



Sra. Salgueiro Cortiñas, Presidenta

Sr. Estella Hoyos, Consejero  
Sr. Fernández Costales, Consejero  
Sr. Pérez Solano, Consejero  
Sr. Quijano González, Consejero  
Sr. Nalda García, Consejero y  
Ponente

Sr. Besteiro Rivas, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Valladolid el día 10 de marzo de 2004, ha examinado el *expediente relativo a la determinación de responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de gestión indirecta del servicio público de residencia de la 3ª edad y centro de día, adjudicado por el Excmo. Ayuntamiento de xxxxxxxx (xxxxxxxxxxx) a la entidad mercantil "yyyyyyyyyyyyyyyyyy, S.L."* y el *expediente simultáneo para la determinación de la indemnización de daños y perjuicios por dicho incumplimiento*, 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 9 de febrero de 2004 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente para la determinación de responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de gestión indirecta bajo la modalidad de concesión del servicio público de residencia de la 3ª edad y centro de día, adjudicado por el Pleno del Excmo. Ayuntamiento de xxxxxxxx (xxxxxxx) con fecha 17 de julio de 2002, a la entidad mercantil "yyyyyyyyyyyyyyyyyy, S.L."* y *expediente simultáneo para la determinación de la indemnización de daños y perjuicios por dicho incumplimiento*.



Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 9 de febrero de 2004, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 90/2004, 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. Nalda García.

**Primero.-** Con fecha 22 de julio de 2002 se suscribe, tras la celebración de concurso y acuerdo del Pleno, el contrato administrativo para la gestión indirecta bajo la modalidad de concesión del servicio público de residencia de la 3ª Edad y centro de día entre el Ayuntamiento de xxxxxxxx (xxxxx) y la empresa "hhhhhhhhhhhh S.L.", una vez constituida la correspondiente fianza definitiva mediante aval bancario.

El objeto del contrato es la explotación de la gestión de la residencia y centro de día con capacidad para 16 plazas para la residencia de la 3ª edad y entre 30 y 40 plazas para el centro de día.

Las principales estipulaciones del contrato, en lo que ahora interesa, eran las siguientes:

- Las obras e instalaciones, que en su caso, hubiera que realizar para la adecuación del edificio a los fines que se persiguen, "la atención a los residentes o beneficiarios del servicio público objeto de este contrato", correrían por cuenta de la empresa adjudicataria y pasarían a la Administración contratante a la terminación del mismo.

- La adjudicataria debía financiar la adquisición del mobiliario necesario para la puesta en funcionamiento de la residencia de la 3ª edad, y aquél que fuera necesario para la puesta en funcionamiento del centro de día.

- Igualmente, correspondía a la adjudicataria financiar el acondicionamiento exterior de los entornos del edificio.

- El Ayuntamiento se comprometía a solicitar las oportunas subvenciones de las diversas Administraciones Públicas para dichos fines, poniendo a disposición del concesionario el importe de aquellas que se obtuvieran, descontándose del canon a satisfacer en los tres primeros años de vigencia de la concesión, el importe de las anteriores inversiones, no cubierto



por las subvenciones. Asimismo, se pondría a disposición del adjudicatario del servicio el equipamiento, inventariado y el edificio en la C/ eeeeeeee, s/n.

- El personal para la atención de los residentes sería contratado por la empresa adjudicataria.

**Segundo.-** Con fecha 18 de diciembre de 2002 el Ayuntamiento de xxxxxxxxxxxx solicita la autorización de funcionamiento del centro de estancias diurnas, adjuntándose a la misma la licencia municipal de apertura, el certificado de titularidad del inmueble donde se ubica el centro, la copia del contrato administrativo de concesión, los boletines de los instaladores autorizados por el Servicio Territorial de Industria de xxxxx de las instalaciones interiores de agua, luz, calefacción y agua caliente, y los planos de la planta del centro.

La Gerencia de Servicios Sociales, mediante escrito de fecha 17 de enero de 2003, requiere al Ayuntamiento la subsanación de determinadas deficiencias en la documentación presentada, y concretamente las siguientes:

- Documento Memoria de Centros en el modelo homologado.
- Que en los planos presentados relativos a la totalidad del inmueble, en lo que respecta al centro de estancias diurnas esté señalada la diferenciación del espacio de las instalaciones y las dependencias que serán utilizables para este uso en el conjunto del edificio, acompañando una Memoria descriptiva del equipamiento con que está dotado el centro de estancias diurnas.
- El programa de las actividades a realizar por los usuarios y la tarifa de precios prevista.
- El modelo de contrato a formalizar o del conjunto de las estipulaciones sobre las condiciones ofrecidas por el centro.
- La relación de las prestaciones básicas, específicas y complementarias ofertadas por el centro, especificando la modalidad de la prestación del servicio de transporte, así como en caso de que el servicio de restauración se preste en el centro, autorización sanitaria preceptiva al respecto.



En el mismo sentido se señala, además, que por parte de ese Organismo se está valorando el contenido del modelo de régimen interno aportado.

**Tercero.-** Mediante escrito de fecha 24 de abril de 2003 la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de xxxxxxxx solicita a la empresa "yyyyyyyyyyyyyy, S.L.", la siguiente documentación:

- Proyecto de la póliza de seguros que cubra el continente, contenido del centro y la responsabilidad civil de los usuarios.
- Modelo de ficha individualizada de cada usuario en la que se reflejen los siguientes datos: a) Personales, b) Evolución y grado de dependencia, c) Datos familiares y d) Otras Circunstancias de interés.
- Fotocopia compulsada de la resolución de autorización sanitaria de funcionamiento.
- Copia compulsada del contrato de gestión de servicio público.

Escrito cuya copia fue remitida igualmente, para su conocimiento, al Ayuntamiento de xxxxxxxx.

**Cuarto.-** Mediante escrito de fecha 20 de junio de 2003 la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de xxxxxxxx, con el fin de completar el expediente iniciado ante esa Gerencia para solicitar la autorización de apertura/funcionamiento y correspondiente inscripción del centro de estancias diurnas de xxxxxxxx, solicita al Ayuntamiento titular del mismo la siguiente documentación:

- El proyecto de póliza de seguros que cubra el continente, contenido del centro y la responsabilidad civil de los usuarios.
- El modelo de ficha individualizada de cada usuario en los términos ya requeridos en su escrito de fecha 24 de abril de 2003, remitido a la empresa adjudicataria y comunicado al Ayuntamiento.
- La fotocopia compulsada de la autorización sanitaria de Funcionamiento.



- La copia compulsada del contrato administrativo de concesión, también ya requerido en abril de 2003.

Asimismo, en dicho escrito se comunican una serie de deficiencias de infraestructura observadas en la visita técnica que deben ser corregidas. Así como, una serie de recomendaciones.

**Quinto.-** La empresa adjudicataria, mediante escrito no fechado solicita al Ayuntamiento de xxxxxxxxx "la rescisión de mutuo acuerdo de la relación obligacional que les une, en el entendimiento que la misma se produce con el consentimiento de las dos afectadas y sin responsabilidad de ninguna clase, renunciando desde este mismo instante a solicitar algún tipo de compensación por los daños y perjuicios que se hayan podido irrogar a cada una de las partes"; así como, la devolución del aval presentado en su día. Escrito que según consta en los informes obrantes en el expediente tiene entrada en el registro municipal el 15 de octubre de 2003.

**Sexto.-** El Pleno del Ayuntamiento de xxxxxxxxx acuerda en fecha 20 de noviembre de 2003, con cuatro votos a favor y uno en contra, iniciar e expediente para la determinación de la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de gestión indirecta bajo la modalidad de concesión de servicio público aludido y de iniciación del expediente para la determinación de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento.

Las obligaciones incumplidas según el Ayuntamiento son las siguientes:

- No abonar los gastos derivados de la realización de publicaciones en el expediente de contratación, conforme a la letra g) de la cláusula segunda del Pliego de condiciones económico administrativas que rige la contratación.

- No cumplir la obligación de abonar el canon.

- No suscribir el contrato de seguro en los términos contenidos en la letra h) de la cláusula segunda del Pliego.

- No tramitar la solicitud necesaria para la obtención de la licencia de funcionamiento, y de realizar a su costa las actuaciones que sean necesarias para la obtención de dicha licencia, conforme a la letra k) de la cláusula segunda del Pliego.



- No proceder al acondicionamiento del entorno exterior del edificio destinado a residencia, conforme a la letra j) de la cláusula segunda del Pliego.

- No dotar del mobiliario necesario para la puesta en funcionamiento de la residencia de la 3ª edad y centro de día, conforme a la letra j) anterior.

- No prestar el servicio público objeto del contrato por un periodo superior a 6 meses consecutivos o 6 meses dentro de un periodo de un año, tal y como se recoge en la cláusula segunda del Pliego de cláusulas de explotación y técnicas y en la cláusula catorce del Pliego de condiciones económico administrativas.

**Séptimo.-** En el trámite de audiencia concedido a la empresa adjudicataria y a la entidad avalista, la primera presenta escrito de alegaciones en fecha 9 de diciembre de 2003, sin que conste la escritura de apoderamiento que legitima a D. ccccccccccccc para actuar en nombre y representación de la entidad mercantil "yyyyyyyyyyyyyyyy S.L.", oponiéndose a los incumplimientos de los que le acusa el Ayuntamiento, y solicita el archivo del expediente, poniendo en entre dicho las actuaciones de esa Corporación Local al señalar que se reserva el poner en conocimiento las mismas ante la Fiscalía por si pudieran constituir algún ilícito penal.

**Octavo.-** Con fecha 15 de diciembre de 2003, el Secretario del Ayuntamiento de xxxxxxxxx emite informe jurídico, donde se hace constar que han existido incumplimientos de sus obligaciones por parte del adjudicatario, así como la indemnización que procede abonar como consecuencia de los mismos y la incautación de la garantía definitiva.

**Noveno.-** El adjudicatario presenta nuevamente escrito de alegaciones en fecha 26/12/2003, reiterando lo ya manifestado en su anterior escrito, e incide en el informe de 20 de junio de 2003 de la Gerencia Territorial de Servicios Sociales y en el cual manifiesta que "en las condiciones actuales el centro podría ser autorizado para 15 plazas", lo que determina un incumplimiento por parte del Ayuntamiento contratante. Poniendo de manifiesto igualmente que el Ayuntamiento ha solicitado de forma extemporánea las subvenciones a las que se había comprometido en el contrato.



**Décimo.-** El instructor del expediente tramitado formula propuesta de resolución acordando la resolución del contrato administrativo por el incumplimiento culpable del adjudicatario de las obligaciones derivadas del contrato, la incautación de la garantía definitiva por importe de 12.000 euros, la imposición de una sanción pecuniaria de 45.000 euros como consecuencia de la resolución anticipada del contrato (3.000 euros por cada uno de los 15 años de vigencia de la concesión) y la exigencia de una indemnización de daños y perjuicios por importe de 123.771,75 euros.

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 los artículos 4.1.h), 4º y 19.2 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 de acuerdo con lo establecido en el punto 4º, regla A) apartado f) 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.-** Ante todo cabe señalar que la competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, esto es, el Pleno del Ayuntamiento de xxxxxxxxx, conforme dispone el artículo 59 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. Se ha seguido el procedimiento legalmente establecido dando audiencia tanto al contratista como al avalista.

**3ª.-** El asunto sometido a consulta versa sobre expediente iniciado por el Ayuntamiento contratante para la determinación de responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de gestión indirecta bajo la modalidad de concesión del servicio público de residencia de la 3ª edad y centro de día, adjudicado por el Pleno del Excmo. Ayuntamiento de xxxxxxxxx (xxxxx) con fecha 17 de julio de 2002, a la entidad mercantil "yyyyyyyyyyyyyy,



S.L.” y expediente simultáneo para la determinación de la indemnización de daños y perjuicios por dicho incumplimiento.

**4ª.-** En cuanto al fondo de la cuestión planteada, estima este Consejo Consultivo, que ante la multitud de las causas invocadas por la Corporación Local como incumplimientos del contratista, es necesario hacer un análisis de cada una de ellas por separado, así como a quien es imputable el hecho de que todavía no se haya emitido la correspondiente licencia de funcionamiento/ actividad, imprescindible para iniciar la prestación del servicio objeto de contrato.

En primer lugar, entendemos que hemos de analizar el problema de la autorización del centro, entendiendo por tal aquel acto administrativo por el cual la Gerencia de Servicios Sociales de Castilla y León permite la apertura y el funcionamiento de los centros y unidades que en ella se integren. Siendo necesaria, en todo caso, la autorización administrativa en los casos de apertura y funcionamiento de los centros para personas mayores, como en el caso que nos ocupa, que se otorgará cuando se cumplan las condiciones y requisitos establecidos, conforme al artículo 5 del Decreto 14/2001, de 18 de enero, sobre condiciones y requisitos para la autorización y funcionamiento de los centros de carácter social. Sin dicha autorización no se podrá legalmente comenzar la prestación de la actividad objeto de contrato de concesión en este caso, con la empresa “yyyyyyyyyyyyyy S.L.”.

Dicha autorización de funcionamiento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8 del Decreto 14/2001 citado, debe ser solicitada por el titular o representante legal de la entidad en instancia normalizada acompañada de la documentación a la que hace referencia el artículo 9 del mismo texto normativo. Teniendo en cuenta que en el presente caso, el adjudicatario de la concesión se obliga a tramitar la solicitud, necesaria para la obtención por parte del Ayuntamiento de xxxxxxxxxxxx, de la licencia de funcionamiento por parte de la Junta de Castilla y León, y a realizar a su costa las actuaciones que sean necesarias para la obtención de dicha licencia de funcionamiento, conforme establece la cláusula segunda letra K) del Pliego de condiciones económico administrativas que rige la presente contratación.

Concretamente, el Ayuntamiento solicitó la autorización de funcionamiento del centro de estancias diurnas con fecha 16 de diciembre de 2002, a la que se acompaña la licencia municipal de apertura del centro, los planos del centro, el certificado de titularidad del inmueble donde se ubica el





centro, la copia del contrato de gestión bajo la modalidad de concesión, los boletines autorizando las instalaciones interiores de agua, luz, calefacción y agua caliente, todos ellos documentos aportados por el propio Ayuntamiento según el mismo refiere.

La Gerencia de Servicios Sociales mediante escrito de fecha 17 de enero de 2003 requirió al Ayuntamiento la subsanación de determinadas deficiencias en la documentación presentada, tal y como consta recogido en los antecedentes.

Según el propio Ayuntamiento, la documentación requerida fue aportada al expediente por parte de la empresa adjudicataria "yyyyyyyyyyyyy S.L."

Mediante escrito de fecha 24 de abril de 2003 la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de xxxxxxxxxxx solicitó también a la empresa "yyyyyyyyyyyyy S.L.", determinada documentación, como se recoge igualmente en los antecedentes.

Dicha documentación fue solicitada nuevamente por la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de xxxxxx, mediante escrito de fecha 20 de junio de 2003, de lo que se deduce que en dicha fecha no había sido remitida dicha documentación por la empresa contratista. Haciendo constar además en dicho escrito, que fue también remitido al Ayuntamiento, deficiencias de infraestructura que debían ser corregidas en los términos contenidos en el mismo.

Se desconoce si dichos documentos fueron aportados con posterioridad por la empresa adjudicataria. Al respecto, la empresa en su escrito de alegaciones señala que sí tenían proyecto de contrato de seguros, acreditándolo con telefax enviado por la sociedad rrrrrrr, como correduría de seguros, que acredita la existencia, pero no su envío a la Gerencia de Servicios Sociales. Señala, además, que presentó toda la documentación con excepción de la autorización sanitaria de funcionamiento, señalando en su escrito de alegaciones que no fue posible obtenerla, puesto que desde los Servicios Territoriales de Sanidad y Bienestar Social de la Junta se exige para concederlo que se acompañe copia compulsada de la Resolución de la Gerencia de Servicios Sociales, en la que conste la autorización de la residencia; y que al no ponerse de acuerdo ambos servicios, sobre quien de ellos debe dar la autorización en primer lugar, resulta imposible obtener la citada autorización. Para acreditar tal situación acompaña copia de un escrito del Servicio Territorial



de Sanidad de xxxxxxx de fecha 26 de febrero de 2003 sin firma alguna y sin destinatario, lo que cercena en gran medida su validez y posible eficacia.

La alegación del contratista no parece admisible. De acuerdo con el artículo 11.1 del Decreto 14/2001, cuando el centro cuente con un sector destinado a los servicios sanitarios, será requisito previo su autorización por el Director General de Salud Pública, conforme exige el artículo 7.2 del Decreto 93/1999, de 29 de abril, por el que se establece el régimen jurídico y el procedimiento para la autorización y registro de centros, servicios y establecimientos sanitarios y socio-sanitarios. Es claro, que de acuerdo con lo señalado es preciso para obtener la autorización del centro presentar junto con la documentación contenida en el artículo 9, la correspondiente autorización sanitaria. Por su parte, el mencionado Decreto 93/1999, no recoge dentro de la documentación exigida para obtener ni la autorización previa, ni la autorización sanitaria de funcionamiento, la autorización del centro de servicios sociales, tal y como se desprende de lo dispuesto fundamentalmente en el artículo 9 y 14 del citado texto normativo.

En el expediente no ha quedado acreditado, en modo alguno, que el contratista hubiera solicitado la autorización sanitaria del centro a la Dirección General de Salud Pública, ni que ésta se la hubiera denegado por no disponer de la autorización de funcionamiento del centro por parte de la Gerencia de Servicios Sociales.

A la luz de lo expuesto, hasta el momento, este Consejo Consultivo considera que se puede hablar de un incumplimiento por parte del contratista, al no haber tramitado la solicitud de autorización sanitaria, que constituye un documento esencial y previo al otorgamiento de la correspondiente autorización de funcionamiento de la Gerencia de Servicios Sociales.

No podemos olvidar, por último, en relación con la autorización de funcionamiento, que por parte de la Gerencia de Servicios Sociales, mediante escrito de fecha 20 de junio de 2003, también fueron puestas de manifiesto una serie de deficiencias de infraestructura, observadas en la inspección técnica efectuada por personal de la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de xxxxxx al centro en cuestión, que debían ser corregidas en los siguientes términos, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 14/2001, de 18 de enero, sobre condiciones y requisitos para la autorización y funcionamiento de los centros de carácter social:



- En cumplimiento del artículo 35.2 b), se dotará de un aseo con ducha cada 15 plazas o fracción, deberán transformarse dos cabinas con ducha, teniendo en su interior al menos un inodoro y un lavabo sin pedestal, distribuido de tal manera que pueda inscribirse en un círculo de 1.5 metros de diámetro libre de obstáculos.

- Se dispondrán pasamanos en pasillos y zonas de tránsito. La altura de los pasamanos medida en su parte más alta estará comprendida entre 0,80 y 0,90 metros, según el artículo 18 c).

- Debe solucionarse el problema de accesibilidad que presenta el centro, pues existe un desnivel importante entre la fachada principal y la carretera, según el artículo 18 c).

- Contará con cuatro sillones de tipo extensible con abatimiento de conformidad con el artículo 35.7.

No obstante, se advierte que la deficiencia señalada en el punto primero, no sería tal si el número de plazas se viese disminuido. En las condiciones actuales el centro podría ser autorizado para 15 plazas.

Surge entonces la cuestión de a quién corresponde corregir tales deficiencias, si al Ayuntamiento de xxxxxxxxxxxx o al contratista, "yyyyyyyyyyyyyyyyyy, S.L."

Al respecto, hemos de acudir a las cláusulas del Pliego de condiciones económico administrativas que rige la presente contratación, donde se recogen las obligaciones del contratista. Así, la cláusula segunda, en su letra K), recoge dentro de dichas obligaciones, la de realizar a su costa las actuaciones que sean necesarias para la obtención de la licencia de funcionamiento del centro por parte de la Junta, debiendo recordarse que dichas deficiencias observadas desde la Gerencia de Servicios Sociales incluían no sólo las obras, sino también la dotación del mobiliario.

Si ponemos en relación lo recogido en la citada letra K) del Pliego, con lo dispuesto en la letra i) del mismo, relativa a la obligación de dotar la residencia y centro de día del mobiliario necesario para la puesta en funcionamiento, el Consejo considera que, efectivamente, la corrección de tal deficiencia debía ser realizada por la adjudicataria. Y ello porque, si bien correspondía al Ayuntamiento poner a disposición de la empresa dicho mobiliario, ésta debía



previamente informar a la Corporación del mobiliario que debía instalarse y de su valor, así como recabar su autorización, lo que no consta que hiciera.

No obstante, hemos de señalar que del escrito de fecha 20 de junio de 2003 remitido al Ayuntamiento de xxxxxxxxxxxx por parte de la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de xxxxxx, no consta en el expediente que aquel pusiera en conocimiento de la empresa contratista tales deficiencias de infraestructura para su corrección; aunque puede entenderse que ésta si tenía conocimiento de las mismas al no señalar lo contrario en su escrito de alegaciones y ser su argumento de defensa que no es a su costa, aunque, con ello, se refiere a la dotación de mobiliario y al acondicionamiento exterior.

De todo lo expuesto, este Consejo Consultivo considera que la no obtención de la correspondiente autorización de funcionamiento del centro en cuestión a emitir por la Gerencia de Servicios Sociales es imputable al contratista por las razones ya dichas.

Una vez analizado el tema de la autorización de funcionamiento del centro, hemos de pasar a analizar los distintos incumplimientos imputados a la empresa contratista.

Así, se le imputa no haber cumplido la obligación de pagar los gastos derivados de las publicaciones necesarias para la adjudicación del contrato, recogida en la letra g) de la cláusula segunda del Pliego. Incumplimiento que efectivamente es cierto, y es reconocido por el propio contratista, pero no parece imputable al mismo, si no ha sido requerido, en ningún momento, por el Ayuntamiento. Del expediente efectivamente se extrae el incumplimiento citado, pero también que no ha sido girado su abono al contratista para su pago, al cual parece no negarse el mismo. Por tanto, entendemos que este incumplimiento por sí sólo no puede dar lugar a la resolución del contrato, ni a solicitar una indemnización de daños y perjuicios por su impago; consideramos que tal pago debería ser requerido en la fase de liquidación del contrato y no como indemnización.

Se le imputa en segundo lugar, no haber cumplido con su obligación de abonar el canon al Ayuntamiento conforme a su oferta económica y la cláusula octava del contrato suscrito al efecto.

Al respecto, este Consejo Consultivo considera que en tanto en cuanto no se inicie la prestación del servicio no tiene sentido exigir el pago del mismo,



puesto que entender lo contrario, a nuestro juicio, podría suponer un enriquecimiento injusto por parte de la Administración. Hemos de recordar que el tiempo que media hasta la obtención de la citada autorización de funcionamiento por parte de la Gerencia de Servicios Sociales no depende exclusivamente del contratista, sino que depende en primer lugar del propio Ayuntamiento que debía dictar la correspondiente licencia municipal de primera ocupación que no fue emitida hasta el 1 de enero de 2003, cuando el contrato fue firmado el 22 de julio de 2002.

En cuanto al tercer incumplimiento alegado, esto es, no haber suscrito un contrato de seguro, hemos de señalar que el contratista mientras no pudiera iniciar la actividad objeto de la concesión, hasta que no tuviera la autorización correspondiente, únicamente tenía que tener un proyecto de contrato de seguro, que sí consta en el expediente, aunque no queda claro si fue remitido por la empresa o no a la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de xxxxxx. Por tanto, el incumplimiento alegado de contrario no es tal.

En cuarto lugar, se señala que el contratista ha incumplido la obligación contenida en la letra k) de la cláusula segunda del Pliego, esto es, "tramitar la solicitud necesaria para la obtención por parte del Ayuntamiento de xxxxxxxx, de la licencia de funcionamiento por parte de la Junta de Castilla y León, y a realizar a su costa las actuaciones que sean necesarias para la obtención de dicha licencia". Incumplimiento que, como hemos analizado al hablar de la autorización de funcionamiento, sí que es imputable al contratista. Sin que podamos entender acreditado en modo alguno las alegaciones vertidas de contrario por el contratista en su escrito, relativas a que existe una falta de coordinación entre la Gerencia de Servicios Sociales y los Servicios Territoriales de Sanidad.

En cuanto al quinto incumplimiento, esto es, no proceder al acondicionamiento del entorno exterior en los términos recogidos en la letra j) de la cláusula segunda del Pliego, entendemos que puesto que todavía no se había obtenido la licencia de funcionamiento, y no incidir dicho acondicionamiento en aquella, no era una obligación que debía haberse cumplido en dicho momento, puesto que sin la preceptiva licencia de funcionamiento no tiene sentido que la empresa inicie tales cometidos, si no tiene la certeza de que efectivamente va a poder iniciar la prestación del servicio objeto de concesión.



En sexto lugar se imputa al contratista el no haber dotado de mobiliario necesario para la puesta en funcionamiento de la residencia de la 3ª Edad y del centro de día, lo cual como ya hemos expuesto es cierto, puesto que al menos el mobiliario que había dado lugar a las deficiencias de infraestructura puestas de manifiesto desde la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de xxxxxxx, que debían ser corregidas, eran a costa del contratista.

Finalmente, se le acusa al contratista de no haber prestado el servicio público objeto del contrato por un periodo superior a 6 meses consecutivos o 6 meses dentro del periodo de un año, conforme a lo dispuesto en la cláusula segunda del contrato, que lo recoge como causa de resolución. Surge la duda sobre si dichos periodos se refieren a un momento en el cual ya se había iniciado la prestación del servicio o puede entenderse que se refiere igualmente a momentos anteriores al momento de obtención de la licencia. Al respecto, y poniendo en relación lo anterior con lo dispuesto en la letra d) del Pliego de condiciones económico administrativas, que fija dentro de las obligaciones del contratista iniciar la prestación del servicio antes de un mes desde la obtención de la autorización de funcionamiento y apertura expedida por la Junta de Castilla y León, así como una indemnización por importe de 150 euros por cada día de retraso en el inicio de la prestación del servicio, podemos pensar que tales periodos de seis meses se refieren al momento en el que ya se ha iniciado la prestación del servicio y no antes. Razón por la cual no se puede imputar al contratista dicho incumplimiento. A mayor abundamiento, hemos de tener en cuenta lo recogido en la cláusula segunda del Pliego de cláusulas de explotación y técnicas aplicables en la gestión del centro de día y residencia de la tercera edad, que establece que “el concesionario en todo caso antes de dejar de prestar el servicio, deberá resolver previamente el alojamiento y atención de las personas usuarias de la residencia de la 3ª edad, debiendo continuar con la gestión, hasta que el Ayuntamiento encuentre una nueva empresa que se encargue de su gestión. En todo caso deberá obtener la correspondiente autorización de cese temporal por parte de La Junta de Castilla y León”.

En consecuencia de lo que antecede, hemos de señalar que este Consejo Consultivo no comparte todos los incumplimientos imputados al contratista, sino únicamente, a modo de resumen, los contenidos en cuarto lugar, relativo a la licencia de funcionamiento, y sexto lugar, no dotar del mobiliario necesario para la puesta en funcionamiento de la residencia de la 3ª edad y del centro de día.

Dichos incumplimientos han determinado de forma clara la imposibilidad de comenzar la prestación del servicio objeto de concesión, lo que determina



que estemos ante una de las causas de resolución del contrato contenida en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Así, el artículo 111 de dicho texto normativo señala en su letra g), de aplicación a los contratos de gestión de servicios públicos en virtud del artículo 167 de la Ley, como una de las causas de resolución del contrato el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, dentro de las que evidentemente se incluyen las antes referidas. Señalando el artículo 113 como efectos de la resolución cuando el contrato se resuelve por incumplimiento culpable del contratista la incautación de la garantía e indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a la Administración que excedan del importe de la garantía incautada. Artículo que hemos de poner en relación con lo dispuesto en el artículo 113 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que dispone que “en los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, la determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar éste se llevará a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada previa audiencia del mismo, atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración”.

Respecto a esta causa resolutoria, 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”.

Por su parte el Consejo de Estado al tratar el poder resolutorio de la Administración ha mantenido, en su dictamen número 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 número 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”.

En cuanto a la existencia de daños y perjuicios, el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de diciembre de 1980 ha declarado que “... debiendo 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 su 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 tanto, en el presente caso podemos concluir que efectivamente ha existido un incumplimiento de sus obligaciones por parte del contratista, e imputable al mismo, que determina la concurrencia de una de las causas de resolución de los contratos administrativos, como ya hemos puesto de manifiesto.





**5ª.-** Procede analizar también cuáles deben ser los efectos de tal resolución, esto es, si debe ir acompañada de la incautación de la garantía definitiva, en este caso 12.000 euros, e indemnización de daños y perjuicios, o no.

En principio parece que debería ir acompañada de la incautación de la garantía definitiva, y del abono de los daños y perjuicios ocasionados a la Administración que excedan del importe de la garantía incautada. Ello siempre y cuando que quien la exige, en este caso el Ayuntamiento de xxxxxxxxxx, haya cumplido fielmente sus obligaciones.

Al respecto, el contratista en su escrito de alegaciones deja constancia de una serie de irregularidades por parte de la Administración contratante, las cuales debemos analizar, a fin de determinar a la luz del expediente remitido si concurren o no.

Así, en primer lugar alega que el Ayuntamiento ha incumplido los plazos fijados para la tramitación de los expedientes urgentes, como el presente, señalados en el artículo 71.2.d) de la Ley de Contratos, que fija que “el comienzo de la ejecución no podrá ser superior a dos meses desde la fecha de adjudicación, quedando resuelto el contrato en caso contrario, salvo que el retraso se debiera a causas ajenas a la Administración contratante y al contratista y así se hiciera constar en la correspondiente resolución motivada”. Retraso inicial que efectivamente, y salvo prueba en contrario es imputable al Ayuntamiento, puesto que aunque la adjudicación del contrato se produjo en fecha 17 de julio de 2002, no es hasta el 31 de enero de 2003 cuando concede licencia municipal de primera ocupación para el inmueble donde se sitúa la residencia de la 3ª edad y centro de día cuya explotación es objeto de concesión; documento que hemos de recordar que es necesario para obtener la autorización de funcionamiento por parte de la Gerencia de Servicios Sociales. No obstante, la tramitación de dicha autorización sí es imputable al contratista.

Respecto, a lo alegado por el contratista en su escrito de alegaciones en su manifestación segunda, punto segundo, hemos de señalar que este Consejo Consultivo no puede tener en cuenta las mismas, al no acompañarse ninguna prueba documental ni de ningún otro tipo.

Asimismo, respecto al incumplimiento del Ayuntamiento alegado por el contratista en el punto tercero de la manifestación segunda de su escrito de alegaciones, relativa al incumplimiento del Decreto 14/2001, en cuanto a la



capacidad de la residencia y si tiene los metros cuadrados suficientes, este Consejo Consultivo tampoco tiene datos para determinar tal hecho. Salvo, que al no haberlo puesto de manifiesto el personal técnico de la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de xxxxxx en su visita al centro, previa a la emisión de la correspondiente autorización, no se dijo nada al respecto.

En conclusión, respecto a las alegaciones del reclamante de lo único que queda constancia es que se tardó en conceder la licencia municipal de primera ocupación, sin constar causa ajena al Ayuntamiento para la tardanza en la emisión de la misma. Incumplimiento que entendemos que no enerva por sí sólo, que los efectos de la resolución no sean los contenidos en el artículo 113.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ya aludido.

Entendemos por tanto, que salvo que quedara acreditada la concurrencia de otros incumplimientos o irregularidades alegadas por el contratista, pero no acreditadas, al menos en el expediente remitido, cabe la incautación de la garantía definitiva.

**6ª.-** Debe analizarse finalmente, si cabe exigir además alguna otra cantidad en concepto de indemnización de daños y perjuicios, que exceda del importe de la garantía incautada.

El Ayuntamiento cifra los daños y perjuicios causados en las siguientes cuantías:

- 34,20 euros del importe de los anuncios en diarios oficiales, que entendemos que debe formar parte de la liquidación y no de este concepto.

- 36.659,26 euros correspondientes al importe del canon dejado de percibir desde el 22 de julio de 2002 al 15 de diciembre de 2003.

- 1.367,79 euros correspondientes a los recibos de la luz del inmueble donde se ubica el centro desde la fecha en que se solicitó el alta en el servicio.

- 5.019,13 euros por el coste que ha supuesto para el Ayuntamiento la ejecución de las obras de extensión de la red de distribución para suministro de energía eléctrica al centro. Obras ejecutadas por la empresa "mmmmmmmmmm S.L."



- 2.559,76 euros por el coste que ha supuesto la elaboración del proyecto técnico de la obra de urbanización del entorno del centro, proyecto elaborado por la arquitecta Dña. vvvvvvvvvv.

- El importe de las inversiones que se comprometía a realizar el contratista y no ha realizado, esto es, 48.081 euros por inversiones en el acondicionamiento del inmueble y 30.050,61 euros por inversiones en la dotación de mobiliario.

- El ingreso de la indemnización fijada en la cláusula número 14 del Pliego de condiciones económico administrativas (en el supuesto de resolución anticipada del contrato), por un importe de 3.000 euros por cada año que faltara hasta la terminación de la vigencia del contrato, cantidad que asciende a 45.000 euros.

Respecto a tales daños, y a la luz de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, ya señalada, este Consejo Consultivo considera que únicamente pueden considerarse como daños y perjuicios indemnizables los relativos a los recibos de la luz, el coste de las obras necesarias para el suministro eléctrico y el relativo al coste de la elaboración del proyecto técnico de urbanización del entorno. No así los demás al no tratarse de daños reales y efectivos. Dichas cuantías son inferiores al importe de la garantía definitiva, por lo que quedan subsumidas en la misma.

### **III CONCLUSIONES**

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

a) Favorablemente la propuesta de acuerdo municipal, por la que se resuelve por incumplimiento, el contrato de gestión indirecta bajo la modalidad de concesión del servicio público de residencia de la 3ª edad y centro de día adjudicado por el Pleno del Ayuntamiento de xxxxxxxxxx (xxxxxxx), con fecha 17 de julio de 2002, la entidad mercantil "yyyyyyyyyyyyy, S.L.".

b) Favorablemente, como se razona en la consideración jurídica 5ª, a la incautación de la garantía definitiva.



**CONSEJO  
CONSULTIVO**  
DE CASTILLA Y LEÓN

c) Desfavorablemente, siguiendo el razonamiento de la consideración jurídica 6ª, a las previsiones de indemnización por daños y perjuicios contenidos en la propuesta de resolución.

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