



Sr. Amilivia González, Presidente
Sr. Rey Martínez, Consejero
Sr. Velasco Rodríguez, Consejero y
Ponente
Sr. Nalda García, Consejero
Sra. García Fonseca, Secretaria

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 23 de enero de 2014, ha examinado el *expediente de resolución de contrato de gestión del servicio público "Residencia de la Tercera Edad-Centro de Día", denominado hhhh, de propiedad municipal, suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx y Dña. qqqq*, 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 18 de diciembre de 2013 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente relativo a la resolución del contrato de gestión del servicio público "Residencia de la Tercera Edad – Centro de Día", denominado hhhh, de propiedad municipal, suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx y Dña. qqqq*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 19 de diciembre de 2013, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 856/2013, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, previa ampliación de éste. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Velasco Rodríguez.

Primero.- El 2 de agosto de 2006 el Pleno del Ayuntamiento de xxxx acuerda la adjudicación del contrato de gestión del servicio público "Residencia de la Tercera Edad – Centro de Día", denominado hhhh, de propiedad



municipal, a Dña. qqqq. El canon que ésta tiene que abonar al Ayuntamiento es de 1.400,00 euros mensuales (I.V.A. incluido) y la duración del contrato es de 15 años, a contar desde el inicio de la actividad, prorrogables por 10 años más.

El contrato se formaliza el 9 de agosto de 2006. Posteriormente, el 24 de noviembre de 2006 se formaliza un nuevo contrato, que sustituye al anterior, en el que se incluyen algunas modificaciones como consecuencia de los requisitos exigidos por la Gerencia de Servicios Sociales de la Junta de Castilla y León para autorizar el funcionamiento de la residencia, que han supuesto a su vez la variación de las condiciones fijadas en el pliego.

Obra en el expediente el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP), el pliego de prescripciones técnicas particulares (en adelante, PPT), ambos de 14 de junio de 2006, los contratos formalizados y la memoria de explotación de la residencia.

Segundo.- El 4 de octubre de 2013 el Secretario Interventor del Ayuntamiento emite un informe en el que señala que "ha constatado una serie de incumplimientos por parte del contratista, que se consideran suficiente causa de resolución", al constituir infracciones del PCAP y, por tanto, incumplimientos contractuales.

Tercero.- En la misma fecha el Alcalde se abstiene de intervenir en el procedimiento de resolución contractual, "ya que la adjudicataria del servicio podría alegar enemistad manifiesta", y dispone que sea la Teniente de Alcalde la que instruya el procedimiento.

Cuarto.- El mismo día 4 de octubre de 2013 el Secretario Interventor emite un informe sobre la legislación aplicable y el procedimiento a seguir para tramitar la resolución del contrato suscrito, y expone los incumplimientos de la adjudicataria que motivan la resolución proyectada. Se adjunta al informe documentación relativa a los incumplimientos alegados.

Quinto.- El 9 de octubre el Pleno del Ayuntamiento acuerda iniciar el procedimiento para la resolución del contrato de gestión del servicio público suscrito el 24 de noviembre de 2006 con Dña. qqqq, con indemnización de los daños y perjuicios causados; dar audiencia a la contratista y solicitar informe de los servicios municipales sobre las alegaciones que puedan presentarse y sobre



la valoración de los bienes que revertirán al Ayuntamiento en caso de acordarse la resolución contractual.

Sexto.- El 11 de octubre se notifica a la contratista la apertura de un trámite de audiencia y los motivos de incumplimiento que han motivado la incoación del procedimiento.

Los incumplimientos alegados, notificados a la contratista, son los siguientes:

1.- Falta de actualización del canon a satisfacer al Ayuntamiento durante los años 2012 y 2013 (cláusula cuarta del PCAP): esos años se ha abonado mensualmente la cantidad de 1.475,62 euros, en lugar de 1.509,26 euros (año 2012) y 1.553,03 euros (año 2013); por lo que la adjudicataria ha dejado de ingresar al Ayuntamiento la cantidad de 403,68 euros en 2012 y 619,28 euros en 2013 (desde enero hasta agosto).

2.- Falta de pago del canon de los meses de julio y septiembre de 2013.

3.- Incumplimiento de la obligación de efectuar la domiciliación bancaria de los recibos de cánones, consumos y pagos que deba efectuar la contratista (Cláusula cuarta, apartado 3, del PCAP).

4.- La contratista no ha presentado el programa de trabajo ni ha constituido la garantía definitiva, que debería haberse hecho antes de la firma del contrato (cláusula vigésima del PCAP).

5.- Intervención en la gestión del servicio público de una empresa (denominada qqqq) diferente de la contratista (Dña. qqqq), sin haberse comunicado al Ayuntamiento la subcontratación ni haberse autorizado cesión alguna del contrato, e incumpliendo lo establecido en la memoria de explotación (cláusulas vigésimo tercera y vigésimo quinta del PCAP).

6.- Falta de presentación del seguro a todo riesgo que la contratista está obligada a suscribir a favor de la corporación concedente (cláusula vigésimo tercera del PCAP).



7.- Falta de presentación del documento que indique las tarifas que abonan los usuarios, lo que ha impedido al Ayuntamiento comprobar si coinciden con las establecidas en la memoria y si se han revisado sin contar con la autorización del Ayuntamiento, tal y como exigen los pliegos (cláusula vigésimo cuarta del PCAP y apartado 9 del PPT).

8.- Incumplimiento de la obligación de contratar preferentemente a personas con domicilio en el municipio, ya que en el Ayuntamiento "no se conoce que se haya establecido algún procedimiento para cumplir con [dicha] obligación" (apartado 6 del PPT).

9.- Incumplimiento de la obligación de designar y comunicar al Ayuntamiento un encargado, responsable de los servicios contratados, que se reúna con el Ayuntamiento para el seguimiento de los servicios contratados y resolver las incidencias que puedan surgir (apartado 10 del PPT).

10.- La contratista no ha realizado las mejoras ofertadas en el apartado 6 de la memoria de explotación, que detalla.

11.- Instalación de placas solares en la cubierta de la residencia sin ningún tipo de conocimiento en el Ayuntamiento, por lo que se incumple la cláusula 32 del PCAP, al realizar "de forma unilateral una modificación del contrato".

12.- Existencia de varias deficiencias en la residencia, constatadas en un acta de inspección de la Gerencia de Servicios Sociales, comunicada al Ayuntamiento el 25 de septiembre de 2012.

Séptimo.- El 23 de octubre Dña. qqqq presenta un escrito en el que rebate los motivos de incumplimiento alegados por el Ayuntamiento, salvo el de la falta de prestación de la garantía definitiva, sobre el cual no realiza ningún comentario.

Octavo.- A la vista de las alegaciones presentadas, el 25 de octubre el Secretario del Ayuntamiento emite nuevo informe en el que se limita a señalar que "considerando que las alegaciones han sido presentadas fuera de plazo y que las causas que motivan el presente expediente no han cambiado, está jurídicamente justificado el incumplimiento del contratista", y que las causas de



incumplimiento se incardinan en el supuesto previsto en el artículo 111 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, TRLCAP), apartado d) (falta de prestación por el contratista de la garantía definitiva) y apartado g) (incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales).

Noveno.- El 25 de noviembre de 2013 el Pleno del Ayuntamiento acuerda:

- Aprobar la propuesta para resolver el contrato de gestión del servicio público por causa de incumplimiento culpable por parte del contratista, subsumible en el artículo 111, apartados d) y g), del TRLCAP.

- Solicitar dictamen del Consejo Consultivo "para que se pronuncie sobre si procede indemnizar a la adjudicataria por las mejoras efectuadas y contempladas en la memoria de explotación y por la mejora de sustitución de la caldera que había instalada por el Ayuntamiento por otra instalada por la adjudicataria dado su interés en ahorrar combustible".

- Suspender el plazo para dictar y notificar la resolución, de conformidad con el artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Décimo.- El 2 de diciembre de 2013 se notifica a la contratista el acuerdo de suspensión del plazo para dictar y notificar la resolución.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera 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 apartado tercero, 1.d), del Acuerdo de 31 de mayo de 2012, del Pleno del Consejo Consultivo de Castilla y León, por el que se determina la composición y competencias de las Secciones.

2ª.- La normativa aplicable al contrato, atendiendo a la fecha de su celebración, viene determinada fundamentalmente por el PCAP, por el TRLCAP y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP).

Debe recordarse que la disposición transitoria primera, apartado 2, tanto de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), como del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), establecen que los contratos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior, en este caso, por el TRLCAP.

Por su parte, el procedimiento para el ejercicio de la facultad resolutoria se rige por la normativa vigente en el momento de su inicio. Esta cuestión aparece confirmada por lo establecido 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, ("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"), norma de aplicación subsidiaria a los procedimientos en materia de contratación, según establece la disposición final tercera del TRLCSP.

En este caso, el procedimiento de resolución contractual se ha iniciado bajo la vigencia del TRLCSP, cuyo artículo 211.3.a) establece que es preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de resolución de los contratos administrativos cuando se formule oposición por parte del contratista.

3ª.- La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, conforme disponen los artículos 210 de la LCSP y 109 del RGLCAP); en este caso, al Pleno.



4ª.- Se ha seguido el procedimiento establecido en el artículo 109.1 del RGLCAP para la resolución del contrato: se ha emitido el informe jurídico por la Secretaría del Ayuntamiento, se ha dado audiencia a la contratista y, ante la oposición planteada, se ha solicitado el dictamen del Consejo Consultivo de Castilla y León.

5ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre el procedimiento relativo a la resolución del contrato de gestión del servicio público "Residencia de la Tercera Edad – Centro de Día", denominado hhhh, de propiedad municipal, suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx y Dña. qqqq, que se opone a tal actuación.

Con carácter previo, ha de ponerse de manifiesto que no consta en la documentación remitida el expediente de contratación administrativa, lo que impide conocer la génesis del contrato y los pormenores de su tramitación y adjudicación, al no figurar ni siquiera el acuerdo de adjudicación del contrato. El primer documento que, desde el punto de vista cronológico, se incluye es el de la formalización del contrato el 9 de agosto de 2006, que posteriormente se sustituyó, a consecuencia de las modificaciones introducidas, por el contrato suscrito el 24 de noviembre de 2006. A este respecto, debe recordarse la obligación de la Administración consultante de incluir en el expediente toda la documentación y antecedentes necesarios para dictaminar sobre las cuestiones consultadas, a fin de que este Consejo tenga un conocimiento completo de todas las circunstancias que concurren en el asunto examinado, circunstancias cuyo conocimiento o desconocimiento en ocasiones puede decantar el sentido final del dictamen.

El Ayuntamiento fundamenta la propuesta de resolución del contrato en un incumplimiento contractual imputable al contratista, al amparo del artículo 111, letras d) y g), del TRLCAP, al no haber prestado la garantía definitiva e haber incumplido varias obligaciones contractuales que califica de esenciales.

De acuerdo con una consolidada doctrina del Consejo de Estado (por todos, Dictamen 681/2009, de 21 de mayo), "con carácter general en caso de concurrencia de varias causas de resolución de un contrato administrativo debe aplicarse de manera preferente la causa que se hubiere producido antes desde un punto de vista cronológico".



El análisis de las causas de resolución ha de iniciarse, por ello, por la falta de prestación de la garantía definitiva.

A) La falta de prestación por el contratista de la garantía definitiva aparece expresamente prevista el artículo 111.d) del TRLCAP como una de las causas de resolución de los contratos administrativos. Y el artículo 41.1 impone la resolución del contrato en los casos que la falta de prestación de la garantía definitiva sea imputable al contratista.

Es cierto que, de acuerdo con lo previsto el artículo 54.2 del mismo texto legal, la constitución de la garantía definitiva constituye un requisito previo de la formalización del contrato y que esto no sucedió en el presente caso, a pesar de que en el documento administrativo de formalización se indique que "el adjudicatario constituyó garantía definitiva según establece el pliego de condiciones".

También es cierto que tales circunstancias no liberaban automáticamente a la adjudicataria de su obligación de constituir la garantía definitiva, porque el cumplimiento de esta obligación no precisa un requerimiento específico de la Administración contratante, tal y como ha puesto de manifiesto el Consejo de Estado en reiteradas ocasiones.

Ahora bien, no es posible obviar que la propia Administración consintió la formalización del contrato aun sin haberse constituido la garantía definitiva y que consintió incluso que comenzara su ejecución y se haya prestado el servicio público objeto del contrato durante siete años, es decir, durante casi la mitad del plazo del contrato excluida la prórroga (desde agosto de 2006 hasta el 4 de octubre de 2013, fecha en la que se inician las actuaciones para la resolución del contrato). Asimismo, no consta que el incumplimiento de la obligación de prestar la garantía definitiva sea imputable a la contratista. Tales circunstancias convierten en contraria al principio de buena fe que debe regir las relaciones entre las partes la pretensión de resolver el contrato por este motivo en los estrictos términos en que se plantea.

En consecuencia, se considera, de acuerdo con el criterio ya expuesto en el Dictamen 665/2004, de 28 de enero de 2005, emitido en un supuesto similar,



que en este caso no procede resolver el contrato por el incumplimiento de la contratista de su obligación de constituir la garantía definitiva.

Por otra parte, este Consejo Consultivo quiere poner de manifiesto la extrañeza por el hecho de que el Ayuntamiento no haya alegado durante esos siete años la falta de prestación de la garantía definitiva y esgrima ahora, por motivos que se desconocen, este incumplimiento que evidentemente tenía que ser conocido por el secretario y el Alcalde del Ayuntamiento, ya que son las mismas personas que intervinieron en su día en la formalización del contrato. Tal conducta resulta, desde luego, reprochable y es contraria a los principios que deben regir la actuación de las Administraciones Públicas, de las personas que las dirigen y de las que en ellas trabajan.

B) Desestimada la concurrencia de esta causa de resolución, solo resta analizar si concurre la segunda causa alegada, esto es, el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales.

Existe una reiterada doctrina jurisprudencial y del Consejo de Estado en el sentido de que no basta cualquier incumplimiento contractual para que se produzca el efecto resolutorio, sino que ha de traducirse en una valoración del incumplimiento grave y de naturaleza sustancial del contrato, al ser la resolución la consecuencia más grave que puede derivarse de esta circunstancia. La resolución por incumplimiento del contrato ha de limitarse a los supuestos en que sea patente "una voluntad rebelde a su cumplimiento, sin bastar el simple retraso, al requerirse una pasividad dolosa, culposa o negligente imputable al contratista, como ha venido exigiendo la jurisprudencia de esta Sala a tales efectos" (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2001).

De acuerdo con esta doctrina, las obligaciones cuyo incumplimiento se alega por el Ayuntamiento no pueden considerarse, a juicio de este Consejo, incumplimientos graves y de naturaleza sustancial del contrato, en unos casos porque no se aprecia una voluntad rebelde ni una pasividad dolosa, culposa o negligente de la contratista, y en otros porque se trata de obligaciones no sustanciales, sino accesorias, del contrato. Por lo que no pueden incardinarse en esta causa de resolución. Así:



- La falta de actualización del canon a satisfacer al Ayuntamiento, si bien constituye un incumplimiento de la obligación, un juicio ponderado de las cantidades adeudadas por la contratista cada año (en 2012, 403,68 euros sobre un total de 18.111,12 euros -1.509,26 euros/mes-; y en 2013, 619,28 euros entre enero y agosto, sobre un total de 12.424,24 euros) permite afirmar que tal incumplimiento no tiene entidad suficiente para calificarlo de sustancial o grave, y por ende, no faculta a la Administración para resolver el contrato.

- Lo mismo cabe reiterar en relación con la falta de pago del canon de los meses de julio y septiembre de 2013. El mero retraso de solo dos meses en el abono de tal cantidad, cuando no hay una voluntad rebelde al impago, no se considera causa de resolución; ello sin perjuicio de que si el impago se hubiera seguido reiterando también en los meses siguientes (hecho que no consta en el expediente y al que la propuesta de resolución no hace referencia alguna), ello podría facultar al Ayuntamiento a iniciar un procedimiento de resolución del contrato por tal causa.

- La falta de domiciliación bancaria de los recibos, la preferencia en la contratación de personal del municipio, la falta de designación de un encargado de relacionarse con el Ayuntamiento y la instalación de placas solares, podrán constituir, en su caso, infracciones del contrato, sancionables conforme a la cláusula cuadragésima del PCAP, pero en ningún supuesto, atendida la naturaleza no sustancial de la obligación, causa de resolución del contrato.

- La falta de suscripción de un seguro a todo riesgo y la falta de constancia de las tarifas de los usuarios no solo no se han acreditado sino que además la contratista afirma que se han cumplido. De la misma manera, las deficiencias advertidas por la Gerencia de Servicios Sociales en septiembre de 2012 no parecen revestir entidad suficiente como para calificarse de incumplimiento grave y causa de resolución.

- La alegada gestión de la residencia por una empresa diferente a la contratista tampoco se considera, en este caso y vista la documentación aportada, causa de resolución. Aunque parece admitirse tácitamente por la contratista que la empresa se gestiona por una empresa de la que es titular, y a pesar de que en el informe del secretario se alude a documentación que lo acredita, no consta en el expediente remitido que se haya producido cesión del



contrato o subcontratación, ni que, de tratarse de este último supuesto, la subcontratación recaiga sobre prestaciones principales, no accesorias (artículo 170 del TRLCAP). Sin perjuicio de ello, ni el TRLCAP, ni el contrato ni los pliegos califican esta obligación como esencial ni incluyen el incumplimiento de esta obligación entre las causas de resolución.

- El Ayuntamiento no ha probado el incumplimiento de algunas de las mejoras ofertadas frente a las alegaciones de cumplimiento de la contratista, mientras que otras mejoras son, como se infiere de las afirmaciones de la contratista, de difícil o irrazonable realización (excursiones por el campo para personas impedidas o de avanzada edad, carteles, banderas, semana del mayor, etc.). En cualquier caso, los incumplimientos de estas últimas mejoras, al no constar que hayan influido decisivamente en la adjudicación del contrato, no pueden considerarse de entidad suficiente para calificarse como graves y determinantes de la resolución del contrato.

Como se ha expuesto *ut supra*, la resolución del contrato administrativo requiere un incumplimiento de entidad sustancial y que se refiera al logro de la finalidad pretendida por la Administración al contratar. Ello no ocurre en el presente supuesto, en el que el Ayuntamiento ha tratado de argumentar, sin prueba suficiente en el expediente administrativo, incumplimientos graves de la contratista, ya que ésta ha rebatido punto por punto los motivos esgrimidos por el Ayuntamiento (salvo el relativo a la prestación de la garantía definitiva).

En definitiva, puede concluirse, a la vista de la documentación obrante en el expediente, que los incumplimientos de la contratista alegados por el Ayuntamiento no tienen la gravedad suficiente ni impiden el cumplimiento sustancial del contrato. Por tanto, no se aprecia que constituyan causa de resolución del contrato.

Por otra parte, no cabe obviar que, junto al carácter no esencial y accesorio de algunos incumplimientos de la contratista (otros no se ha probado o no son ciertos), ésta ha mostrado una voluntad de colaboración y de diálogo que no parece ser correspondida por el Ayuntamiento (según indica, de un tiempo a esta parte el alcalde ha ido perdiendo la buena relación con la empresa; y ha de tenerse en cuenta que el Alcalde se ha abstenido en el procedimiento alegando que la adjudicataria podría alegar enemistad manifiesta). Por todo ello, sería conveniente que, en aras de lograr la adecuada



consecución del fin público perseguido con el contrato y teniendo en cuenta que la actividad sustancial del contrato se sigue prestando, los problemas surgidos entre las partes se tratarán de resolver de mutuo acuerdo.

6ª.- Por último, este Consejo quiere formular unas consideraciones en relación con la falta de prestación de la garantía definitiva y su incidencia en el contrato formalizado.

La garantía definitiva tiene por objeto garantizar el cumplimiento adecuado y la correcta ejecución del contrato adjudicado y formalizado, por lo que responde de todos y cada uno de los conceptos que enumera el artículo 43.2 del TRLCAP, sin que pueda devolverse hasta que no se produzca la liquidación del contrato y de su resultado no se desprenda la existencia de responsabilidades a ejecutar sobre ella, conforme previene el artículo 47.1 del TRLCAP.

Dada la trascendencia que tiene la garantía definitiva para asegurar el correcto cumplimiento del contrato, y por tanto para el interés público, se sugiere al Ayuntamiento, teniendo en cuenta el tiempo que aún resta para la ejecución del contrato, la posibilidad de requerir a la contratista la prestación de la garantía definitiva, conforme a lo previsto en la cláusula decimonovena del PCAP y aplicando de manera análoga a lo previsto para el reajuste de las garantías en el artículo 41.2 del TRLCAP.

III CONCLUSIONES

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

No procede resolver el contrato de gestión del servicio público "Residencia de la Tercera Edad – Centro de Día", denominado hhhh, de propiedad municipal, suscrito entre el Ayuntamiento de xxxx y Dña. qqqq.

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