo de la realidad de las actuaciones y omisiones producidas”.

Este Consejo Consultivo, en su Dictamen 90/2004, de 10 de marzo, ya manifestó, respecto de la causa resolutoria alegada por el Ayuntamiento, que “existe una reiterada doctrina jurisprudencial (entre otras, sentencia de 20 de septiembre de 1983) y del Consejo de Estado, en el sentido de que no basta cualquier incumplimiento del contrato para acordar la extinción anticipada del mismo, sino que es necesario que se trate de un incumplimiento grave, cualificado, al ser la resolución la consecuencia más grave que puede derivarse de esta circunstancia. Asimismo, tal y como ha mantenido el Tribunal Supremo en sentencia de 21 de junio de 1985, la resolución por incumplimiento del contrato ha de limitarse a los supuestos en que se patentice una voluntad deliberadamente rebelde a su cumplimiento, al señalar que «(...) la aplicación del ordenamiento común como supletorio del administrativo y, en particular, del artículo 1124 del Código Civil para integrar las normas de los artículos 65 y 66 del Reglamento de Contratación de las Entidades Locales, implica la asunción por esta jurisdicción de la doctrina legal establecida por la ordinaria al interpretar aquel precepto, según el cual, con el designio de que se conserven los contratos válidamente celebrados, se restringe su resolución limitándola a los supuestos en que se patentice una voluntad deliberadamente rebelde a su cumplimiento o se produzca un hecho obstativo que, de manera definitiva, lo impida, (...)».



»Asimismo, el Tribunal Supremo respecto al incumplimiento como causa de extinción del contrato de gestión de servicios públicos, ha declarado en su sentencia de 25 de septiembre de 1987 que «no es necesario que el incumplimiento origine grave perturbación del servicio, sino que es suficiente con que se produzca un incumplimiento sustancial del contrato en términos análogos a los establecidos en la contratación civil».

Se ha de tener en cuenta que en la clase de contrato que se nos presenta, las actividades que desarrolla una Administración y cuya titularidad le compete, para la satisfacción del interés general, han de someterse a la disciplina que mejor pueda proteger y servir este interés general o público. Y en concreto, tal como declara el Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de mayo de 1994, “la concesión administrativa constituye una forma indirecta de prestación de servicios públicos por particulares. Por la concesión (...) el concesionario ejerce una actividad dirigida a la satisfacción del interés público”.

No hay que olvidar que dentro de los principios rectores de la política social y económica que informan la actuación de los poderes públicos, la Constitución, en su artículo 50, dedicado a las personas mayores, incide en responsabilizar a aquéllos para promover el bienestar de estas personas mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio.

En el marco jurídico del mandato constitucional y del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, esta Comunidad ha asumido competencias exclusivas en materia de asistencia social, servicios sociales y desarrollo comunitario, promoción y atención de la infancia, de la juventud y de los mayores, prevención, atención e inserción social de los colectivos afectados por la discapacidad o la exclusión social.

Dentro de este contexto legal, la Junta de Castilla y León ha articulado un régimen jurídico mediante el cual se ha perfilado el sistema de servicios sociales en el ámbito territorial de la Comunidad, cuyo exponente principal lo constituye la promulgación de la Ley 18/1988, de 28 de diciembre, de Acción Social y Servicios Sociales; y, en relación con las personas mayores, la Ley 5/2003, de 3 de abril, de atención y protección a las personas mayores de Castilla y León, que proclama expresamente el derecho de estas personas a un alojamiento adecuado y el compromiso que adquieren las Administraciones



Públicas para la garantía de este derecho, asumiendo la planificación, ordenación, creación y mantenimiento de una red de centros residenciales para personas mayores, con especial incidencia en el ámbito rural; asimismo, dicha norma impone un auténtico régimen de infracciones y sanciones para exigir responsabilidades cuando proceda.

Pero existe además otra normativa aplicable a los centros de personas mayores en el ámbito de la Comunidad, que precisamente se ha aprobado con el anhelo de garantizar, en todo caso, ese interés general de asegurar a las personas mayores, entre otros aspectos, su bienestar, participación activa e integración social. Entre ellas destacan el Decreto 24/2002, de 14 febrero, por el que se aprueba el Estatuto Básico de Centros de Personas Mayores de Castilla y León, y el Decreto 56/2001, de 8 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento regulador del régimen de acceso a las plazas en los centros residenciales para personas mayores, dependientes de la Comunidad de Castilla y León y a las plazas concertadas en otros establecimientos.

Todo este conjunto de normativa aplicable, desde luego, no puede ser obviado cuando la Administración, mediante una concesión administrativa, encomienda la gestión del servicio público a una persona natural, como en el supuesto examinado.

Por consiguiente, habrá de ponderarse, en atención a las circunstancias del caso, si el incumplimiento es de tanta trascendencia que justifica la resolución, o si, por el contrario, procede sólo, en su caso, la imposición de penalidades, no pudiendo caracterizarse este juicio de ponderación como el fruto de un voluntarismo inmotivado y carente de cualquier posibilidad de control.

4ª.- En el presente caso el contrato fue firmado por la Administración contratante y el contratista en fecha 28 de septiembre de 1994, y su régimen jurídico viene constituido, además de por la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965, el Reglamento General de Contratación del Estado de 25 de noviembre de 1975, así como el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955, el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de enero de 1953, y por lo dispuesto en el pliego de cláusulas administrativas particulares y condiciones técnicas.



Concretamente en la cláusula 16ª del contrato referido se señala que “este contrato tiene carácter administrativo, y ambas partes se someterán en lo no previsto en él a la normativa sobre contratación administrativa, a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, y al resto del ordenamiento jurídico administrativo estatal, autonómico y local y supletoriamente, por la normativa de Derecho privado”.

En primer lugar hemos de partir de lo dispuesto, respecto a la resolución del presente contrato, en el pliego de cláusulas administrativas particulares, el cual hemos de recordar que sus cláusulas se consideran parte integrante de los respectivos contratos.

Así, en su cláusula XII se dispone que “son causas de extinción del contrato de concesión de la gestión del servicio público de residencia municipal para la tercera edad las siguientes:

“1. Reversión del Servicio al Ayuntamiento por cumplimiento del plazo establecido en el contrato.

»2. Rescate del servicio por el Ayuntamiento, previo expediente en el que se justifique la necesidad.

»3. Resolución por incumplimiento de la sociedad concesionaria o del Ayuntamiento.

»4. Declaración de quiebra o suspensión de pagos extinción de la sociedad concesionaria.

»5. Supresión del servicio por razones de interés público.

»6. Mutuo Acuerdo del Ayuntamiento y la sociedad concesionaria”.

Asimismo, la cláusula X del pliego de cláusulas recoge las obligaciones del concesionario en los siguientes términos:

“Serán obligaciones generales del concesionario:



»1. Prestar el servicio (...) del modo dispuesto en la concesión u ordenado posteriormente por la Corporación municipal, incluso en el caso de que circunstancias sobrevenidas e imprevisibles ocasionaren una subversión en la economía de la concesión, y sin más interrupciones que las previstas en el supuesto de gestión directa municipal.

»2. El Servicio se prestará por el concesionario durante el plazo de duración de la concesión, siendo el administrador firmante de la sociedad concesionaria el que lleve la gestión cotidiana del centro como máximo directivo de la sociedad durante al menos los veinticinco años primeros años.

»3. La conservación de las construcciones e instalaciones, así como el mantenimiento y perfecto estado de funcionamiento, limpieza e higiene del edificio que entregue el servicio al Ayuntamiento con todas las instalaciones que sea inherentes al mismo y necesarias para su prestación.

»4. Tener una plantilla técnica apropiada al servicio entre la que tendrá que figurar un licenciado en farmacia encargado de la bromatología y dedicación de los residentes.

»5. El concesionario contratará el personal laboral de la residencia con preferencia entre los residentes de la localidad, comunicando estas ofertas de empleo a través del Ayuntamiento e informando éste sobre los candidatos.

»6. El concesionario pondrá a disposición del Ayuntamiento el número de plazas residenciales ofertado en su proposición, y nunca menos de diez plazas, para los ancianos empadronados y residentes en la localidad con una antigüedad superior a cinco años, al precio bonificado que, así mismo, hubiera ofertado, que no podrá ser inferior al 50% de la bonificación, siendo el Ayuntamiento el encargado de la concesión de estas plazas entre los solicitantes.

»7. Admitir el goce del servicio a toda persona que cumpla los requisitos dispuestos reglamentariamente.



»8. Indemnizar a terceros de los daños que les ocasionare el funcionamiento del servicio, salvo si se hubieren producido por actos producidos en cumplimiento de una cláusula impuesta por la corporación con carácter ineludible.

»9. No enajenar bienes afectos a la concesión que hubieren de revertir al Ayuntamiento, ni gravarlos, salvo autorización expresa de la corporación.

»10. Ejercer por sí la concesión y no cederla o traspasarla a terceros sin la anuencia de la corporación, que sólo podrá autorizarla en las circunstancias que señala el párrafo 2 del artículo 52 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales.

»11. Suscribir a favor del Ayuntamiento una póliza de seguro a todo riesgo del edificio y sus instalaciones”.

La causa de resolución invocada por la Administración contratante es el incumplimiento de los apartados 6.2, 9.B.4 y 9.B.11 de la escritura pública de concesión, otorgada el día 28 de septiembre de 1994. Y más concretamente alude a la falta de viabilidad económica, al incumplimiento gravísimo de sus deberes de acreditación documental, a la tenencia de una plantilla por debajo de los mínimos legales, y al inadmisibles trato dispensado a los residentes.

Lo primero que hemos de plantearnos es si concurre o no la causa de resolución alegada por la Administración contratante, que ha de entenderse que es la recogida en la cláusula XII del contrato, en su punto 3, que alude a la resolución por incumplimiento de la sociedad concesionaria. A lo cual, a la luz del expediente remitido, hemos de responder sin duda afirmativamente.

Concretamente dicho incumplimiento se desprende de los siguientes datos:

1º.- Del contenido del acta de inspección levantada por el Ayuntamiento de xxxxx a la ya citada residencia, con fecha 1 de marzo de 2004, donde se constata la ausencia de personal cualificado, así como la insuficiencia de otro personal y la disparidad de cometidos que, por razón de su escaso número, debían llevar a cabo las personas que entonces se encontraban



en ese centro de trabajo. Concretamente se deja constancia en dicho acta de que al médico no se le puede localizar durante toda la inspección y no está en la residencia, de que las últimas anotaciones en su cuaderno se remontan a cinco días antes, de la inexistencia de persona con responsabilidad de gobierno en toda la residencia hasta que llega una persona a la que al parecer tienen que localizar en su domicilio, del hecho de que los menús para toda una semana no discriminan según la patología de cada residente, de la no aportación de documentación, de la existencia de dependencias con productos tóxicos de acceso al público al no estar cerrados con llave, así como de la no exhibición de ninguna póliza de seguro de responsabilidad civil.

2º.- De los distintos escritos que obran en el expediente tanto de antiguos trabajadores de la empresa, como de familiares de residentes en la misma, en los que se denuncia la existencia de una plantilla insuficiente y el trato inadecuado a los residentes, de fechas que oscilan entre agosto y septiembre de 2004.

3º.- De las propias actuaciones realizadas por la Junta de Castilla y León, y más concretamente desde la Gerencia de Servicios Sociales, destacando entre todas ellas, por su carácter firme, la rescisión del concierto de reserva y ocupación de plazas, celebrado el 1 de septiembre de 1997 entre la Administración Autonómica y la mercantil rrrrr gestora de la residencia del mismo nombre, adoptada por Resolución de 20 de mayo de 2003 del Presidente del Consejo de Administración de la Gerencia de Servicios Sociales. Ésta se fundamentó en la constatación de que no se prestaba un servicio adecuado a los usuarios, que existieron problemas de facturación inadecuada a residentes concertados, que el centro presentaba deficiencias de limpieza en paredes, que no contaba con la prestación de servicios de fisioterapia y terapia ocupacional, así como que incumplía los mismos en cuanto a servicios y personal de de atención directa, tal y como se desprende del escrito de fecha 18 de agosto de 2004 obrante al folio 168 del expediente remitido, así como del informe remitido por la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades remitido como documentación complementaria.

Ello sin contar los distintos expedientes sancionadores abiertos por la Administración autonómica a la citada entidad, por haber sido declarados en su mayoría caducados, o no constar que hayan adquirido firmeza.



Frente a dichas alegaciones en el trámite de audiencia otorgado al concesionario, el mismo presenta escrito de oposición a la resolución, basándose sobre todo en cuestiones formales y de procedimiento, la mayoría de las cuales han sido desestimadas por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de xxxxx, a cuyo contenido nos remitimos, salvo en lo referente a la ausencia de informe previo de la Asesoría Jurídica y de dictamen preceptivo del Consejo Consultivo de Castilla y León, trámites que han sido subsanados por el Ayuntamiento en ejecución de sentencia. No acreditando, en modo alguno, que no concurran los incumplimientos de las obligaciones referidas en torno a la plantilla que debería tener la residencia y demás obligaciones respecto a la prestación del servicio en las condiciones legalmente exigibles.

A lo anterior, que a juicio de este Consejo Consultivo es causa más que suficiente para la resolución del contrato, ha de unirse la ausencia de justificación por la empresa de la necesaria viabilidad económica, a pesar de haber sido requerida en diversas ocasiones, sin obtener respuesta. Viabilidad que evidentemente aparecía totalmente comprometida ante la resolución del concierto que tenía suscrito con la Administración Autonómica antes referido, sobre reserva y ocupación de plazas, que se produjo con fecha 20 de mayo de 2003. Así como la total falta de acreditación de la documentación requerida por el Ayuntamiento en torno a la prestación de la concesión, el cual evidentemente está legitimado para solicitarla al ser el titular del servicio que se presta.

5ª.- Por todo lo expuesto, consideramos que sí concurre incumplimiento de las obligaciones exigidas tanto en el contrato como en el pliego de cláusulas administrativas generales, que determinan la resolución del contrato, debiendo analizar a continuación cuáles deben ser en el presente caso los efectos de la resolución de la concesión otorgada a la mercantil Residencia rrrrr suscrita en fecha 28 de septiembre de 1994 con el Ayuntamiento de xxxxx, para la gestión de una residencia de la tercera edad.

Así, tal y como se recoge en el fundamento de derecho sexto de la sentencia de 16 de enero de 2006 ya referida, ha de tenerse en cuenta lo previsto tanto en el artículo 65 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, aprobado mediante Decreto de 9 de enero de 1953; como el artículo 225 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955; y el artículo 137 del Reglamento



General de Contratos del Estado de 25 de noviembre de 1975, que disponen que con independencia de la causa de la resolución del contrato, aun mediando culpa del contratista, se prevé el abono al empresario del precio de las obras e instalaciones que ejecutadas por éste hayan de pasar a propiedad de la Administración, así como, en su caso, la obligación de la Administración concedente de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados al concesionario, debiendo igualmente concretar cuál de las posibilidades establecidas en la normativa citada es la vía elegida por el Ayuntamiento para continuar con la explotación del servicio público, esto es, la asunción de la gestión directa, el secuestro, la caducidad o el rescate del mismo.

Por su parte la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965, en vigor en el momento de formalización del contrato, dispone en su artículo 76 que “en los supuestos de resolución, la Administración abonará al empresario el precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquélla, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión.

»La Administración decretará la pérdida de la fianza siempre que el contrato se declare resuelto por culpa del empresario”.

Señalando en su artículo 77 que “en todo caso, el empresario deberá abonar a la Administración los daños y perjuicios que efectivamente le haya irrogado”.

Al respecto, se señala en la sentencia citada que “se entiende que aún cuando el expediente para la determinación de las indemnizaciones correspondientes se siga en pieza separada aparte, o incluso se abra con posterioridad a la resolución, dicha declaración debe estar contenida en el Acuerdo resolutorio; pues no cabe sin más hacerse con el servicio sin precisar la fórmula jurídica de la que se hace uso, así como los efectos patrimoniales que la resolución contractual ha de traer consigo”.

Asimismo, en su fundamento de derecho undécimo de la sentencia se señala que “la liquidación del contrato es una parte importante del contenido de la resolución, y así resulta de la normativa de contratación administrativa aplicable que ha sido expuesta, lo cual trae consigo que asimismo hayan de



reconocerse los extremos relativos a la anulabilidad que se solicita por dicha omisión”.

Si aplicamos lo anteriormente señalado, se observa que en la propuesta de resolución no se hace referencia alguna ni a la liquidación, ni tampoco a la fianza definitiva que se exigía en el contrato, recogida en la cláusula XVI del pliego. Por tanto, en los términos contenidos en la sentencia citada debe hacerse referencia a la liquidación como parte importante del contenido de la resolución, así como a la fianza, que, conforme al artículo 76 de la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965, deberá decretarse su pérdida.

Por último, respecto a la exigencia de una indemnización de daños y perjuicios al concesionario, en la propuesta de resolución se señala que se tramitará en pieza separada, respecto a lo cual no se observa inconveniente desde este Consejo Consultivo.

Únicamente, ha de ponerse de manifiesto, en cuanto a la existencia de daños y perjuicios, que el Tribunal Supremo, en Sentencia de 9 de diciembre de 1980, ha declarado que debe “tenerse presente en esta materia de indemnización de daños y perjuicios la constante jurisprudencia que exige al que pretende hacer efectivo tal derecho que acredite la existencia real y efectiva de los daños, pues, sólo podrán ser tomados en consideración aquéllos perjuicios efectivos sufridos que estén suficientemente demostrados por cálculos obtenidos de datos fundados en valores reales y no meramente hipotéticos de resultados posibles pero no seguros”.

Y en Sentencia de 6 de julio de 1968 ha mantenido que para que la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de contrato pueda ser estimada será necesario que quien la exige haya cumplido fielmente sus obligaciones y hubiere demostrado que la parte contraria incurrió en dolo, negligencia o morosidad.

Por último, respecto a la posibilidad de reclamación de daños y perjuicios, hemos de recordar que la Administración contratante deberá acreditar la existencia real y efectiva de daño alguno.



**CONSEJO
CONSULTIVO**
DE CASTILLA Y LEÓN

III CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede resolver el contrato administrativo suscrito entre el Ayuntamiento de xxxxx y la entidad mercantil rrrr para la gestión de una residencia de la tercera edad, debiendo tener en cuenta lo señalado en la consideración jurídica sexta en torno a la liquidación del contrato.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.